



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

I PROFILI PROCESSUALI DELLA NUOVA RESPONSABILITÀ MEDICA
ANALISI DELLE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA RIFORMA GELLI-
BIANCO, L. 8 MARZO 2017, N. 24

RELATORE

CHIAR.MO PROF.
ANDREA PANZAROLA

CANDIDATA

MARIA LUISA BERNARDINI
MATR. 130213

CORRELATORE

CHIAR.MO PROF.
BRUNO CAPPONI

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

Indice

<i>Introduzione.</i>	1
Capitolo I	9
LE CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ	9
1.1. <i>Premessa: I filtri all'azione.</i>	9
1.1.1. <i>La consulenza tecnica preventiva come condizione di procedibilità della domanda. Il filtro dell'art.696-bis c.p.c.</i>	13
1.1.2. <i>La natura della consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.</i>	18
1.1.3. <i>Il tentativo obbligatorio di conciliazione: l'ambito applicativo.</i>	20
1.1.4. <i>L'ammissibilità del procedimento ex art. 696-bis c.p.c.: gli orientamenti giurisprudenziali.</i>	23
1.1.5. <i>Il procedimento.</i>	26
1.1.6. <i>La competenza.</i>	27
1.1.7. <i>La nomina del consulente tecnico e la fissazione dell'udienza.</i>	30
1.1.8. <i>I possibili esiti della consulenza tecnica preventiva.</i>	33
1.1.9. <i>Mancato assolvimento della condizione di procedibilità e conseguenze processuali.</i>	36
1.1.10. <i>Sanatoria del vizio di improcedibilità.</i>	37
1.1.11. <i>Obbligo di partecipazione al tentativo di conciliazione esperito ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c.</i>	39
1.1.12. <i>Termine di durata del procedimento e sanzioni in caso di sua inosservanza (art.8, comma 3).</i>	46
1.1.13. <i>Acquisizione della relazione peritale nel successivo ed eventuale giudizio.</i>	48
1.2. <i>La mediazione.</i>	50
1.2.1. <i>Introduzione.</i>	50
1.2.2. <i>L'ambito di applicazione.</i>	53
1.2.3. <i>I soggetti e le modalità di partecipazione al procedimento.</i>	57
1.2.4. <i>Il procedimento.</i>	61
1.2.5. <i>Il primo incontro di mediazione e la prosecuzione del procedimento.</i>	67
1.2.6. <i>La nomina dei mediatori, dei mediatori ausiliari e degli esperti.</i>	70
1.2.7. <i>La conclusione del procedimento di mediazione.</i>	73
1.2.8. <i>L'istaurazione del giudizio in seguito al fallimento della mediazione.</i>	77
1.2.9. <i>Mancato o incompleto esperimento del procedimento di mediazione: le conseguenze processuali.</i>	78
1.2.10. <i>Il dovere di riservatezza ex art. 9 D.Lgs. 28/2010.</i>	81
1.2.11. <i>Rapporti tra la consulenza tecnica preventiva e la mediazione obbligatoria.</i>	85

Capitolo II	89
LE AZIONI	89
2. Le azioni.	89
2.1. L'azione diretta.	90
2.1.1. L'obbligo di copertura assicurativa (art. 10 L. 24/2017).	93
2.1.2. L'obbligo di copertura assicurativa (segue).	98
2.1.3. Ambito di applicazione dell'art. 12 L. 24/2017.	103
2.1.4. Litisconsorzio necessario e facoltativo.	109
2.1.5. L'inopponibilità delle eccezioni.	113
2.1.6. "Obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità" (art. 13 L. 24/2017).	117
2.2. L'azione di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti dell'esercente ex art. 9 L. 24/2017.	121
2.2.1. La natura giuridica dell'azione di rivalsa.	121
2.2.2. Condizioni per l'ammissibilità dell'azione di rivalsa e caratteristiche della decisione.	126
2.2.3. Gli elementi del dolo e della colpa grave.	130
2.3. L'azione di responsabilità amministrativa ex art. 9 L. 24/2017.	132
2.3.1. La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria.	132
2.3.2. I soggetti.	134
2.3.3. Presupposti dell'azione.	135
2.3.4. L'elemento del nesso eziologico.	137
2.3.5. I rapporti tra i giudizio contabile e civile.	139
2.3.6. Il termine di prescrizione dell'azione.	141
Capitolo III	142
L'INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO E L'ONERE DELLA PROVA	142
3.1. L'onere della prova.	142
3.1.1. ..In ambito sanitario.	146
3.1.2. Il riparto dell'onere della prova: l'evoluzione giurisprudenziale.	148
3.1.3. L'omogeneità del regime probatorio, la centralità delle S. U. 13533/2001.	156
3.1.4. L'accertamento del nesso causale e prossimità della prova	163
3.1.5. La disciplina dell'onere della prova nella L. 24/2017.	168
3.2. Le forme del giudizio di merito e il procedimento sommario di cognizione.	173
3.2.1. Il procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis ss. c.p.c.	174

3.2.2.	<i>L'ambito applicativo del procedimento «sommario».</i>	177
3.2.3.	<i>Il rito sommario segue anche al tentativo di conciliazione esperito nelle forme della mediazione obbligatoria?</i>	178
3.2.4.	<i>La fase introduttiva del giudizio di merito.</i>	181
3.2.5.	<i>Idoneità del rito sommario di cognizione alla trattazione delle cause di risarcimento in materia sanitaria.</i>	184
3.3.	<i>La competenza.</i>	186
3.3.1.	<i>I criteri di riparto della competenza.</i>	187
3.3.2.	<i>L'applicabilità della disciplina consumeristica alle cause in materia di responsabilità medica.</i>	188
	<i>Conclusioni.</i>	191
	BIBLIOGRAFIA	194

Introduzione.

Il presente elaborato è interamente dedicato alla trattazione dei profili processuali in materia di responsabilità sanitaria così come delineati dall'ultima legge di riforma che ha interessato questo specifico settore. Ci riferiamo alla c.d. legge Gelli-Bianco¹ n. 24/2017 entrata in vigore il 1° aprile 2017 recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”.

I settori della responsabilità civile e quello specifico della responsabilità civile del professionista hanno sempre subito una notevole influenza delle regole pretorie affidate alla costante evoluzione giurisprudenziale; in particolare il settore della responsabilità del professionista sanitario ha rappresentato un terreno fertile per la giurisprudenza italiana che ha applicato in questo settore un particolare rigore valutativo che ha portato maggiori difficoltà per la classe medica ma anche un incremento esponenziale delle spese sanitarie non necessarie, al punto da rendere urgente l'intervento del legislatore².

Per capire la *ratio* delle norme da ultimo introdotte è bene procedere all'analisi, in prospettiva storica, delle fasi più importanti che hanno caratterizzato l'evoluzione della giurisprudenza in materia di responsabilità medica³, rilevando a tal proposito anche l'evoluzione subita dal concetto di salute nella sua dimensione costituzionale.

¹ La legge prende il nome dal deputato Gelli che ne è stato relatore in Commissione Affari Sociali dall'aprile del 2015 e dal relatore Bianco che ha presentato l'articolato alla Presidenza del Senato L'8 novembre del 2016.

² V. G. Ponzanelli, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, le regole di matrice giurisprudenziale avevano assunto livelli di incisività tali in questo settore da richiedere l'intervento di P. Trimarchi relativamente alla possibilità che tale statuto della responsabilità medica potesse estendersi anche agli altri settori di professionisti intellettuali. La conclusione cui si pervenne fu negativa e si esclude che il rigore valutativo introdotto dalla giurisprudenza per questo particolare settore potesse trovare applicazione anche per le altre professioni intellettuali.

³ V. G. Ponzanelli, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, la situazione italiana di circa trenta anni fa può essere assimilata a quella che si era verificata a cavallo tra gli anni Settanta ed Ottanta nel novecento in America; il sistema del tempo aveva portato a quel fenomeno ancora presente nel nostro ordinamento della medicina difensiva e all'allontanamento dal mercato delle imprese di assicurazione che subivano ingenti perdite data il non corretto rapporto tra ammontare del premio e ammontare dei risarcimenti liquidati. Sul punto v. G. L. Priest, *The current insurance crisis and modern tort law*, in *Yale Law Journal*, 1987, 96. Nell'esperienza italiana, invece, sono state individuate quattro principali

Negli anni Ottanta-Novanta del secolo scorso le peculiarità del settore avevano portato a definire la responsabilità medica come un autonomo sottosistema di responsabilità civile⁴, sistema in cui l'applicazione del criterio di diligenza di cui all'art. 1176, comma II, c.c. aveva portato ad attenuare quella posizione di privilegio in cui l'esercente precedentemente si trovava; ciò tuttavia nel permanere della riconduzione della responsabilità del sanitario all'alveo della responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.

Parallelamente si era iniziato a dare rilievo al rapporto di tipo contrattuale istaurato tra paziente e struttura sanitaria giungendo così a riconoscere un concorso tra responsabilità contrattuale della struttura ed extracontrattuale dell'esercente. In questo modo si giungeva però alla equiparazione della posizione del paziente con quella di qualsiasi danneggiato determinando una contraddizione evidente; il paziente danneggiato ha, infatti, con il medico un rapporto precedente alla causazione del danno quindi è errato considerarlo al pari di qualunque danneggiato che invece deve agire nei confronti del danneggiante ai sensi dell'art. 2043 c.c. e cioè in base ad un'azione che presuppone proprio l'assenza di un precedente rapporto tra i due soggetti.

Nel 1999 la Corte di Cassazione⁵ intervenne al fine di eliminare tale contraddizione elaborando la c.d. teoria del "contatto sociale"; si è introdotta così nel nostro ordinamento una categoria dogmatica a metà strada tra l'illecito e il contratto; il rapporto tra esercente e paziente intercorrendo tra due soggetti determinati fa sì che si debba applicare la disciplina degli artt. 1218 ss. c.c. e non quella dell'illecito aquiliano. La giurisprudenza fa rientrare il contatto sociale nell'espressione "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" dell'art. 1173 c.c. ampliando in questo modo il novero delle fonti delle obbligazioni.

La giurisprudenza in discorso valorizzando così il profilo relazionale proprio dell'attività sanitaria, il legittimo affidamento ingenerato nel paziente dalla necessaria professionalità di colui che esercita l'attività medica e gli obblighi di protezione del

criticità che hanno reso necessario l'intervento del legislatore: a) l'eccesso di responsabilità; b) l'eccesso di risarcimento; c) il difetto di assicurazione; d) il difetto di *risk management*.

⁴ V. R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

⁵ Cass. Civ. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

paziente che incombono sul sanitario, afferma la natura contrattuale della responsabilità del medico.

Successivamente l'attenzione della giurisprudenza⁶ si è spostata sulla tipizzazione del contratto che intercorre tra struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata e il paziente giungendo così alla classificazione dello stesso come contratto di ospitalità. In base a questo contratto ricadono sulla struttura obblighi non soltanto alberghieri ma anche obblighi ulteriori volti a garantire l'adeguatezza della assistenza sanitaria fornita dagli esercenti che operano nella struttura come ausiliari. La struttura sanitaria risponde quindi a titolo contrattuale *ex art. 1218 c.c.* per i suoi inadempimenti e *ex art. 1228 c.c.* per i danni cagionati dai professionisti della cui attività si è avvalsa per l'adempimento della propria obbligazione⁷.

La teoria del contatto sociale è stata oggetto di numerosissime critiche nel corso dei primi dieci anni del duemila; si credeva che l'intervento legislativo del 2012 attuato con la L. 189/2012, la c.d. L. Balduzzi potesse essere l'occasione per far chiarezza sul punto superando definitivamente tale teoria di origine prettamente giurisprudenziale. Tuttavia non fu così, la legge Balduzzi⁸ reintrodusse il riferimento all'art. 2043 c.c. ma con una formulazione così ambigua da essere considerata⁹ come un generico rinvio alla disciplina della responsabilità civile e quindi non sufficiente a scalfire la teoria del contatto sociale¹⁰. È evidente come la dottrina e la giurisprudenza anche dopo il 2012 abbia sostenuto la teoria del contatto sociale in quanto coerente con la volontà di assicurare la massima tutela possibile al paziente¹¹.

⁶ V. Cass. Civ. Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698.

⁷ V. G. Ammassari, *La responsabilità civile della struttura*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, ciò consente di configurare anche una responsabilità oggettiva in capo alla struttura sanitaria. Tutto ciò che consegue a tale evoluzione sul piano probatorio è stato oggetto di apposita trattazione nel paragrafo 3.1. del presente lavoro.

⁸ Art. 3, comma 1, L. 189/2012 così dispone: «1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

⁹ V. Cass. Civ. Sez. VI, 17 aprile 2014, n.8940.

¹⁰ In questo senso v. B. Grazzini, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «decreto Balduzzi»*, in *Il corriere giuridico*, 2013, 10, p. 1241.

¹¹ La teoria del contatto sociale prevedendo la responsabilità contrattuale del medico fa sì che il paziente che voglia agire nei suoi confronti si trovi in una posizione di vantaggio rispetto a

È proprio in questo quadro che dobbiamo analizzare la portata della L. Gelli-Bianco al fine di comprenderne i profili maggiormente innovativi e come questi hanno in concreto inciso sulle questioni più importanti cui la giurisprudenza aveva fatto fronte negli ultimi anni.

La legge Gelli-Bianco, entrata in vigore nemmeno cinque anni più tardi della precedente riforma Balduzzi si è trovata far fronte ad una serie così ampia di istanze al punto che, anche rispetto all'originario progetto di legge, vi è stato un progressivo allargamento dell'oggetto della legge che risulta evidente già dalla lettura del titolo e dall'art. 1 della legge stessa¹². La necessità di assicurare piena tutela al diritto alla salute trova conferma nell'art. 3 in cui si prevede l'istituzione dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, nell'art. 5 che, invece, regola le buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida che costituiscono lo strumento con cui, non solo gestire, ma ancor prima prevenire il rischio clinico. Altre istanze cui il legislatore ha fatto fronte con la legge di riforma sono: da una parte il rientro dei costi della sanità il cui aumento era dipeso dall'applicazione della medicina difensiva da parte degli esercenti e la necessità di creare una coesione sempre maggiore tra medico e paziente.

La novità di certo più importante introdotta dalla L. 24/2017 è contenuta nell'art. 7 rubricato "responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria". Il legislatore a differenza di quanto fatto nel 2012, entra a gamba tesa nel tema della natura della responsabilità gravante sulla struttura sanitaria e sull'esercente la professione sanitaria. Il comma 1 dell'art. 7, in linea con il passato, continua a ricondurre la responsabilità della struttura ospedaliera agli artt. 1218 e 1228 c.c., mentre, e qui risiede la portata innovativa della norma, il comma 3 riporta la

quella in cui si troverebbe se l'esercente rispondesse a titolo extracontrattuale, sia in ordine al termine di prescrizione sia con riferimento al riparto degli oneri probatori.

¹² V. G. Ammassari, *La responsabilità civile della struttura*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, l'Autrice sottolinea la natura programmatica dell'art. 1 che prevede: "la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale".

responsabilità dell'esercente la professione sanitaria nell'alveo della responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.¹³.

La formulazione della norma sembra quindi preordinata a far sorgere in capo al paziente due distinti diritti in concorso tra loro, due diritti che possono essere fatti valere congiuntamente all'interno del medesimo processo ovvero in processi differenti senza che la negazione dell'uno impedisca il riconoscimento dell'altro. Tuttavia, vi è una peculiarità in quanto essendo le azioni finalizzate al raggiungimento dello stesso risultato economico si violerebbe il principio del *ne bis in idem* se non si escludesse la cumulabilità dei risultati; ciò porta ad affermare che laddove vi sia la soddisfazione di un diritto vi deve essere l'estinzione dell'altro¹⁴.

Il comma 1 dell'art. 7 della L. 24/2017 prevede che le strutture sanitarie sociosanitarie pubbliche e private rispondono ai sensi degli artt. 1218 c.c. per i danni cagionati nell'adempimento delle obbligazioni su di loro gravanti in virtù del contratto di ospedalità; tra le obbligazioni di cui è onerata la struttura vi è anche quella di adottare “modelli organizzativi e prassi preventive strumentali alla sicurezza delle cure e alla protezione del paziente¹⁵” ciò anche in considerazione della forza economica e strutturare della struttura ospedaliera che la pongono nella condizione di poter gestire i rischi legati all'esercizio dell'attività¹⁶.

La responsabilità della struttura tuttavia si estende anche oltre, essa, infatti, è chiamata a rispondere *ex art.* 1228 c.c. delle condotte dolose e colpose dei professionisti della cui opera si è avvalsa per l'adempimento delle proprie obbligazioni e tale responsabilità rimane invariata anche nel caso in cui l'esercente sia stato scelto dal

¹³ La formulazione dei commi 1 e 3 e in ultimo del comma 5 dell'art. 7 nel quale si afferma che “le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile” lasciano sicuramente aperta la via a numerose critiche. Sebbene formulazione della norma si sia resa necessaria per cercare di riportare ordine nel settore della responsabilità medica d'altro canto è innegabile che sia stata il frutto di un'attività insolita per il legislatore che ha sconfinato in un ambito tradizionalmente riservato agli interpreti.

¹⁴ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 3.

¹⁵ In questi termini si esprime G. Ammassari, *La responsabilità civile della struttura*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017

¹⁶ Riconoscere la natura contrattuale della responsabilità della struttura significa anche gravare la stessa degli oneri probatori consistenti nella dimostrazione di aver adempiuto la prestazione con la dovuta diligenza ovvero del fatto che il danno è stato cagionato da un evento imprevisto ed imprevedibile con la necessaria diligenza e quindi non imputabile alla struttura.

paziente, non sia dipendente della struttura ovvero abbia eseguito le prestazioni in un regime di libera professione intramuraria.

Al contrario, il comma 3 dell'art. 7 L. 24/2017 riconduce la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dell'alveo dell'art. 2043 c.c.; ovviamente, tale disposizione non avrà applicazione in tutti i casi in cui tra paziente ed esercente sia stato stipulato un contratto, in tale evenienza, infatti, il medico risponderà nei confronti del paziente ai sensi dell'art. 1218 c.c.¹⁷; in questo modo la riforma Gelli-Bianco prende una posizione più netta rispetto a quanto era stato fatto con la precedente legge Balduzzi negando l'operatività della teoria del contatto sociale.

Sempre il comma 3 dell'art. 7 della L. 24/2017 prevede che “il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590 *sexies* del codice penale¹⁸, introdotto dall'art. 6 della presente legge”. La disposizione, quindi, prevede che il giudice, ai fini della determinazione del *quantum debeatur*, è tenuto a valutare la conformità della condotta professionale dell'operatore sanitario alle buone pratiche clinico assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida di cui all'art. 5 della L. 24/2017.

In questo modo sembrerebbe che il legislatore abbia voluto applicare i criteri di imputazione causale del danno in sede di liquidazione, graduando l'entità del risarcimento del danno gravante sull'esercente la professione sanitaria in caso di colpa lieve. Da tale impostazione emerge la volontà del legislatore di dare rilievo, per la determinazione dell'ammontare del risarcimento posto a carico dell'esercente, alle

¹⁷ V. L. Lambo, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in www.ilforo.it, 2017, V, coll. 242, l'Autore ritiene che la norma sia passibile di illegittimità costituzionale in relazione al fatto che introduce un'ingiustificata disparità di trattamento.

¹⁸ L'articolo rubricato “responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario” dispone che: “Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”

modalità della condotta dello stesso e al grado e all'intensità della colpa¹⁹; con la conseguenza che il giudice potrebbe condannare l'esercente alla liquidazione di una somma di importo inferiore rispetto a quello che sarebbe necessario per garantire il pieno ristoro dei danni patiti dal paziente (sempre a condizione che la condotta sia stata conforme alle linee guida e alle buone pratiche clinico assistenziali)²⁰.

L'art. 7, comma 4, L. 24/2017 si sofferma su un aspetto molto rilevante nell'ottica della determinazione del *quantum debeatur* prevedendo l'utilizzo delle tabelle degli artt. 138 e 139 cod. ass. che, quindi, trovano applicazione non più soltanto nell'ambito automobilistico ma anche in quello sanitario; in questo modo si giunge alla riduzione degli importi che le strutture e in particolare gli esercenti dovranno liquidare per il risarcimento del danno da loro cagionati.

Il sistema di responsabilità brevemente descritto rende evidente come il legislatore abbia creato un sistema che viene definito a doppio binario; questo consente al paziente di agire sia contro la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata sia nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, nel primo caso in base agli artt. 1218 c.c. e 1228 c.c., nel secondo caso ai sensi dell'art. 2043 c.c.. Viene così rafforzata la tutela offerta al danneggiato ma allo stesso tempo si mira ad alleggerire la posizione dell'esercente dal momento che per il danneggiato sarà preferibile e maggiormente conveniente agire nei confronti della struttura sia per quanto riguarda il termine di prescrizione dell'azione sia per quello che attiene al riparto dell'onere della prova.

¹⁹ V. S. Calvigioni, *Linee guida e buone pratiche clinico assistenziali*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.

²⁰ Si potrebbe quindi ipotizzare l'operatività della norma anche nella direzione inversa cioè nel senso per cui l'esercente potrebbe essere condannato a risarcire il danno per un ammontare superiore rispetto a ciò che sarebbe sufficiente per l'integrale ristoro del paziente in tutti i casi in cui, con a sua condotta, l'esercente si sia discostato dalle linee guida e nuove pratiche clinico assistenziali di cui all'art. 5 della L. 24/2017. In senso contrario si è espresso M. Faccioli, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 2, l'Autore sulla base dell'assunto per cui i danni punitivi non sarebbero compatibili con i principi del nostro ordinamento, ritiene che non sia possibile configurare tale aumento in caso di colpa grave. Nello stesso senso v. G. Travaglino, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in www.giustiziacvile.it, 2017, l'Autore ritiene che la L. Gelli-Bianco abbia introdotto un ipotesi di danno "de-punitivo" e si interroga sulla possibilità che la medesima legge introduca un meccanismo di aumento dell'importo del risarcimento in caso di colpa grave. Certamente questa ipotesi potrebbe risultare in contrasto con una delle finalità perseguite dalla legge di riforma cioè apprestare maggiore tutela all'esercente la professione sanitaria.

Dopo aver introdotto e trattato la novità di maggiore rilievo che la riforma ha introdotto sul piano sostanziale ci dedicheremo all'esame dei profili processuali che sono stati affrontati dalla riforma, in particolare soffermandoci sul tema delle condizioni di procedibilità, delle azioni, delle modalità di introduzione del giudizio e del riparto degli oneri probatori.

Capitolo I

LE CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ

1.1.Premessa: I filtri all'azione.

Tra le novità più rilevanti, sotto il profilo processuale, introdotte dalla legge Gelli-Bianco vi è sicuramente la subordinazione delle azioni di risarcimento del danno in materia sanitaria all'esperienza di due alternative condizioni di procedibilità: *a)* la consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.*; *b)* la mediazione obbligatoria *ex art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 28/2010*.

Pur avendo dedicato alla trattazione delle due condizioni indicate l'intero capitolo che segue, è sembrato opportuno anteporre alla stessa un piccolo cenno al tema generale dei filtri all'azione con particolare riferimento alla legittimità costituzionale di questo istituto.

In Italia l'istituto della mediazione è stato introdotto per far fronte alle esigenze di deflazione del contenzioso gravante sui tribunali che per la mole raggiunta rendeva davvero complesso l'esercizio delle attività giurisdizionali; per altro verso era necessario introdurre l'istituto per far fronte alle esigenze del Parlamento e del Consiglio europei espresse nella Direttiva 2008/52/CE. La Direttiva presentava la peculiarità di lasciare liberi gli stati di determinare la forma della mediazione che questi ritenevano più idonea ed opportuna, senza però impedire o rendere eccessivamente difficoltoso l'accesso alla giustizia²¹. Il legislatore italiano ha quindi recepito la Direttiva promulgando il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, prevedendo al comma 5 la mediazione obbligatoria.

L'istituto è stato oggetto di numerosi dibattiti e studi, in particolare si è a lungo discusso della conformità a costituzione della mediazione obbligatoria regolata

²¹ V. G. Fanelli, "Interferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013, in www.judicium.it, 2017, §6.1, l'Autrice sottolinea come anche nella legge di delega del potere legislativo all'art. 60, comma 3, lett. *a)* si imponesse un limite all'applicabilità della mediazione obbligatoria circoscritta ai soli diritti disponibili e si prevedesse specificamente che l'istituto non dovesse in alcun modo "precludere l'accesso alla giustizia".

dall'art. 5 D.Lgs. 28/2010. Con la sentenza 6 dicembre 2012, n. 272²², la Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale della mediazione obbligatoria, ha dichiarato l'incostituzionalità del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 accogliendo il solo motivo relativo all'eccesso di delega e rigettando tutti gli altri²³.

Il legislatore, tuttavia, ha successivamente reintrodotta l'istituto della mediazione obbligatoria con il D.L. 21 giugno 2013 n. 69 convertito nella L. 98/2013 (oggi obrogata) non senza alcuni necessari correttivi.

Tra le novità introdotte in materia di condizioni di procedibilità dobbiamo prima fra tutte indicare quella per cui si prevede l'obbligatorietà *ope legis* dell'istituto in questione; ciò implica che per le controversie relative a diritti disponibili la mediazione può configurarsi come condizione di procedibilità per volontà del giudice²⁴.

La seconda novità attiene all'efficacia temporale limitata dell'obbligatorietà *ex lege* della mediazione obbligatoria; l'art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 28/2010 fissa in quattro anni dall'entrata in vigore della norma l'efficacia della disposizione in esame. Tuttavia, sarà necessario attendere il 2014 per riconoscere la legittimità costituzionale della mediazione obbligatoria ancorché subordinata al ricorrere di determinate condizioni.

Fu, infatti, la Corte costituzionale con la sentenza 16 aprile 2014, n. 98²⁵ ad individuare i limiti entro cui considerare legittimi i filtri all'azione; in particolare si negava il

²² Pubblicata in G.U. il 12 dicembre 2012.

²³ V. G. Fanelli, "Interferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013, in www.judicium.it, 2017, §6.1, nota. 69, si riporta la prima ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, del D.Lgs. 28/2010 per contrarietà agli artt. 24 e 111 Cost. Il confronto dell'art. 5 D.Lgs. 28/2010 con le lettere c) ed n) della legge delega indurrebbe ad affermare l'illegittimità del primo per contrasto all'art. 24 Cost. perché determinerebbero «una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'alienabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale). Il contrasto si riscontra inoltre con l'art. 77 Cost. «tenuto conto della specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, art. 60 della l. 69/2009, che risultano stridenti con le disposizioni stesse». Viceversa sostenevano la legittimità costituzionale della norma F. P. Luiso, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2009 e R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, p. 147.

²⁴ V. F. P Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, V, p. 65, l'Autore evidenzia come in questo caso non operi nemmeno il limite temporale previsto dall'art. 5, comma 1-bis D.Lgs. 28/2010.

²⁵ La Corte era stata adita in relazione all'assunta incostituzionalità dell'art. 17-bis, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 "Disposizioni sul processo tributario in

contrasto con l'art. 24 Cost. delle condizioni di procedibilità se: a) la previsione del filtro all'azione è giustificata da esigenze di ordine generale o superiori finalità di giustizia; b) non si configurano come eccessivamente onerose dal punto di vista economico per le parti, b) contribuiscono al miglior funzionamento dell'apparato giurisdizionale. Inoltre, i filtri all'azione non devono mai essere imposti per il raggiungimento di scopi diversi ed esterni alla funzione giurisdizionale stessa, ancorché conformi ai principi costituzionali²⁶. Nella medesima pronuncia la Corte aveva sostenuto l'incostituzionalità della precedente disposizione per il fatto che il mancato esperimento del tentativo obbligatorio comportava l'inammissibilità della domanda; il vizio, infatti, deve poter essere sanato all'interno del processo con efficacia retroattiva *ex tunc* passando così ad un regime di improcedibilità sanabile e senza determinare automaticamente la decadenza dall'azione giudiziaria.

Il tentativo di conciliazione deve avere carattere *endogiurisdizionale*²⁷, cioè deve alleggerire il carico di lavoro gravante sui tribunali, la non eccessiva onerosità è garantita, invece, dalla previsione di un tempo massimo oltre il quale è consentito alle parti di richiedere la tutela giurisdizionale²⁸.

Anche a livello comunitario è stata esaminata la questione della conformità ai principi comunitari dei filtri all'azione; l'introduzione in Italia della mediazione obbligatoria ha suscitato l'attenzione della Corte di Giustizia, la quale nella sentenza del 18 marzo 2010 afferma che "i principi di equivalenza ed effettività, nonché il principio della

attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413", nel testo poi sostituito dall'art. 1, comma 611, lettera a), numero 1), della legge 27 dicembre 2013, n. 147.

²⁶ Allo stesso modo già in passato la sentenza della Corte Costituzionale 4 marzo 1992, n. 82 aveva affermato la costituzionalità dell'art. 5, L. 11 maggio 1990, n. 108, la quale prevedeva l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per le controversie in materia di licenziamento, quando non trova applicazione l'art. 18 dello statuto dei lavoratori (L. 300/1970). Alla medesima conclusione era già giunta la sentenza della Corte Costituzionale 13 luglio 2000, n. 376 in relazione all'introduzione degli artt. 410 ss. c.p.c., introdotti dal D.Lgs. 80/1990 poi abrogato dalla L. 183/2010; e la sentenza della Corte Costituzionale 30 novembre 2007, n. 403 in materia di telecomunicazioni.

²⁷ V. F. P Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, V, pp. 65 ss.

²⁸ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, n. 4/9, 2017, il carattere obbligatorio della condizione di procedibilità è coerente con il disposto degli artt. 24 e 111 della Costituzione solo se si dimostra funzionale a garantire "alle parti la concreta e ragionevole probabilità di addivenire a soluzioni preferibili rispetto alla decisione di giustizia...pertanto il procedimento di mediazione, per poter essere legittimamente imposto alle parti, deve raggiungere elevati standard di qualità e favorire seriamente la stipulazione dell'intesa".

tutela giurisdizionale effettiva [non] ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie [quelle in materia di telecomunicazioni] il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prosecuzione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone".

La Corte di Giustizia, quindi, postula la necessità di un numero maggiore di requisiti affinché il tentativo di conciliazione obbligatorio sia compatibile con il diritto alla tutela giurisdizionale: *i)* nel procedimento di mediazione il mediatore non deve imporre una soluzione; *ii)* vi deve essere la previsione di un termine massimo di durata; *iii)* vi deve essere l'equiparazione degli effetti dell'istanza con cui si introduce il procedimento a quelli prodotti dalla domanda giudiziale; *iv)* la procedura non deve risultare eccessivamente onerosa per la parte in termini economici; *v)* le modalità di svolgimento del procedimento devono essere tali da consentire a tutti l'accesso; *vi)* non deve impedire la possibilità di accedere alla tutela cautelare.

Leggendo la disciplina del D.Lgs. 28/2010 alla luce dei criteri appena menzionati possiamo affermare che la disciplina italiana racchiude in sé tutti questi elementi, essendo così pienamente conforme non solo alla Costituzione ma anche ai principi del diritto comunitario.

La mediazione obbligatoria è prevista dall'art. 5 D.Lgs. 28/2010 solo per alcune categorie di materie tassativamente previste dal comma 1-*bis*; l'eterogeneità delle materie indicate deriva dal fatto che le controversie che sorgono in questi ambiti sono più idonee ad essere risolte stragiudizialmente e negli stessi ambiti si registra un'elevata conflittualità che, in assenza di questi filtri, andrebbe ad gravare e rallentare irragionevolmente l'attività dei tribunali.

L'art. 5, comma 1-*bis*, si riferisce all' "azione relativa a una controversie in materia di", ma quando è che la controversia è in materia di? Si potrebbe affermare che: il tentativo è necessario quando la domanda ha ad oggetto in via immediata l'accertamento dell'esistenza o inesistenza, ovvero la qualificazione del diritto o del

rapporto fondamentale indicato dalla legge. Oppure che il tentativo è necessario quando la domanda ha ad oggetto un effetto che trova la sua *causa petendi* nel rapporto fondamentale previsto dalla norma.

Ad esempio per le cause relative ai diritti reali, cosa si intende per controversia in materia di diritti reali? Si esclude che siano le controversie relative a contratti che hanno ad oggetto diritti reali, mentre si ritiene che sia indifferente che i diritti reali siano su mobili o immobili²⁹. Potrebbero, allora, essere le controversie in relazione alle quali è rilevante la titolarità di un diritto reale? La risposta in questo caso dovrebbe essere negativa in virtù del fatto che qui la domanda ha ad oggetto non un diritto reale ma la sua titolarità, quindi, anche in questo caso va esclusa l'obbligatorietà della mediazione obbligatoria.

Trattando dell'ambito di applicazione della disciplina dei filtri all'azione possiamo affermare che l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione può essere previsto solo nella giurisdizione dichiarativa, mai per quella esecutiva o cautelare. Si sostituisce solo alla tutela dichiarativa in quanto è l'unica che diviene "inutile" in presenza dell'accordo tra le parti; nelle altre due tutele è sempre necessario l'intervento del giudice e ciò è confermato anche dal fatto che né la tutela esecutiva né quella cautelare possono essere chieste ad un arbitro o soggetti comunque diversi dal giudice.

Ultimo aspetto da mettere in luce è quello per cui la mediazione obbligatoria non può impedire la trascrizione della domanda, la Dir. 2008/52 art. 8 e il conseguente D.Lgs. 28/2010 art. 5, comma 4, prevedono l'equiparazione degli effetti della domanda di mediazione a quelli della domanda giudiziale per quello che attiene a prescrizione e decadenza.

L'accertamento del mancato esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria, in quanto condizione di procedibilità, impedisce la prosecuzione del giudizio determinandone la chiusura in rito.

1.1.1. La consulenza tecnica preventiva come condizione di procedibilità della domanda. Il filtro dell'art.696-bis c.p.c.

²⁹ V. F. P Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, V.

Con la legge n. 24/2017, che ha riformato la responsabilità medica, il legislatore ha introdotto un nuovo “filtro” all’azione risarcitoria. L’art. 8, comma 1, della legge afferma: “Chi intende esercitare un’azione innanzi al giudice civile relativa ad 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”.

La presentazione del ricorso costituisce, per espressa previsione di legge (art. 8, comma 2), condizione di procedibilità della domanda di risarcimento; il legislatore al terzo comma dello stesso articolo, tuttavia, lascia aperta all’attore un’altra via, cioè la possibilità di agire alternativamente con il procedimento di mediazione ai sensi dell’articolo 5, comma 1-*bis*, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

È necessario quindi affrontare il tema esaminando non solo le due condizioni di procedibilità ma anche il rapporto che tra le stesse viene ad instaurarsi.

Il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, così come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98³⁰, prevedeva che la domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria dovesse essere preceduta dalla proposizione della domanda di mediazione. Con il d.d.l. approvato alla Camera il 28 gennaio 2016 era stata proposta la modifica dello strumento deflativo-preventivo tramite la sostituzione della domanda di mediazione obbligatoria con la richiesta di consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi *ex art. 696-bis c.p.c.*, sostituzione che appariva necessaria al fine di evitare la sovrapposizione delle discipline³¹³². Ciò avrebbe dovuto portare il legislatore ad escludere anche l’operatività

³⁰ La precedente formulazione dell’art. 5 D.lgs 28/2010, comma 1, faceva riferimento alla sola responsabilità medica, con l’art. 84, comma 1, lett *b*), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, è stato aggiunto il comma 1-*bis* che invece estende l’ambito oggettivo di applicabilità della norma anche alla responsabilità sanitaria.

³¹ V. M.A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, pp. 435, nota 5, la quale osserva che l’espressa disapplicazione del tentativo obbligatorio di mediazione prescritta nel disegno di legge anteriore alla versione approvata definitivamente consente di evitare una sovrapposizione di discipline, che potrebbe comunque verificarsi ove le parti stipulino una convenzione di mediazione (obbligatoria anch’essa *ex contractu*).

³² V. M.A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 436 nota 6, nell’attuale formulazione della norma è, invece, rimasta impregiudicata la possibilità di sovrapposizione con l’istituto della negoziazione assistita dagli avvocati, a parere dell’autore infatti l’art. 3,

della negoziazione assistita da uno o più avvocati la quale, essendo obbligatoria in tutte le controversie aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, a qualunque titolo, non eccedente i 50.000,00 euro (d.l. 12 settembre 2014, n. 132), avrebbe altrimenti trovato applicazione. Nonostante ciò, durante la discussione al Senato, all'esclusività della consulenza tecnica preventiva si è sostituita l'alternatività di tale strumento conciliativo con l'originaria domanda di mediazione obbligatoria (art. 8, comma 2, L. 24/2017), è necessario sottolineare sin da subito che all'emendamento non è seguita la revisione dell'intero art. 8 L. 24/2017 e ciò ha determinato numerose incongruenze normative che alcuni autori ritengono di poter risolvere applicando la disciplina generale della mediazione³³.

La novità introdotta dalla legge ben si concilia con la tendenza del legislatore a privilegiare le forme alternative alla tutela giurisdizionale di risoluzione delle controversie, al fine di ridurre il contenzioso civile gravante sui tribunali e di assicurare maggiore efficienza della giustizia.

comma 1, d.l. 132/2014 “riserva alla negoziazione assistita obbligatoria dagli avvocati un ambito applicativo complementare rispetto alla mediazione obbligatoria, sicché prevale quest'ultimo *ratione materiae* anche se l'azione di responsabilità configura in concreto una “domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquanta mila euro” stante l'espressa esclusione della negoziazione assistita contenuta nell'art. 8, comma 2, L. 24/2017”. Nello stesso senso v. V. Amirante, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in <http://www.questionegiustizia.it/>, 2017, § 3, nota 5, “ 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”. In senso contrario v. M. Vaccari, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <http://www.ilprocessocivile.it/>, 2017, §1, per il quale non sussiste pericolo di interferenza tra i due istituti per le domande risarcitorie non eccedenti i cinquanta mila euro, in quanto l'art. 3, comma 1, d.l. 132/2014 esclude espressamente l'obbligatorietà della mediazione assistita nei casi di cui all'art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 28/2010. Dello stesso avviso, G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile* 2017, 3, Napoli, p. 657, il quale sottolinea l'inutilità della specificazione mantenuta dal legislatore nell'attuale comma 2 dell'art. 8 L. 24/2017, in quanto è lo stesso art. 3 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, ad escludere l'obbligatorietà della negoziazione assistita nei casi previsti dall'art. 5, comma 1-bis, D. Lgs. n. 28/2010.

³³ V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1201, §4.

In virtù dell'art. 8 L. 24/2017, la condizione di procedibilità della domanda risarcitoria può essere soddisfatta nella forma del procedimento *ex art. 696-bis* c.p.c. o, alternativamente, nella forma della mediazione obbligatoria di cui all'art. 5, comma 1 *bis*, D.Lgs. 28/2010. La scelta tra i due strumenti è rimessa integralmente alla volontà dell'attore, tuttavia dall'esame letterale della norma, in particolare, dall'espressione “esperire in alternativa” possiamo rilevare la preferenza del legislatore per il primo istituto, preferenza riconfermata anche dal fatto che è solo a questo che il giudice rimanda le parti dopo aver rilevato il difetto di procedibilità.

La consulenza tecnica preventiva opera come una forma di giurisdizione condizionata, essa infatti, essendo una condizione di procedibilità e non una condizione di proponibilità della domanda, non impedisce radicalmente l'accesso alla tutela giurisdizionale ma condiziona la prosecuzione del procedimento ogni qualvolta il tentativo di conciliazione non risulti essere stato espletato³⁴. Nonostante la legittimità costituzionale dell'istituto sia stata messa in dubbio più volte, la Corte Costituzionale ha sempre rigettato la questione al ricorrere di determinate condizioni³⁵. La legittimità del filtro all'accesso alla giustizia va valutata alla luce di tre requisiti; *a)* la tutela giurisdizionale non deve essere resa eccessivamente difficoltosa; *b)* l'onere deve essere contenuto nella misura meno gravosa possibile; *c)* deve assicurare un corretto bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei diritti e le altre di “ordine generale e superiore finalità di giustizia” che rendono necessario il differimento dell'accesso alla giustizia.

³⁴ In quanto condizione di procedibilità della domanda il tentativo di conciliazione potrebbe essere esperito nel corso del giudizio già avviato, come previsto dall'art. 5 D.Lgs. 28/2010 e art. 8 L. 24/2017.

³⁵ V. sent. Corte Cost., S. U., 23 novembre 1993, n. 406, in www.cortecostituzionale.it, “Questa Corte ha costantemente affermato (cfr. da ultimo le sentenze n. 154 del 1992; n. 15 del 1991; n. 470 del 1990; n. 530 del 1989) che gli artt. 24 e 113 della Costituzione non impongono una correlazione assoluta tra il sorgere del diritto e la sua azionabilità, la quale può essere differita ad un momento successivo ove ricorrano esigenze di ordine generale e superiori finalità di giustizia. Tuttavia, anche nel concorso di queste circostanze, il legislatore è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa, in conformità al principio della piena attuazione della garanzia stabilita dalle suddette norme costituzionali. In coerenza con tali premesse sono state dichiarate illegittime le disposizioni che comportavano compressioni del diritto di azione, ostacolandone l'esercizio, in particolare comminando la sanzione della decadenza in relazione al mancato esperimento di ricorsi amministrativi (cfr., specificamente, le sentenze n. 15 del 1991 e n. 530 del 1989).”

La previsione della condizione di procedibilità non costituisce una novità per il nostro ordinamento; un precedente è rintracciabile nell'art. 445-*bis* c.p.c.³⁶, dove, anche per le controversie previdenziali in materia di invalidità civile si prevede l'espletamento dell'accertamento tecnico preventivo, nelle forme dell'art. 696-*bis* c.p.c. in quanto compatibile, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La *ratio* delle due norme è la medesima, il legislatore vuole evitare che si appesantisca il contenzioso davanti ai giudici dello stato quando le questioni controverse, per i loro profili tecnici, possono essere risolte esclusivamente attraverso il ricorso alla consulenza tecnica³⁷. La valutazione di convenienza di questo istituto si basa su alcune, semplici ma calzanti, considerazioni³⁸: la specificità tecnica-scientifica della materia rende quasi sempre necessario l'intervento di un consulente tecnico, il c.t.u., soggetto delegato dal giudice e quindi terzo rispetto alle parti della controversia, ricostruisce i fatti controversi accertando le responsabilità e quantificando i danni. Le parti hanno così la possibilità di valutare, già prima dell'inizio del processo, le *chances* di successo e saranno così indotte alla conciliazione. Inoltre questo istituto consente di anticipare una fase dell'istruzione del successivo ed eventuale giudizio e anche nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione gli esiti di quella attività potranno essere acquisiti agli atti

³⁶ Articolo introdotto dall'art. 38, comma 1, lett. b), n. 1, d.l. 6 luglio 2011, cov. nella legge 15 luglio 2011, n. 111.

³⁷ V. M. Vaccari, *L'accertamento tecnico preventivo: probatorio, conciliativo, previdenziale, sanitario*, Milano, 2018, cap. 4, pag. 194, occorre tuttavia evidenziare le differenze tra i due istituti; nella consulenza tecnica preventiva in esame si riscontra una concorrente, e forse prevalente, funzione conciliativa che non si rinviene nell'ATP *ex art.* 445-*bis* c.p.c. Inoltre quest'ultimo articolo trova applicazione solo per le controversie aventi ad oggetto solo un elemento di fatto che può essere accertato unicamente attraverso una consulenza tecnica. Nelle cause aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, invece, spesso il contrasto tra le parti attiene anche all'*an* della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria o la struttura sanitaria, proprio per questo motivo parte della giurisprudenza aveva escluso l'utilizzabilità della consulenza *ex art.* 696-*bis* c.p.c. in tutti i casi in cui ad essere controversa sia la stessa esistenza del credito.

³⁸ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it n. 2017, 3, §2.1, nello stesso senso, M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 436. Nello stesso senso vedi anche C. Consolo, P. Bertolini, A. Buonafede, in *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6, p. 767, §3, la soluzione di questo tipo di controversie spesso non può prescindere da valutazioni tecniche e raramente è possibile che si raggiunga un amichevole accordo a mezza via tra le parti.

del giudizio, garantendo così il rispetto della “ragionevole durata del processo” prevista dall’art. 111 Cost.

1.1.2. La natura della consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.

Prima di procedere all’esame della disciplina della consulenza tecnica preventiva è bene porre attenzione alla natura di questo istituto.

L’art. 696-*bis* c.p.c.³⁹ è stato collocato dal legislatore nella sezione IV, capo III, titolo I del libro IV del codice di procedura civile. L’istituto è quindi ricompreso tra i “procedimenti di istruzione preventiva” e quindi tra i procedimenti cautelari. Sebbene sia stato così collocato non possiamo ritenere che la consulenza tecnica preventiva in discorso abbia natura cautelare; il comma I, infatti, afferma che “l’espletamento di una consulenza tecnica in via preventiva può essere richiesto anche fuori delle condizioni di cui al comma I dell’art. 696”; la condizione cui si fa riferimento è proprio la condizione dell’urgenza ovvero quel *periculum in mora* che, insieme al presupposto del *fumus boni iuris* costituisce uno dei requisiti necessari affinché si possa trattare di misure di istruzione preventiva e di accertamento tecnico con natura e funzione cautelare.

Notiamo quindi come nel caso di specie il legislatore abbia fatto riferimento soltanto ad una condizione dell’azione cautelare: l’urgenza che, se riscontrata sussistente dal giudice, determina l’adozione delle misure preventive a carattere cautelare. È necessario quindi capire se il solo riferimento al *periculum in mora* dell’art. 696 c.p.c. possa essere esteso anche all’altro requisito del *fumus boni iuris* ovvero debba rimanere impregiudicato il dovere del giudice di delibare circa la sussistenza di quest’ultimo requisito per la concessione della misura in questione. Pur essendo vero che l’art. 696-*bis* c.p.c. fa letteralmente riferimento alle “condizioni” utilizzando quindi un plurale, non si può da ciò dedurre la volontà univoca del legislatore di riferirsi ad entrambe i requisiti citati; potrebbe anche essere indice della volontà del

³⁹ L’articolo è stato introdotto nel codice di procedura civile dall’art. 2, comma 3, lett. *e-bis*), n. 6 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005, n. 80.

legislatore di riferirsi al caso in cui più siano i mezzi di prova della cui anticipazione si tratta e ciascuno di essi contemplici oggetti distinti su cui incidere⁴⁰, il plurale potrebbe quindi dipendere dal numero e dalla varietà di questi, implicando non una pluralità di presupposti ma anche un solo presupposto riguardato con riferimento alle misure o oggetti a cui va rapportato. Inoltre il fatto che l'art. 696-*bis* c.p.c. rimandi al primo comma dell'art. 696 c.p.c., che prevede soltanto l'elemento dell'urgenza, non è sufficiente ad escludere il riferimento al *fumus boni iuris*; il rinvio infatti ha il solo scopo di sottrarre l'istanza alla valutazione dell'urgenza senza avere ulteriori risvolti sull'altra condizione. Se così non fosse allora si dovrebbe negare che il presupposto del *fumus boni iuris* sia una delle condizioni di ammissibilità delle misure preventive, in particolare dell'accertamento e dell'ispezione.

Dovremmo quindi ritenere che il riferimento alle "condizioni" proprio dell'art. 696-*bis* c.p.c. sia da collegare alle condizioni esplicite (*periculum in mora*) ed implicite (*fumus boni iuris*) contenute nel comma I dell'art. 696 c.p.c., di conseguenza anche la deroga dovrebbe riguardare entrambe le condizioni. È necessario però inquadrare correttamente l'istituto in questione, se la delibazione del *fumus boni iuris* unitamente a quella del *periculum in mora* è propria delle misure cautelari che anticipano il processo esecutivo, nel caso che qui stiamo trattando i provvedimenti anticipatori della prova vengono adottati in relazione ad un successivo giudizio di cognizione; quindi il requisito del *fumus* deve essere inteso come valutazione della prova che si deve raccogliere anticipatamente.

Autorevole dottrina⁴¹ ritiene, infatti, che l'art. 696-*bis* c.p.c., nemmeno in virtù di un'interpretazione sistematica che lo colleghi all'art. 696 c.p.c., può essere letto nel senso che questo sia in grado di escludere che il giudice si interroghi sulla fondatezza del diritto sostanziale del quale si chiede l'accertamento, prima di provvedere sulla relativa richiesta. Considerando inoltre la particolare incisività della consulenza tecnica preventiva sulla realtà sostanziale il requisito del *fumus* dovrà essere valutato come "non manifesta infondatezza" della pretesa azionata, ma comunque dovrà essere preso in considerazione.

⁴⁰ V. A. Panzarola, *Sub art. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007, p. 295, §17, nota 121.

⁴¹ V. A. Panzarola, *Sub art. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007, p. 297, §17.

1.1.3. Il tentativo obbligatorio di conciliazione: l'ambito applicativo.

Partendo dall'esame letterale dell'art. 8 L. 24/2017 è possibile individuare l'ambito di applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 696-bis c.p.c.*, a tale adempimento è tenuto "chiunque intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria". L'ambito soggettivo di applicabilità della norma è molto ampio, essa può essere avanzata da "chiunque" e trova applicazione in tutti i casi di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, ricomprendendosi anche i casi in cui la prestazione sia stata effettuata nell'ambito di un rapporto libero professionale (es. osteopata o chiropratico).

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicabilità della norma si evince dalla stessa che il tentativo di conciliazione, *ex art. 696-bis c.p.c.*, può essere esperito soltanto per le domande aventi ad oggetto il risarcimento del danno, con esclusione di quelle volte all'accertamento, anche negativo, della responsabilità del professionista sanitario.

Allorché il contrasto tra le parti verta sull'*an* del credito, prima ancora che sul *quantum* e, l'accertamento riguardi questioni di particolare complessità, tale da non poter essere demandata al consulente tecnico, sarà inammissibile il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*⁴² Non troverà applicazione nemmeno la disciplina della mediazione obbligatoria dell'art. 5, comma 1-*bis*, D.Lgs. 28/2010 che fa esplicito riferimento alle controversie "in materia di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria"⁴³

⁴² V. V. Amirante, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in <http://www.questionegiustizia.it/>, 2017, §3, v. M. Vaccari, *Legge Gelli- Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <http://www.ilprocessocivile.it/>, 2017, §1, il contrasto verte sull'*an* ogni qualvolta sia controversa tra le parti la stessa esistenza del credito, mentre la particolare complessità deve essere riferita non solo agli elementi di fatto ma anche di diritto, la cui soluzione non può di certo essere rimessa ad un consulente.

⁴³ V. M. Vaccari, *L'accertamento tecnico preventivo: probatorio, conciliativo, previdenziale, sanitario*, Milano, 2018, cap. 4, pag. 198, nulla vieta che anche in questo caso la parte interessata promuova il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* che sarà soggetta a questa disciplina e non a quella dell'art. 8 L. 24/2017.

La norma trova applicazione nei casi in cui si agisca, direttamente, con azione di diretta contro l'impresa assicurativa della struttura o dell' esercente, azione prevista dell' art. 12, L. 24/2017, il cui comma 1 espressamente fa salve le disposizioni dell' art. 8 L. 24/2017.

L'esplicito richiamo alla domanda di risarcimento del danno proposta "innanzi al giudice civile" fa sì che si debba escludere l'applicabilità di tale previsione nell'azione civile esercitata nell'ambito del giudizio penale secondo quanto dispone l'art. 185 c.p.⁴⁴; in questa sede non è possibile nemmeno la proposizione della mediazione obbligatoria, l'art 5, lett. g), comma 4, del D.Lgs. 28/2010, infatti, la esclude espressamente.

La condizione di procedibilità *ex art. 696-bis c.p.c.* non va assolta nemmeno nei casi in cui la controversia sia devoluta ad arbitri *ex art. 806 c.p.c.*, diversamente è previsto dall'art. 5, comma 5, D.lgs. 28/2010 per cui la mediazione opera come condizione di procedibilità anche dell'arbitrato.⁴⁵

La legge n. 24/2017 disciplina anche le azioni di rivalsa con cui si mira a gravare del risarcimento del danno la struttura sanitaria o il medico che abbiano agito, nei confronti del paziente, con dolo e colpa grave. È necessario verificare, per queste azioni, l'obbligatorietà della condizione di procedibilità *ex art. 8 L. 24/2017*, la risposta anche in questo caso deve essere negativa in quanto, sotto il profilo oggettivo, non attengono specificamente al risarcimento del danno⁴⁶.

Tuttavia il tema pone anche un ulteriore dubbio: la domanda di risarcimento del danno potrebbe essere dedotta a fondamento di un'eccezione o di una domanda riconvenzionale? Ci si chiede quindi se, anche in questi casi, debba essere esperito obbligatoriamente il tentativo di conciliazione nelle due forme alternative della consulenza tecnica preventiva e della mediazione obbligatoria. Dal tenore letterale

⁴⁴ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 435.

⁴⁵ V. M. Vaccari, *L'accertamento tecnico preventivo: probatorio, conciliativo, previdenziale, sanitario*, Milano, 2018, cap. 4, pag. 199, l'Autore specifica che con la previsione in esame l'ordinamento giuridico ha accertato la natura non cautelare del procedimento di consulenza tecnica preventiva, diversamente infatti avrebbe reso applicabile il disposto dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. cioè la norma relativa al procedimento cautelare uniforme.

⁴⁶ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 3. Nello stesso senso vedi . R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1202, §84

dell'art. 8 L. 24/2017 sembrerebbe doversi dare risposta negativa, il legislatore infatti subordina la domanda di risarcimento del danno alla proposizione dell'istanza di consulenza tecnica preventiva che deve precedere l'istaurazione del giudizio di merito, mentre la proposizione dell'eccezione o della domanda riconvenzionale da parte del convenuto avverrà necessariamente a processo già instaurato.

La soluzione tuttavia non è soddisfacente se si esamina la questione dal diverso punto di vista delle tutele costituzionali, in particolare con riguardo alla domanda riconvenzionale. La stessa stride con il principio della parità di trattamento tra attore e convenuto, l'assolvimento della condizione di procedibilità infatti dipende dal contenuto della domanda e non dalla posizione processuale della parte.⁴⁷ Anche dal punto di vista sistematico la risposta negativa può essere criticata; esigenze di coerenza impongono di dover adottare un regime uniforme rispetto alla mediazione obbligatoria, alternativa alla consulenza tecnica preventiva, con cui condivide anche la *eadem ratio*; i giudici di merito innanzi al medesimo quesito hanno dato risposta positiva, riconoscendo la proponibilità della mediazione obbligatoria anche al convenuto al momento della presentazione della domanda riconvenzionale.⁴⁸ Tale orientamento prende le mosse da due pronunce della Corte di Cassazione⁴⁹ in cui si esamina l'art. 46 L. 3 maggio 1982, n. 3 in materia di controversie agrarie; la norma prevede che l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una domanda riconvenzionale secondo i criteri di collegamento di cui all'art. 36 c.p.c. La Suprema Corte esclude, invece, la necessità di

⁴⁷ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, n. 4/9, 2017, gli autori affermano che, sebbene in base ad un'interpretazione restrittiva della norma non si potrebbe rispondere positivamente al quesito, consentire di esperire il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* al solo attore potrebbe far sorgere dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 111 della Cost. Nello stesso senso v. M. Adorno, *il nuovo "filtro" dell'art. 696-bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, p. 109, §2, l'Autore giustifica la sua adesione alla teoria per cui è necessario consentire l'espletamento della consulenza tecnica preventiva, soprattutto per le domande riconvenzionali, in base ad un criterio di ordine sistematico, è necessario applicare un regime uniforme tra la consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* e la mediazione obbligatoria *ex art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 28/2010*.

⁴⁸ In tal senso, v. Trib. Verona 21 febbraio 2017 (ord.), in <https://www.101mediatori.it/>; Trib. Bari 28 novembre 2016 (ord.), in <http://www.eclegal.it/>, con nota di M. Brunialti.

⁴⁹ V. M. Vaccari, *L'accertamento tecnico preventivo: probatorio, conciliativo, previdenziale, sanitario* Milano, 2018, cap. 4, pag. 200-201. Cass. 27 maggio 1995, n. 4651 e Cass. 14 novembre 2006, n. 27255.

anteporre alla domanda riconvenzionale il tentativo di conciliazione al ricorrere di determinate circostanze cioè quando: *a)* le parti del giudizio coincidono con le parti del tentativo obbligatorio di conciliazione già svolto; *b)* la domanda riconvenzionale non comporta un ampliamento della controversia perché fondata su questioni già oggetto della conciliazione e quindi in questa sede esaminate.

1.1.4. L'ammissibilità del procedimento ex art. 696-bis c.p.c.: gli orientamenti giurisprudenziali.

Con l'art. 8 L. 24/2017 il legislatore ha effettuato, *ex ante*, un giudizio di ammissibilità e rilevanza della consulenza tecnica preventiva per tutte le controversie che rientrano nell'ambito di applicazione della norma e in base a ciò il giudice è sempre tenuto a disporla. Sebbene questa sia la soluzione maggiormente conforme alla lettera della norma è necessario dare atto della presenza di orientamenti difformi e probabilmente più condivisibili⁵⁰. Potrebbe ad esempio verificarsi il caso in cui la consulenza tecnica sia uno strumento inutile ai fini della composizione della lite e quindi risulterebbe uno spreco di attività in tutti quei casi in cui il giudice, a giudizio già avviato, avrebbe giudicato inammissibile o irrilevante questo mezzo istruttorio. Si ritiene che, nonostante la formulazione della norma, il giudice possa rigettare il ricorso, fatta sempre salva la possibilità per le parti di riproporre l'istanza ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. o di proporre, in alternativa, la domanda di mediazione obbligatoria⁵¹.

L'art. 8 della L. 24/2017 prevede l'obbligatorietà dello svolgimento del tentativo di conciliazione, tuttavia è necessario chiedersi se, al ricorrere di determinate ipotesi non previste dalla legge, il giudizio di merito possa comunque considerarsi procedibile.

I limiti entro cui può ritenersi procedibile il procedimento di consulenza tecnica preventiva non sono individuati compiutamente dall'art. 696-*bis* c.p.c., ciò ha fatto sì che si creassero alcuni orientamenti giurisprudenziali di cui è necessario dare atto, al

⁵⁰ M. Vaccari, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <http://www.ilprocessocivile.it/>, 2017, p. 207.

⁵¹ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §2.

fine di salvaguardare la legittimità costituzionale dell'istituto, per poi capire in quale misura la nuova riforma ha inciso su questi.

È bene sottolineare, preliminarmente, che il contrasto giurisprudenziale muove da un'erronea ricostruzione del procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*⁵².

Il primo orientamento giurisprudenziale⁵³ ritiene che la consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi sia ammissibile solo se la lite risulta circoscritta alla sua componente tecnica. Se invece il contrasto riguarda ulteriori questioni di fatto e di diritto, estranee alle specifiche competenze del consulente l'istanza è da considerarsi improcedibile. Le pronunce giurisprudenziali fondano tale orientamento su due elementi: le questioni in esame non possono essere decise in via sommaria ma devono essere oggetto di uno specifico giudizio di merito svolto nel pieno contraddittorio tra le parti. Nelle medesime pronunce si afferma che la soluzione di tali questioni appare necessaria al fine di formulare i quesiti e per poter compiere il giudizio di ammissibilità e rilevanza delle relazioni peritali rispetto al successivo ed eventuale giudizio⁵⁴.

Si oppone all'orientamento appena citato quello sostenuto da altra parte della giurisprudenza⁵⁵ la quale ritiene che la presenza di ulteriori questioni controverse non osti allo svolgimento del rimedio. Gli orientamenti intermedi ritengono invece che il giudice debba valutare il *fumus* della pretesa azione ovvero, la fondatezza della domanda con riferimento ai profili di merito non rimessi all'accertamento tecnico del consulente⁵⁶.

Dalle pronunce maggiormente restrittive si evince che la giurisprudenza ha considerato la relazione peritale come uno strumento diretto a risolvere la lite e non come uno strumento volto a facilitare la conciliazione tra le parti facendo chiarezza sulla situazione controversa e dando alle parti la possibilità di giungere ad un accordo

⁵² V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1208, §8.

⁵³ V. Trib. Roma, 26 marzo 2015, in www.dirittocivilecontemporaneo.com, secondo cui l'art. 696-bis c.p.c. è ammissibile “solo ove l'assegnazione dell'incarico peritale sia idoneo a risolvere la controversia sull'*an* e sul *quantum*, e ciò sia possibile in quanto gli accertamenti abbiano elevato grado di fattualità... tutto il contrario di quanto solitamente accade in materia di responsabilità medica. Nello stesso senso: Trib. Mantova 4 settembre 2008, Trib. Spoleto 18 maggio 2015, in www.ilcaso.it.

⁵⁴ V. Trib. Roma, 14 gennaio 2014.

⁵⁵ V. Trib. Cremona 14 maggio 2014, Trib. Monza 17 marzo 2015, Trib. Lecce 30 gennaio 2015, in www.ilcaso.it.

⁵⁶ V. Trib. Bologna 16 ottobre 2009, in *Leggi d'Italia*.

transattivo in base a valutazioni di opportunità. In conformità a tali orientamenti restrittivi si dovrebbe ritenere la consulenza tecnica preventiva inammissibile solo perché la lite non è circoscritta ai profili tecnici ma esorbita anche verso questioni ulteriori. Tale impostazione porta quindi a ritenere che quando la lite ricomprende profili diversi da quelli puramente tecnici del giudizio il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* deve essere dichiarato inammissibile, con la conseguenza che il danneggiato dovrà ricorrere al procedimento di mediazione obbligatoria per soddisfare la condizione di procedibilità. Allo stesso tempo si deve escludere che il giudice possa ammettere l'istanza solo dopo aver sommariamente valutato la fondatezza della domanda con riferimento ai profili di fatto e di diritto controversi ed esterni rispetto al perimetro della consulenza tecnica⁵⁷.

Altra parte della dottrina⁵⁸ ritiene, invece, che il giudice possa e debba previamente valutare che la domanda non sia manifestamente infondata ovvero che manchi di alcuno dei presupposti processuali al fine di rigettare o dichiarare inammissibile il ricorso per evitare che il suo svolgimento determini uno spreco di risorse processuali contrario ai principi di ragionevole durata del processo. Ma dobbiamo chiederci come la parte deve procedere in seguito al rigetto o alla declaratoria di inammissibilità del ricorso; sul punto possiamo dare atto della presenza di orientamenti difformi: a) uno⁵⁹ ritiene che in tali circostanze sarebbe possibile per la parte promuovere il giudizio di merito; b) altri⁶⁰ ritengono che sia possibile considerare soddisfatta la condizione di procedibilità solo quando l'istanza *ex art. 696-bis c.p.c.* è rigettata nel rito; c) in terzo luogo vi sono coloro⁶¹ che sostengono l'opinione per cui a seguito del rigetto o della

⁵⁷ V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1209, §8, l'Autore ritiene di non poter condividere tale impostazione, la funzione della relazione è quella di facilitare la conciliazione tra le parti e a tale scopo va impiegata anche quando la controversia attiene a questioni diverse e ulteriori rispetto a quelle meramente tecniche.

⁵⁸ V. M. Vaccari, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <http://www.ilprocessocivile.it/>, 2017, p. 208.

⁵⁹ V. G. Olivieri, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in www.judicium.it, 2017, §3.

⁶⁰ V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p.1210, §8

⁶¹ V. M. Vaccari, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <http://www.ilprocessocivile.it/>, 2017, p. 208.

declaratoria di inammissibilità dell'istanza la parte debba soddisfare la condizione di procedibilità tramite la proposizione della mediazione obbligatoria prima di poter avviare il giudizio di merito. Le soluzioni sub *a*) e sub *b*) potrebbero tuttavia indurre le parti alla proposizione di istanze manifestamente inammissibili al solo scopo di soddisfare la condizione di procedibilità; al contrario la soluzione sub *c*) sembra considerare maggiormente la *ratio* conciliativa dell'istituto che può realizzarsi solo quando vi è un effettivo confronto tra le parti.

1.1.5. Il procedimento.

La lettera dell'art. 696-*bis* c.p.c. nulla dice relativamente alle modalità con cui deve essere proposto l'espletamento della consulenza tecnica preventiva; si ritiene a tal proposito applicabile l'art. 693 c.p.c. nella parte in cui prevede che "l'istanza si propone con ricorso al giudice che sarebbe competente per la causa di merito", nel caso di urgenza il ricorso può essere proposto al tribunale del luogo dove la prova deve essere assunta. Il ricorso dovrà contenere, inoltre, l'esposizione sommaria delle domande o eccezioni a cui la prova è preordinata, al fine di consentire l'individuazione della successiva domanda risarcitoria.

La condizione di procedibilità si ritiene soddisfatta al momento della presentazione del ricorso *ex art. 696-bis* c.p.c. e non anche al momento della conclusione dello stesso, di ciò troviamo conferma nella lettera dell'art. 8 L. 24/2017 il quale afferma che "la presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento". L'inosservanza dell'obbligo impedisce, non già la proposizione della domanda, ma la prosecuzione del giudizio di merito eventualmente istaurato⁶². L'adempimento della condizione di procedibilità, laddove non si raggiunga una conciliazione tra le parti, fa sì che la domanda diventi procedibile; in questo caso l'art 8 L. 24/2017 prevede che "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

⁶² V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*. in www.judicium.it, n. 3/2017, §2.1.

procedura civile. Il tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti, si applicano gli articoli 702-*bis* e seguenti del codice di procedura civile”.

Si prevede l'applicazione della disciplina del procedimento sommario di cognizione, ciò non pone dubbi particolari, infatti, la tipologia di rito prevista sembra del tutto coerente con il fatto che è già stato effettuato l'accertamento tecnico e la relazione redatta dall'esperto può essere acquisita agli atti del giudizio di merito per cui è facile immaginare come non residuino spazi per una complessa istruzione probatoria⁶³. La maggior parte degli interpreti⁶⁴ affermano che anche nel caso in cui la consulenza non sia stata completata nel termine previsto o nei casi di particolare complessità dell'istruzione il giudice possa sempre disporre il mutamento di rito.

1.1.6. La competenza.

Ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c., l'istanza di consulenza tecnica preventiva si propone con ricorso “al giudice competente” secondo le comuni regole del codice di procedura civile (artt. 7 ss. c.p.c.) ed è successivamente depositato presso la cancelleria dello stesso.

Data l'assenza di una norma che attribuisca la competenza per materia⁶⁵, la stessa va individuata a seconda del valore della controversia in capo al giudice di pace o in capo al tribunale. Per quanto riguarda la competenza territoriale, fino all'entrata in vigore

⁶³ Di ciò tratteremo più specificamente nel paragrafo 3.2 di questo elaborato.

⁶⁴ V. C. Consolo, P. Bertolini, A. Buonafede, in *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6, p. 767, §3, nello stesso senso vedi G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 3, Napoli, p. 672, §6.6.

⁶⁵ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §2.3, l'Autore riporta il dibattito relativo alla natura cautelare della c.t.u., per coloro che propendono per la soluzione positiva del problema sussiste una connessione tra la c.t.u. preventiva e il successivo ed eventuale giudizio di merito, ciò viene affermato sulla base degli artt. 696-*bis* c.p.c. e 693 c.p.c. Nell'art. 696-*bis* c.p.c. nulla si dice in materia di competenza ma se si esamina l'art. 693 c.p.c., ancorché non espressamente richiamato per la c.t.u. preventiva, si legge che l'istanza di istruzione preventiva deve essere proposta con ricorso al giudice competente per la causa di merito; è proprio questa norma che raccoglie “le suggestioni della giurisprudenza e stabilisce un nesso indissolubile tra consulenza preventiva e merito che non trova, altrimenti, alcun addentellato normativo”.

della L. 24/2017 la giurisprudenza della Corte di Cassazione distingue a seconda che il paziente agisse nei confronti della struttura sanitaria pubblica o convenzionata ovvero di una struttura sanitaria privata o direttamente nei confronti del medico.

Nel primo caso la Cassazione nella sentenza 2 aprile 2009, n. 8093 afferma la competenza del tribunale nella cui circoscrizione si trova la sede della struttura ospedaliera, ovvero il luogo in cui si è verificato il fatto produttivo del danno nel caso di un fatto illecito. Nella pronuncia la Corte ribadisce come in questo caso la struttura ospedaliera pubblica o convenzionata operi in adempimento di un dovere di prestazione direttamente discendente dalla legge, attivato automaticamente dalla richiesta del cittadino-utente che in sostanza esercita un diritto; proprio tale circostanza, insieme alla mancata stipulazione di un contratto neppure tacito, impedisce di poter sussumere la fattispecie nella disciplina consumeristica (D.Lgs. 206/2005), di conseguenza risulta impossibile attribuire la qualifica di “consumatore” al paziente e di “professionista” alla struttura ospedaliera pubblica o convenzionata⁶⁶. Nel caso in cui, durante il rapporto tra l’utente e la struttura sanitaria convenzionata, si verifichi l’espletamento di ulteriori prestazioni aggiuntive direttamente a carico dell’utente e non del Servizio Sanitario Nazionale, il rapporto, da considerarsi unitariamente, dovrà classificarsi contrattuale in quanto l’azienda sanitaria si è posta

⁶⁶ V. Cass. 2 aprile 2009, n. 8093 “La conclusione che nega la ricorrenza del contratto non è in alcun modo configgente con la comune ed ormai acquisita qualificazione come contrattuale della responsabilità della struttura ospedaliera anche pubblica, evocata con insistenza dalla parte istante, e presente da tempo nella giurisprudenza della Corte. Tale affermazione, infatti, non sottende (vedi, peraltro, a quel che consta, Cass.Civ. Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826 in diverso senso) che quando ci si rivolge alla struttura del Servizio Sanitario Nazionale o ad una struttura convenzionata si stipuli un contratto, ma vuole significare che la cattiva esecuzione della prestazione dà luogo a responsabilità contrattuale nel senso di responsabilità nascente dall’inadempimento di un obbligo preesistente o dalla sua cattiva esecuzione e non nel senso di responsabilità per inadempimento di un contratto o per la sua cattiva esecuzione. Il concetto di responsabilità contrattuale, cioè, viene usato nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso, comune alla dottrina in contrapposizione all’obbligazione da illecito extracontrattuale, di responsabilità che nasce dall’inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, che nella specie sta a carico della struttura del Servizio Sanitario Nazionale. La lettura delle motivazioni, anche al di là di quanto sembra talvolta suggeriscano le massime, evidenzia che la Corte (salvo appunto la sentenza sopra citata) non ha qualificato il rapporto che sorge dall’accettazione della richiesta da parte della struttura sanitaria del Servizio Sanitario nazionale, direttamente operante o operante in convenzione, come contratto, ma si è sempre soffermata sulla natura della responsabilità, ricorrendo alla figura della responsabilità contrattuale nei sensi indicati”.

direttamente nei confronti dell'utente come "professionista"⁶⁷. Allo stesso modo un rapporto di tipo contrattuale si instaura tra paziente e struttura sanitaria privata non convenzionata, in tal caso la competenza territoriale si dovrà individuare in base alla disciplina del foro esclusivo del consumatore⁶⁸. Stessa disciplina trova applicazione nella terza ipotesi, nel caso in cui la prestazione sia stata eseguita sulla base di un contratto di prestazione di opera professionale concluso tra paziente e medico; tale contratto viene ricondotto nell'ambito dei contratti del consumatore anche quando non risulti essere stato stipulato in forma scritta, consentendo quindi al paziente di agire davanti al foro del luogo dove risiede⁶⁹.

La legge 24/2017 tra le novità di maggiore importanza ha modificato anche il titolo di responsabilità in forza del quale la struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, risponde delle condotte dolose o colpose poste in essere dagli esercenti la professione sanitaria, sia nel caso in cui questi siano dipendenti della struttura, sia che questi siano stati specificatamente scelti dal paziente anche tra soggetti non dipendenti della struttura stessa. La responsabilità oggi è ricostruita nei termini di responsabilità contrattuale *ex artt.* 1218 e 1228 c.c., se ciò è corretto allora si dovrebbe dubitare della correttezza della pronuncia della Cassazione nella parte in cui esclude l'applicabilità della regola del foro esclusivo del consumatore⁷⁰.

Ove la causa dovesse appartenere per valore alla competenza del giudice di pace, si ritiene che il ricorso debba essere presentato dinanzi a quest'ultimo, ciò sulla base di una interpretazione analogica dell'art. 696 c.p.c. con cui si consente anche al giudice di pace di concedere le misure cautelari dell'accertamento tecnico preventivo⁷¹.

⁶⁷ In questo senso v. G. Olivieri, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in www.judicium.it, 2017, §3.

⁶⁸ V. Cass. 2 aprile 2009, n. 8093. Art. 33, comma 2, lett. u), D.Lgs. 206/2005.

⁶⁹ V. Cass. 20 marzo 2014, n. 13944.

⁷⁰ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 667.

⁷¹ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 672, §6.6, un profilo di criticità della norma lo si riscontra nei casi in cui il giudizio sia di competenza del giudice di pace (art. 7 c.p.c.) poiché il procedimento *ex art.* 702-bis c.p.c. opera solo per i procedimenti di competenza del tribunale in composizione monocratica. L'Autore a proposito parla di una vera e propria svista del legislatore e ipotizza, sfruttando il precedente costituito dal D.Lgs. 150/2011, la possibilità di una lettura estensiva della norma che consentirebbe di proporre un ricorso *ex art.* 702-bis c.p.c. anche davanti al giudice di pace (D.Lgs. 150/2011), anche se in questi casi il rito subirebbe necessariamente delle variazioni (ad esempio l'impossibilità per il giudice di pace di trasformare il rito in ordinario). L'Autore infine giunge alla conclusione per cui non è possibile

1.1.7. *La nomina del consulente tecnico e la fissazione dell'udienza.*

Successivamente al deposito del ricorso al giudice spetta la nomina del c.t.u. Se sul punto la disciplina codicistica non è particolarmente dettagliata, richiedendo soltanto che il consulente abbia una “particolare competenza tecnica” (art. 61 c.p.c.), la L. 24/2017 all’art. 15 detta ulteriori requisiti dei quali devono essere in possesso i consulenti tecnici per poter essere nominati. L’incarico deve essere conferito ad “un medico specializzato in medicina legale e ad uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi” e che siano “in possesso di adeguate e comprovate competenze nell’ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi” (artt. 8, comma 4, e 15 L. 24/2017)⁷². Il riferimento a tali ultime capacità è fondamentale per consentire al consulente di tentare una conciliazione tra le parti prima del deposito della relazione, realizzando così la finalità deflativa propria dell’istituto⁷³. La *ratio* della norma si

proporre il ricorso *ex art. 702-bis* c.p.c. davanti al giudice di pace, l’attore deve quindi agire danti a questo con atto di citazione, comunque idoneo a far salvi gli effetti della domanda. Del tema tratteremo in modo più specifico nel paragrafo 3.2.4.

⁷² V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 437, nota 9, le maggiori critiche che sono mosse nei confronti di questo istituto si basano proprio sul fatto che non vi è necessariamente la coincidenza tra qualità di perito e capacità conciliative.

⁷³ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 438, l’Autrice ritiene di poter desumere dalla lettera dell’art. 15 L. 24/2017, che valorizza le competenze conciliative del consulente tecnico, la possibilità che il consulente svolga il tentativo di conciliazione anche prima del termine delle indagini tecniche. Il legislatore ha quindi fornito un modello flessibile e adattabile caso per caso alle necessità correnti, tale da consentire l’utilizzo proficuo dei risultati provvisori dell’attività svolta, cercando di avvicinare progressivamente le posizioni delle parti. Di opinione contraria V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §2.2, l’autore ritiene che il consulente, esperto nell’ambito della scienza medica, molto probabilmente non potrà avere adeguate capacità di conciliazione e di mediazione, capacità che non possono essere recuperate nemmeno in base al disposto dell’art. 15 L. 24/2017 che, con norma generica,

comprende agevolmente considerando l'ambito nel quale il consulente è chiamato ad operare; le cause di risarcimento del danno in materia di responsabilità medica, per la loro particolare delicatezza, richiedono specifiche conoscenze e competenze.

È necessario sottolineare come l'art. 15 L. 24/2017 in realtà riguarda non solo il procedimento di cui all'art. 8 L. 24/2017, ma anche i giudizi di merito. Particolari criteri di scelta sono previsti con riferimento alle modalità di nomina, alla tipologia di specializzazione riferita alla professione sanitaria, alle competenze e alle esperienze professionali.

I commi 2 e 3 dell'art 15 della L. 24/2017 regolano il requisito dell'iscrizione all'albo, la norma opera un diretto richiamo all'art. 13 delle disposizioni attuative del codice di procedura civile, con riferimento ai consulenti, e all'art. 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale con riferimento alla figura del perito. Tuttavia la norma richiede ulteriori formalità; devono infatti essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina, deve essere fatta espressa menzione della esperienza professionale maturata, il numero e la tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati. Si dispone che gli albi dei consulenti e dei periti vengano aggiornati almeno con cadenza quinquennale (art. 15, comma 3). Tutto ciò consentirà di individuare caso per caso il consulente o il perito più esperto da nominare sulla base della natura della controversia e quindi della disciplina specificamente coinvolta.

Dall'esame letterale dell'art. 15, comma 1, L. 24/2017 si evince che il giudice dovrebbe nominare un collegio di periti formato da almeno un "medico specializzato in medicina legale e⁷⁴ a uno o più specialisti". In molte circostanze ben potrebbe risultare eccessiva la nomina di un collegio, alcuni autori pertanto ritengono possibile per il giudice nominare validamente anche un solo consulente, la disposizione in esame non prevede nemmeno, come sanzione per la mancata nomina del collegio di

rimette al giudice la scelta di un consulente che sia in possesso di "adeguate e comprovate" competenze nell'ambito della conciliazione.

⁷⁴ Tale interpretazione è sostenuta dal dato letterale, il legislatore ha infatti utilizza la congiunzione "e" e non anche la disgiuntiva "o", proprio a far intendere la necessità di nominare tanto un medico specializzato, quanto uno o più specialisti.

consulenti, la nullità della consulenza stessa e ciò ne confermerebbe il carattere non inderogabile⁷⁵.

Il comma 4 dell'art. 15 della L. 24/2017 introduce una previsione specifica con riferimento alle modalità di determinazione del compenso globale spettante al collegio; si esclude espressamente l'applicazione dell'art. 53 del T.U. in materia di spese di giustizia di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il quale prevede che: "Quando l'incarico è stato conferito ad un collegio di ausiliari il compenso globale è determinato sulla base di quello spettante al singolo, aumentato del quaranta per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio, a meno che il magistrato dispone che ognuno degli incaricati deve svolgere personalmente e per intero l'incarico affidatogli". Ci si interroga quindi sul motivo della decisione di escludere l'aumento del quaranta per cento per "ciascuno degli altri componenti" e, quindi, del motivo per cui si vuole riconoscere all'intero collegio la retribuzione che solitamente viene corrisposta ad un solo consulente, considerato inoltre l'alto grado di specializzazione richiesto agli esperti nelle materie di colta in volta richiamate⁷⁶. Alcuni autori tuttavia ritengono che il trattamento differenziato che indubbiamente viene riservato a chi presta la propria opera professionale nei giudizi aventi ad oggetto la responsabilità medica, non sia tale da valicare i limiti della discrezionalità propria del legislatore ordinario essendo così al riparo da censure di incostituzionalità⁷⁷.

Riguardo le modalità con cui il consulente tecnico deve esperire la sua attività non si pongono particolari problemi in quanto è lo stesso art. 696-bis, comma VI, c.p.c. a richiamare espressamente gli artt. da 191 a 197 c.p.c. (Della nomina e delle indagini del consulente tecnico).

Il giudice, con decreto, fissa la data dell'udienza per il giuramento del c.t.u. e per la formulazione dei quesiti. Tanto il ricorso quanto il decreto devono essere notificati alla

⁷⁵ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 671, §6.4. Nello stesso senso v. G. Olivieri, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in www.judicium.it, 2017, §3.

⁷⁶ Credo quindi che si potrebbe forse giungere alla formulazione di un'ipotesi di illegittimità costituzionale della norma per contrasto agli artt. 3 e 36 della Cost. in quanto non viene assicurato il medesimo trattamento ai membri del collegio formato ai sensi dell'art. 15 L. 24/2017, rispetto a quello garantito dal T.U. in tutti gli altri casi.

⁷⁷ V. S. E. Aliferopolus, A. De Cosmo, *Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti*, in *La responsabilità sanitaria commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, 2017, p.498.

controparte. Autorevoli autori⁷⁸ ritengono inoltre che tale notificazione determini l'interruzione della prescrizione, applicando, anche in questo ambito, quanto previsto nell'art. 445-*bis* c.p.c., comma III.

1.1.8. I possibili esiti della consulenza tecnica preventiva.

Dopo aver trattato delle modalità con cui si introduce e si svolge la consulenza tecnica preventiva è necessario capire quali sono gli esiti cui la stessa può giungere.

Tre possono essere gli esiti del tentativo di conciliazione: potrebbe esservi un esito positivo, negativo o il procedimento potrebbe non concludersi nel termine perentorio di sei mesi indicato espressamente dall'art. 8 L. 24/2017. Diverso è invece il caso in cui sia iniziato il procedimento nella forma del processo ordinario senza l'adempimento della condizione di procedibilità.

Se il tentativo di conciliazione ha esito positivo si forma il processo verbale che deve essere depositato presso la cancelleria del giudice. Il giudice prima di omologare il verbale è tenuto a verificarne la regolarità formale tramite l'esame dell'accordo conciliativo e delle sottoscrizioni dei soggetti che vi hanno preso parte, deve inoltre verificare i limiti oggettivi della conciliazione⁷⁹ e la non contrarietà ad ordine pubblico delle prestazioni pattuite nell'accordo. All'esito positivo di tutti questi accertamenti segue l'omologazione del verbale che così diviene titolo esecutivo utilizzabile nelle procedure di esecuzione in forma specifica, di espropriazione e può essere impiegato per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Proprio per favorire il ricorso a tali metodi di composizione della lite il legislatore, nel comma IV dell'art. 696-*bis* c.p.c. ha esentato il processo verbale da imposta di registro al pari di quanto già previsto in tema di mediazione.

⁷⁸ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 668, nota 43, sul punto la disciplina differisce da quanto espressamente previsto in tema di mediazione obbligatoria, l'art. 5, comma 6, D.Lgs. 28/2010 prevede che "dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale".

⁷⁹ Il giudice deve accertare che il tentativo di conciliazione abbia avuto ad oggetto una controversia in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica.

È possibile che il tentativo di conciliazione fallisca, in questo caso, così come nel caso in cui il procedimento non dovesse concludersi entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile, ciò vuol dire che la condizione di procedibilità si intende soddisfatta (art. 8, comma 3, L. 24/2017)⁸⁰. Un profilo di criticità della norma si ha in merito all'individuazione del *dies a quo* del termine per introdurre il giudizio di merito che, dall'art. 8, comma 3, L. 24/2017, coincide con il momento del deposito della consulenza tecnica; la norma non considera la circostanza che le parti interessate ne abbiano avuto o meno conoscenza, potendo così accadere che il termine cominci a decorrere e spiri ad insaputa delle stesse. Si ritiene che gli interpreti dovrebbero porre rimedio a tale circostanza interpretando la norma nel senso che il termine inizierà a decorrere non dal momento del deposito della relazione ma dal momento in cui di tale deposito sia stata data comunicazione alle parti, ad opera del tribunale nel caso della consulenza tecnica preventiva e dell'organo di mediazione nel caso di mediazione obbligatoria⁸¹.

Dal punto di vista degli effetti processuali della domanda, come afferma il comma 3 dell'art. 8 della L. 24/2017, al fine di conservare gli effetti dell'originaria domanda il ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*, deve essere depositato nei novanta giorni successivi al deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi dalla presentazione del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* Se sono fatti salvi gli effetti della domanda originaria il processo riprenderà dalla prima udienza, quella in cui era stato ordinato l'assolvimento della condizione. Dalla lettera della norma in esame sembrerebbe quindi possibile collegare al deposito del ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* effetti sostanziali e processuali analoghi a quelli della domanda giudiziale, anche se né l'art. 8, né l'art. 696-bis c.p.c. specificano quali siano questi effetti⁸². La norma fa

⁸⁰ V. A. Panzarola, *Sub art. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007, p. 281, §13, il legislatore, distaccandosi dall'idea proposta nel progetto di legge, non ha dato rilevanza all'esito negativo del tentativo di conciliazione con riguardo alle spese e ai danni della successiva fase giurisdizionale.

⁸¹ V. C. Consolo, P. Bertollini, A. Buonafede, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6, p. 765, §1.

⁸² V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 672, §6.6, l'Autore analizza gli effetti cui fa riferimento la norma; tali effetti sono sicuramente quelli che sono stati prodotti con il deposito e la notificazione della domanda contenuta nel ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* cioè l'interruzione della prescrizione, l'effetto si produce in quanto il ricorso, in base all'art. 2943 c.c., opera come

riferimento a tutti gli effetti della domanda anche quelli processuali diversamente, l'art. 5, comma 6, D.Lgs. 28/2010 indica espressamente quali sono gli effetti prodotti dalla presentazione dell'istanza di mediazione cioè interruzione della prescrizione e impedimento della decadenza, senza menzionare tra questi gli effetti processuali. Particolare attenzione va posta con riguardo agli effetti della domanda giudiziale, è necessario distinguere gli effetti riconducibili alla proposizione della domanda giudiziale da quelli connessi alla pendenza del giudizio ed eventualmente dall'accoglimento della domanda. La proposizione della domanda giudiziale determina l'interruzione della prescrizione che si produce dal momento del deposito del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* mentre, dall'eventuale proposizione del ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* si ha la conservazione di tale effetto. Diversi sono gli effetti connessi alla pendenza del giudizio: *a)* effetto sospensivo della prescrizione; *b)* impeditivo della decadenza; *c)* tutti gli effetti processuali propri della domanda. La differenza con i primi riguarda il momento in cui iniziano ad operare, essi si producono con l'effettiva proposizione dell'atto introduttivo del procedimento sommario di cognizione ma retroagiscono al momento del deposito del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*

Se invece i novanta giorni previsti scadono, senza che sia stato presentato il ricorso da nessuna delle parti, il processo si estinguerà ai sensi dell'art. 307 c.p.c. Successivamente all'estinzione del procedimento è ben possibile che l'attore riproponga la domanda e se il nuovo atto introduttivo non apporta delle modifiche al *thema decidendum* del precedente la condizione di procedibilità potrà considerarsi assolta. Nel caso in cui, invece, la domanda di consulenza tecnica preventiva non venga mai presentata, nonostante il giudice abbia ordinato l'adempimento della condizione, l'unica soluzione possibile sembra essere quella per cui la parte, che abbia

costituzione in mora, quindi opera anche nel caso di mancato deposito del ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* Inoltre il ricorso presentato ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c. può farsi rientrare tra i giudizi "conservativi", richiamati dall'art. 2945 c.c., che ricollega a questi l'effetto della sospensione della prescrizione. Gli effetti sono salvi laddove nel termine di novanta giorni sia presentato il ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* se invece del ricorso viene aperto un procedimento ordinario con atto di citazione si ritengono comunque salvi gli effetti della domanda a condizione che venga rispettata la sequenza degli atti: nei novanta giorni dovrà essere compiuta tanto la notifica dell'atto di citazione quanto il deposito presso la cancelleria del giudice (ciò in base alla costante giurisprudenza che ha sempre affermato l'equipollenza tra ricorso e citazione al sussistere della condizione appena indicata).

interesse al rigetto della domanda presenti domanda di fissazione dell'udienza al fine di ottenere, in questa sede, la pronuncia di improcedibilità⁸³.

1.1.9. Mancato assolvimento della condizione di procedibilità e conseguenze processuali.

Potrebbe accadere che il danneggiato proponga l'azione di risarcimento senza prima aver soddisfatto la condizione di procedibilità, le conseguenze di tale circostanza si evincono dal testo dell'art. 8 L. 24/2017.

La disciplina ricalca, in gran parte, quella già prevista dal nostro legislatore per il caso del mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione; "l'improcedibilità" che consegue all'inosservanza dell'obbligo posto dall'art. 8 L. 24/2017, "deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza". Ci troviamo in questo caso innanzi ad una eccezione in senso lato⁸⁴, cioè un'eccezione che può essere rilevata d'ufficio dal giudice ovvero sollevata dalla parte; anche il procedimento in relazione al rilievo della improcedibilità è analogo a quello previsto per il caso della mediazione obbligatoria. L'eccezione deve essere sollevata, per espressa previsione normativa, "non oltre" il termine della prima udienza di comparizione e trattazione *ex art. 183 c.p.c.*; questa opera come onere in capo al convenuto mentre opera come dovere in capo al giudice, dovere al quale il giudice non può sottrarsi nemmeno in difetto di iniziativa di parte.

"Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in

⁸³ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, p. 439, §2.

⁸⁴ V. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, volume I, p. 264, le *exceptiones facti* ovvero eccezioni in senso lato sono quelle che possono essere e sollevate dalla parte e rilevate d'ufficio dal giudice. Da queste si distinguono le *exceptiones iuris* ovvero eccezioni in senso stretto, intendendo con questa espressione le eccezioni rilevabili unicamente dalla parte. Non vi sono eccezioni rilevabili solo d'ufficio con la conseguenza che le limitazioni operano solo con riferimento al giudice.

via preventiva ovvero di completamento del procedimento”(art. 8, comma 2, L. 24/2017).

Differentemente dalla mediazione, in questo caso il giudice non fissa l’udienza successiva, saranno le parti, una volta che la domanda sarà divenuta procedibile, a proporla nei modi e nei tempi previsti dall’art. 702-*bis* c.p.c.⁸⁵.

L’art. 8 L. 24/2017 contempla due possibilità: *a)* il procedimento *ex art.* 696-*bis* c.p.c. non è stato espletato alla data della prima udienza; *b)* il procedimento è stato avviato alla data della prima udienza ma non si è concluso.

Nel caso *sub a)* la condizione di procedibilità non si è avverata e la domanda sarà improcedibile rimanendo sempre salva la possibilità di sanatoria; nel caso *sub b)* invece, la condizione di procedibilità è stata assolta, tuttavia, ci si trova nell’ipotesi in cui l’attore ha sì istaurato il procedimento ai sensi dell’art. 696-*bis* c.p.c. ma ha parallelamente proposto la domanda giudiziale, ciò comporta che la prosecuzione del procedimento di merito è condizionata dalla conclusione della procedura conciliativa avviata⁸⁶.

1.1.10. Sanatoria del vizio di improcedibilità.

Nei casi che abbiamo sopra riportato il giudizio di merito è improcedibile l’art. 8 L. 24/2017, tuttavia, regola una modalità di sanatoria del vizio di improcedibilità in entrambe i casi prevedendo l’assegnazione di un termine di quindici giorni in cui

⁸⁵ V. C. Consolo, P. Bertolini, A. Buonafede, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all’art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6, p. 766, §2, in tale circostanza il giudizio è già pendente, il ricorso *ex art.* 702-*bis* c.p.c. opera, in questo caso, come atto di impulso endoprocessuale, ha la finalità di riassumere il giudizio già pendente e di convertire il rito da ordinario a sommario. Ciò anche nel caso in cui il giudizio sia stato in origine già introdotto con ricorso *ex art.* 702-*bis* c.p.c. senza che sia stato preventivamente espletato il tentativo obbligatorio di conciliazione.

⁸⁶ V. C. Consolo, P. Bertolini, A. Buonafede, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all’art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6, p. 764, §1, gli Autori ritengono che nel caso di specie non si sarebbe dovuto prevedere alcun ostacolo all’introduzione e trattazione della causa con rito ordinario. Tuttavia l’art. 8, comma 3, non pone alcuna distinzione prevedendo l’introduzione del giudizio di merito nelle forme dell’art. 702-*bis* c.p.c., la specificità del rito e l’assenza dell’elaborato peritale faranno sì che il giudice disponga il mutamento del rito in ordinario, non essendo tale possibilità esclusa espressamente dalla norma.

l'attore dovrà attivarsi per presentare, innanzi allo stesso giudice⁸⁷, nell'ipotesi *sub a*) dell'istanza di consulenza tecnica preventiva; nell'ipotesi *sub b*) dell'istanza di completamento del procedimento.⁸⁸

La natura del termine di quindici giorni assegnato dal giudice non è specificata dall'art. 8 L. 24/2017, ciò potrebbe creare dei problemi in ordine alla sua qualificazione come ordinatorio o perentorio e, quindi, nell'individuazione della disciplina da applicare. Muovendo dal disposto dell'art. 152, comma II, c.p.c., non essendo stato qualificato espressamente come perentorio sembrerebbe evidente la sua natura ordinatoria e la risposta contraria potrebbe, invece, finire per contrastare con la *ratio* della disposizione; non si ha qui l'intento di sanzionare il danneggiato ma quello di favorire la soluzione conciliativa della controversia. L'uso del condizionale si rende necessario in quanto, secondo una diversa opinione, al termine in questione deve essere attribuita natura perentoria per cui dalla sua inosservanza consegue la declaratoria di improcedibilità della domanda⁸⁹.

⁸⁷ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judiciu.it, 2017, 3, §2.2, che “ nel caso in cui il ricorso *ex art. 696 bis* non sia stato neanche proposto, il giudice assegna il termine di quindici giorni per la presentazione “dinanzi a sé”, così stabilendo la sua competenza. L'autore critica la formulazione della norma in quanto essa ricopia la formulazione dell'art. 445-*bis* c.p.c. senza tenere in considerazione che l'art. 8 L. 24/2017 prevede un termine perentorio di sei mesi per la conclusione della c.t.u. preventiva, non ha quindi senso prevedere la presentazione della “istanza di completamento”; sarebbe stato più opportuno applicare una disposizione analoga all'art. 5 D.Lgs. 28/2010 nella parte in cui prevede che sia il giudice a fissare la “successiva udienza dopo la scadenza del termine” di durata massima della mediazione. Il giudice quindi stabilisce la propria competenza. In questi casi non si può ritenere operante la riserva di competenza in favore del tribunale prevista per i procedimenti cautelari, non essendo questa la natura della consulenza tecnica preventiva; perciò nel caso di competenza per valore del giudice di pace, la stessa rimarrà in capo a lui anche per la trattazione del procedimento *ex art. 696-bis* c.p.c.

⁸⁸ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 3, Napoli, p. 674, §7, sottolinea l'incompletezza della norma che non è stata adeguata alla previsione della alternatività tra lo strumento della mediazione obbligatoria e della consulenza tecnica preventiva. Quindi il giudice non deve solo verificare che non sia stata presentata istanza di consulenza tecnica preventiva ma dovrà anche verificare la mancata proposizione della domanda di mediazione obbligatoria.

⁸⁹ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9, sebbene parte della giurisprudenza (Cass. Civ. sez. II, 19 gennaio 2005, n. 1064) classificò come perentori i termini che, in base al contesto logico o normativo in cui sono inseriti sono funzionali a garantire le supreme esigenze di celerità del giudizio, di parità tra le parti del giudizio davanti al giudice e d'integrità del contraddittorio, l'autore riflette in modo critico su tale impostazione. Dato il presupposto che tutti i termini acceleratori sono volti ad agevolare il veloce sviluppo del processo tale criterio non può essere impiegato come criterio per distinguere i termini perentori da quelli ordinatori in considerazione

La lettera dell'art. 8 L. 24/2017 solleva perplessità anche con riferimento al caso della mancata conclusione del procedimento di consulenza che sia stato già avviato; non si capisce come la sua positiva conclusione possa dipendere da un atto di impulso processuale della parte consistente nella presentazione "dell'istanza di completamento". L'atto di impulso non corrisponde ad una esigenza processuale, il consulente tecnico, infatti, è tenuto per legge a svolgere il suo incarico salvo l'insorgenza di gravi motivi, per i quali il giudice può ricorrere alla sostituzione dello stesso *ex art. 196 c.p.c.* Quindi l'atto di impulso non ha altro scopo se non quello di far reiterare l'intenzione di proseguire il percorso conciliativo già intrapreso.

Probabilmente sarebbe stato preferibile applicare, anche per questo profilo, una disciplina analoga a quella prevista per il caso di mancata conclusione della mediazione obbligatoria *ex art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 28/2010*, in virtù del quale il giudice fissa l'udienza successiva oltre il termine di tre mesi, sei se l'attore ha optato per il tentativo di conciliazione previsto dall'art. 696-*bis c.p.c.*, dello stesso decreto⁹⁰.

1.1.11. Obbligo di partecipazione al tentativo di conciliazione esperito ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c.

La L. 24/2017 integra la disciplina dell'art. 696-*bis c.p.c.* tramite alcune specifiche disposizioni in cui si prevede tra le altre l'obbligatorietà della partecipazione delle parti al procedimento e relative sanzioni (art. 8, comma 4).

Per trattare l'argomento dobbiamo muovere dall'esame dell'art. 8, comma 4, L. 24/2017 individuando preliminarmente l'ambito soggettivo di applicazione dello stesso; la norma si rivolge a "tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'art. 10"⁹¹; (quest'ultimo riferimento alle imprese di assicurazione verrà ripreso

anche della particolare chiarezza del disposto dell'art. 152, comma II, c.p.c. Il legislatore data la diversità di opinioni sul punto avrebbe dovuto esplicitare la natura del termine qualificandolo espressamente come ordinatorio, prevenendo così equivoci dati da una lettura della norma conforme alle disposizioni vigenti in materia di mediazione.

⁹⁰ V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1205, §6.

⁹¹ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 668, §6.3, ad avviso dell'autore la disposizione opera solo laddove il danneggiato decida di agire anche nei confronti della impresa di assicurazione o,

successivamente in quanto rimando ad un'altra novità introdotta dalla legge Gelli-Bianco, cioè l'azione diretta avverso la compagnia di assicurazione *ex art. 10*, vedi par. 2.1.). Il riferimento a “tutte le parti” non risulta chiaro, specialmente nei casi in cui le responsabilità siano distribuite tra una pluralità di soggetti. In ultimo, quindi, si può affermare che l'indicazione “tutti” ricomprende coloro che sono individuati come responsabili essendo stato istaurato nei loro confronti il giudizio cioè: la struttura sanitaria, l'esercente la professione sanitaria, l'impresa di assicurazione e gli assicurati. L'estensione di tale obbligo è certamente da considerarsi funzionale allo scopo del “filtro”, agevolare la composizione consensuale della controversia tramite la partecipazione diretta di tutti i soggetti coinvolti; solo la concreta interazione con il consulente rende possibile il raggiungimento dello scopo della norma⁹².

nel caso in cui, i destinatari della notifica decidano di estendere la partecipazione all'impresa assicuratrice, potendo anche chiedere in udienza di essere a ciò autorizzati dal giudice ai sensi dell'art. 106 c.p.c. Ciò per evitare che nel corso del processo, l'impresa di assicurazione possa eccepire la sua estraneità al processo e la non opponibilità della consulenza tecnica. A tal proposito v. Cass. 31 maggio 2005, n. 11598, secondo cui la chiamata in causa del terzo, se avviene dopo l'adozione dell'accertamento tecnico preventivo, fa sì che non sia possibile opporre il risultato dell'istruttoria preventiva al terzo stesso. Tale possibilità si riscontra solo nel caso in cui venga comunicato il provvedimento di accertamento tecnico preventivo, in questo modo il terzo assume la qualità di parte nel procedimento di istruzione preventiva, potendo così intervenire nello stesso, svolgendo anche le proprie difese.

⁹² V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, p. 439, §2, la *ratio* della partecipazione obbligatoria si riscontra anche nella mediazione civile e commerciale, in questi ambiti si è formata in giurisprudenza un'opinione consolidata che ritiene necessaria la partecipazione personale delle parti, non essendo possibile la loro partecipazione a mezzo di difensore, quand'anche munito dei poteri di rappresentanza processuale. Trib. Vasto, Giudice: Dott.ssa Maria Rosa Capuozzo, 19 gennaio 2018; Trib. Modena, sez. II, Giudice: Dott. Roberto Masoni, ord. 2 maggio 2016; Trib. Vasto, Giudice: Dott. Fabrizio Pasquale, ord. 9 marzo 2015; Trib. Roma, sez. III, Giudice: Dott. Massimo Morriconi, ord. 19 febbraio 2015; id., ord. 14 dicembre 2014; Trib. Pavia, sez. III, Giudice: Dott. Giorgio Marzocchi, ord. 9 marzo 2015; Trib. Firenze, sez. II, Giudice: Dott.ssa Luciana Breggia, 19 marzo 2014).

Nonostante ci sia stata una sentenza della Cass. civ. sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473 che ha modificato radicalmente l'orientamento affermato dai giudici di merito sulla base di due argomenti principali: 1) l'art. 2, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 28/2010, dispone che “quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude l'accordo”, da ciò è possibile dedurre la sufficienza della partecipazione all'adunanza preliminare per il corretto espletamento dell'obbligo del tentativo di conciliazione. Inoltre dalla lettera del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 non è riscontrabile alcuna norma della quale ricostruire l'onere per le parti intenzionate a promuovere o a coltivare il giudizio di proseguire la mediazione oltre allo stadio di carattere meramente informativo.

2) Vi è inoltre la necessità di non interpretare in modo espansivo le norme introduttive di condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, le quali, definendo ipotesi di cd.

Sempre nel comma 4 dell'art. 8 della L. 24/2017 il legislatore prevede oltre all'obbligo di partecipazione per la compagnia assicuratrice, anche "l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla".

Proprio in vista di tale finalità il legislatore ha arricchito la norma anche di un contenuto sanzionatorio; la sanzione per la mancata partecipazione è la condanna che il giudice dispone con il provvedimento che definisce il giudizio "al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio". Dispone inoltre una pena pecuniaria determinata equitativamente in favore della parte che ha atteso al proprio dovere. Nel caso di mancata formulazione dell'offerta di risarcimento, se la sentenza sarà a favore del danneggiato il giudice dovrà trasmettere copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza delle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza⁹³.

Con riferimento alla mancata partecipazione il legislatore non ha riprodotto nel comma 4, della norma in esame, il contenuto dell'art. 8, comma 5, D.Lgs 28/2010 in tema di mediazione obbligatoria. Questa prevede che "dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo... il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116 c.p.c., comma II, condannando, inoltre, la parte che non ha partecipato al pagamento di una somma pari al contributo unificato per il giudizio a favore del bilancio dello Stato"⁹⁴. La mancata riproduzione della norma, condivisa da

giurisdizione condizionata o limitata, si pongono come eccezione al più generale diritto all'azione *ex art. 24 Cost.*

La giurisprudenza di merito v. Tribunale di Firenze, in persona del Giudice Alessandro Ghelardini, alla data del 5 maggio 2019, in contrasto con quanto affermato dalla Corte, conferma la necessità che il tentativo di conciliazione che opera come condizione di procedibilità si espletato concretamente dalle parti e non solo in modo fittizio. V. <http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2019/05/29/la-mediazione-deve-essere-effettiva-il-tribunale-di-firenze-smentisce-la-cassazione> di S. Campidelli e G. Di Marco, 29 maggio 2019.

⁹³ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 669, §6.3, dalla lettera della norma, l'Autore desume che la formulazione di un'offerta fuori dal procedimento di consulenza tecnica preventiva non abbia l'effetto di liberare l'assicurazione anche se tale conclusione potrebbe lasciare perplessi specialmente quando la somma offerta sia pari o superiore a quella prevista dalla sentenza.

⁹⁴ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §2.4, diversamente da quanto previsto per la mediazione, non è prevista alcuna sanzione nel caso di rifiuto della proposta da parte del danneggiato o mancato raggiungimento dell'accordo conciliativo, in questo caso non si riscontra nemmeno la possibilità per il perito di formulare la proposta conciliativa.

vari autori⁹⁵, evita che una vicenda estranea al processo cioè l'assenza del procedimento di mediazione, costituisca elemento di valutazione nel giudizio della esistenza o meno del diritto.

Il confronto tra il comma 4 dell'art. 8 della L. 24/2017 e il contenuto dell'art. 696-*bis* c.p.c. potrebbe sollevare delle perplessità; la seconda disposizione, infatti, nulla prevede in caso di mancata partecipazione della parte alla consulenza tecnica preventiva. La contumacia della parte non impedisce al giudice di disporre l'assunzione della prova, il tentativo di conciliazione o la proposizione di soluzioni transattive, non impedisce nemmeno l'utilizzo della relazione peritale nel successivo ed eventuale giudizio di merito. Alla luce di ciò quindi possiamo ben cogliere la finalità della specifica previsione *ex art. 8 L. 24/2017*, la partecipazione di tutte le parti non è un necessità processuale, la sanzione mira a garantire la realizzazione dello scopo della norma cioè evitare la diserzione del tentativo di conciliazione con l'intento di favorirlo, la sanzione, infatti, non viene meno né in caso di sussistenza di giustificati motivi né dall'esito della controversia.

La norma è stata oggetto di numerose critiche, gli autori hanno riscontrato nell'art. 8 L. 24/2017 una serie di criticità mettendo in luce profili di incostituzionalità della norma stessa⁹⁶. L'attenzione si è concentrata prima di tutto sulla formulazione in termini assoluti ed incondizionati della norma che prevede l'obbligo di partecipazione al procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*, senza che venga dato alcun rilievo alle ragioni legittimanti l'astensione⁹⁷. La perentorietà della norma stride con l'analoga disciplina dell'art. 8, comma 4-*bis*, D.Lgs. 28/2010 relativa alla mediazione in cui è consentito alla parte, per giustificati motivi, di non prendere parte al procedimento anche quando la partecipazione sia obbligatoria *ex lege* ovvero sia stata disposta dal giudice.

Le ragioni di tale asimmetria normativa possono ricavarsi, in via interpretativa, dalla disciplina del procedimento *ex art 696-bis c.p.c.*; secondo tale interpretazione infatti il giudice deve svolgere un preventivo vaglio di ammissibilità anche al fine di verificare

⁹⁵ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 669, §6.3.

⁹⁶ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9.

⁹⁷ Nello stesso senso vedi C. Consolo, P. Bertolini, A. Buonafede, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6, p. 768, §3.

l'assenza delle ragioni che ostano allo svolgimento della procedura⁹⁸. Siffatta interpretazione tuttavia non poggia su basi giuridiche, non vi è alcuna norma che attribuisca al giudice il dovere/potere di verificare la fondatezza delle motivazioni adottate dalla parte a giustificazione della sua assenza. Inoltre la *ratio* della contumacia è proprio quella di permettere alla parte di decidere di non difendersi in giudizio, decisione che, essendo consentita dall'ordinamento, si sottrae a qualsiasi sindacato di lealtà processuale da parte del giudice⁹⁹. Conferma di ciò si riscontra negli artt. 115 e 116 c.p.c. nella parte in cui si consente al giudice di porre a fondamento della sua decisione i fatti non specificamente contestati ma non gli si consente di considerare la contumacia tra i comportamenti processuali dal quale ritrarre degli argomenti di prova. La perentorietà della norma confligge con la sua stessa *ratio*, non si comprende perché una norma che vuole alleggerire la pressione esercitata sul medico dalle domande risarcitorie, cercando di incentrare il procedimento sulle strutture ospedaliere e le imprese di assicurazione, debba sottrarre allo stesso il diritto alla contumacia¹⁰⁰.

Andando oltre altri dubbi vengono in luce, l'obbligo di partecipazione al procedimento *ex art. 696-bis* c.p.c. quando può considerarsi adempiuto? È sufficiente la mera costituzione in giudizio o è necessaria la personale presenza delle parti a ciascuna udienza o incontro con l'ausiliario? In tema di mediazione si è ritenuta necessaria la partecipazione personale delle parti a tutte le riunioni davanti al mediatore, anche per il tramite di un procuratore speciale purché non identificabile con il difensore. La stessa risposta sembra non potersi dare con riferimento alla disciplina della consulenza tecnica preventiva; in primo luogo perché nella L. 24/2017 non si rinviene alcuna norma analoga all'art. 8, comma 1, terzo periodo, D.Lgs. 28/2010 che afferma: “ al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato”. Dalla mancata riproduzione della norma in esame possiamo dedurre che per soddisfare l'obbligo di partecipazione alla consulenza tecnica preventiva è sufficiente la mera costituzione in giudizio delle parti, non essendo previsto l'obbligo di partecipazione ad ogni incontro. Inoltre si riconosce

⁹⁸ Differentemente la mediazione può essere avviata direttamente dalla parte.

⁹⁹ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9.

¹⁰⁰ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9.

alle parti massima libertà nella scelta delle modalità con cui difendersi nel corso della procedura, potendo scegliere anche di non partecipare personalmente alla procedura ma di farlo indirettamente per il tramite del difensore. Anche ragioni di ordine logico portano alle medesime conclusioni; il mediatore ha come obiettivo quello di facilitare la composizione amichevole della lite che evidentemente avrà maggiori possibilità di riuscita se effettuata alla presenza personale delle parti. Diversamente il ruolo del consulente tecnico si esplica mediante lo svolgimento di indagini peritali con operazioni di carattere meramente tecnico per le quali non è certamente necessaria la partecipazione delle parti.

Anche la disciplina delle sanzioni discendenti dalla violazione dell'obbligo in esame ha sollevato perplessità tra gli studiosi¹⁰¹. Indubbiamente ci troviamo di fronte a sanzioni particolarmente gravi, sanzioni che non sono connesse all'esito del giudizio di merito¹⁰² ma alla mancata partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva, senza neppure dare la possibilità di valutare se tale assenza dipenda da un giustificato motivo o no¹⁰³. Inoltre la condanna viene sempre disposta a favore

¹⁰¹ V. R. Tiscini, A. Bonafine, *La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 L. 8 marzo 2017, n. 24*, in www.judicium.it, §9.

¹⁰² V. C. Consolo, P. Bertolini, A. Buonafede, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6, p. 768, §3, gli Autori mettono in luce dei profili di incostituzionalità della norma per contrasto agli artt. 3 e 24 Cost. La previsione introduce una deroga al principio della soccombenza che è configurabile solo nella misura in cui sia necessaria per tutelare coloro che sono economicamente più deboli. Tuttavia nel caso che stiamo esaminando la disposizione sembra volta a perseguire solo un fine sanzionatorio così da incentivare la partecipazione di tutte le parti alla conciliazione. Nello stesso senso v. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1216, §12, anche a parere dell'autore la norma si espone a profili di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, comma I e II, 24, commi I e II, 111, comma II, Cost. L'unico modo per sfuggire alla censura sarebbe quello di interpretare restrittivamente la formula "spese di consulenza e di lite", limitandole al solo compenso del consulente e alle sole spese di lite relative al procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*, così introducendo una deroga al principio per cui "le spese dell'accertamento tecnico preventivo devono essere poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente, e saranno prese in considerazione, nel successivo giudizio di merito ove l'accertamento tecnico sarà acquisito, come spese giudiziali, da porre, salva l'ipotesi di compensazione, a carico del soccombente" (in questi termini v. Cass. 10 gennaio 2017, n. 324).

¹⁰³ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 439, §2, l'Autrice auspica che si tratti di una vera e propria svista del legislatore, nel caso contrario risulterebbe davvero complesso affermare la compatibilità della norma con i principi costituzionali.

dell'altra parte che è comparsa alla conciliazione, anche quando quest'ultima ha visto rigettata la sua domanda¹⁰⁴ e può raggiungere delle dimensioni economiche rilevanti poiché alla condanna alla refusione delle spese di consulenza e di lite si aggiunge la condanna al pagamento di una pena pecuniaria determinata equitativamente, quindi, potrebbe essere anche superiore all'ammontare del contributo unificato. L'apparato sanzionatorio appare eccessivamente severo soprattutto perché sproporzionato¹⁰⁵ rispetto al disvalore della condotta del contumace. La contumacia non impedisce al giudice di disporre comunque la c.t.p., non impedisce od altera le indagini peritali, non osta all'utilizzabilità della relazione peritale nel successivo ed eventuale giudizio di merito e non sottrae al giudice il potere/dovere di formulare proposte conciliative o transattive. È ben evidente come in realtà la contumacia della parte non sia in grado di alterare in alcun modo lo svolgimento della consulenza tecnica preventiva, differentemente, nel caso della mediazione l'assenza della parte, per cui sono previste sanzioni meno pesanti, impedisce il raggiungimento dello scopo del procedimento perché l'accordo per sua intrinseca natura necessita della partecipazione di tutte le parti.

Sebbene entrambe gli istituti abbiamo come finalità quella di cercare di favorire l'intesa conciliativa tra le parti, la consulenza tecnica preventiva ha una vocazione processuale totalmente assente nella mediazione che permette di utilizzare la perizia anche nel successivo processo di merito come mezzo di prova e che quindi potrebbe giustificare lo svolgimento della procedura anche in forma contumaciale.

Altra criticità dell'apparato sanzionatorio si riscontra nel fatto che l'irrogazione della sanzione prescinde totalmente dalla soccombenza ("*indipendentemente dall'esito del giudizio*" art. 8, comma 4, L. 24/2017). La norma potrebbe avere dei riscontri pratici negativi anche in termini di aggravio dell'attività gravante sui tribunali, potrebbe

¹⁰⁴ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 2017, 3, p. 670, §6.3, nonostante sia evidente la volontà del legislatore di favorire la conciliazione tra le parti, l'autore ritiene che la norma in esame sia irragionevole e presenti anche dubbi di legittimità costituzionale, soprattutto se si considera che nel nostro ordinamento la contumacia non ha questo tipo di effetti.

¹⁰⁵ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 440, nel caso in cui al procedimento abbiano partecipato più parti si avrebbe un enorme aumento dell'importo da versare.

incentivare coloro che hanno partecipato alla consulenza tecnica preventiva ad insistere nelle loro pretese risarcitorie, nonostante la perizia abbia escluso profili di responsabilità in capo ai soggetti che invece sono stati assenti alla procedura, forti del fatto che comunque potranno contare sulla refusione delle spese di consulenza e di lite e della pena pecuniaria determinata equitativamente, senza esporsi ad alcun rischio¹⁰⁶. Anche la composizione della pena merita attenzione. La stessa sembra poter essere ricondotta tra le pene private, cioè quelle pene che operano come strumento di coazione indiretta, con cui si vuole sollecitare il consociato al rispetto del precetto normativo con la minaccia per chi lo infranga della condanna al pagamento di una somma di denaro a favore dell'altra parte¹⁰⁷. Indubbiamente questa è una pena privata che ha caratteristiche peculiari, trova giustificazione in presupposti soltanto obiettivi, cioè nella mancata partecipazione al procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*, nell'ammontare dipende esclusivamente dalla discrezionalità del giudice che la deve determinare equitativamente e, per il fatto che prescinde totalmente dall'applicazione del criterio della soccombenza.

1.1.12. Termine di durata del procedimento e sanzioni in caso di sua inosservanza (art.8, comma 3).

Differentemente da quanto previsto negli artt. 445-*bis*, 696, 696-*bis* c.p.c., l'art. 8, comma 3, L. 24/2017, indica il termine di durata massima del procedimento di consulenza tecnica preventiva, la norma afferma: "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". La norma ha sollecitato l'attenzione degli studiosi per il suo carattere innovativo, essa prevede un termine essenziale in relazione ad un'attività processuale, idoneo a conferire all'istituto un carattere di urgenza proprio dei procedimenti cautelari e che non è possibile riscontrare nella disciplina dell'ATP

¹⁰⁶ V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 1217, §12, nello stesso senso v. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9.

¹⁰⁷ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9.

conciliativo¹⁰⁸. La *ratio* della norma è proprio quella di contenere i tempi per l'esperimento della condizione di procedibilità al fine di non violare i limiti di costituzionalità dell'istituto delineati dalla Corte Costituzionale e di cui si è trattato sopra. Il termine di sei mesi qui previsto si giustifica nella duplicità di scopo della consulenza tecnica preventiva, conciliativo e anticipatorio della fase istruttoria, diversamente da quanto previsto in tema di mediazione dove il termine è fissato in tre mesi.

Altro aspetto che deve sollecitare la nostra attenzione è proprio l'espressa definizione della natura del termine; *nulla quaestio* allorché la perentorietà del termine sia prevista con riferimento ad indagini peritali semplici o in caso di probabile disponibilità delle parti al raggiungimento della conciliazione¹⁰⁹. Totalmente differente è l'ambito di cui stiamo trattando e una dimostrazione di ciò la rinveniamo proprio negli articoli della medesima legge; le controversie che insorgono in materia di responsabilità contrattuale sono, nella maggior parte dei casi, molto complesse, questa è la ragione che ha spinto il legislatore a prevedere stringenti requisiti per la nomina di consulenti e periti, le indagini e le valutazioni possono rivelarsi molto complesse e il numero delle parti in gioco insieme alla delicatezza degli interessi sottesi alle loro richieste fa sì che i rapporti tra queste siano caratterizzati da una spiccata conflittualità. Queste sono state le ragioni che hanno mosso le critiche di vari autori sul punto¹¹⁰.

¹⁰⁸ La natura cautelare dell'istituto ha come conseguenza la non applicazione della sospensione feriale dei termini come previsto anche per la mediazione dall'art. 6, comma 2, D.Lgs. 28/2010.

¹⁰⁹ In materia di mediazione vi sono alcune pronunce che attribuiscono natura ordinatoria al termine, v. Trib. Firenze, 14 settembre 2016, n. 7516 in <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it/2016/10/7516-mediazione-demandata-avvio-tardivo.html>, l'art. 8 L. 24/2017 toglie ogni dubbio circa la natura del termine in cui deve essere conclusa la consulenza tecnica preventiva che è indicato come perentorio. Il termine è fissato in sei mesi, il doppio rispetto a quanto previsto per la mediazione, in relazione alla maggiore complessità dell'attività che deve essere svolta e del tempo che mediamente occorre per il deposito delle relazioni tecniche.

¹¹⁰ V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9, gli autori definiscono la previsione come "frutto di un errore ostativo", il contenuto della norma infatti sarebbe condivisibile solo se prevedesse che, decorsi i sei mesi dal deposito del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*, le parti possano adire l'autorità giudiziaria per ottenere una decisione sulle loro domande e contestazioni. Altri dubbi solleva la previsione di un termine fisso; data la complessità dell'oggetto del contendere e le specificità dei singoli casi, sarebbe stato più opportuno prevedere un termine flessibile che consentisse al giudice di estenderlo al ricorrere di indagini particolarmente complesse.

Peculiare è anche il regime delle conseguenze che derivano dal mancato rispetto di tale termine; l'art. 8, comma 3, infatti, prosegue “la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono fatti salvi se, 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”. Sembra quindi che l'unica conseguenza del decorso del termine riguardi il funzionamento della condizione di procedibilità, se la conciliazione non dovesse riuscire ovvero il procedimento non dovesse chiudersi nel termine perentorio, si considererebbe avverata la condizione di procedibilità e le parti potrebbero continuare ovvero instaurare l'azione risarcitoria.

La norma nulla dispone sull'efficacia e sulla validità degli accertamenti comunque compiuti e della relazione eventualmente depositata. Gli interpreti sul punto hanno elaborato due tesi; la prima ritiene che l'inosservanza del termine perentorio comporti l'inutilizzabilità degli accertamenti compiuti successivamente al decorso del termine, ciò renderebbe necessaria la ripetizione della consulenza tecnica nel giudizio di merito, con un'evidente ricaduta negativa sul procedimento in termini di costi e tempo¹¹¹. La seconda tesi, al contrario, ritiene che il protrarsi delle attività oltre il termine semestrale previsto dalla norma non abbia dirette ricadute in termini di validità dell'attività espletata dopo la scadenza del termine, con la conseguenza che i risultati di questa potranno essere proficuamente acquisiti nel successivo giudizio di merito¹¹².

1.1.13. Acquisizione della relazione peritale nel successivo ed eventuale giudizio.

Una volta instaurato il giudizio innanzi al giudice *ex art. 702-bis c.p.c.* ciascuna delle parti può chiedere l'acquisizione della relazione peritale agli atti del giudizio di merito

¹¹¹ V. M. Vaccari, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <http://www.ilprocessocivile.it>, 2017, §3.

¹¹² V. G. Di Marco, S. Campidelli, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, 2017, 4/9, nello stesso senso v. R. Tiscini, A. Bonafine, *La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 L. 8 marzo 2017, n. 24*, in www.judicium.it, §5. V. M. Ruvolo, S. Ciardo, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it, 2017.

(art. 696-*bis*, comma V, c.p.c.). Quest'ultimo punto ha sollevato diversità di opinioni in dottrina in base al disposto dell'art. 698, comma II e III, c.p.c.; nel primo si afferma 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”, nel secondo invece si stabilisce che il verbale di relazione e i mezzi di prova possono entrare nel processo solo in seguito ad una valutazione di ammissibilità in giudizio da parte del giudice. Sulla base di ciò, quindi, si sostiene che l'accesso al giudizio di merito della relazione non è subordinato solo alla richiesta della parte ma anche alla verifica di ammissibilità e rilevanza della prova, assunta in via preventiva, operata dal giudice di merito.

L'esame delle due disposizioni dell'art 696-*bis* e 698 c.p.c. rende evidente che la consulenza tecnica preventiva ha una sua natura peculiare e una propria finalità conciliativa. Nonostante l'orientamento che ritiene necessario oltre alla richiesta delle parti anche la valutazione di ammissibilità da parte del giudice si basi su una specifica norma, la tesi contraria è quella prevalente; si ritiene sufficiente la previsione contenuta nell'art. 696-*bis* c.p.c. il quale non prevede altro se non la richiesta della parte interessata. Inoltre tale interpretazione rafforza anche il contenuto del comma 3 dell'art. 8, nella parte in cui prevede che il ricorso debba essere presentato nelle forme del rito sommario di cognizione¹¹³. Il procedimento potrà svolgersi in forme più snelle e rapide proprio in virtù del fatto che la fase istruttoria è stata anticipata e che il risultato di quell'attività è acquisito agli atti del giudizio di merito.

Per quanto riguarda la rinnovazione del mezzo di prova l'art. 696-*bis* c.p.c. nulla prevede al riguardo, dal silenzio della norma tuttavia non sembra possibile dedurre il divieto di rinnovazione¹¹⁴. Certo è che nel momento in cui viene riconosciuto al giudice il potere di rinnovare la consulenza è necessario che di tale potere si faccia un uso attento; se infatti si desse luogo alla rinnovazione della consulenza nella maggior parte dei casi risulterebbe frustrata la finalità deflattiva della norma in esame. Consentire l'accesso delle risultanze della consulenza nel giudizio di merito potrebbe

¹¹³ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 436.

¹¹⁴ V. A. Panzarola, *Sub art. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007, p. 301, §18.

avere riflessi positivi sulla volontà delle parti di acconsentire alla conciliazione stragiudiziale, le risultanze della consulenza infatti pur non essendo vincolanti per il giudice potranno essere da lui esaminate in sede di valutazione delle prove. La norma non indica le modalità con cui le parti possono chiedere che la relazione sia acquisita nel processo, la stessa quindi non dovrà essere fatta con formule sacramentali anzi potrà essere contenuta in uno qualsiasi degli atti del giudizio sempre nel rispetto dei termini relativi alle deduzioni istruttorie.

1.2. La mediazione.

1.2.1. Introduzione.

Come sopra specificato nell'originaria formulazione dell'art. 8 L. 24/2017 il legislatore aveva escluso la proponibilità della mediazione in alternativa all'esperimento della consulenza tecnica preventiva. Soltanto nel corso della discussione parlamentare al Senato si è introdotto, nell'attuale formulazione della norma, il riferimento al tentativo obbligatorio di mediazione. La lettera della disposizione non indica una disciplina specifica da applicare a tale istituto, dovendo da ciò dedurre che la disciplina applicabile è quella propria della mediazione racchiusa nel D.Lgs. 28/2010 e, in particolare nell'art. 5, comma 1-*bis*, D.Lgs. 28/2010¹¹⁵.

¹¹⁵ La disposizione è stata introdotta dall'art. 84, comma 1, lett. b), D.Lgs. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98. V. G. Fanelli, *“Inferenze” ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013*, in www.judicium.it, 2014, 1, con la legge di conversione 98/2013 è stata reintrodotta nel nostro ordinamento la mediazione c.d. obbligatoria per determinate materie. L'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento è stata preceduta dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento e del Consiglio europei, preceduto anche dal d.l. 69/2009; i quali tuttavia non prevedevano la necessità di introdurre una forma di mediazione obbligatoria. La legge delega prevedeva espressamente due condizioni: la mediazione doveva essere orientata alla conciliazione, doveva essere ammissibile solo per i diritti disponibili e, comunque non doveva *“precludere l'accesso alla giustizia”*. L'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 regolante le *“Condizioni di procedibilità e rapporti con il processo”* aveva introdotto nel nostro ordinamento la mediazione *“forzata”*, il mancato esperimento del tentativo di conciliazione comportava, come conseguenza, l'improcedibilità della domanda giudiziale; era sorto quindi il sospetto di un eccesso di delega in quanto l'art. 60, comma 3, lett. a) della L.69/2009 prevede che la mediazione con finalità conciliative non deve impedire l'accesso alla giustizia mentre

Dalla formulazione dell'art. 5 D.Lgs. 28/2010 si individua facilmente il tipo di mediazione cui ci riferiamo cioè la mediazione obbligatoria; “chi intende esercitare in giudizio un'azione (...) è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione” e “l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale”. Questi due elementi non costituiscono una novità nel sistema giuridico attuale, basti pensare al tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro; ciò ha fatto sì che tutte le questioni di legittimità costituzionale che sono state sollevate in passato verso tali istituti, ad oggi, siano state pienamente risolte dalla Corte Costituzionale. Da più parti si è affermato che l'introduzione di una fase stragiudiziale quale condizione di accesso alla giustizia violi il diritto di agire in giudizio, quindi, gli artt. 24 e 3 Cost. la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia riguardo a ciò non pongono un'opposizione di principio nei confronti dell'istituto ma lo legittimano soltanto nei casi in cui lo strumento sia regolato in modo tale da non impedire o rendere eccessivamente difficoltoso l'accesso alla giustizia; ciò avviene quando il tentativo di conciliazione si impone come

nulla prevede in relazione alla obbligatorietà della fase pre-processuale. Da più parti quindi erano stati sollevati dubbi circa la legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo D.Lgs. 28/2010, in relazione agli articoli 24 e 77 della Costituzione. Il T.a.r. Lazio con ordinanza di rimessione del 12 aprile 2010, n. 3202, solleva tali dubbi di legittimità costituzionale perché dall'esame del quadro normativo di riferimento, non è possibile individuare né nella legge delega, né nella Direttiva 2008/52/CE, elementi che impongano al legislatore di conferire il carattere dell'obbligatorietà alla mediazione e di configurarla quindi come fase pre-processuale obbligatoria. Il criterio direttivo previsto dall'art. 60, lett. a), L. 69/2009 è orientato ad assolvere il compito di “richiamare l'attenzione sulla necessità di rispettare il principio assoluto e primario dell'ordinamento nazionale e comunitario”. Il T.a.r. Lazio nella medesima ordinanza di rimessione sottolinea come anche i criteri della lett. c) e della lett. n) portano a ritenere illegittimo quanto previsto dall'art. 5 D.Lgs. 28/2010. In definitiva si può affermare l'illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 16 del D.Lgs. 28/2010 per contrasto agli artt. 24 e 77 Cost. in quanto in grado di determinare “un'incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'alienabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale” “tenuto conto della specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, art. 60 della L. 69/2009 che risultano stridenti con le disposizioni stesse”. Nello stesso senso si sono pronunciati anche il Giudice di Pace di Parma con ordinanza dell'1 agosto 2011, il Giudice di Pace di Catanzaro con ordinanza dell'1 settembre 2011 e il Tribunale di Palermo con ordinanza 30 dicembre 2011. Di diversa opinione segnaliamo invece V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 147, l'Autrice non ritiene si possano delineare dei profili di vera incostituzionalità della norma, questa piuttosto può essere definita “norma in bianco” in quanto ampia al punto da consentire la previsione di qualsiasi modello sia obbligatorio che facoltativo.

“condizione di procedibilità”¹¹⁶ e non come “condizione di proponibilità” della domanda e, la domanda di mediazione produce gli stessi effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale¹¹⁷. Lo strumento inoltre è pienamente costituzionale ogni volta in cui la sua finalità è quella di alleggerire il carico di lavoro del giudice e raggiungere la conciliazione nei tempi più brevi possibili.

L’art. 5 D.Lgs. 28/2010 indica espressamente quali sono le materie assoggettate al tentativo obbligatorio di conciliazione, in un primo momento la norma richiamava tra le altre la sola responsabilità medica, senza citare la responsabilità sanitaria; la prima riguarda tutti i casi in cui la responsabilità sorge nel rapporto tra medico e paziente, la seconda, invece, fa riferimento alla responsabilità gravante sulle strutture sanitarie e riguardante l’insufficienza delle apparecchiature della struttura stessa. Questa circostanza aveva creato non pochi problemi dati i numerosi rapporti che possono costituirsi tra i due tipi di responsabilità, tenuto conto anche del fatto che le azioni potrebbero essere proposte congiuntamente e il danno potrebbe derivare da una responsabilità sanitaria. Proprio per questo motivo, alcuni interpreti avevano ritenuto possibile dare una lettura estensiva della norma ricomprendendo, vicino alla responsabilità medica, anche quella sanitaria¹¹⁸. Questa interpretazione estensiva ha manifestato la sua correttezza al punto da spingere il legislatore ad inserire, in un

¹¹⁶ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag.113, nel caso di mancato assolvimento della condizione di procedibilità il vizio deve ritenersi sanabile con efficacia retroattiva, quindi la domanda giudiziale produrrà i suoi effetti sin dalla data di proposizione della prima domanda; questo aspetto inoltre fa sì che la mediazione sia sostanzialmente una condizione di procedibilità e non lo sia solo nel *nomen*. Il mancato assolvimento di una condizione di proponibilità determina, invece, la chiusura in rito del processo, configurandosi come un vizio insanabile.

¹¹⁷ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag.113, ciò fa sì che si debbano applicare regole equivalenti a quelle che operano in relazione agli effetti della domanda giudiziale: prescrizione, decadenza, tutela cautelare, opponibilità a terzi della mediazione.

¹¹⁸ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 124. Nello stesso senso v. R. Barberio, E. de Masi, A. Sirotti Gaudenzi, in *“Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario”*, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 148 ss, L’originaria formulazione della norma si riferiva alla responsabilità medica, si era però diffusa un’interpretazione estensiva della norma con cui, in attuazione dell’art. 3 Cost., si estende la mediazione obbligatoria anche alle controversie in materia di responsabilità sanitaria.

secondo momento, nel testo della norma un esplicito riferimento alla responsabilità sanitaria [Art. 84, comma 1, lett. b), d.l. 21 giugno 2013, n.69].

1.2.2. L'ambito di applicazione.

È necessario preliminarmente individuare l'ambito di applicazione dell'istituto della mediazione in relazione alle controversie derivanti da responsabilità sanitaria.

La giurisprudenza ha distinto la responsabilità medica dalla responsabilità sanitaria, nella prima si riconducono le fattispecie di risarcimento del danno derivante dalla esecuzione di prestazioni mediche e dal contatto sociale tra operatore sanitario e paziente, alla seconda si riconducono le fattispecie di risarcimento per danno imputabile alla struttura sanitaria inadempiente delle obbligazioni derivanti dal contratto di ospedalità. Entrambe le forme di responsabilità appena indicate possono essere ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 8 L. 24/2017¹¹⁹; il soggetto danneggiato che voglia procedere nei confronti della struttura sanitaria, dell'esercente la professione sanitaria o dell'impresa di assicurazione della struttura o dell'esercente, ma che non voglia agire ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c., dovrà avviare un procedimento di mediazione.

Parte della giurisprudenza di merito e alcuni autori¹²⁰ hanno ritenuto che il tentativo di conciliazione vada assolto anche nel caso di nuove domande di risarcimento proposte ritualmente e tempestivamente nel corso di un giudizio già incardinato. Ciò implica che il tentativo di mediazione deve essere esperito anche in relazione alle domande proposte nella forma di domanda riconvenzionale proposta dal convenuto, alla

¹¹⁹ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 133, §2, l'esperimento del tentativo di mediazione costituisce condizione di procedibilità per la domanda di risarcimento proposta dal danneggiato verso l'esercente la professione sanitaria e ciò trova riscontro nel fatto che la partecipazione al giudizio del sanitario assicurato è indicata come necessaria. Inoltre l'art. 12 L. 24/2017 afferma che sono fatte "salve le disposizioni di cui all'art. 8", con ciò prevedendo l'applicazione della condizione di procedibilità nelle due forme alternative anche all'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione del sanitario assicurato.

¹²⁰ Trib. Verona 12 maggio 2016 (ord.), in <http://www.ilcaso.it/>, v. F. Santangeli, "La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado", in www.judicium.it, 2011, §2.

reconventio reconventionis dell'attore, alla domanda di colui che spiega un intervento volontario innovativo o litisconsortile, alla chiamata del terzo e al caso di integrazione del contraddittorio in presenza di litisconsorzio necessario; tutto ciò in attuazione del principio di parità di trattamento tra le parti. Ciò implica che ogni qualvolta il paziente sia convenuto in giudizio dall'esercente la professione sanitaria o dalla struttura sanitaria e ritenga, allo stesso tempo, di aver subito un danno dall'esecuzione della prestazione sanitaria, per il cui risarcimento vuole agire nei confronti della struttura o dell'esercente con domanda riconvenzionale, dovrà assolvere preliminarmente alla condizione di procedibilità con gli strumenti previsti dall'art. 8 L. 24/2017.

Secondo questa tesi¹²¹, nel caso di cumulo successivo di domande non si può ritenere che l'esperimento della mediazione obbligatoria, relativa alla prima domanda, sia in grado di determinare la procedibilità anche delle domande proposte in corso di causa; ad ogni domanda giudiziale, quindi, deve essere collegato lo svolgimento della mediazione obbligatoria, non essendo questo un obbligo da adempiere *una tantum*. Inoltre tale lettura della norma consentirebbe di realizzare la *ratio* dell'istituto; sebbene sia condivisibile il timore che dalla proposizione del tentativo di mediazione derivi l'aumento della durata del procedimento e conseguentemente l'aumento dei costi della procedura, l'intento del legislatore deve essere letto come quello di condurre alla chiusura del giudizio e quindi ridurre il numero delle cause pendenti davanti ai tribunali, garantendo così lo scopo deflattivo dell'istituto¹²².

¹²¹ V. F. Santangeli, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it, 2011, §2, l'autore afferma che: "l'allungamento temporale dell'iter processuale e l'aumento dei costi siano prezzi che, nell'economia del sistema, possono essere pagati senza troppi rimpianti". V. inoltre L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, 2010, l'Autore riconosce come corretta tale interpretazione ma classifica le relative conseguenze come "nefaste e certamente incostituzionali"; afferma quindi che "l'unica soluzione, che possa salvare la norma da una sicura censura di incostituzionalità, sia quella di ritenere che il tentativo obbligatorio si ponga come condizione di procedibilità della domanda giudiziale che introduce il processo, mentre tutte le domande successive, che possono sorgere all'interno del processo stesso, non siano soggette a tale onere. L'alternativa è solo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 5, nella parte in cui assoggetta al tentativo obbligatorio di mediazione anche domande proposte nel corso del processo dalle parti o da terzi".

¹²² Di contrario avviso v. D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rassegna Forense*, 2010, 1, sebbene l'autore riconosca che nelle ipotesi indicate ci si trovi sempre davanti a "domande giudiziali" e, che la Corte di Cassazione abbia esteso l'applicazione dei presupposti di procedibilità dell'azione anche alle domande riconvenzionali (es. Cass. Sez. un., 11 novembre 1991, n. 12006, in www.foro.it) sottolinea comunque la necessità di dare

Tuttavia è bene dare atto della presenza di orientamenti difformi; alcuni autori¹²³ infatti ritengono che dal testo della norma non sia possibile ricavare la presenza di un inequivocabile obbligo di esperire il tentativo di mediazione anche per le domande proposte *lite pendente*. La ragione di tale affermazione può desumersi dall'esame della *ratio* degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, che consiste nel realizzare un effetto deflattivo del contenzioso pendente davanti ai tribunali. Tale obiettivo è facilmente raggiungibile quando il tentativo viene esperito prima dell'inizio del processo mentre le possibilità di successo si riducono notevolmente quando la condizione di procedibilità deve essere assolta a lite già intrapresa, quando cioè già si respira tra le parti un clima di tensione e l'atteggiamento delle stesse non è proiettato verso la pacifica risoluzione del contrasto.

Altro argomento a sostegno della tesi poggia sul dato testuale della norma, chi "intenda esercitare in giudizio un'azione" e il riferimento a chi voglia introdurre una "domanda giudiziale" non devono essere necessariamente individuati in coloro che propongono la singola azione¹²⁴, anche quando il processo è già pendente, in quanto la norma fa riferimento, in modo più generico, a coloro che assumono l'iniziativa processuale introducendo il giudizio.

Coloro che sostengono la seconda tesi inoltre ritengono che prevedere lo svolgimento della mediazione obbligatoria *lite pendente* implicherebbe incertezze e difficoltà nell'individuazione dell'oggetto della mediazione o dei più oggetti nel caso in cui più siano le domande giudiziali. I confini della mediazione sono difficili da delineare, questo fa sì che sia sempre possibile un loro allargamento a prescindere dalla

un'interpretazione restrittiva della norma al fine di evitare l'eccessivo rallentamento del giudizio derivante dalla pluralità di procedimenti di mediazione che altrimenti dovrebbero affrontarsi nello stesso.

¹²³ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 143, V. A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in www.Foro.it, 2010, V, coll. 145 ss. Nello stesso senso v. G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: cose che non vanno*, in www.judicium.it, 2010, §3, l'Autore afferma che la mediazione obbligatoria "lo Stato la fa gravare sempre e solo sull'attore e non sul convenuto, e sempre e solo sulla domanda principale e non su quella riconvenzione, che infatti la legge non subordina mai alla previa mediazione".

¹²⁴ Di contraria opinione v. F. Santangeli, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it, 21 marzo 2011, §2.

proposizione o meno di ulteriori domande¹²⁵; potrebbe infatti accadere che gli interessi in gioco siano di fatto ulteriori rispetto a quelli dedotti in giudizio. Non ha quindi particolare valore garantire un'iniziale identità tra oggetto del giudizio e oggetto della mediazione perché lo svolgimento del tentativo di conciliazione può modificare i confini della stessa, differenziandola dalla domanda originaria; proprio in virtù di ciò la corrispondenza tra oggetto della mediazione e oggetto del giudizio va valutata alla luce del verbale di conciliazione e non con riguardo alle domande originarie.

La disciplina della mediazione prevede che la parte che propone la domanda ha il potere di scegliere liberamente l'organismo di conciliazione, condividendo la tesi favorevole alla previsione di un obbligo di proporre la mediazione *lite pendente*, dovremmo ammettere che, per ogni domanda, il proponente possa scegliere un organismo di conciliazione, magari diverso da quello già scelto in relazione alle domande previamente proposte. Dobbiamo però interrogarci sull'utilità che potrebbe avere una procedura frammentata e svolta da organismi di mediazione diversi che quindi, potendo esaminare solo una porzione delle questioni oggetto di lite, difficilmente potrebbero proporre valide soluzioni conciliative tra le parti¹²⁶.

Al contrario si ritiene¹²⁷ che le azioni di rivalsa e le azioni di responsabilità amministrativa nei confronti del sanitario, *ex art. 9 L. 24/2017*, siano escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 8 L. 24/2017. Queste, infatti, non hanno ad oggetto il risarcimento del danno ma sono azioni di rivalsa tra coobbligati solidali cui sia imputabile la responsabilità per il medesimo fatto dannoso. Non è soggetta alla

¹²⁵ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 144-145.

¹²⁶ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 144-145, l'Autrice sottolinea come non si porrebbero problemi nel caso in cui la mediazione avviata per prima si concluda prima della proposizione della domanda originaria, mentre problemi possono presentarsi ogni qualvolta si verifichi la parallela pendenza dei due procedimenti. Solo nel caso di litisconsorzio necessario si impone la necessità di gestire cumulativamente il giudizio, sulla base della regola del contraddittorio che si ritiene applicabile anche al procedimento della mediazione. Infatti solo quando il contraddittorio è integro l'accordo può produrre effetti sul piano sostanziale.

¹²⁷ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 133, §2.

condizione di procedibilità in parola nemmeno l'azione di risarcimento del danno esercitata nel processo penale¹²⁸.

1.2.3. I soggetti e le modalità di partecipazione al procedimento.

“La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante”, così si apre l'art. 8 D.Lgs. 28/2010. Proprio in base a questa disposizione i soggetti che devono prendere parte al procedimento di mediazione si intendono informati dell'instaurazione del procedimento stesso; l'adempimento dell'obbligo di informare l'altra parte dell'avvio della procedura di mediazione è sufficiente ai fini della procedibilità della domanda.

Ma quali sono i soggetti che devono partecipare al procedimento di mediazione? Alla mediazione devono partecipare i soggetti legittimati ad agire e contraddire nel relativo giudizio. Il danneggiato il quale voglia agire per chiedere il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 7 L. 24/2017 dovrà previamente proporre istanza di mediazione nei confronti della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria, questo tuttavia potrebbe anche decidere di agire *ex art.* 12 L. 24/2017, cioè direttamente nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alla struttura sanitaria e sociosanitaria pubblica o privata e all'esercente la professione sanitaria. In tale ultimo caso l'art. 12 L. 24/2017, comma 4, prevede un'ipotesi di litisconsorzio necessario: si dovrà quindi chiamare in giudizio anche la struttura medesima o l'esercente la professione sanitaria assicurati.

Nel caso in cui l'azione sia promossa direttamente nei confronti della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria non si imporrà la partecipazione della impresa di assicurazione alla fase stragiudiziale, non troverà nemmeno applicazione il comma 4 dell'art. 8 della L. 24/2017 per cui si prevede la partecipazione delle imprese di assicurazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art.* 696-*bis* c.p.c..

¹²⁸ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, p. 435, §2.

La partecipazione alla procedura delle imprese di assicurazione non è sempre prevista come obbligatoria, tuttavia tale circostanza potrebbe avere delle importanti ripercussioni sulla procedura stessa; se ad esempio l'impresa non ha partecipato alla procedura potrebbe rifiutarsi di rivalere l'assicurato o di pagare l'indennizzo al terzo danneggiato ai sensi dell'art. 1917, comma II, c.c.. Proprio per questo motivo si ritiene¹²⁹ che sia compito dell'organismo di mediazione quello di incentivare la partecipazione dell'impresa di assicurazione, invitandola o invitando le parti a farlo, al procedimento di mediazione. La partecipazione dell'impresa potrebbe avvenire anche in base ad un patto di gestione della lite, comprensivo della fase di mediazione, che sempre più spesso si trova inserito nei contratti di assicurazione: in base a tale patto l'assicurato deve sempre informare l'impresa di assicurazione dell'istaurazione della procedura di mediazione¹³⁰.

Oltre ad individuare quali sono i soggetti tenuti alla partecipazione al procedimento di mediazione obbligatoria è necessario esaminare le modalità con cui queste sono tenute a partecipare¹³¹.

Dobbiamo preliminarmente dare atto dell'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali divergenti sul punto: il primo¹³² ritiene che sia sempre necessaria, nella procedura stragiudiziale, la partecipazione personale dei soggetti coinvolti; il secondo orientamento¹³³, invece, ritiene possibile la partecipazione del terzo o dello stesso avvocato, dotati di procura speciale, conferita dalla parte, in forza della quale questi avranno la rappresentanza sostanziale da esercitare nel procedimento di mediazione.

¹²⁹ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 135, §3.

¹³⁰ Disposizioni in questo senso si trovano nelle "Linee guida per la gestione della mediazione a fini conciliativi in materia assicurativa" elaborate dalla Associazione Nazionale delle Imprese Assicuratrici (ANIA) e "Linee guida sulla mediazione obbligatoria in tema di responsabilità medica" emanate dalla Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia.

¹³¹ Il medesimo tema è già stato trattato con riferimento alla consulenza tecnica preventiva nella nota n. 53.

¹³² V. Trib di Vasto 9 marzo 2015, in *Corriere Giuridico*, 2016, p. 1083, e Trib. di Firenze 19 marzo 2014, in <https://www.iusexplorer.it/>.

¹³³ Trib. Treviso 25 maggio 2017, in <http://www.pluris-CEDAM.utetgiuridica.it/>, Trib. Verona 28 settembre 2016, in <http://www.quotidianogiuridico.it/>.

Ai sensi dell'art. 11, comma 4, ultimo periodo del D.Lgs. 28/2010 il mediatore deve formare il processo verbale e “nello stesso verbale, dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione”¹³⁴. Dalla mancata partecipazione si avranno delle conseguenze nel successivo giudizio di merito nel quale si determineranno, in capo al soggetto che non ha preso parte alla procedura di mediazione, senza giustificato motivo¹³⁵, gli effetti previsti dall'art 8, comma 4 bis, D.Lgs. 28/2010. Tale ultima disposizione prevede infatti che “dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma II, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dell'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo,

¹³⁴ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 220, il riferimento alla “mancata partecipazione” fa sorgere qualche problema, essendo la mediazione volta al raggiungimento dei un accordo tra le parti, dovrebbe essere necessaria la partecipazione di queste al procedimento di mediazione, ragioni di logica quindi indurrebbero a ritenere che il mediatore dovrebbe chiudere il procedimento qualora non vi sia la partecipazione di una delle parti tra cui deve formarsi l'accordo. Nella disciplina del D.Lgs. 28/2010 non ci sono norme che spingono in questa direzione, anzi gli artt. 11, comma 1, 8, u.c., l'art. 7, comma 2, lett. a), d.m. 180/2010, prevedono che il mediatore possa formulare la proposta di mediazione anche nel caso di mancata partecipazione di una o più parti. L'autrice auspica un uso molto oculato da parte del mediatore della possibilità di addvenire comunque ad una proposta. La medesima situazione potrebbe verificarsi laddove la parte, pur prendendo parte al procedimento in prima battuta, disertò i successivi incontri, impedendo di fatto la possibilità di giungere ad un accordo, anche in questo caso il mediatore dovrebbe pervenire alla chiusura della procedura.

¹³⁵ V. R. Tiscini, “*La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*”, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 298, la forza della disposizione contenuta nell'art. 8, D.Lgs. 28/2010 è attenuata dal riferimento ai “giustificati motivi”, sebbene il concetto sia difficile da delineare nei suoi confini, la dottrina ha elencato una serie di condotte a cui si ricollega il concetto di “giustificato motivo”; ad esempio il fatto che una parte sia stata chiamata a partecipare alla procedura presso un organismo lontano dal luogo dove risiede o, l'organismo manchi di alcuni requisiti necessari. Altro aspetto che è stato messo in luce dall'autrice attiene al momento in cui viene in rilievo il “giustificato motivo”, in particolare dobbiamo chiederci se questo venga in luce già nel procedimento di mediazione o se debba rilevare solo nel successivo processo. Nella disciplina non si riscontra una norma che ponga in capo a colui il quale non voglia partecipare l'onere di indicare i motivi della mancata partecipazione, essendo la mancata partecipazione un comportamento concludente. L'art. 11 cit. inoltre prevede che il mediatore nel verbale debba dare atto soltanto della mancata partecipazione e non anche delle ragioni a suo fondamento. Una previsione di senso contrario potrebbe porre delle perplessità anche con riferimento all'aspetto della riservatezza; nonostante ciò non si deve escludere la possibilità per la parte di giustificare la propria assenza senza però giungere al risultato di ritenere che la risposta all'invito fatta con il solo scopo di giustificare la propria assenza possa essere considerata come “partecipazione” e, ricordando che la valutazione della fondatezza dei giustificati motivi è rimessa sempre alla discrezionalità del giudice nella successiva fase processuale.

al versamento all'entrata di bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio". L'esame della norma si rende necessario al fine di sottolineare due aspetti fondamentali della stessa; è sicuramente evidente che la stessa voglia creare continuità tra la mediazione e il successivo giudizio di merito, perseguendo allo stesso tempo finalità promozionali dell'istituto in questione¹³⁶. Entrambe le finalità sono riscontrabili nel fatto che si riconosce al giudice del successivo giudizio di merito la possibilità di valutare il comportamento tenuto dalle parti nella procedura extraprocessuale, prevedendo, come conseguenza della mancata partecipazione al tentativo di conciliazione di una delle parti, senza giustificato motivo, delle conseguenze di carattere istruttorio ed economico¹³⁷.

Mentre nella prima parte del comma 4-*bis*, art. 8 del D.Lgs. 28/2010 si fa espressamente riferimento al requisito della mancata partecipazione al procedimento, nella seconda parte dello stesso comma si fa invece riferimento a colui il quale si è costituito ma non ha partecipato al procedimento; ciò dà modo di sottolineare una differenza tra la mediazione in discorso e altre forme di conciliazione, ad esempio la conciliazione societaria. Se nella disciplina della conciliazione societaria (D.Lgs. 5/2003) si prevede che la partecipazione al procedimento di conciliazione venga formalizzata in uno specifico atto di adesione, nella disciplina che stiamo esaminando non riscontriamo formalità di questo tipo; tuttavia si ritiene che, in via interpretativa, sia possibile dedurre l'importanza di porre in essere degli atti con cui formalizzare la propria adesione al procedimento¹³⁸. La distinzione potrebbe creare qualche problema configurando delle ipotesi che potremmo definire *borderline*; ad esempio il caso in cui una parte aderisca in principio e poi non si presenti ai successivi incontri, costituisce ipotesi di mancata partecipazione o di assenza di volontà di raggiungere un accordo?

¹³⁶ V. R. Tiscini, "La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011", Giappichelli, Torino, 2011, pag. 294.

¹³⁷ La norma incentiva la partecipazione delle parti al procedimento di mediazione prescindendo dall'esito cui giungerà. Diversamente l'art. 13 D.Lgs. 28/2010 sembra manifestare il favore del legislatore per il raggiungimento dell'accordo conciliativo.

¹³⁸ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 295, la presenza di disposizioni, come quelle contenute negli artt. 8 e 11, D.Lgs. 28/2010, art. 7, comma 2, lett. a), D.M. 180/2010, fanno sì che si renda evidente l'importanza che il legislatore ha dato alla chiarezza della posizione delle parti.

La risposta non può essere univoca. Anzitutto è necessario verificare la presenza di regolamenti di procedura che disciplinino il caso di specie; se ci sono bisognerà di volta in volta applicarli. In loro assenza, invece, sarà il mediatore a verificare se la condotta della parte sia tale da integrare un'ipotesi di mancata partecipazione o soltanto di mancata cooperazione al fine del raggiungimento dell'accordo. Si ritiene che si possa configurare un caso di "partecipazione" ogni volta vi sia la partecipazione della parte al primo incontro e assenza ai successivi, da ciò si deduce l'impossibilità di applicare l'art. 8 u.c., D.Lgs. 28/2010, potendosi riscontrare soltanto la mancanza di volontà di raggiungere un accordo conciliativo; la mancata adesione formale e partecipazione agli incontri, invece, può essere interpretata dal giudice ai fini dell'art. 8, u. c., D.Lgs. 28/2010¹³⁹. Si può infine affermare che, tralasciando i casi di adesione formale, è necessario valutare il comportamento concreto delle parti, rendendosi quindi difficile una valutazione *ex ante* e astratta delle possibili ipotesi. Definire esattamente i casi che si classificano come "partecipazione" e "non partecipazione" è fondamentale al fine della redazione del verbale, proprio per questo il mediatore ai sensi dell'art. 11, comma 4 D.Lgs. 28/2010 "dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione" al fine di rendere applicabili gli effetti regolati dall'art. 8, u.c., D.Lgs. 28/2010.

1.2.4. Il procedimento.

Il procedimento di mediazione si svolge davanti ad un organismo di mediazione iscritto nel registro ministeriale e, prende avvio con la presentazione della relativa domanda tramite deposito dell'istanza, presentata informalmente in carta libera, presso

¹³⁹ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 297, possiamo distinguere tra la "mancata partecipazione" che deve valutare il mediatore e quella che deve essere valutata dal giudice in sede processuale. Mentre il mediatore deve considerare il complessivo comportamento delle parti, il giudice deve effettuare solo una valutazione *una tantum*. L'adesione fatta in principio fa sì che non si possa applicare la sanzione dell'art. 8 D.Lgs. 28/2010 e va valutato come mancato interesse verso l'accordo. Tuttavia nulla esclude l'eventualità di un successivo subentro; ciò riconferma quanto abbiamo già affermato nella nota n. 96, la norma incentiva la partecipazione al procedimento e non anche il raggiungimento dell'accordo.

la segreteria dell'organismo, ovvero utilizzando i moduli prestampati messi a disposizione dall'organismo, secondo quanto previsto dallo specifico regolamento. Non vi sono oneri fiscali né alcuna altra formalità stabilita in via generale dalla legge. Come previsto dall'art. 4, comma 1, D.Lgs. 28/2010 la domanda va presentata all'organismo che ha sede presso il luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. Nel caso in cui siano presentate più domande relative alla stessa controversia troverà applicazione il principio della prevenzione¹⁴⁰, mentre per individuare il tempo della domanda si fa riferimento alla data di deposito dell'istanza. Per quanto concerne la competenza per materia il riferimento è all'art. 7, comma 2, lett. d) e e), d.m. 180/2010 il quale prevede la possibilità che l'organismo limiti la propria attività a determinate materie specificamente individuate.

Il comma 2 dell'art. 4, D.Lgs. 28/2010 indica il contenuto dell'istanza: questa deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa; alcuni autori ritengono che sia possibile individuare anche in modo soltanto generico la controversia in relazione alla possibilità che l'oggetto cambi o vari nei suoi confini nel corso del procedimento¹⁴¹.

Individuare il contenuto dell'istanza è importante anche sotto un diverso punto di vista, soprattutto nel caso in cui il tentativo di mediazione obbligatoria costituisce una condizione di procedibilità della successiva domanda, perché il giudice dovrà accertare

¹⁴⁰ In base al principio di prevenzione a fronte della proposizione di più domande relative alla medesima controversia l'organismo di mediazione competente deve essere individuato in quello presso il quale è stata depositata la prima domanda.

¹⁴¹ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 137, §4. Di contrario avviso v. R. Tiscini, *Il procedimento per la mediazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it, L'autrice afferma: "Tuttavia, che l'istanza di mediazione debba avere un certo contenuto - in punto di determinazione tanto dell'oggetto, quanto dei soggetti - è buona regola da rispettare almeno per due ragioni, l'una nella prospettiva del buon esito della procedura, l'altra in caso di fallimento del tentativo. Quanto alla prima, per favorire il raggiungimento dell'accordo è opportuno descrivere compiutamente l'oggetto del contendere, le ragioni della pretesa, gli obiettivi perseguiti dall'istante ed il ruolo dell'altra parte nel procedimento (una compiuta formulazione della domanda dimostra maggiore disponibilità verso l'incontro delle volontà). Quanto alla seconda - qualora il tentativo fallisca e si transiti nel processo - diverse ragioni impongono di verificare se vi sia corrispondenza tra il contenuto dell'istanza di mediazione e la domanda giudiziale (per tutti si pensi alle pesanti conseguenze sulla condanna alle spese di lite - art. 13, comma 1, d.lgs. cit. - qualora la parte rifiuti la proposta formulata dal mediatore, il che a sua volta riflette il contenuto della domanda originaria, ma si pensi anche agli effetti sostanziali e processuali della domanda di mediazione)".

che la condizione sia stata soddisfatta, verificando la corrispondenza tra la controversia dedotta in giudizio e quella per la quale si è svolto il procedimento di mediazione. La verifica viene effettuata dal giudice confrontando il contenuto del verbale di mancata conciliazione e il contenuto dell'atto con cui si propone la domanda giudiziale (atto redatto *ex artt.* 183 o 702-*bis* c.p.c.).

In seguito al deposito dell'istanza presso la segreteria, sorge in capo all'organismo di mediazione un vero e proprio obbligo di svolgere la procedura di mediazione; un eventuale rifiuto è configurabile solo in relazione ad un giustificato motivo, come indicato nell'art. 9 d.m. 180/2010¹⁴².

Dal giorno del deposito dell'istanza presso la segreteria, ovvero dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa, inizia a decorrere il termine di tre mesi entro il quale deve concludersi il procedimento di mediazione *ex art.* 6, comma 1, D.Lgs. 28/2010.

L'art. 8 D.Lgs. 28/2010 prevede che il responsabile dell'organismo designi un mediatore e fissi il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda¹⁴³; prevede inoltre una serie di obblighi informativi: del deposito dell'istanza e del provvedimento con cui è fissato il primo incontro deve essere data comunicazione all'altra parte, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione¹⁴⁴, "anche a cura

¹⁴² Art. 9, comma 2, d.m. 180/2010: "A seguito dell'iscrizione, l'organismo e il mediatore designato non possono, se non per giustificato motivo, rifiutarsi di svolgere la mediazione."

¹⁴³ Tale termine era originariamente fissato in 15 giorni ma alcuni autori, v. L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, 2010, ritenevano che fosse eccessivamente breve poiché in questo periodo si doveva non solo prendere atto della data di comparizione, ma anche provvedere alle comunicazioni. Ciò è stato recepito dal legislatore che con l'art. 84, comma 1, lett. h), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, nella L. 9 agosto 2013, n. 98, ha esteso a trenta giorni l'originario termine. Diversamente v. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 259, il termine potrebbe essere riferito sia al fatto che la prima udienza deve tenersi entro trenta giorni dalla domanda, sia al fatto che in quel termine deve essere emanato il provvedimento di fissazione dell'udienza, questa seconda soluzione è maggiormente rispettosa del diritto di difesa della parte convenuta alla quale deve essere lasciato un certo lasso di tempo prima dell'incontro; questa soluzione è allo stesso tempo smentita dall'intervento del legislatore con cui il termine, originariamente di quindici giorni è stato esteso a trenta giorni, consentendo così all'organismo di svolgere, in quel tempo, tutti gli adempimenti necessari ai fini dello svolgimento della procedura.

¹⁴⁴ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 258, dato che il D.Lgs. 28/2010 nulla prevede relativamente alle modalità di presentazione della domanda e che le norme di cui stiamo trattando, in virtù degli effetti che producono, presuppongono delle modalità di trasmissione che rendano certa l'avvenuta ricezione e la data della comunicazione stessa, è ben possibile che siano i regolamenti degli organismi di

della parte istante”. La comunicazione deve avvenire ad opera dell’organismo di mediazione anche se alcuni autori¹⁴⁵ ritengono che presumibilmente sarà la parte attrice a farsi carico della comunicazione; ciò si lega anche all’importanza degli effetti sostanziali e processuali della domanda di mediazione e all’interesse che verso questi ha l’istante il quale, quindi, preferirà provvedere personalmente alla comunicazione, anche se la data del primo incontro non è stata ancora fissata.

Passando alla trattazione degli effetti che seguono la presentazione della domanda dobbiamo analizzare il comma 6 dell’art. 5 del D.Lgs. 28/2010 il quale prevede che “dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta”. Un esplicito riferimento al tema si rende necessario al fine di assicurare la piena conformità della norma alla Costituzione; come tutti gli altri strumenti finalizzati alla deflazione del contenzioso anche la mediazione deve essere strutturata in modo tale da non precludere in modo definitivo l’accesso alla giustizia, garantendo inoltre sempre il diritto sostanziale, evitando cioè che il tempo necessario per il tentativo incida negativamente sul diritto stesso¹⁴⁶.

I principali effetti della domanda di mediazione sono l’interruzione della prescrizione e l’impedimento della decadenza. La norma tuttavia pone dei dubbi interpretativi, ad esempio potrebbe accadere che la domanda venga depositata presso la segreteria di un

mediazione a dettare le modalità con cui deve essere effettuata la comunicazione, ad esempio tramite raccomandata a/r o PEC; è su tali organismi infatti che grava la responsabilità per la corretta trasmissione delle domande.

¹⁴⁵ V. L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, 2010, l’Autore tratta della mancata previsione da parte del legislatore dell’onere di provvedere alla comunicazione in capo all’attore come di una “ingenuità”; gli obblighi di notifica non sono previsti dal codice di rito per aggravare la posizione processuale delle parti ma, al contrario, mirano a far sì che il soggetto abbia la prova attendibile dell’avvenuta consegna dell’atto al destinatario. Queste esigenze di certezza sono presenti anche nel procedimento di mediazione e ciò fa ritenere che l’attore abbia tutto l’interesse a provvedervi personalmente.

¹⁴⁶ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 230, la scelta di regolare, come già fatto per altri modelli conciliativi, gli effetti della domanda di mediazione sul decorso dei termini di decadenza e di prescrizione, nello stesso modo in cui sono regolati per la domanda giudiziale, appare opportuna e necessaria al fine di evitare che, nel caso di fallimento della mediazione, la prescrizione del diritto o la decadenza dall’esercizio dell’azione impediscano di accedere alla tutela giurisdizionale.

organismo incompetente, in questo caso la domanda sarà comunque idonea a produrre tali effetti? A parere di alcuni autori sarebbe preferibile che la domanda così depositata, una volta comunicata all'altra parte, sia comunque idonea a produrre effetti, ciò sia al fine di evitare un'eccessiva penalizzazione dell'istante sia in virtù del principio dell'art. 2943, comma III, c.c. per cui "l'interruzione si verifica anche se il giudice adito è incompetente"¹⁴⁷.

Se invece la domanda viene depositata presso l'organismo competente, cioè un organismo avente sede nel circondario del giudice territorialmente competente per la controversia, gli effetti della domanda si producono solo dopo la comunicazione della stessa (*ex art. 5 D.Lgs. 28/2010*), da questo momento la domanda di mediazione produce gli effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione e sulla decadenza.

Se è indubbio che si verifichi l'effetto interruttivo della prescrizione immediato¹⁴⁸, qualche dubbio pone il riferimento all'effetto sospensivo della prescrizione¹⁴⁹. Nel procedimento di mediazione infatti non vi è un momento analogo a quello del passaggio in giudicato della sentenza; si potrebbe affermare che un momento

¹⁴⁷ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 256, a parere dell'autore il principio dettato in materia di prescrizione e, applicabile anche alla decadenza, può applicarsi anche alla domanda di mediazione presso l'organismo incompetente ogni volta in cui l'organismo proceda alla comunicazione della domanda all'altra parte. Se invece l'organismo ritiene di essere incompetente potrà rifiutare la domanda così che non dovrebbe nemmeno provvedere alla comunicazione ma, la soluzione potrebbe cambiare nel caso in cui si dovesse ipotizzare l'applicazione di un meccanismo analogo a quello della riassunzione di cui all'art. 50 c.p.c., anche alla mediazione, così da preservare gli effetti sostanziali della comunicazione della domanda iniziale. Di contrario avviso v. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 231, l'autrice infatti ritiene che non vi sia spazio per l'applicazione dell'art. 2943, comma III, c.c. in quanto sono assenti norme specifiche relative alla competenza dell'organismo di mediazione ed è quindi impossibile che si verifichi l'ipotesi prevista nel comma in esame cioè l'incompetenza dell'organismo. A parere dell'autrice non sarebbe nemmeno possibile richiamare il caso in cui le parti abbiano indicato l'organismo competente già nella clausola di mediazione: in questo caso infatti ci troviamo davanti ad una manifestazione di autonomia negoziale che nulla ha a che vedere con un sistema regolato dalla legge di distribuzione della competenza, analogo a quello contenuto nel codice di procedura civile. In ultimo l'autrice afferma che in realtà l'effetto interruttivo-sospensivo si verifica sempre a prescindere dall'organismo presso cui è stata depositata la domanda o quello a cui le parti si erano vincolate con la clausola di mediazione.

¹⁴⁸ La domanda di mediazione opera come atto di messa in mora ed è quindi idoneo a produrre l'effetto interruttivo.

¹⁴⁹ Si potrebbe tuttavia affermare che data l'equiparazione degli effetti della domanda di mediazione alla domanda giudiziale, come quest'ultima anche la prima produce l'effetto interruttivo-sospensivo, trovando quindi applicazione il disposto dell'art. 2945 c.c.

assimilabile a questo sia il deposito del verbale di mancata conciliazione, allora l'effetto sospensivo si produrrebbe fino a quel momento e, il termine di prescrizione riprenderebbe a decorrere fino a che, con la presentazione della domanda giudiziale, non si produca di nuovo l'effetto sospensivo/interruttivo¹⁵⁰.

Per quanto riguarda gli effetti sulla decadenza, la norma non costituisce una novità assoluta essendo già stata prevista una disposizione analoga con riferimento alla conciliazione in materia di lavoro. L'art. 5, comma 6, D.Lgs. 28/2010 prevede tuttavia una disciplina molto rigorosa: la domanda produce il solo effetto impeditivo della decadenza, effetto che si produce per una sola volta. Ciò implica che nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione la domanda giudiziale deve essere proposta nello stesso termine¹⁵¹ di decadenza che decorre dal deposito del verbale di mancata conciliazione. La *ratio* è quella di evitare che si proponano innumerevoli istanze di mediazione pretestuose, al solo fine di precludere il prodursi della decadenza, lasciando così incerta *sine die* la situazione.

La possibilità che siano le parti direttamente ad adempiere agli obblighi di comunicazione fa sorgere dei problemi con riguardo alla decorrenza degli effetti della domanda su prescrizione e decadenza; in particolare la possibilità di godere di tali effetti è subordinata all'espletamento di alcune attività da parte dell'organismo di mediazione, oppure è sufficiente che l'istante comunichi alla controparte anche solo la copia dell'atto depositato, senza che sia stato ancora nominato il mediatore e fissata la data della prima udienza? La seconda opzione sembrerebbe quella più idonea a salvaguardare la norma da censure di incostituzionalità, in virtù del principio della non addebitabilità¹⁵² alla parte di fatti ad essa non imputabili. Se si subordinasse la possibilità di comunicare la domanda alla preventiva fissazione dell'incontro e alla designazione del mediatore da parte dell'organismo, si farebbero gravare le conseguenze degli inadempimenti dell'organismo di mediazione sulla parte istante,

¹⁵⁰ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 257, nello stesso senso v. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 231.

¹⁵¹ L'espressione potrebbe essere letta in due modi differenti: o come decorrenza *ex novo* del termine di decadenza o come se si potesse riferire al medesimo termine che è già parzialmente decorso e che riprende a decorrere dopo il fallimento della mediazione.

¹⁵² Sebbene il principio sia stato condiviso dalla Corte Costituzionale, alcune pronunce di merito v. ad esempio Trib. Roma 1° settembre 2003, in www.foro.it, ritengono che tale principio non sia applicabile ai procedimenti stragiudiziali come la mediazione.

violando quindi il principio menzionato¹⁵³. Il combinato disposto degli artt. 5, comma 6, e 8, comma 1, D.Lgs. 28/2010 evidenzia come per “comunicazione” il legislatore abbia inteso quella effettuata dall’organismo di mediazione, successivamente alla nomina del mediatore e alla fissazione dell’incontro. La comunicazione effettuata dalla parte istante in via cautelativa è idonea a produrre l’effetto interruttivo della prescrizione, è in quanto atto recettizio di messa in mora idonea a produrre l’effetto impeditivo della decadenza ma non ai sensi dell’art. 5, comma 6, D.Lgs. 28/2010. Ciò implica che l’atto impeditivo della decadenza “per una sola volta” è solo la comunicazione effettuata dall’organismo¹⁵⁴.

In ultimo, nella fase di istaurazione del giudizio rileva l’art. 13 L. 24/2017 il quale prevede che “le strutture sanitarie o sociosanitarie e le imprese di assicurazione entro dieci giorni comunicano all’ esercente la professione sanitaria, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l’avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, con invito a prendervi parte. L’omissione, la tardività o l’incompletezza delle comunicazioni di cui al presente comma preclude l’ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all’art. 9”¹⁵⁵.

1.2.5. Il primo incontro di mediazione e la prosecuzione del procedimento.

Il procedimento di mediazione si svolge secondo ad una serie di incontri che, in base a quanto previsto dall’art. 8, D.Lgs. 28/2010 si tengono “presso la sede dell’organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell’organismo”. Come prevede l’art. 8, comma 1, D.Lgs. 28/2010 il mediatore e la data del primo

¹⁵³ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 233, l’autrice sottolinea inoltre che “la disciplina ha un senso nell’esigenza di consentire che tali effetti si producano a partire dal momento in cui l’altra parte viene a conoscere la pendenza del procedimento”.

¹⁵⁴ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 234.

¹⁵⁵ Per una più dettagliata trattazione si rimanda al capitolo 2, paragrafo 2.2 e 2.3.

incontro devono essere fissate entro trenta giorni dal deposito della domanda dall'organismo di mediazione¹⁵⁶.

La riforma del 2013 ha modificato il primo comma dell'articolo citato inserendo il riferimento ad un incontro “preliminare”¹⁵⁷ in cui il mediatore dovrà chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione”, invitandole poi a pronunciarsi sulla “possibilità di iniziare la procedura di mediazione”. Si ritiene¹⁵⁸ che la procedura possa proseguire solo in caso di risposta positiva delle parti, mentre nel caso contrario il mediatore dovrebbe chiudere il procedimento e redigere un verbale di mancato accordo, comunque idoneo a soddisfare la condizione di procedibilità nei casi di mediazione obbligatoria *ex art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 28/2010*. Il primo incontro quindi svolge un ruolo fondamentale nella procedura, non solo perché consente di soddisfare la condizione di procedibilità ma anche perché è dalle modalità con cui il primo incontro verrà svolto che si decideranno, nella maggior parte dei casi, le sorti della conciliazione. Tale incontro, inoltre si caratterizza per la sua gratuità *ex artt. 5, comma 2-bis, e 17, comma 5-ter, D.Lgs 28/2010*¹⁵⁹.

La natura dell'incontro “preliminare” introdotto dalla riforma del 2013 è ambigua; sebbene sia vero che il giudice deve “invitare le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di *iniziare* la procedura di mediazione” facendo intendere che questo primo incontro sia estraneo alla procedura stessa, la dottrina ritiene che si debba considerare già questo incontro parte della mediazione, leggendo la norma nel senso

¹⁵⁶ Si discute se nei trenta giorni sia sufficiente fissare la data del primo incontro o se esso debba svolgersi entro lo stesso termine; la prima soluzione sembrerebbe essere la più condivisa in dottrina. p.139. aggiungere riferimenti autori, v. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 259, il termine potrebbe essere riferito sia al fatto che la prima udienza deve tenersi entro trenta giorni dalla domanda, sia al fatto che in quel termine deve essere emanato il provvedimento di fissazione dell'udienza.

¹⁵⁷ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 279.

¹⁵⁸ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 280.

¹⁵⁹ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 281, la previsione della gratuità della procedura potrebbe avere due esiti molto diversi: potrebbe far sì che la mediazione venga considerata un mero adempimento formale all'esito del quale il mediatore prende atto della mancata volontà delle parti di giungere ad una conciliazione, oppure proprio in virtù di tale gratuità le parti potrebbero essere indotte a cogliere l'occasione per addivenire alla soluzione della controversia in modo stragiudiziale. Nel primo caso la riforma del 2013 avrà definitivamente affossato la mediazione, nel secondo invece avrà raggiunto in pieno il proprio obiettivo.

per cui il mediatore “invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di *proseguire* il procedimento di mediazione”¹⁶⁰.

Potrebbe accadere che non tutte le parti partecipino all’incontro preliminare, in questo caso il mediatore dovrà redigere il verbale di mancata partecipazione che potrà essere utilizzato in giudizio tanto per provare l’adempimento della condizione di procedibilità, quanto per consentire l’applicazione dell’art. 8, comma 4-*bis*, D.Lgs. 28/2010¹⁶¹.

Nel diverso caso in cui nessuna delle parti partecipi al primo incontro il mediatore dovrà redigere il verbale in cui attesta il mancato svolgimento dell’incontro, con la conseguenza che la condizione di procedibilità non si ritiene soddisfatta e quindi la domanda giudiziale non si riterrà procedibile.

Come abbiamo già ricordato in apertura di questo paragrafo il procedimento di mediazione si articola in più incontri che si svolgono senza formalità¹⁶². Possono svolgersi congiuntamente o singolarmente a seconda delle concrete posizioni assunte dalle parti al fine di far sì che le parti trovino un punto di incontro e si renda quindi possibile la conciliazione.

Di centrale importanza è anche il dovere di riservatezza previsto dall’art. 9 D.Lgs. 28/2010, il quale prevede che “Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell’organismo o comunque nell’ambito del procedimento di mediazione è tenuto all’obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate¹⁶³ e salvo consenso della parte dichiarante o

¹⁶⁰ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Zanichelli, Torino, 2013, pag. 281, solo in base a questa interpretazione si può affermare che l’incontro “preliminare” sia assoggettato al D.Lgs. 28/2010 con particolare riferimento alle norme relative all’imparzialità del mediatore e all’obbligo di riservatezza. Questa interpretazione inoltre porta ad affermare che nell’incontro preliminare il mediatore può avviare una prima esplorazione sulle posizioni delle parti al fine di verificare il loro interesse e le possibilità di successo della mediazione, sempre rispettando il vincolo di riservatezza; proprio a questo fine il mediatore può impiegare le modalità di svolgimento degli incontri di mediazione, predisponendo incontri separati e incontri congiunti.

¹⁶¹ Per le conseguenze legate alla mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione rimandiamo al paragrafo 1.2.3.

¹⁶² *Ex art. 3, comma 4, D.Lgs. 28/2010* gli incontri possono svolgersi anche secondo modalità telematiche, ad esempio mezzi di comunicazione a distanza.

¹⁶³ Dalla lettera dell’art. 9, comma 2, D.Lgs. 28/2010 si desume la possibilità per il mediatore di procedere ad incontri separati tra le parti.

dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti”. Dalla lettura della disposizione emerge con evidenza l’ampiezza di questo dovere cui è tenuto “chiunque presta la propria opera o servizio” quindi non soltanto colui che è nominato mediatore. La norma esprime l’ampiezza del dovere anche dal punto di vista oggettivo, sono coperte da riservatezza tutte “le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite”; l’obbligo inoltre non è soltanto esterno ma anche interno, il comma 2 infatti prevede il dovere di riservatezza anche rispetto alle informazioni e alle dichiarazioni rese nel corso delle sedute separate, ciò consente maggiore tranquillità e libertà di espressione alle singole parti le quali avranno un atteggiamento più rilassato e propenso alla conciliazione, forti del fatto che i propri interessi e le proprie posizioni non verranno rivelate all’altra parte.

L’art. 10 D.Lgs. 28/2010 mantiene saldo il dovere di riservatezza anche con riferimento all’eventuale successivo giudizio istaurato in caso di fallimento del tentativo di conciliazione¹⁶⁴.

1.2.6. La nomina dei mediatori, dei mediatori ausiliari e degli esperti.

Data la specificità della materia che stiamo trattando è facile immaginare che anche nel procedimento di mediazione possa emergere la necessità che il mediatore possieda una specifica competenza tecnica; ciò è necessario perché maggiore sarà la coerenza della proposta conciliativa con le risultanze degli accertamenti e con la quantificazione del danno, maggiori saranno le possibilità che le parti accettino la proposta stessa. L’art. 7 d.m. 180/2010 prevede infatti la facoltà per ciascun organismo di predisporre “separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche”; se l’organismo non dovesse predisporre tali elenchi si procederà ai sensi dell’art. 8, commi 1 e 4, D.Lgs. 28/2010. Il comma 1, ultimo periodo, prevede che “nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l’organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari”; il comma 4 invece prevede la possibilità per

¹⁶⁴ Di ciò tratteremo più specificatamente nel paragrafo 1.2.10.

il mediatore di avvalersi di esperti¹⁶⁵ iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali¹⁶⁶. La scelta di avviare una mediazione collegiale si rende necessaria quando la questione controversa riguarda uno o più profili tecnici che, quindi, necessitano di specifiche conoscenze; ciò porta a leggere la norma nel senso per cui è possibile nominare, quali ausiliari del mediatore, professionisti esperti in diverse materie (nel caso che stiamo trattando potrebbero essere nominati un avvocato e un medico come mediatori) che assumeranno comunque la qualifica di mediatore. Ciò non esclude che anche quando la controversia risulti essere molto complessa dal punto di vista soggettivo (perché prevede la partecipazione di più parti) e oggettivo (per la complessità delle questioni coinvolte) si possa nominare un collegio di mediatori, a prescindere dalla particolare complessità o meno dei contenuti tecnici¹⁶⁷.

La possibilità di avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali è indicata dal D.Lgs. 28/2010 come residuale, si provvede infatti alla nomina dell'esperto solo quando non risulti possibile la nomina di un mediatore ausiliario ai sensi del comma 1, ultimo periodo, dello stesso art. 8 D.Lgs. 28/2010. La residualità rileva anche dal fatto che, mentre la nomina di un mediatore ausiliario non comporta oneri aggiuntivi per le parti, la nomina di un esperto implica maggiori costi per le stesse, queste infatti devono provvedere al compenso secondo le modalità di calcolo e di liquidazione dei compensi aggiuntivi previsti nei regolamenti degli organismi di

¹⁶⁵ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 247, la figura dell'esperto è molto simile a quella del consulente tecnico; la nomina di un esperto fa sì che si consideri centrale, per la risoluzione della controversia, i risultati della perizia e non l'attività del mediatore che quindi risulta svilita. Ciò stravolge la *ratio* della mediazione, in cui i riscontri tecnici dovrebbero avere un rilievo solo residuale.

¹⁶⁶ Gli albi sono aggiornati con cadenza quinquennale per garantire la presenza negli stessi di esperti nella disciplina specialistica dell'area sanitaria, come previsto dall'art. 13 R.D. 1368/1941.

¹⁶⁷ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 275-276, con riferimento alla nomina del o dei mediatori il d.m. 180/2010 prevede la possibilità che siano i regolamenti dei singoli organismi di mediazione a regolare i poteri delle parti nel procedimento di nomina dei mediatori. Potrebbero prevedere la possibilità di scegliere il o i mediatori al momento della stipula della clausola di mediazione, sia di prevedere un meccanismo, più o meno complesso, da utilizzare per la nomina del mediatore una volta sorta la controversia, sempre nel rispetto del principio della imparzialità e dell'indipendenza. Non vi sono inoltre norme analoghe a quella prevista dall'art. 809 c.p.c. in materia di arbitrato, la natura non decisoria della mediazione fa sì che non si renda necessaria la nomina di un numero dispari di mediatori al fine di raggiungere comunque una maggioranza, cosa invece necessaria in sede arbitrale dove l'istituto ha un evidente carattere decisivo.

mediazione. Come avviene per la nomina del consulente ausiliario, in base alla formulazione della norma sembrerebbe spettare al mediatore la nomina dell'esperto; tuttavia tale interpretazione non sembra condivisibile in quanto il mediatore non ha alcun potere decisionale rispetto alla lite e quindi alcuna necessità di conoscere le circostanze controverse. Sarebbe quindi preferibile ritenere che spetti alle parti optare congiuntamente per la nomina dell'esperto, e in tal senso sarebbe auspicabile ridefinire i regolamenti degli organismi di mediazione i quali dovrebbero prevedere le modalità di nomina dell'esperto subordinandole alla volontà di tutte le parti o di quella che accetti di assumersene interamente gli oneri¹⁶⁸.

L'art. 8 D.Lgs. 28/2010 oltre a prevedere la possibilità di nominare un esperto nulla dice con riferimento alle modalità di svolgimento e all'esito della sua attività; tale mancanza non costituisce una lacuna se consideriamo che il procedimento di mediazione è improntato al principio dell'informalità¹⁶⁹. L'informalità caratterizza quindi anche l'attività peritale anche se, in considerazione del carattere valutativo del procedimento, non si può negare la necessità che alcune garanzie vengano rispettate: come ad esempio la garanzia del contraddittorio¹⁷⁰ e la possibilità di nominare dei consulenti di parte che andranno ad affiancarsi all'avvocato. In assenza di una previsione volta a regolare l'esito dell'attività dell'esperto è ben possibile affermare che la redazione del verbale sia la modalità prescelta, per la sua maggiore praticità, nella maggior parte dei casi. Ciò che crea dubbi e perplessità è l'utilizzo che potrà essere fatto di questa relazione nell'eventuale e successivo giudizio, ciò coinvolge l'esame dell'art. 9 D.Lgs. 28/2010 il quale prevede l'obbligo di riservatezza che copre

¹⁶⁸ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 141, §4.3, se la scelta di nominare degli esperti non dovesse essere condivisa da tutte le parti, le stesse potrebbero legittimamente rifiutarsi di proseguire il procedimento di mediazione come previsto dall'art. 3.3 del Codice europeo di condotta per i mediatori. V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 277.

¹⁶⁹ V. L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, 2010, p. 19.

¹⁷⁰ V. M. Adorno, *L'avvocato il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. Tiscini, Milano, 2012, p.162. Nello stesso senso v. L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, 2010, il quale ribadisce come la natura non contenziosa del procedimento di mediazione e l'assenza di formalità non legittimano la disapplicazioni di regole di garanzia fondamentali come quella del contraddittorio e della parità delle armi in relazione al fatto che il procedimento di mediazione potrebbe avere comunque degli effetti, anche solo indiretti, sui diritti soggettivi delle parti con riguardo ad esempio al riparto delle spese processuali.

l'intera procedura di mediazione; ci si chiede se tale obbligo operi anche con riferimento all'attività dell'esperto¹⁷¹ o se sia nella facoltà delle parti autorizzare congiuntamente l'ingresso delle risultanze dell'attività dello stesso nel successivo giudizio di merito, con la finalità di alleggerire l'attività del c.t.u. che, nel corso del giudizio di merito, potrebbe essere nominato¹⁷².

1.2.7. La conclusione del procedimento di mediazione.

L'art. 11 D.Lgs. 28/2010, rubricato "conciliazione" tratta dei diversi epiloghi del procedimento di mediazione; questi si distinguono notevolmente dagli esiti del processo giurisdizionale, in cui l'obiettivo principale è quello di riconoscere la parte che ha ragione e quella che ha torto. La logica "avversariale" è assente nel procedimento di mediazione nel quale lo scopo è quello di far giungere le parti ad un accordo conciliativo, dove nessuna delle due sarà *in toto* vincitrice o soccombente, ma nel quale ognuna deve cedere qualcosa per ottenere dell'altro.

¹⁷¹ Di questa opinione v. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 248, l'autrice ritiene che della relazione peritale non si possa fare uso al di fuori della procedura. La relazione dell'esperto non può in alcun modo essere paragonata ad una c.t.u. perché mentre la prima è informata dal principio dell'informalità, la seconda è frutto di una procedura assoggettata a rigide e stringenti regole contenute nel codice di rito.

¹⁷² V. D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it, 2010, §4, "Coperta dal vincolo di riservatezza e perciò non utilizzabile nel susseguente giudizio di merito è anche l'attività svolta nel corso della mediazione dal consulente tecnico nominato ai sensi dell'art. 8, comma 4, nonché, a maggior ragione quella posta in essere dal "mediatore ausiliario", che l'organismo di mediazione può designare "nelle controversie che prevedono specifiche competenze tecniche". E' infatti vero che, in questo caso, il compito cui è chiamato il CTU nella mediazione non presenta differenze di rilievo rispetto a quello svolto dallo stesso nel giudizio, nel senso che non sempre e non necessariamente il CTU deve operare con la logica del mediatore (a meno che non sia egli stesso mediatore ausiliario). Tuttavia è altrettanto vero che sembra difficile escludere le valutazioni del CTU nominato dal mediatore dal novero delle "informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione". Del resto, se le parti vogliono evitare lo spreco di un'attività nella quale hanno investito tempo e denaro, possono decidere di avvalersene in giudizio, allo scopo, se non di sostituire, quanto meno di alleggerire l'opera del CTU nominato dal giudice, purché però la scelta sia fatta di comune accordo".

La prima ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui le parti siano giunte ad un accordo amichevole; in questo caso il mediatore dovrà redigere il processo verbale a cui allegare il testo dell'accordo.

Potrebbe però accadere che le parti non riescano a raggiungere un accordo, in questo caso il mediatore può formulare una proposta di conciliazione¹⁷³ ed è a ciò tenuto ogni volta le parti gliene facciano concorde richiesta, in ogni momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta le parti devono essere portate a conoscenza delle possibili conseguenze in ordine alle spese processuali come indicate nell'art. 13 D.Lgs. 28/2010¹⁷⁴. L'esito positivo della mediazione potrebbe quindi derivare o dal raggiungimento di un accordo amichevole tra le parti o, dall'adesione delle stesse alla proposta di conciliazione formulata dal mediatore¹⁷⁵. Nel caso in cui il mediatore, spontaneamente o su richiesta concorde delle parti, abbia formulato la proposta il comma 2 dell'art. 11 del D.Lgs. 28/2010 prevede che questa "è comunicata alle parti per iscritto, le parti fanno pervenire al mediatore¹⁷⁶, per iscritto ed entro sette giorni,

¹⁷³ V. G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: cose che non vanno*, in www.judicium.it, 2010, §4, l'autore critica fortemente la formulazione della norma e la previsione, nella sostanza, di un dovere del mediatore di formulare una proposta anche quando non vi è motivo di mediare perché una parte ha inequivocabilmente torto o ragione, e per il fatto che durante la mediazione non vi è spazio per l'accertamento dei fatti, accertamento che invece è necessario sia per distinguere ciò che è giusto o ingiusto, sia per la formulazione di una proposta che non sia priva di logica e/o fondamento.

¹⁷⁴ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 214, tale informativa è analoga a quella cui è tenuto l'avvocato ai sensi dell'art. 4, comma 2, D.Lgs. 28/2010, relativa alla percorribilità della via conciliativa. Tuttavia ciò che distingue le due informative è la relativa *ratio*: nel caso dell'informativa dell'avvocato lo scopo è quello di promuovere la "cultura della mediazione" mentre nel caso che qui stiamo trattando l'informativa ha un ruolo cautelativo a vantaggio delle parti e, mettendo al corrente le parti delle conseguenze negative nelle quali potrebbero incorrere in casi di instaurazione del processo relativamente alle spese, incentiva le parti a concordare una soluzione stragiudiziale della controversia.

¹⁷⁵ V. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pag. 253, le due modalità di conclusione del procedimento devono essere collocate l'una in successione rispetto all'altra; fino a che è possibile pervenire ad un accordo amichevole il mediatore deve procedere in questo senso, quando invece il conflitto non può essere gestito sulla base dei soli interessi allora si potrà procedere con la seconda modalità ovvero, con la formulazione della proposta. In ciò è evidente la preferenza del legislatore per l'"approccio facilitativo" piuttosto che per quello "valutativo o aggiudicativo".

¹⁷⁶ Dato che la gestione della procedura è affidata all'organismo di mediazione l'accettazione e il rifiuto possono essere inviate sia all'organismo di mediazione sia direttamente al mediatore.

l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata¹⁷⁷. La logica che impone al mediatore di formulare per iscritto la proposta è analoga a quella che giustifica l'accettazione scritta ad opera delle parti e la classificazione dell'inerzia in termini di silenzio-rifiuto: le parti devono avere piena e certa conoscenza della proposta del mediatore, in relazione al valore che essa ricopre e, in modo ugualmente consapevole, devono accettarla.

Ultima specificazione relativa alla proposta deve essere fatta con riferimento all'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 11 del D.Lgs. 28/2010; questo infatti prevede che "salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso del procedimento", ciò in linea con quel dovere di riservatezza di cui all'art. 9 D.Lgs. 28/2010 che caratterizza l'intero procedimento di mediazione.

Il tentativo di conciliazione potrebbe anche fallire e ciò si verifica in tre diverse ipotesi: *a)* mancata partecipazione della parte al procedimento; *b)* parere negativo delle parti sulla possibilità di iniziare il procedimento reso nella fase "preliminare", come ampiamente esposto nel paragrafo precedente; *c)* mancata adesione delle parti alla proposta di conciliazione formulata dal mediatore. In questo caso il mediatore provvede alla redazione del verbale di mancata conciliazione, all'interno del quale devono essere specificati i motivi del fallimento. Il verbale riveste un'importanza centrale nel caso di fallimento per mancata partecipazione di una delle parti ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 8, comma 4-*bis*, D.Lgs. 28/2010; nel caso *sub c)* inoltre nel verbale deve essere riportata l'indicazione della proposta.

Una volta redatto il verbale il mediatore deve provvedere al suo deposito presso la segreteria dell'organismo di mediazione (art. 11, comma 5, D.Lgs. 28/2010), da questo momento si ha la decorrenza del termine di decadenza *ex art.* 5 D.Lgs. 28/2010.

Prima di procedere alla trattazione del comma 3 dell'art. 11 del D.Lgs. 28/2010 è necessario sottolineare la fondamentale distinzione tra accordo e verbale, il primo è un atto delle parti mentre, la paternità del secondo è da attribuire al mediatore. Come

¹⁷⁷ L'importanza di assicurare una consapevole conoscenza della proposta formulata dal mediatore ha indotto il legislatore ad inserire una disposizione in cui si vincola il mediatore ad una attività scritta. Le pregnanti esigenze di riservatezza che caratterizzano la mediazione sono qui poste in secondo piano, in questo caso la documentazione scritta è, infatti, funzionale alla tutela di valori di pari rilevanza.

specificato anche più avanti in questo paragrafo l'accordo delle parti si classifica come un contratto e proprio per questo il D.Lgs. 28/2010 nulla riferisce riguardo ai limiti, i contenuti o i profili di validità dello stesso. Il verbale invece è un atto del mediatore, nel caso di esito positivo del procedimento il suo contenuto sarà analogo a quello dell'accordo (diversamente nel caso di fallimento della mediazione il verbale avrebbe un contenuto diverso dalla proposta su cui non si è raggiunto l'accordo). L'art. 11 D.Lgs. 28/2010 infatti prevede che nelle ipotesi sopra esposte il "processo verbale", e non l'accordo che è atto delle sole parti, deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, quest'ultimo inoltre certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere.

L'accordo di conciliazione raggiunto è classificabile come un atto di autonomia privata avente natura negoziale, ciò ci permette di classificare questo tipo contrattuale tra i contratti di composizione delle controversie e, in quanto tale, avente forza di legge tra le parti *ex art. 1372 c.c.*¹⁷⁸ L'accordo ha, inoltre, l'efficacia di un titolo esecutivo come previsto dall'art. 12 D.Lgs. 28/2010, utilizzabile nelle procedure di "espropriazione forzata, esecuzione per consegna e rilascio, esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale". Ciò è possibile quando le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato e, l'accordo sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati.

E' bene ricordare che nelle controversie in materia sanitaria l'accordo di conciliazione non è opponibile ai terzi che non siano intervenuti nel relativo giudizio¹⁷⁹. Ciò fa sì che il verbale di conciliazione può essere fatto valere solo nei confronti di coloro che vi hanno aderito, anche successivamente, ai sensi dell'art. 1304 c.c. Nel caso in cui il condebitore solidale, che ha sottoscritto il verbale di conciliazione, dovesse risultare insolvente sarebbe impossibile per il danneggiato procedere nei confronti degli altri in base al medesimo atto, questo dovrebbe previamente munirsi di un titolo esecutivo

¹⁷⁸ L'art. 11, comma 3, D.Lgs. 28/2010 prevede che "se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

¹⁷⁹ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 143, §4.4, nel paragrafo 2.3. si è già posta attenzione al tema sottolineando le possibili conseguenze della mancata partecipazione dell'impresa di assicurazione al procedimento di mediazione.

valido nei loro confronti, per il tramite dell'istaurazione di un'ulteriore procedura conciliativa.

1.2.8. L'istaurazione del giudizio in seguito al fallimento della mediazione.

Nel precedente paragrafo sono stati esaminati i diversi epiloghi della mediazione. La stessa può concludersi positivamente o fallire; in questo secondo caso la parte danneggiata che volesse agire per ottenere il risarcimento del danno, avendo soddisfatto la condizione di procedibilità di cui all'art. 8 L. 24/2017, potrebbe proporre la domanda giudiziale contro colui che ha partecipato o che è stato chiamato a partecipare alla procedura stragiudiziale. A questo proposito si rende necessario l'esame dello stesso art. 8 L. 24/2017 al fine di individuare le modalità con cui la domanda deve essere proposta.

Il danneggiato potrebbe proporre la domanda nella forma del rito ordinario e quindi con atto di citazione *ex art. 163 c.p.c.*, come previsto dal D.Lgs. 28/2010, ovvero nelle forme del rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.*¹⁸⁰, secondo la preferenza dell'attore¹⁸¹.

È evidente come la forma secondo cui deve essere proposta la domanda giudiziale vari a seconda che la condizione di procedibilità sia stata assolta tramite la predisposizione di una consulenza tecnica preventiva o della mediazione obbligatoria. L'art. 8, comma 3, L. 24/2017 prevede che "ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso (...) è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso

¹⁸⁰ Quando la causa sia di competenza del tribunale in funzione monocratica in quanto nel rito sommario di cognizione la competenza è sempre del tribunale e non del giudice di pace.

¹⁸¹ V. M. Ruvolo, S. Ciardo, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it, 2017, l'autore sostenendo la proponibilità della domanda nella forma del rito ordinario e in quella del rito sommario di cognizione afferma che la previsione dell'art. 8, comma 3, L. 24/2017, la quale prevede l'applicabilità dell'art. 702-bis c.p.c., sia riferibile soltanto alla condizione di procedibilità della consulenza tecnica preventiva. Il riferimento alla mediazione, aggiunto soltanto nell'ultima discussione al Senato, non è ben amalgamato nel testo normativo e ciò permette di ritenere non applicabile la disposizione dell'art. 8, comma 3, L. 24/2017, consentendo, invece, la proposizione della domanda in entrambe le forme su indicate.

di cui all'art. 702-*bis* del codice di procedura civile". I riferimenti letterali contenuti nella norma fanno sì che la disposizione debba essere riferita alla sola consulenza tecnica preventiva e non alla mediazione obbligatoria; in quest'ultima, infatti, non vi è un termine perentorio di "sei mesi", né è previsto che il procedimento debba obbligatoriamente concludersi con una relazione. Diversamente la mediazione ha durata di tre mesi *ex art. 6, comma 1, D.Lgs. 28/2010* e ai sensi dell'art. 11 D.Lgs. 28/2010 si conclude con la redazione di un "verbale" di raggiunta o mancata conciliazione.

Oltre al dato letterale è facile intuire che il riferimento alla proposizione della domanda secondo il rito sommario di cognizione sia riferito ai soli casi in cui si sia proceduto con la consulenza *ex art. 696-bis c.p.c.* in base alle caratteristiche di quest'ultimo istituto; la consulenza ha una funzione probatoria e anticipatoria che si conforma perfettamente alla *ratio* del rito sommario di cognizione¹⁸².

1.2.9. Mancato o incompleto esperimento del procedimento di mediazione: le conseguenze processuali.

"L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto¹⁸³, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza" è quanto previsto dal comma 1-*bis*, art. 5 D.Lgs. 28/2010.

Secondo quanto previsto dalla norma il giudice è tenuto alla verifica della procedibilità della domanda, deve cioè verificare che la condizione di procedibilità, nella forma della mediazione obbligatoria o della consulenza *ex art. 696-bis c.p.c.* sia stata soddisfatta. Tre potrebbero essere gli esiti di tale verifica: a) il giudice potrebbe accertare che la condizione di procedibilità non è stata soddisfatta, ma che sia stato avviato un procedimento di mediazione o di consulenza tecnica preventiva; b) la condizione di procedibilità non è stata soddisfatta perché nessun procedimento è stato

¹⁸² Di ciò abbiamo ampiamente trattato nel paragrafo 1.1.1. di questo capitolo.

¹⁸³ Nel caso in esame l'eccezione sollevata dal convenuto gode di un regime meno rigido rispetto a quanto previsto in genere per le eccezioni in senso stretto che devono essere sollevate nella comparsa di risposta.

avviato; c) la condizione di procedibilità è stata soddisfatta ma il procedimento si è concluso negativamente.

Per capire quando ricorrono le tre ipotesi è necessario ricordare quanto disposto dall'art. 5, comma 2-*bis*, D.Lgs. 28/2010: “quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza accordo”. Ciò fa sì che il caso *sub a)* in concreto possa verificarsi in ipotesi molto circoscritte¹⁸⁴, è necessario infatti che la parte abbia dato avvio alla mediazione solo dopo aver notificato l'atto di citazione, fissando in quest'ultimo la data dell'udienza senza considerare i tempi necessari alla celebrazione del primo incontro di mediazione. In questo caso il meccanismo di sanatoria prevede che il giudice debba fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine ultimo di durata della mediazione (art. 6, comma 1, D.Lgs. 28/2010), consentendo così la conclusione della mediazione e la soddisfazione della condizione di procedibilità. Se allo scadere del termine fissato il giudice accerta che la mediazione si è conclusa il vizio di improcedibilità della domanda si intenderà sanato con efficacia *ex tunc*. Al contrario, se il giudice accerta che le parti non hanno dato avvio alla procedura o non hanno preso parte al primo incontro del procedimento di mediazione dichiara l'improcedibilità della domanda, chiudendo così in rito il processo¹⁸⁵. Nulla esclude che le parti ripropongano successivamente la stessa domanda, provvedendo previamente ad istaurare una procedura conciliativa *ex art. 8, comma 1 e 2, L. 24/2017*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 157, in questo caso l'attore, successivamente o contestualmente alla notifica della citazione propone istanza di mediazione, sfruttando così il termine di comparizione come termine utile all'adempimento della condizione di procedibilità. Considerandosi la condizione soddisfatta in seguito alla partecipazione all'incontro informativo, l'ipotesi in esame si verificherà solo nel caso in cui il primo incontro sia fissato nei 30 giorni dal deposito dell'istanza ma comunque successivamente alla data della prima udienza indicata nell'atto di citazione.

¹⁸⁵ V. F. Santangeli, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it, 2011, §1, sarebbe altresì possibile concedere un ulteriore termine e fissare una nuova udienza dopo la scadenza del termine di tre mesi previsto dall'art. 6 D.Lgs. 28/2010; a parere dell'autore tuttavia tale ipotesi è sconsigliabile in quanto determinerebbe un'infinita serie di rinvii delle udienze ovvero una non codificata forma di paralisi del processo.

¹⁸⁶ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 146, §5.1.

Nel caso *sub b)* le modalità per rilevare l'improcedibilità sono le medesime che abbiamo sopra indicato ma diverse ne sono le conseguenze; l'art. 5, comma 1-*bis*, D.Lgs. 28/2010 prevede che se il giudice accerta che il procedimento di mediazione non è stato esperito "fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 (...) assegnando contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione"¹⁸⁷. Confrontando questa disposizione con l'art. 8 L. 24/2017 risulta evidente il difetto di coordinamento tra le due norme; quest'ultima infatti prevede che il giudice debba dare alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva, quando accerti che il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* non sia stato espletato¹⁸⁸. Ciò genera incertezza sulle modalità con cui deve operare il giudice quando rileva l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento delle condizioni di procedibilità di cui all'art. 8 L. 24/2017.

L'opinione più corretta al riguardo ci sembra essere quella che fa fede al tenore letterale della disposizione; nel caso che stiamo esaminando il giudice deve assegnare alle parti un termine di quindici giorni per il deposito dell'istanza di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* Se, quindi, in un primo momento la parte è libera di scegliere come esperire la condizione di procedibilità tra i due istituti previsti in via alternativa dalla norma, nel momento in cui il giudice accerta che la domanda è stata proposta senza che la condizione di procedibilità sia stata soddisfatta, perché non è stato istaurato alcun procedimento, l'unico modo per sanare il vizio di procedibilità è il ricorso alla consulenza *ex art. 696-bis c.p.c.*

Nel caso *sub c)* invece la condizione di procedibilità risulta soddisfatta, il procedimento di mediazione infatti si è concluso con esito negativo e il giudizio potrà

¹⁸⁷ V. D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rassegna Forense*, 2010, 1, il termine di quindici giorni dato dal giudice non opera come un'ipotesi di sospensione del giudizio, esso costituisce solo un mero differimento dell'udienza, necessario per espletare l'attività fino a quel momento omessa.

¹⁸⁸ Come più volte ribadito il difetto di coordinamento tra la disciplina del D.Lgs. 28/2010 e la L. 24/2017 deriva dal fatto che l'art. 8 L. 24/2017 in origine era stato pensato solo con riferimento all'istituto della consulenza tecnica preventiva e solo in ultima battuta è stato inserito il riferimento alla mediazione, senza alcuna preoccupazione relativamente alla coerenza sistematica della norma.

proseguire nella forma scelta dal danneggiato, ferma restando la possibilità che il giudice disponga il mutamento di rito ai sensi degli art. 183-*bis* e 702-*ter* c.p.c.¹⁸⁹

L'improcedibilità potrebbe essere anche oggetto di un'eccezione sollevata dalla parte; che può essere accolto o respinto dal giudice. Quali conseguenze avrebbe tale ultima circostanza sul successivo ed eventuale giudizio di appello? Esaminando gli artt. 353 e 354 c.p.c. riscontriamo che il vizio in esame non è ricompreso nel novero di quelli che consentono la rimessione al giudice di primo grado; escludendo quindi tale possibilità non rimane che esaminare ancora l'art. 5 D.Lgs. 28/2010. Al comma 2 si afferma che "il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello", "il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione". Nel caso che stiamo esaminando un giudizio si è già svolto e sicuramente la mediazione non avrà l'utilità che avrebbe potuto avere se fosse stata proposta prima della proposizione della domanda giudiziale davanti al giudice di primo grado, ecco perché la norma prevede che il giudice debba previamente valutare "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione"¹⁹⁰.

1.2.10. Il dovere di riservatezza ex art. 9 D.Lgs. 28/2010.

Nel corso della trattazione ci si è riferiti più volte al dovere di riservatezza regolato all'art. 9 D.Lgs. 28/2010. Data la centrale importanza che il dovere riveste nella disciplina della mediazione è bene dedicare a questo specifica attenzione, non solo per le ripercussioni che tale dovere finisce per avere sulla successiva ed eventuale fase giudiziaria ma, anche in relazione all'influenza che questo può avere sul comportamento delle parti che finiscono col percepire quella "segretezza" come una

¹⁸⁹ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 147, §5.2.

¹⁹⁰ V. F. Santangeli, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it, 2011, §2.

garanzia che inevitabilmente le bendispone nei confronti del mediatore, il quale vedrà così a sua volta facilitato il suo lavoro.

Esaminando le norme che tutelano la riservatezza della mediazione e il modo in cui esse interferiscono con i principi generali in materia di prove, è bene partire dall'art. 3 D.Lgs. 28/2010, lo stesso infatti prevede che gli organismi di mediazione devono stabilire, nei loro regolamenti, regole in grado di garantire la riservatezza del procedimento.

Tuttavia la norma cardine è l'art. 9 D.Lgs. 28/2010, la quale impone al mediatore e a "chiunque abbia prestato la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione" di rispettare il dovere di riservatezza, relativamente alle "dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo". La formulazione della norma è chiara, il dovere di riservatezza si impone al mediatore e a coloro che prestano la loro opera o il loro servizio nell'organismo o nel procedimento, non quindi alle parti, esse infatti non prestano la loro opera nel procedimento di mediazione¹⁹¹. Tuttavia potrebbe essere importante assoggettare anche le parti a tale dovere; ciò è possibile per il tramite di espresse disposizioni in tal senso contenute nei regolamenti degli organismi di mediazione; tramite i quali si potrebbe estendere il dovere anche all'incontro preliminare¹⁹². Le parti potrebbero tuttavia decidere di sottoscrivere degli specifici accordi di riservatezza con i quali si impegnano a non rendere pubblico il contenuto dell'accordo raggiunto.

Il comma 2, art. 9 del D.Lgs. 28/2010 aggiunge al dovere di riservatezza esterno anche un dovere di riservatezza interno; il mediatore infatti "rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, è tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti".

In aggiunta l'art. 11 D.Lgs. 28/2010 relativamente alla redazione della proposta del mediatore prevede che questo non possa fare riferimento alle informazioni e alle dichiarazioni acquisite nel procedimento.

¹⁹¹ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 312 e ss.

¹⁹² Come già specificato nella nota n. 147 al §1.2.4. ci sono incertezze circa la possibilità di considerare l'incontro preliminare già parte del procedimento di mediazione.

Complementare al dovere di riservatezza è il principio della inutilizzabilità e del segreto professionale, sancito all'art. 10 D.Lgs. 28/2010, che opera nel giudizio istaurato in seguito al fallimento della mediazione. L'art. 10 prevede che: "le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni"¹⁹³, dall'ultima parte della norma citata è facilmente deducibile la natura disponibile di tale inutilizzabilità. Si consente cioè alla parte che ha reso la dichiarazione o da cui provengono le informazioni di autorizzare l'utilizzo di quanto da essa affermato nel successivo giudizio di merito. Lo stesso avviene con riferimento al dovere di segretezza che opera rispetto a quanto dichiarato davanti al mediatore nelle sedute separate¹⁹⁴.

È inoltre da specificare il fatto che il divieto in questione non opera relativamente ai fatti oggetto delle dichiarazioni rese, fatti che potranno essere allegati e provati nel successivo ed eventuale giudizio, anche se emersi già nel corso della mediazione. Sempre per espressa previsione normativa non sono ammessi il giuramento decisorio e la prova testimoniale che abbiano ad oggetto il contenuto delle dichiarazioni e delle informazioni¹⁹⁵. Come è ovvio, è necessario operare un bilanciamento tra tale divieto

¹⁹³ V. G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: cose che non vanno*, in www.judicium.it, 2010, §7, l'autore sottolinea come non sia in realtà garantita la segretezza nel procedimento di mediazione; pur non potendo riprodurre le dichiarazioni dell'avversario ogni parte potrà consentire la produzione in giudizio delle sue dichiarazioni. Ciò determinerà un effetto domino per cui anche l'altra parte darà il consenso alla produzione delle sue repliche alle dichiarazioni dell'altra parte, facendo così venir meno la garanzia della riservatezza e segretezza. Sarebbe stato preferibile prevedere nel D.Lgs. 28/2010 che tutto ciò che si è svolto davanti al mediatore non può essere rappresentato al giudice, se non con il consenso di tutte le parti.

¹⁹⁴ V. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013, pag. 315, nota n. 150.

¹⁹⁵ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 148, §5.2, l'autrice chiarisce la *ratio* della norma in questione: il divieto mira ad escludere che in sede processuale il contenuto delle dichiarazioni e delle informazioni assunte durante il procedimento di mediazione possa riemergere in qualsiasi modo. Sul punto inoltre molto si discute circa il carattere tassativo o esemplificativo della norma; l'esigenza di bilanciamento tra tutela della riservatezza e diritto alla prova porterebbe a condividere la soluzione per cui la norma ha carattere tassativa. Di diverso avviso, invece, al fine di garantire l'effettività del diritto alla riservatezza si dovrebbe affermare il carattere solo esemplificativo della norma in

che, come abbiamo visto opera come garanzia per la parte, e il diritto alla prova; ciò fa sì che alle parti sia consentito provare con qualsiasi mezzo i fatti allegati a fondamento della domanda o delle eccezioni, anche quando sono emersi nel corso della mediazione. Le conseguenze della violazione di tale divieto consistono nella impossibilità per il giudice di fondare la sua decisione sulla valutazione di queste dichiarazioni o informazioni, anche quando sono acquisite correttamente nel giudizio *ex art. 2721 ss. c.c.*

Il secondo comma della disposizione in esame prevede inoltre che il mediatore non può essere tenuto a deporre, davanti all'autorità giudiziaria, sul contenuto di dichiarazioni e informazioni acquisite nel corso della mediazione. Il mediatore che contravviene il dovere di cui all'art. 9 D.Lgs. 28/2010 si espone a responsabilità, che deve essere fatta valere nei confronti dell'organismo di mediazione presso il quale il mediatore opera. Starà poi all'organismo in questione agire con azione di rivalsa nei confronti del mediatore, facendo così in ultimo gravare sul mediatore le conseguenze dalla sua condotta¹⁹⁶.

Ultima considerazione deve essere effettuata con riferimento all'utilizzabilità nel giudizio della relazione dell'esperto nominato dal mediatore ai sensi dell'art. 8, comma 4, L. 28/2010. Una rigorosa interpretazione della norma dovrebbe portare a ritenere che anche le informazioni provenienti dal consulente tecnico debbano essere ricomprese nell'inutilizzabilità di cui abbiamo trattato; non si può tuttavia non considerare come esigenze di economia processuale hanno portato la giurisprudenza ad optare per un'interpretazione maggiormente flessibile della norma¹⁹⁷. Proprio in virtù delle esigenze di economia processuale e di riduzione dei costi del processo si tende oggi ad ammettere la produzione della relazione dell'esperto inquadrandola come prove c.d. atipiche, la cui attendibilità e utilizzabilità devono essere valutate dal giudice caso per caso¹⁹⁸.

esame, ciò consentirebbe di estendere l'inammissibilità a tutti i mezzi di prova volto a dimostrare che alcune informazioni o dichiarazioni sono state acquisite durante il procedimento di mediazione.

¹⁹⁶ V. D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rassegna Forense*, 2010, 1, §5.

¹⁹⁷ Il tema è già stato accennato al paragrafo 1.2.6 di questo capitolo.

¹⁹⁸ V. G. Ricci, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 149, §5.2.

1.2.11 Rapporti tra la consulenza tecnica preventiva e la mediazione obbligatoria.

All'esito della puntuale trattazione delle due alternative condizioni di procedibilità previste dall'art. 8 L. 24/2017 possiamo esaminare i profili che maggiormente le accomunano in un'attica di comparazione delle stesse.

Il legislatore oltre a prevedere l'alternatività tra i due istituti nulla dice, questo fa sì che sia il danneggiato, in base alla valutazione dell'oggetto della domanda di risarcimento, degli aspetti di natura tecnica più rilevanti e della complessità della controversia a dover scegliere uno tra i due strumenti conciliativi messi a disposizione. La scelta dovrà avvenire necessariamente prima della promozione del giudizio di risarcimento, se il giudice, nel corso del procedimento, dovesse rilevare il mancato esperimento del tentativo di conciliazione dovrebbe disporre, per espressa previsione dell'art. 8, L. 24/2017, l'attivazione del solo procedimento di cui all'art. 696-*bis* c.p.c.¹⁹⁹

I due strumenti, perseguendo il medesimo fine, condividono molte caratteristiche dal punto di vista funzionale ma, si distinguono nettamente per quanto attiene al profilo strutturale.

Entrambi gli istituti rientrano tra i metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione e perseguono finalità deflative del contenzioso²⁰⁰; è stata, infatti, evidenziata la natura conciliativa della consulenza tecnica preventiva regolata dall'art. 696-*bis* c.p.c. Non si hanno dubbi circa l'eguale efficacia dell'accordo di conciliazione *ex* artt. 11 e 12 D.Lgs. 28/2010 e dell'accordo raggiunto all'esito della consulenza tecnica preventiva, potendosi entrambe apprezzare sul piano negoziale ai sensi dell'art. 1372 cc, sul piano esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma II, n. 1 e comma III, c.p.c. e sul piano dell'idoneità a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale per esplicita previsione di legge. Ulteriori profili di affinità possono poi cogliersi sul piano delle agevolazioni e degli incentivi fiscali e nel conferimento dell'incarico di assistere le parti del conflitto ad un soggetto terzo neutrale.

¹⁹⁹ V. D. Dalfino, *Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in www.Questionegiustizia.it, 2018.

²⁰⁰ Una differenza si riscontra nel fatto che la consulenza tecnica preventiva presenta una finalità ulteriore che è quella di anticipazione dell'istruttoria.

Le differenze strutturali che intercorrono tra i due istituti ne impediscono una totale assimilazione. La consulenza tecnica preventiva regolata dall'art. 696-bis c.p.c. appartiene alla giurisdizione contenziosa e la conciliazione esperita in questo ambito può essere qualificata come conciliazione giudiziale²⁰¹. Essa integra un procedimento giurisdizionale vero e proprio non riconducibile alla volontaria giurisdizione, del quale il giudice è *dominus*, in quanto formula i quesiti e decide se ammettere la consulenza stessa

La mediazione, pur essendo un metodo di risoluzione delle controversie, ha natura stragiudiziale ed extraprocessuale, ha base negoziale tale per cui dovrebbe essere del tutto indipendente dal processo.

Differenze si rinvencono anche con riferimento alla figura del terzo neutrale e alle modalità di gestione del tentativo di conciliazione. Il consulente è un soggetto altamente specializzato nella materia sulla quale insorgono le questioni tecniche che è chiamato a risolvere, tuttavia non è necessario o richiesto che questo abbia conoscenze in materia di mediazione o capacità conciliative²⁰². Queste ultime qualità devono invece essere proprie del mediatore il quale affianca le parti al fine di raggiungere una soluzione consensuale alla controversia, dovrà quindi possedere una specifica qualificazione e una formazione nell'ambito delle tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, non saranno richieste invece specifiche competenze e conoscenze nelle materie tecniche che costituiscono l'oggetto del contendere. Conferma di ciò la rinveniamo nell'art. 8 L. 24/2017 nella parte in cui prevede che nel corso della mediazione possa essere nominato un esperto quando, per la natura o per la complessità della controversia, sia necessario l'ausilio di una figura esperta.

²⁰¹ V. A. Panzarola, *Sub art. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007, p. 282, §13, l'Autore classifica la consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* come conciliazione "giudiziale, preventiva e specifica". Specifica in quanto esperibile solo per le controversie determinate *ratione materiae*. Preventiva perché disposta in via anticipata rispetto alla pendenza del processo di merito. Giudiziale in quanto è lo stesso giudice che, pur non partecipando in prima persona alla conciliazione delle parti, nomina il consulente e opera direttamente nella conciliazione-*risultato* dando al verbale efficacia di titolo esecutivo.

²⁰² Diversamente nel paragrafo 1.1.6 abbiamo trattato delle specifiche competenze di cui deve essere in possesso il consulente tecnico per poter essere nominato.

Con riferimento al tema della gestione del tentativo di conciliazione le differenze tra consulente e mediatore appaiono evidenti sin dalla semplice lettura della normativa di riferimento.

L'art. 696-*bis* c.p.c., pur non definendo in modo specifico e dettagliato le modalità di svolgimento del tentativo di conciliazione, in primo luogo pone a carico del consulente il compito di accertamenti e di valutazioni sui fatti controversi, solo in seconda battuta prevede che "il consulente prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti". È quindi evidente come il ruolo del consulente sia, in primo luogo, quello di effettuare gli accertamenti peritali e solo in secondo piano, la sua attività è volta alla ricomposizione del conflitto.

Il mediatore d'altro canto assiste le parti con lo specifico fine di favorire la comunicazione tra le stesse, pone in evidenza i reali bisogni sottesi alle rispettive posizioni al fine di creare un terreno fertile al raggiungimento di una soluzione soddisfacente per entrambe le parti. Il mediatore ai sensi dell'art. 9 D.Lgs. 28/2010 è tenuto ad uno stringente obbligo di riservatezza²⁰³. La severità del dovere si evince dall'esame dell'ambito soggettivo di applicazione della norma, questa infatti si rivolge a "chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione" e sotto il profilo oggettivo in quanto riguarda non solo il generico obbligo di riservatezza nei confronti dei terzi ma anche nei confronti delle singole parti del procedimento. Le informazioni acquisite nel corso di sessioni separate non potranno essere portate conoscenza della controparte.

Obblighi di riservatezza non si rinvergono invece nella disciplina di cui all'art. 696-*bis* c.p.c.

Tutto ciò si ripercuote inevitabilmente sulla successiva ed eventuale fase processuale; come disposto dall'art. 10 D.Lgs. 28/2010, "le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni".

Del tutto differente è invece la situazione che si verifica in caso di mancato raggiungimento dell'accordo all'esito della consulenza tecnica preventiva; tutte le

²⁰³ Di questo aspetto abbiamo trattato nel paragrafo 1.2.10.

informazioni acquisite e le valutazioni effettuate dal consulente troveranno ingresso, su iniziativa della parte interessata, nel successivo processo di merito proprio in virtù del vincolo funzionale di strumentalità che intercorre tra la consulenza tecnica preventiva e il processo di merito e in virtù del fatto che le informazioni acquisite nella prima fase non sono mai coperte dall'obbligo di riservatezza.

L'alternatività prevista dall'art. 8 L. 24/2017 induce quindi il danneggiato ad una valutazione di convenienza ai fini della decisione sull'istituto da adottare. Sebbene la mediazione sia meno onerosa, abbia termini di durata inferiori e consenta di ricorrere anche al rito ordinario di cognizione e non necessariamente al sommario di cui all'art. 702-*bis* c.p.c., la consulenza tecnica preventiva, in materia di responsabilità medica, potrebbe assicurare maggiore utilità a chi se ne serva. La specificità della materia spesso rende necessario definire profili tecnici e scientifici con le specifiche competenze; tale valutazione, infatti, consentirebbe alle parti di prevedere, già prima della istaurazione del giudizio il probabile esito della causa e di conseguenza consentirebbe di valutare l'opportunità di raggiungere un accordo senza l'apertura del giudizio²⁰⁴. Altro indubbio vantaggio assicurato dal "filtro" dell'art. 696-*bis* c.p.c. sta nel fatto che la relazione tecnica redatta dal consulente potrà sempre essere acquisita al successivo ed eventuale giudizio di merito ai sensi dell'art. 696-*bis*, comma V, c.p.c.

²⁰⁴ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017.

Capitolo II

LE AZIONI

2. *Le azioni.*

Il primo capitolo è stato dedicato al tema dei filtri all'azione, cioè delle condizioni di procedibilità che devono essere soddisfatte *ex art. 8 L. 24/2017* da chi “intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile”; in questo secondo capitolo andremo quindi ad esaminare il sistema di azioni configurato dal legislatore.

L'azione, esperibile inseguito all'episodio causativo del danno può essere proposta nei confronti: *a)* della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica e privata; *b)* dell'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 7 della L. 24/2017, *c)* dell'esercente che “abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente²⁰⁵, *d)* dell'impresa di assicurazione della struttura ovvero dell'esercente²⁰⁶.

Nel caso *sub a)* la struttura che abbia agito nell'adempimento della propria obbligazione, avvalendosi dell'opera di “esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente, e ancorché non dipendenti della struttura stessa”, è chiamata a rispondere “delle loro condotte dolose o colpose” ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.

Il titolo di responsabilità nel caso *sub b)* è invece extracontrattuale: in questo caso l'esercente risponde *ex art. 2043 c.c.* Avverso l'impresa di assicurazione il danneggiato può agire *ex art. 12 L. 24/2017* con azione diretta “entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione”.

Oltre a queste azioni che, come abbiamo ribadito, devono essere precedute dal tentativo obbligatorio di conciliazione, il novero delle azioni può essere ulteriormente esteso: *i)* in caso di dolo e colpa grave l'impresa di assicurazione può agire con azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria; *ii)* il P.M. presso la Corte dei conti può proporre un giudizio di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente nei casi di dolo e colpa grave, allorché sia stata accolta la domanda del

²⁰⁵ Per i punti *sub a), b), c)*, vedi art. 7 L. 24/2017.

²⁰⁶ Vedi art. 12 L. 24/2017.

danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica²⁰⁷; *iii*) il fondo può promuovere azione di regresso confronti del responsabile del sinistro²⁰⁸. Queste tre ultime tipologie di azioni non rientrano nel novero di quelle che devono essere precedute dal tentativo di conciliazione; non rientrano infatti tra le “azioni innanzi al giudice civile relative a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria”.

Nel corso del seguente capito, la trattazione si soffermerà sull’esame delle caratteristiche delle azioni appena elencate, cominciando dall’azione diretta, quella che pone maggiori dubbi relativamente alla sua natura.

2.1.L’azione diretta.

Una tra le novità più importanti introdotte dalla legge Gelli-Bianco è sicuramente la previsione di un’azione diretta a favore dei danneggiati nei confronti delle imprese di assicurazione, con il suo corollario costituito dalla regola della inopponibilità delle eccezioni contrattuali; il riferimento normativo è all’art. 12 L. 24/2017 rubricato: “azione diretta del soggetto danneggiato”²⁰⁹.

L’espressione “azione diretta” necessita un particolare approfondimento in relazione alle difficoltà di inquadramento sistematico che la stessa ha suscitato nel corso degli anni.

La figura dell’azione diretta ha fatto ingresso nel nostro ordinamento con la L. 24 dicembre 1969, n. 990, relativa alla materia della responsabilità civile auto, ed è proprio da questa disciplina, ormai ampiamente collaudata, che il legislatore ha preso spunto e ispirazione per la redazione della L. 24/2017²¹⁰. Sebbene il mondo

²⁰⁷ Per i punti *i*) e *ii*) vedi art. 9 L. 24/2017.

²⁰⁸ Vedi art. 14 L. 24/2017.

²⁰⁹ Il comma 6 del medesimo articolo tuttavia subordina l’operatività della disposizione “a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell’articolo 10 con il quale sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie”.

²¹⁰ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 603, è possibile preliminarmente elencare alcuni dei tratti caratterizzanti la disciplina della responsabilità civile auto che sono stati riprodotti nella legge n. 24/2017: *a*) la previsione di

automobilistico nulla abbia a che vedere con il mondo sanitario di cui stiamo trattando, sotto il profilo assicurativo i due comparti hanno in comune un'analoga funzione sociale che permette di sovrapporre in parte le due discipline²¹¹. In entrambi i casi si tratta di coperture assicurative obbligatorie e ciò ci consente di individuare i soggetti cui concretamente si accorda la tutela: differentemente da quanto avviene ai sensi dell'art. 1917 c.c., qui viene posto al centro dell'attenzione il terzo danneggiato, colui che deve essere coperto dal rischio di subire un danno. L'art. 1917 c.c., invece, mira alla tutela della sfera patrimoniale dell'assicurato, il quale deve essere tenuto indenne dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla sua responsabilità²¹².

La natura dell'azione diretta, già nella L. 990/1969, era stata oggetto di numerosi dibattiti. Nessuna tesi, tuttavia, era riuscita ad acquisire la maggioranza dei consensi in quanto era errato l'approccio degli studiosi. Si tendeva a studiare l'assicurazione obbligatoria riconducendone gli elementi nello schema del contratto di assicurazione *ex art. 1917 c.c.*, laddove, invece, questa deve essere considerata come un tipo a sé stante²¹³. Sarebbe opportuno riconoscere autonomia all'istituto dell'assicurazione obbligatoria che, pur traendo origine del modello codicistico, se ne differenzia sensibilmente; questo anche in relazione alla causa del contratto, causa che persegue obiettivi di ordine pubblico, superando gli interessi particolari dei contraenti. È inoltre

un'azione diretta per cui il danneggiato può agire direttamente contro l'impresa che offre la copertura assicurativa alla struttura sanitaria o all' esercente, diversamente da quanto avviene generalmente nella disciplina in materia di coperture assicurative ordinarie *ex art. 1917 c.c.*, *b*) impossibilità di opporre alcuna eccezione contrattuale relativa al rapporto tra impresa di assicurazione e assicurato, con l'obbligo per l'impresa di assicurazione di liquidare il terzo danneggiato, *c*) la previsione di procedure vincolate, che saranno definite dall'IVASS (*ex art. 10, comma 5, L. 24/2017*), in base alle quali le imprese dovranno formulare delle offerte congrue (*ex art. 8, comma 4, L. 24/2017*), *d*) l'istituzione di un Fondo di Garanzia, con cui si assicura al danneggiato la prestazione risarcitoria in tutti quei casi in cui non opera la copertura assicurativa.

²¹¹ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 603.

²¹² L'articolo 1917 c.c. prevede che "nell'assicurazione dalla responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi".

²¹³ V. F. Cossignani, *L'azione diretta*", in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 26. Nello stesso senso v. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 604.

evidente che l'azione diretta non può trarre origine dal un rapporto contrattuale in quanto, se così fosse, parleremmo semplicemente di azione, come avviene nell'art. 1917 c.c., secondo cui l'azione è esperita nei confronti del danneggiante il quale potrà eventualmente chiamare in causa l'impresa di assicurazione, in base del rapporto contrattuale che tra le due intercorre. In virtù dello schema contrattuale richiamato il danneggiato non può vantare dei diritti nei confronti dell'impresa di assicurazione, il collegamento tra loro è solo indiretto. Ciò non cambia nemmeno in base a quanto disposto dall'art. 1917, comma II, c.c. per cui "l'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo chiede", in questo caso la norma fa sempre riferimento ad un diritto dell'assicurato, non del terzo danneggiato, relativo al profilo esecutivo del rapporto in questione²¹⁴.

Diviene allora necessario capire cosa legittima il danneggiato a spiegare un'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione richiamando un principio già consolidato in giurisprudenza nell'ambito automobilistico: "In primo luogo, quanto alla fonte dell'obbligazione dell'assicuratore del responsabile, essa non è rappresentata dal fatto illecito, ma da una complessa fattispecie alla cui integrazione concorrono l'illecito, il contratto di assicurazione e la relazione diretta che la legge instaura tra il danneggiato e l'assicuratore, estendendo al primo gli effetti del contratto"^{215,216}. Pertanto è la legge ad instaurare un rapporto diretto tra danneggiato ed assicuratore, riconoscendo al primo una tutela particolarmente forte data dall'estensione in suo favore degli effetti del contratto di assicurazione, dal riconoscimento dell'azione diretta e dell'inopponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto stesso.

Il legislatore crea un terzo rapporto contrattuale che presuppone quello tra danneggiante e danneggiato ed è attuazione del contratto tra danneggiante e il suo

²¹⁴ V. F. Cossignani, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 26, il terzo può azionare il diritto soggettivo dell'assicurato relativo alle modalità di esecuzione dell'obbligazione ma solo in via surrogatoria, qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 2900 c.c. Nello stesso senso v. P. Gaggero, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, §4.

²¹⁵ V. Cass., 29 luglio 1983, n. 5218, in *Assicurazioni*, 1983.

²¹⁶ V. M. Rossetti, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice per la RCA e di altri soggetti legittimati. La procedura stragiudiziale per la liquidazione dell'indennizzo*, incontro di studio sul tema: "Il codice delle assicurazioni private", Consiglio Superiore della Magistratura, 12-14 marzo 2007.

assicuratore, le cui parti sono il danneggiato e l'impresa di assicurazione del danneggiante²¹⁷.

Dopo aver in breve individuato il modello cui il legislatore si è ispirato dobbiamo addentrarci nell'esame dell'art. 12 L. 24/2017, analizzando gli impatti che la previsione di questa "nuova" azione in ambito sanitario ha avuto sugli operatori del settore²¹⁸; non prima però di aver trattato di ciò che costituisce presupposto dell'azione diretta: l'obbligo di copertura assicurativa di cui agli artt. 10 e 11 L. 24/2017.

2.1.1. L'obbligo di copertura assicurativa (art. 10 L. 24/2017).

Come è già emerso il tema dell'azione diretta deve essere trattato di pari passo con la trattazione di un'altra rilevante novità introdotta dal legislatore nella riforma: l'obbligo per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private di dotarsi di copertura assicurativa di cui all'art. 10 L. 24/2017²¹⁹.

In realtà in passato vi erano stati diversi tentativi di introdurre l'assicurazione obbligatoria anche in ambito sanitario ma i risultati non erano stati soddisfacenti. Nel 1969 con il D.P.R. 27 marzo 1969, n. 130²²⁰, , era stata introdotta per la prima volta

²¹⁷ V. P. Gaggero, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, §4.

²¹⁸ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *“La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24”*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, cap. 20, pag. 607, si teme che la nuova disciplina possa incentivare i pazienti/danneggiati ad avviare un gran numero di procedimenti contro le imprese di assicurazione tramite il ricorso all'azione diretta, nella sicurezza di poter vedere soddisfatte le proprie richieste risarcitorie. Inoltre l'inopponibilità delle eccezioni contrattuali da parte delle imprese di assicurazione importa un notevole aumento dei costi di gestione dei sinistri. V. P. Gaggero, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, §4, l'autore sottolinea come il contratti di assicurazione obbligatoria non possa considerarsi libera espressione della volontà delle parti contraenti; il legislatore ha vincolato l'autonomia contrattuale delle parti, definendo in parte il contenuto dei contratti che devono essere stipulati, un esempio è proprio la previsione nel contratto della possibilità di esperire l'azione diretta.

²¹⁹ V. F. Cossignani, *“L'azione diretta”*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 31, la relazione tra l'obbligo assicurativo e l'azione diretta opera solo in questo senso ma non nel senso inverso; ciò implica che “non tutti gli obblighi di assicurazione obbligatoria danno luogo a correlate fattispecie di azione diretta a favore del danneggiato”.

²²⁰ Pubblicato nella G.U., 1969, n. 104, “Stato giuridico dei dipendenti degli enti ospedalieri”.

l'assicurazione obbligatoria nel settore sanitario, con il fine di sollevare gli esercenti la professione sanitaria e le strutture sanitarie dal rischio di subire un danno al proprio patrimonio personale; con eccezione ovviamente dei casi di dolo e colpa grave.

Undici anni più tardi con il D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761²²¹, all'obbligo assicurativo si sostituì un regime assicurativo facoltativo; le U.S.L. avevano la possibilità di dotarsi di una copertura assicurativa per la propria responsabilità e per quella dei dipendenti, non più un obbligo. Permaneva però viva l'esigenza di tutelare i lavoratori del settore sanitario e proprio per questo furono le associazioni sindacali, negli anni successivi, a battersi per l'introduzione di obblighi di copertura assicurativa nei contratti collettivi nazionali del lavoro²²². Tuttavia ciò che continuava a creare problemi era la concreta realizzazione dell'obbligo di copertura assicurativa; il mercato delle assicurazioni sanitarie per le imprese risultava molto poco appetibile; le stesse hanno subito ingenti perdite economiche date dal fatto di dover liquidare somme molto più alte rispetto ai premi incassati²²³. La giurisprudenza ha inoltre esteso sensibilmente i casi di danno risarcibile, con la tendenza, sempre maggiore, alla oggettivazione della responsabilità del medico, considerato debitore di un'obbligazione di risultato²²⁴. L'evoluzione, ora brevemente riassunta, della disciplina dell'obbligo di copertura assicurativa aveva portato alla necessità di dare un nuovo

²²¹ Pubblicato nella G.U., 1980, n. 45, "Stato giuridico del personale delle Unità sanitarie locali".

²²² Come venne fatto ad esempio nel C.C.N.L. 1998-2001. Le previsioni contrattuali miravano a far sì che il medico potesse godere di una copertura stipulata in suo favore dall'ente, che doveva essere "adeguata". Il criterio dell'adeguatezza tuttavia lasciava molte incertezze data la sempre maggiore difficoltà di individuare coperture assicurative idonee a garantire la tutela dei professionisti sanitari.

²²³ Le ragioni di ciò sono da cogliere nella sempre maggiore attenzione dei pazienti alla prestazione ricevuta, incrementata anche dalle pressioni di alcuni legali, nel riconoscimento della risarcibilità del danno patrimoniale e non patrimoniale che ha determinato un necessario aumento degli importi di risarcimento riconosciuti dalle corti.

²²⁴ V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 302 ss, un ulteriore aspetto fisiologico, ma allo stesso tempo pregiudizievole per le imprese di assicurazione, dei danni da *malpractice* medica è la lunga latenza del danno e il conseguenziale allungamento dei termini di prescrizione del diritto a chiederne il risarcimento; ciò determina una particolare difficoltà nell'effettuare corrette previsioni per la stipulazione del contratto, con l'alto rischio di sottostimare i reali costi del rischio sottoscritto.

ordine alla materia, era necessario delineare nuovamente le regole della responsabilità sanitaria e, in particolare, della sua assicurabilità²²⁵.

Nonostante vari tentativi e varie proposte di disegno di legge presentate alle Camere, si ebbe l'introduzione dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario solo con la c.d. legge Balduzzi, L. 189/2012²²⁶. Sebbene la previsione sia stata inserita nel testo di legge, essa non ha mai avuto effettiva applicazione; l'effettività del sistema era stata subordinata, per espressa previsione della L. 189/2012, all'emanazione di un d.P.R. di attuazione che definisse il contenuto minimo e uniforme delle polizze assicurative; tale decreto, atteso entro il 30 giugno 2013, tale decreto non è mai venuto alla luce.

Dato il totale fallimento della L. 189/2012 il legislatore ha sentito la necessità di tornare nuovamente sul punto e, lo ha fatto con la previsione dell'art. 10 L. 24/2017, con cui si è ripensato l'intero sistema della responsabilità sanitaria, definendo in modo chiaro e, differenziando in base ai destinatari, i diversi obblighi assicurativi. Il legislatore ha quindi proseguito nella stessa direzione già assunta con la legge Balduzzi cioè quella della responsabilità civile assicurata²²⁷. Nella Conferenza delle Regioni e delle Province autonome 13/134/ CR08/C7, tenutosi a Roma nel dicembre 2013 e poi portata all'attenzione della XII Commissione alla Camera il 16 gennaio 2014, data la non sostenibilità del mercato assicurativo della *malpractice* medica, era stata presentata una proposta con cui si intendeva dare un'impronta totalmente diversa alla materia. Si era pensato di adottare un modello di *first-party insurance* in base al quale l'onere assicurativo grava sul danneggiato, come avviene anche nelle assicurazioni sanitarie. In questo modo i costi dell'assicurazione vengono fatti gravare sull'intera collettività e non solo sui professionisti o sulle strutture sanitarie. La proposta tuttavia non ha trovato accoglimento, in Italia la situazione sociale ed economica, l'elevata

²²⁵ Tra le proposte di disegno di legge in questo senso ricordiamo il d.d.l. 3 luglio 1996, n. 864, consultabile, in www.parlamento.it, d.d.l. 6 giugno 2001, n. 108, in www.senato.it, e d.d.l. 29 aprile 2008, n. 50, in www.senato.it.

²²⁶ L. 8 novembre 2012, n. 189, pubblicata nella G.U., 2012, n. 263, S.O. "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute".

²²⁷ V. F. Cossignani, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 28, ciò consente di "perseguire in concreto la funzione sociale sottesa ad ogni sistema di assicurazione obbligatoria, in cui convergono gli interessi non solo dei soggetti stipulanti (assicurato e assicuratore) ma anche quelli dei danneggiati estranei al rapporto contrattuale".

pressione fiscale e l'ammontare della spesa pubblica nel settore sanitario non consentono l'adozione di un sistema *no-fault* cioè di un sistema dove il risarcimento del danno è erogato senza un previo accertamento della responsabilità²²⁸.

Nella legge Gelli-Bianco il legislatore ha cercato di effettuare un bilanciamento tra tre esigenze di centrale e fondamentale importanza: a) possibilità di stipulare, a prezzi ragionevoli, polizze assicurative da parte dell'esercente la professione sanitaria, senza dover ricorrere alla medicina difensiva; b) garanzia di fruttuosità dell'attività delle imprese di assicurazione con possibilità di prevedere *ex ante* l'ammontare indicativo dei risarcimenti così da poter prevedere livelli di premi adeguati (scongiorando così il pericolo di ingenti perdite economiche che, come abbiamo indicato, è stata la causa del fallimento delle precedenti leggi), c) tutela del paziente che sarà garantito nella possibilità di ricevere adeguate cure mediche e, nel caso di *malpractice*, garanzia di ottenere un risarcimento prevedendo la presenza di due coobbligati²²⁹.

Il primo comma dell'art. 10 della L. 24/2017 prevede l'obbligo per "per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private" di dotarsi di una "copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatore d'opera" per i danni cagionati dal personale "a qualunque titolo²³⁰ operante presso le strutture (...) compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica", con estensione dell'obbligo alla libera professione intramuraria ovvero all'attività svolta in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale o per il tramite della telemedicina. A questo obbligo si aggiunge quello previsto nell'ultima parte del

²²⁸ V. G. Santonocito, *Responsabilità professionale. Lo spostamento dell'asse da rapporto medico-paziente a rapporto utente-struttura. Il rapporto di fiducia*, in www.Quotidianosanità.it, 2018, "«No Fault», letteralmente la traduzione consisterebbe in «nessuna colpa». Nello specifico e, declinandolo in termini sanitari, indica precipuamente un risarcimento per determinate casistiche di eventi senza ricerca della colpa, vale a dire che la professione medica anziché cercare a tutti i costi il 'colpevole' di un evento avverso, predilige sanare la vittima dell'infortunio, comprendendone le cause e prevenendone di analoghi".

²²⁹ V. F. Cossignani, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 28.

²³⁰ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 19, pag. 565, questa espressione ha suscitato dei dubbi con riguardo alla sua estensione: ci si chiede se debba essere letta in modo estensivo o limitandola ai casi in cui vi sia un rapporto di minima correlazione con la prestazione di cura. La seconda soluzione, già propria dell'impostazione adottata nel d.l. Madia, sembra essere la più corretta.

comma in esame cioè l'obbligo in capo alle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private di dotarsi di una copertura assicurativa della "responsabilità civile verso i terzi degli esercenti le professioni sanitarie" (secondo lo schema dell'art. 1891 c.c.²³¹) "ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell'art. 7, fermo restando quanto previsto dall'art. 9". Ci si riferisce qui alle ipotesi in cui il paziente danneggiato decida di agire direttamente nei confronti dell'esercente la professione sanitaria con un'azione *ex art. 2043 c.c.*²³².

Il secondo comma dell'art. 10 della L. 24/2017 prevede, invece, un obbligo di copertura assicurativa per gli esercenti la professione sanitaria liberi professionisti²³³, che non operano nelle strutture del comma 1 e, per i medici che operano in esecuzione di un contratto stipulato direttamente con il paziente *ex art. 7, comma 3 della L. 24/2017*²³⁴. L'ulteriore ed ultimo obbligo assicurativo è previsto nel comma 3 dello stesso articolo; si prevede a carico di tutti coloro che a qualunque titolo esercitino la professione sanitaria presso un ente l'obbligo di dotarsi di una copertura assicurativa, con oneri a proprio carico, volta a coprire i casi di colpa grave, per garantire le azioni di rivalsa e di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9 L. 24/2017 e quella di rivalsa dell'assicurazione chiamata in giudizio con azione diretta da parte del danneggiato ai sensi dell'art. 12 L. 24/2017.

Dopo aver elencato gli obblighi assicurativi differenziati in base al soggetto tenuto ad adempierli, è bene dare atto di un carattere fondamentale dell'obbligo in questione: la sua unilateralità²³⁵. L'unilateralità prevede che vi sia un obbligo in capo ai soggetti

²³¹ Nel quale si riprende il modello dell'assicurazione per conto altrui o di chi spetta.

²³² V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 19, pag. 563, gli autori mettono in luce la presenza di un elemento di incertezza in questo primo comma; ci si chiede se "la garanzia si estenda – come sembra potersi dire, almeno per le strutture – a qualsiasi responsabilità civile comunque inerente all'esercizio dell'attività sanitaria (anche in base ad un semplice rapporto di occasionalità), o sia invece limitata alle responsabilità sanitarie in senso stretto (derivanti cioè dalle attività di cura o diagnosi verso i pazienti)".

²³³ Per libero professionista intendiamo colui che opera senza alcun legame con qualsiasi struttura, in modo del tutto autonomo, assumendosi delle obbligazioni direttamente con il paziente.

²³⁴ Come era già stato previsto nella legge Balduzzi, previsione che come abbiamo ricordato non aveva trovato applicazione per la mancata adozione dei decreti attuativi.

²³⁵ In ciò rintracciamo una distinzione della normativa rispetto al modello di riferimento costituito dalle assicurazioni obbligatorie in ambito automobilistico (art. 11 cod. ass.), in queste l'obbligo si presenta come "bilaterale", ciò implica che le imprese di assicurazione non possono scegliere la tipologia di clienti da inserire nel loro portafoglio, ma sono tenute a

appena indicati di dotarsi di copertura assicurativa in assenza di uno speculare obbligo per le imprese di assicurazione stipulare le polizze con chi ne faccia richiesta. Le ragioni dell'assenza di un obbligo in tal senso sono da ricercare nello stato del mercato assicurativo italiano, su cui già ci siamo soffermati. Nel tempo si è verificato un progressivo allontanamento delle imprese di assicurazione dal settore sanitario, determinando sempre maggiori difficoltà per gli esercenti la professione sanitaria o le strutture sanitarie nel reperire polizze assicurative a prezzi sostenibili²³⁶. La mancata previsione dell'obbligo di stipulare in capo alle imprese è volto a scongiurare che questo fenomeno si accentui ancora di più. Dovendo prendere atto della impossibilità di imporre l'obbligo di stipulare polizze a carico delle imprese di assicurazioni, si deve accettare che ciò potrebbe minare l'intento del legislatore di trasferire il rischio su un soggetto maggiormente solvibile.

2.1.2. L'obbligo di copertura assicurativa (segue).

Trattando dell'obbligo assicurativo è necessario analizzare anche il contenuto dell'art. 11, L. 24/2017 rubricato "estensione della garanzia assicurativa". Preliminarmente è bene introdurre una specificazione terminologica. Quando si parla di ambito temporale di operatività dell'assicurazione non parliamo di durata delle coperture assicurative. Il contratto potrebbe avere una certa durata temporale ma comunque ricomprendere fatti che si sono verificati prima o dopo il periodo di vigenza del contratto stesso. Rispetto alla durata del contratto l'art. 11 L. 24/2017 nulla dice, lasciando libertà alle parti di decidere la durata del rapporto sempre nel rispetto delle regole di "durata dell'assicurazione" di cui all'art. 1899 c.c. Il tema è estremamente rilevante soprattutto se si prende in considerazione che dal momento della causazione del danno al momento della liquidazione dello stesso potrebbero incorrere diversi anni, in

contrarre con chi ne faccia richiesta. Nell'ambito sanitario è invece presente una lacuna in tal senso e si dà la possibilità alle imprese di decidere se stipulare o meno una polizza assicurativa con chi ne faccia richiesta; pregiudicando in questo modo irrimediabilmente l'efficacia dell'obbligo di assicurazione di cui all'art. 10 L. 24/2017.

²³⁶ V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 309, L'autrice sottolinea come negli ultimi anni si sia arrivato a prevedere premi assicurativi contabilizzati di ammontare superiore a 500 milioni di euro.

particolare in ambito medico parliamo di danni “lungolatenti” per indicare quei danni le cui conseguenze divengono evidenti dopo molti anni dal momento della loro causazione²³⁷²³⁸. Ciò ha tre risvolti principali: a) si ha il pericolo di esporre le imprese di assicurazione ad esborsi molto più elevati rispetto all’ammontare dei premi incassati per il variare, nel corso del tempo, dei criteri risarcitori diversi; b) le imprese sono costrette a mantenere “aperte” *ad libitum* le proprie riserve per garantire il risarcimento ai danneggiati che decideranno di agire; c) il danneggiato potrebbe imputare i danni ad un periodo molto risalente in cui era in vita un’assicurazione con massimali non più sufficienti per la liquidazione dei danni²³⁹. Al fine di evitare di incorrere nelle situazioni appena descritte è stato adottato un modello di garanzie nuovo detto dei “*claims made*” (a richiesta fatta).

Il modello dei *claims made* si concentra sul momento in cui si concretizza il rischio di aggressione del patrimonio del soggetto assicurato ovvero in momento in cui il danneggiato ufficializza la volontà di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito, non sul momento temporale in cui il fatto dannoso è stato posto in essere. Le clausole *claims made* sono state oggetto di numerosissime critiche, sul tema sono intervenute le S.U. della Suprema Corte²⁴⁰, le quali, pur rigettando l’idea della nullità e della vessatorietà di queste clausole, avevano affermato la necessità che queste venissero sottoposte ad un giudizio di meritevolezza svolto caso per caso, al fine di verificarne la validità. In quell’occasione la Corte ha sottolineato inoltre come le clausole *claims made* fossero incompatibili con le assicurazioni obbligatorie proprio in ragione della *ratio* delle stesse e delle preminenti finalità di tutela del terzo danneggiato, ritenendo quindi la clausola immeritevole di tutela e quindi non valida²⁴¹.

²³⁷ In ciò rinveniamo una profonda differenza tra il settore medico-sanitario e il settore delle rc auto in cui l’intervallo di tempo tra la condotta e il danno è minimo, con la conseguenza che non vi sono problemi all’applicazione dell’ordinaria disciplina civilistica.

²³⁸ Cass. S. U., 11 gennaio 2008, n. 581, a rafforzare la tutela del danneggiato si è ribadito che il diritto al risarcimento del danno sorge nel momento in cui il danneggiato ha percezione soggettiva della malattia che consegue il danno ingiusto; ciò porta ad una potenziale imprescrittibilità dei diritti, rendendo così particolarmente complessa qualsiasi valutazione del rischio fatta dall’impresa prima della stipulazione della polizza, con il grande rischio di non incassare un premio proporzionale agli esborsi economici cui si vincola l’impresa stessa.

²³⁹ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 19, pag. 648.

²⁴⁰ Cass. S. U., 6 maggio 2016, n. 9140, Cass. S. U., 2 dicembre 2016, n. 24645.

²⁴¹ La corte affermava infatti che “Essendo qui in gioco non tanto i rapporti tra compagnia e assicurato, ma anche e soprattutto quelli tra professionista e terzo, le polizze non possono

In un momento di profonda incertezza relativamente alla compatibilità delle clausole *claims made* con le assicurazioni obbligatorie in ambito sanitario era necessario che il legislatore prendesse posizione nella redazione della L. 24/2017 al fine di rendere concreto ed effettivo il sistema di tutela per il paziente in essa delineato. Con la redazione dell'art. 11 il legislatore ha riconosciuto implicitamente la validità di queste clausole nel nostro ordinamento, sancendo, così, per taluni il definitivo declino delle clausole *loss occurrence* (sistema conforme a quello previsto dall'art. 1917 c.c.) in questo settore²⁴².

Tra le caratteristiche della copertura assicurativa delineata dall'art. 11 L. 24/2017 vi è la previsione di un periodo di retroattività della polizza e di uno di sua ultrattività; “la garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo²⁴³, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi”. Con il riconoscimento dell'operatività di queste clausole nel nostro ordinamento il legislatore ha cercato di soddisfare le esigenze principali; e cioè rendere più agevole la valutazione del rischio in capo alle imprese di assicurazione, garantire ai soggetti obbligati alla copertura assicurativa la possibilità di accedere a polizze assicurative e assicurare al terzo danneggiato di veder soddisfatto il proprio diritto al risarcimento²⁴⁴.

essere strutturate in modo tale che il danneggiato rimanga esposto al pericolo che gli effetti della colpevole e dannosa attività della controparte restino, per incapienza del patrimonio della stessa, definitivamente a suo carico”. Solo due anni più tardi tuttavia la Corte (Cass. S. U., 24 settembre 2018 n. 22437), tornando sui suoi passi, riconosce il meccanismo di operatività della polizza come deroga consentita all'art. 1917 c.c. Il modello contrattuale ormai risulta tipizzato e quindi non sarà più necessario lo scrutinio di meritevolezza degli interessi perseguiti.

²⁴² V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 313.

²⁴³ Questa tipologia di clausola prendi il nome di *claims made* “spuria”, si distingue dalla clausola *claims made* “pura” in cui invece sono coperti dall'assicurazione tutti i sinistri denunciati in corso di polizza, avvenuti prima della stipulazione del contratto per un periodo indeterminato.

²⁴⁴ V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 313, l'autrice evidenzia un problema di sovrapposizione di polizze che potrebbe verificarsi allorché si passi da una polizza con clausola *claims made* ad un'altra con la medesima clausola e quindi con lo stesso periodo di retroattività e di ultrattività.

La lettura dell'art. 11 L 24/2017 ci fornisce altre due occasioni di riflessione. Abbiamo visto come la caratteristica delle clausole *claims made* è quella di condizionare l'operatività della copertura alla richiesta risarcitoria presentata dal danneggiato; il legislatore del 2017 ha fatto tuttavia riferimento ad un altro momento, quello della denuncia del sinistro all'assicuratore effettuata dall'assicurato. Se ci limitassimo ad una interpretazione letterale dovremmo dedurre che il legislatore nel nostro ordinamento ha voluto far riferimento non alla clausola *claims made* ma a quella c.d. *deeming clause*, per cui sono coperti da assicurazione tutti i sinistri denunciati dall'assicurato nel periodo di vigenza della polizza, anche in assenza di richieste risarcitorie avanzate da terzi per i fatti denunciati dall'assicurato²⁴⁵²⁴⁶.

Altro aspetto da trattare è quello riferito alla obbligatorietà del periodo di ultrattività della garanzia (ci riferiamo a tutti quei casi in cui l'ambito di operatività della copertura si estende agli eventi che, pur avvenuti durante la vigenza della polizza, hanno dato luogo a richieste risarcitorie solo in un momento successivo alla scadenza della garanzia); la formulazione dell'art. 11 sembrerebbe prevedere tale obbligatorietà solo nel caso di "cessazione definitiva dell'attività professionale". Il problema si pone alla luce di una pronuncia della Suprema Corte²⁴⁷ in cui è stato espresso un giudizio di non

Inoltre si sottolinea come regolare le estensioni di garanzia assicurativa prima di aver definito i requisiti minimi della garanzia potrebbe risultare troppo vincolante.

²⁴⁵ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 22, pag. 666, a parere degli autori la norma non può essere letta in questi termini dato che il riferimento alla "denuncia" è presente nel primo comma, non anche nel secondo dove viene trattato più specificatamente il tema dell'ultrattività della garanzia.

²⁴⁶ V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 314, si ritiene che la formulazione della norma sia frutto di una "svista del legislatore, mancando una motivazione valida che possa giustificare una diversa scelta di campo". Se così fosse verrebbe snaturato l'istituto fin qui analizzato che perderebbe la sua *ratio*; le conseguenze che discendono da una *deeming clause* sono l'aumento del numero delle denunce cautelative da parte degli assicurati che porta con sé l'aumento esponenziale dei premi assicurativi, di fatto realizzando un effetto opposto rispetto a quello perseguito con le clausole *claims made*.

²⁴⁷ Cass. Civ., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506, il Rel. Rossetti così conclude "La clausola c. d. *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengono nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma II, in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione".

meritevolezza della clausola *claims made* di un contratto di assicurazione obbligatoria sanitaria priva della previsione del periodo di postuma. Il fatto di aver limitato l'obbligo della garanzia postuma ai soli casi di cessazione dell'attività del professionista trova giustificazione se letto alla luce dell'intero sistema di garanzia che la novella ha voluto strutturare; la previsione di un obbligo assicurativo in capo alla struttura e ai professionisti è in grado di fornire elevate garanzie di continuità della copertura assicurativa, rafforzata inoltre dalla previsione della obbligatoria retroattività decennale di ciascuna polizza²⁴⁸, in grado di bilanciare perfettamente l'assenza della postuma.

Un ultimo aspetto meritevole di approfondimento è il riferimento, contenuto nell'art. 12 L. 24/2017, alle cc.dd. "altre analoghe misure"; con tale riferimento il legislatore, sulla scia di quanto previsto dalle precedenti normative, dà la possibilità alle strutture sanitarie di provvedere alla gestione diretta del rischio tramite lo stanziamento di somme nel proprio bilancio, creando così un sistema di "autoassicurazione". La ragione che ha contribuito al grande successo di sistemi di autoassicurazione è stata, in passato, la sempre crescente difficoltà di reperire sul mercato delle polizze assicurative a prezzi sostenibili²⁴⁹.

Sebbene evidenti siano i vantaggi del sistema di autoassicurazione, questo non deve essere considerato la panacea di tutti i mali²⁵⁰; il vantaggio principale di consentire la gestione diretta del rischio ha necessariamente dei risvolti negativi in termini di costi economici, si deve provvedere all'assunzione e alla formazione di personale nuovo e specializzato nello svolgimento dell'attività di valutazione e gestione del rischio,

²⁴⁸ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 22, pag. 670.

²⁴⁹ V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 315, per computare, in modo corretto, l'ammontare dell'accantonamento delle riserve è necessaria l'esperienza di *loss adjuster* e successivamente della verifica di esperti revisori esterni. Siffatto sistema assicura inoltre un evidente vantaggio economico in termini di risparmio di cassa: non deve essere corrisposto il premio assicurativo, non è dovuta l'imposta sui contratti assicurativi (del 22.25% del premio pagato) e si realizza un risparmio dei costi di intermediazione; a ciò si aggiunge un beneficio indiretto, la gestione del contenzioso consente alle strutture ospedaliere di sviluppare un sistema di *risk management* per la riduzione dei rischi, consentendo di facilitare l'accesso alle procedure di conciliazione.

²⁵⁰ V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 315.

attività del tutto estranea a quella solitamente svolta dagli operatori del settore sanitario.

Nel momento in cui si lascia alle strutture la possibilità di scegliere se adempiere l'obbligo assicurativo tramite una polizza assicurativa o una prestazione alternativa è necessario assicurare equivalenza e fungibilità tra le due modalità, in entrambi i casi è necessario che siano in grado da una parte, di garantire ai dipendenti riparo da qualsiasi richiesta risarcitoria avanzata dai pazienti danneggiati, dall'altra di assicurare ai danneggiati la liquidazione delle somme loro riconosciute a titolo di risarcimento del danno, senza che vi siano delle discriminazioni tra i pazienti danneggiati per il fatto di essersi rivolti ad una struttura che, per adempiere il proprio obbligo assicurativo, abbia fatto ricorso ad un contratto di assicurazione o alla gestione in proprio. Alcuni autori²⁵¹.

Con l'art. 10, comma 6, L. 24/2017, pur mantenendo la possibilità di provvedere alla gestione in proprio del rischio²⁵², prevede che i decreti ministeriali, da emanare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge, debbano definire i requisiti minimi delle polizze assicurative e, "i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio", prevede l'iscrizione a bilancio di un fondo rischi e uno "costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati".

2.1.3. *Ambito di applicazione dell'art. 12 L. 24/2017.*

²⁵¹ V. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 315, questi criteri per quanto importanti non sono stati di fatto attuati dalle strutture, non è mai stato previsto nemmeno un criterio di revisione periodico delle riserve per garantirne la sufficienza. Prima della riforma Gelli-Bianco non era stato nemmeno introdotto un sistema di impignorabilità delle somme accantonate. Facendo riferimento alla disciplina del codice delle assicurazioni, sono stati individuati due criteri in forza dei quali valutare la fungibilità tra i due metodi: la predisposizione di una c.d. "riserva sinistri", in cui accantonare tutte le somme necessarie a soddisfare tutte le domande risarcitorie avanzate, a cui si deve accompagnare un principio di "intangibilità delle riserve" per cui la riserva sinistri non può essere aggredita per soddisfare crediti di terzi, avanzati nei confronti delle amministrazioni, ma per ragioni diverse dal risarcimento del danno da *malpractice* medica.

²⁵² Elemento necessario se considerato alla luce delle argomentazioni che ci hanno portato ad affermare l'impossibilità di prevedere un obbligo di contrarre in capo alle imprese di assicurazione.

La trattazione dell'ambito di applicazione dell'art. 12 L. 24/2017 ci porta a fare delle considerazioni preliminari sull'elemento temporale; le disposizioni contenute nella norma sono immediatamente applicabili o no? Dalla lettura del testo risulta che nessuna delle disposizioni dell'articolo in esame è immediatamente applicabile a far data dal 1 aprile 2017, e, quindi, l'operatività è condizionata all'adozione dei decreti attuativi di cui al comma 6 dell'art. 10; si potrebbe dedurre che, escluse queste disposizioni, le altre, come ad esempio l'obbligo assicurativo, debbano considerarsi immediatamente applicabili senza necessità di alcun differimento. Tale soluzione non sembrerebbe essere la più corretta²⁵³, in assenza dei decreti di definizione dei requisiti minimi delle polizze assicurative come può essere assolto l'obbligo assicurativo?

L'analisi dell'ambito di applicazione dell'art. 12, comma 1, L. 24/2017 prende le mosse dal dato letterale; “fatte salve le disposizioni dell'articolo 8, il soggetto danneggiato ha il diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione, che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private di cui al comma 1 dell'articolo 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10”. Da ciò si deduce che le azioni dirette possono essere avanzate nei confronti delle imprese di assicurazione delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, nei confronti delle imprese assicuratrici degli esercenti “non strutturati”²⁵⁴.

A parere di parte della dottrina²⁵⁵ l'azione diretta rimane esclusa invece nel caso di “contratti di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta” *ex art. 1891 c.c.*

²⁵³ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 608.

²⁵⁴ Per esercente non strutturato intendiamo l'esercente la professione sanitaria che svolge la propria attività al di fuori di una delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, o che presta la sua opera nella struttura come libero professionista o in adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

²⁵⁵ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 602, l'azione deve essere proposta nei confronti dell'esercente, quest'ultimo se vorrà potrà chiamare in causa l'impresa di assicurazione per essere tenuto indenne dalle richieste avanzate, nello stesso senso v. F. Cossignani, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 33, l'autore pur condividendo la teoria restrittiva ne mette in luce una criticità; l'art. 10, comma 3, prevede che l'esercente strutturato stipuli una polizza per mettersi al riparo dall'azione di rivalsa *ex art. 12 L. 24/2017*, da parte dell'assicuratore. Se l'impresa di assicurazione può agire con azione di regresso vuol dire che lei stessa è soggetta all'azione diretta del danneggiato. In

cioè per i contratti di assicurazione stipulati dalle strutture sanitarie e a favore degli esercenti che operano al loro interno. Non godono dell'azione diretta nemmeno le coperture assicurative del rischio di rivalsa *ex art. 10, comma 3, L. 24/2017*²⁵⁶.

Il comma 1 dell'art. 10 della L. 24/2017 prevede la possibilità per le strutture sanitarie di dotarsi di coperture assicurative o di "altre analoghe misure", anche in quest'ultimo caso non vi sarebbe spazio per l'esercizio dell'azione diretta²⁵⁷.

L'azione diretta rafforza notevolmente la tutela offerta al danneggiato senza tuttavia sostituirsi ai rimedi ordinari, ma anzi aggiungendosi agli stessi; l'azione di risarcimento verso la struttura o l'esercente può essere, infatti, proposta cumulativamente o alternativamente all'azione diretta²⁵⁸.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo dobbiamo individuare i soggetti legittimati alla proposizione di un'azione diretta. Legittimati all'azione sono i terzi danneggiati²⁵⁹ che hanno subito un danno, anche se diversi dal paziente²⁶⁰, *ex lege* coperto da

senso contrario vedi: C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5, p. 765, "Perciò anche per i danni che derivano dalla responsabilità extracontrattuale dell'esercente, in quanto la loro copertura è oggetto di un contratto che fa capo alla struttura, può essere promossa l'azione diretta contro la medesima impresa assicuratrice". La soluzione è coerente con l'intento del legislatore di tenere il più lontano possibile il medico dalle aule di giustizia.

²⁵⁶ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it 2017, 3, nota n. 23.

²⁵⁷ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 609, sotto questo punto di vista la formulazione della norma crea perplessità, se il fine ultimo delle assicurazioni obbligatorie è quello di assicurare la tutela risarcitoria al danneggiato, il caso di specie finisce per creare delle discriminazioni tra pazienti danneggiati. Nel caso dei pazienti danneggiati da strutture che si sono dotate di una copertura assicurativa sarebbe per loro possibile agire con l'azione diretta nei confronti della impresa assicurativa, godendo anche della solidarietà tra condebitori che viene a crearsi nel caso in cui si decida di agire sia nei confronti dell'impresa sia nei confronti della struttura; le due azioni non sono in rapporto di alternatività tra loro ma, di potenziale complementarietà. Ne caso invece in cui il paziente abbia ricevuto un danno da una struttura autoassicurata l'azione sarebbe "diretta", nel senso che sarebbe direttamente rivolta alla struttura autoassicurata e non si potrebbe godere delle maggiori garanzie che la solidarietà tra condebitori necessariamente implica. Nello stesso senso v. V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario, in Danno e Responsabilità*, 2017, 3, p. 307.

²⁵⁸ V. P. Gaggero, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, §5.

²⁵⁹ Il riferimento al soggetto danneggiato è stato ripreso dall'omologa disciplina in ambito automobilistico *ex art. 144 cod. ass.*

²⁶⁰ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 609, ad esempio i parenti, il convivente *more uxorio*, altri soggetti come il datore di lavoro, che

assicurazione obbligatoria della struttura o dell'esercente. Con riferimento all'attività del medico libero professionista i danneggiati legittimati all'azione saranno per lo più i pazienti e i danneggiati "secondari" che abbiano subito un danno immediato a causa della lesione subita direttamente dal paziente. Per le strutture, invece, l'obbligo assicurativo riguarda tanto i terzi quanto i prestatori d'opera (personale che a qualunque titolo svolga attività presso le strutture sanitarie o sociosanitarie, pubbliche e private) la formulazione estende la copertura assicurativa obbligatoria rispetto al paradigma di responsabilità previsto dal comma 1 dell'art. 7 della L. 24/2017, se in quest'ultima norma infatti ci si riferisce al solo adempimento delle obbligazioni di cura, nell'ambito di operatività dell'azione diretta e dell'assicurazione obbligatoria rientrano tutte le altre fattispecie ("personale a qualunque titolo operante... compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento, sperimentazione e ricerca). La legittimazione a contraddire spetta al convenuto, cioè l'impresa di assicurazione che ha stipulato la polizza. La previsione dell'azione diretta non deve trarci in inganno nell'individuazione del soggetto legittimato passivo, il fatto che questa deve essere esperita nei confronti dell'impresa assicuratrice non esclude che permanga, comunque, tra le facoltà dell'attore quella di agire direttamente nei confronti dell'esercente, la norma prevede infatti un "diritto" e non anche un "obbligo"²⁶¹.

Presupposto fondamentale perché possa essere esperita l'azione diretta è la conoscenza/conoscibilità dell'impresa di assicurazione del responsabile civile, di ciò si occupano i commi 4 e 7, art. 10 della L. 24/2017. Il comma 4 prevede che "le strutture di cui al comma 1 rendono nota, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, la denominazione dell'impresa che presta la copertura assicurativa della responsabilità civile verso i terzi e verso i contratti, le clausole assicurative ovvero le altre analoghe misure che determinano la copertura assicurativa". Il comma 7 dello stesso articolo invece prevede che: "... sono individuati i dati relativi alle polizze di

vantano dei diritti risarcitori meritevoli di tutela, per i danni da perdita o compromissione del rapporto parentale/lavorativo. Nel senso dell'estensione del novero dei soggetti legittimati ad agire con azione diretta v. Cass., Sez. Lav., ord., 15 settembre 2003 n. 13549, Trib. Monza, 15 febbraio 2006; sebbene le pronunce siano relative al settore automobilistico si ritiene che possano trovare applicazione anche al settore sanitario in quanto non si tratta di *sub* specie di responsabilità extracontrattuale ma di coperture obbligatorie della responsabilità civile generale.

²⁶¹ V. C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5, p. 766.

assicurazione stipulate ai sensi dei commi 1 e 2, e alle altre analoghe misure adottate ai sensi dei commi 1 e 6 e sono stabiliti, altresì, le modalità e i termini per la comunicazione di tali dati da parte delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private e degli esercenti le professioni sanitarie all'Osservatorio. Il medesimo decreto stabilisce le modalità e i termini per l'accesso a tali dati". Per il soggetto che voglia agire nei confronti della struttura risulterà quindi agevole reperire i dati dell'impresa di assicurazione pubblicati nel sito internet della struttura. Se invece la prestazione è stata resa da un esercente non strutturato, il danneggiato è messo nelle condizioni di poter esperire l'azione diretta in virtù dell'adempimento dell'obbligo previsto dal comma 5 dell'art. 3, lett. e), D.L. 138/2011, convertito con modificazioni dalla L. 148/2011, in base al quale "il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e relativo massimale".

Il termine di prescrizione dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicurazione è soggetta al medesimo termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno esperibile verso la struttura sanitaria ovvero verso l'esercente la professione sanitaria assicurato.

Così come per ogni azione anche quella diretta rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 8 L. 24/2017, perché possa essere proposta è necessario che sia preceduta dalla proposizione del tentativo di conciliazione nelle forme alternative della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* o della mediazione *ex art. 5, comma 1-bis, D.Lgs. 28/2010*²⁶². Come sappiamo, al tentativo di conciliazione devono partecipare tutte le parti, tuttavia, un dubbio sorge con riferimento alla partecipazione delle imprese di assicurazione, dalla lettera dell'art. 8 sembrerebbe obbligatoria la partecipazione dell'impresa assicuratrice solo con riferimento alla consulenza tecnica preventiva ma ci si domanda se la previsione possa essere estesa anche alla mediazione²⁶³. L'obbligo di partecipare, la cui violazione determina la condanna al pagamento delle spese di lite e consulenza e di un'ulteriore pena pecuniaria valutata equitativamente dal giudice, si impone su tutte le imprese assicurative indicate dall'art.

²⁶² Per la disciplina delle condizioni di procedibilità si rimanda al primo capitolo.

²⁶³ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 613.

10 L. 24/2017, quindi non solo quelle aggredibili con l'azione diretta da parte del danneggiato.

Nei casi in cui non è ammessa l'azione diretta, come in quello dell'esercente strutturato, al quale la struttura sanitaria deve garantire una copertura assicurativa "classica" ex artt. 1819 e 1917 c.c., potrebbero presentarsi dei problemi derivanti dal fatto che l'assicurato ai sensi dell'art. 1917 c.c. potrebbe decidere di non esercitare la facoltà prevista dal comma IV, quindi potrebbe non chiamare in causa l'assicuratore ovvero non dare nemmeno comunicazione all'impresa dell'avvio del procedimento ex art. 696-bis c.p.c.²⁶⁴ Le soluzioni prospettabili in tali circostanze ci sembrano essere due: a) il giudice incentiva l'intervento dell'impresa assicurativa; b) il danneggiato estende il ricorso all'impresa²⁶⁵.

La questione della obbligatorietà della partecipazione al tentativo di conciliazione anche per le imprese di assicurazione non è peregrina; ai sensi dell'art. 8, comma 4, L. 24/2017 infatti le imprese "di cui all'art. 10, hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l'impresa di assicurazione non ha formulato l'offerta di risarcimento nell'ambito del procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui ai commi precedenti, il giudice trasmette copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza". L'esame della norma suscita qualche perplessità in ordine al fatto che l'impresa di assicurazione dovrebbe formulare un'offerta formale al danneggiato pur non potendo essere aggredita in via diretta da quest'ultimo;

²⁶⁴ V. C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5, p. 766, tuttavia si nota come il legislatore ha previsto una disciplina fortemente svantaggiosa per coloro che agiscono contro l'esercente la professione sanitaria; il regime probatorio e la disciplina della prescrizione sono molto più sfavorevoli per l'attore che decida di agire ex art. 2043 c.c. piuttosto che ai sensi dell'art. 1218 c.c.

²⁶⁵ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 613, nel caso *sub a*) si discute se rientri nei poteri del giudice quello di integrazione del contraddittorio anche quando la parte, pur potendo esperire un'azione diretta, abbia scelto di non estendere il contraddittorio anche all'assicurazione; nel caso *sub b*) il danneggiato non dovrebbe vedersi opporre l'eccezione di carenza di legittimazione ex art. 1917 c.c.

l'impresa di assicurazione infatti è tenuta *ex contractu* a rispondere solo nei confronti dell'assicurato, non nei confronti del terzo²⁶⁶.

2.1.4. *Litisconsorzio necessario e facoltativo.*

Sono litisconsorti necessari nel giudizio aperto dal danneggiato con azione diretta verso l'impresa assicurativa della struttura e dell'esercente rispettivamente la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica e privata e l'esercente non strutturato. Se, come abbiamo pocanzi ipotizzato, si ammette la proposizione dell'azione diretta anche contro l'impresa di assicurazione che copre la responsabilità verso terzi dell'esercente strutturato *ex art. 2043 c.c.*, allora si deve ammettere anche in questo caso un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti del medico strutturato.

Sebbene sia stato ispirato all'art. 144 cod. ass., l'art. 12 L. 24/2017 risulta essere molto chiaro e ben formulato rispetto al modello di riferimento. Il legislatore ha espresso inequivocabilmente il carattere necessario del litisconsorzio²⁶⁷, inoltre, non ha utilizzato il termine "chiamato" per individuare coloro che sono convenuti dall'attore. La *ratio* della previsione del litisconsorzio necessario è quella di consentire che l'accertamento della responsabilità venga effettuato nel contraddittorio con il soggetto responsabile, al fine dell'opponibilità del provvedimento al responsabile del danno nell'azione di rivalsa assicurativa che potrà essere proposta²⁶⁸. Ciò fa sì che

²⁶⁶ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 614, la previsione dell'obbligo di offerta o di comunicazione dei motivi di rigetto della proposta sembra voler riprendere la disciplina già prevista per il settore delle rc auto agli artt. 145, 148, 149 cod. ass.. La legge n. 24/2017 tuttavia non indica quali sono i termini entro cui l'offerta e la comunicazione devono essere fatte. Probabilmente l'intento del legislatore era quello di rimettere anche in questo caso la disciplina di dettaglio alla decretazione attuativa.

²⁶⁷ V. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Torino, Vol. I, cap. 33, pag. 298, il litisconsorzio necessario si fonda su un fenomeno sostanziale e uno processuale; il primo consiste nella unitarietà della situazione sostanziale, il secondo negli effetti che l'attore chiede al giudice.

²⁶⁸ V. P. Gaggero, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, §4, si vuole che l'assicurato, cui sia imputabile la responsabilità, si veda destinatario dell'azione di rivalsa di colui che ha prestato la copertura assicurativa. Nel settore della responsabilità sanitaria deve essere accertata l'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'impresa di assicurazione e il presunto responsabile del danno, insieme all'obbligazione dell'impresa di liquidare direttamente l'indennità al danneggiato. V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria*

contestualmente all'accoglimento dell'azione diretta promossa dal danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice si accerti l'esistenza di un contratto di assicurazione tra l'impresa convenuta e il soggetto che è stato indicato come responsabile del danno, si perviene inoltre all'accertamento dell'esistenza di un'obbligazione in capo all'impresa di assicurazione di indennizzare direttamente il danneggiato. Proprio per questo motivo si ritiene che l'accertamento dei rapporti presupposti dalla domanda del danneggiato deve essere unico e uniforme per tutti i soggetti coinvolti nel processo²⁶⁹.

Non si ignora che il litisconsorzio necessario potrebbe avere come conseguenza indiretta quella di amplificare i costi e i rischi del processo, creare occasioni per vizi e nullità e incentivare il cumulo oggettivo delle cause; tuttavia l'attore, approfittando della necessaria partecipazione del danneggiante, sarà indotto a promuovere nei suoi confronti un'azione al fine di ottenere la condanna al risarcimento. In questo modo si evita anche il moltiplicarsi delle cause con il consequenziale e possibile contrasto di giudicati, contrasto che potrebbe verificarsi laddove vengano proposte azioni di rivalsa in altra sede²⁷⁰.

L'assenza di questa disposizione determinerebbe necessariamente l'operatività dell'art. 1306 c.c., questo farebbe sì che il giudicato formatosi tra danneggiato e impresa di assicurazione non potrebbe produrre alcun effetto nel giudizio aperto in seguito alla proposizione dell'azione di rivalsa da parte della compagnia contro la struttura sanitaria o l'esercente assicurato; con il pericolo che l'esito di questo secondo giudizio sia in contrasto con gli esiti del primo. Il litisconsorzio quindi si definisce

*e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, Milano, 2017, cap. 20, pag. 621, come affermato anche nelle pronunce della Cass. S. U., 5 maggio 2006, n. 10311, Cass. Sez. III, 13 febbraio 2013, n. 3567, il litisconsorzio avrebbe natura sostanziale poiché preordinato a soddisfare l'esigenza di estendere gli effetti del *decisum* verso i soggetti della cui responsabilità si tratta.*

²⁶⁹ F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, Milano, 2017, cap. 20, pag. 621, l'autore riportando delle pronunce della Suprema Corte (Cass. S.U., 5 maggio 2006, n. 10311) ritiene che "l'accertamento dei rapporti posti alla base della domanda proposta dal danneggiato deve essere unico e uniforme per tutti e tre i soggetti coinvolti nel processo; e ciò anche per ragioni di economia processuale, onde consentire che nel medesimo giudizio possano essere mosse censure nei confronti dell'operato della compagnia o azioni di rivalsa da parte della compagnia verso il responsabile del danno".*

²⁷⁰ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3.

propter opportunitatem non essendo determinato né da ragioni sostanziali né da ragioni processuali, ma solo da ragioni di opportunità²⁷¹.

Oltre alle ipotesi di litisconsorzio necessario è possibile che si verifichino dei casi di litisconsorzio facoltativo, ad esempio nel caso di cumulo di azioni dirette nei confronti dell'assicuratore della struttura e contro l'assicuratore dell'esercente. Questa possibilità non è meramente teorica, anzi, potrebbe essere preferita dal paziente danneggiato che in questo modo allarga la platea degli interlocutori, trovandosi di fronte in giudizio in qualità di corresponsabili solidali tanto l'impresa di assicurazione della struttura, quanto quella dell'esercente non strutturato (la struttura e l'esercente invece dovrebbero partecipare in quanto litisconsorti necessari, art. 12, comma 4, L. 24/2017).

L'esame della disciplina del litisconsorzio ci porta a parlare anche del vincolo di solidarietà passiva che si istaura tra assicurato e impresa di assicurazione e che mira a garantire in misura ancora maggiore il danneggiato. Il maggior grado di tutela accordato all'attore sta nel fatto che l'obbligazione risarcitoria di assicurato e assicuratore si fondano sui medesimi fatti, e dipende anche dal fatto che il danneggiato ha la possibilità di agire indistintamente nei confronti dell'uno o dell'altra. Le peculiarità del regime di solidarietà che intercorre tra assicurato e assicuratore rende possibile qualificarla "atipica"²⁷², questo perché le obbligazioni in capo ai coobbligati hanno fonte differente, una nel contratto o nel fatto illecito l'altra nella legge, ma anche perché l'obbligazione dell'impresa sorge sempre e soltanto per fatti altrui. Non dobbiamo nemmeno trascurare il limite dell'art. 12, comma 2, L. 24/2017 per cui i due obbligati potrebbero essere debitori rispettivamente per importi differenti e, il fatto che laddove è prevista l'azione di rivalsa la solidarietà è imperfetta o ad "interesse unisoggettivo".

²⁷¹ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, la disposizione opera in deroga a quanto affermato dall'art. 1306 c.c. in cui si prevede la facoltatività del litisconsorzio per le obbligazioni solidali. Si sottolinea come nonostante ciò si verserebbe comunque in un'ipotesi di litisconsorzio necessario ogni volta in cui nello stesso giudizio l'impresa di assicurazione decida di agire con azione di rivalsa nei confronti dell'assicurato responsabile, cumulando le due azioni nel medesimo giudizio. Con il *simultaneus processus* si eviterebbe il contrasto tra giudicati e si assicurerebbe all'impresa la possibilità di agire fruttuosamente nei confronti dell'assicurato.

²⁷² V. P. Gaggero, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, §5.

Non vi è nessuna norma che obblighi la struttura e il medico di dotarsi di copertura assicurativa rivolgendosi alla medesima impresa di assicurazione, questo fa sì che in giudizio possano essere presenti imprese assicuratrici diverse in manifesto e concreto conflitto di interessi tra loro. La prima impresa che provvedesse alla liquidazione del danno si esporrebbe al rischio di essere la sola a farlo, senza poter in alcun modo agire per il recupero delle somme avverso le altre imprese. In questo caso non è richiamabile l'art. 1910 c.c., rubricato: "Assicurazione presso diversi assicuratori", nel cui primo comma fa riferimento al caso specifico in cui per il "medesimo rischio" siano state contratte separatamente più assicurazioni, riconoscendo all'impresa che ha pagato il "diritto di regresso contro gli altri per la ripetizione proporzionale in ragione delle indennità dovute secondo i rispettivi contratti". Nel caso che qui stiamo esaminando tale disciplina non è applicabile in ragione dell'assenza del presupposto, poiché le diverse polizze sono stipulate per la copertura non del "medesimo rischio" ma per la copertura di rischi diversi, anche se in definitiva sono volte a far fronte al medesimo danno²⁷³.

L'unica possibilità di recupero delle somme sembra essere quello di procedere tramite un'azione di surrogazione (*ex art. 1916 c.c.*) nel diritto di regresso dell'assicurato responsabile verso gli altri corresponsabili solidali; il successo di questa soluzione sembra essere tuttavia dubbio²⁷⁴. Le difficoltà di agire in questo senso e, quindi, la difficoltà di recuperare le somme ormai liquidate potrebbero incidere negativamente sul raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore con la norma; le imprese infatti potrebbero avviare un gioco di rimbalzo delle posizioni, prendendo tempo e cercando di evitare l'onere della gestione del sinistro; tutto a discapito del paziente che correrebbe il rischio di non essere pienamente tutelato. Probabilmente l'unico modo per neutralizzare il pericolo e garantire la realizzazione della finalità della norma è quello di provvedere in sede attuativa facilitando la formazione di accordi convenzionali tra le varie compagnie per garantire, da una parte, la celere gestione del sinistro e, dall'altra, la regolazione dei rapporti tra le imprese di assicurazione, facendo

²⁷³ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 616, la polizza stipulata dalla struttura è finalizzata a far fronte al rischio contrattuale della struttura, mentre l'altra copre il rischio extracontrattuale e contrattuale dell'esercente.

²⁷⁴ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 617.

gravare su ognuna di queste solo le somme pari alla quota di responsabilità ascrivibile al proprio assicurato.

Nel caso in cui l'azione diretta venisse proposta nei confronti del solo assicuratore della struttura si potrebbe immaginare la partecipazione al giudizio dell'esercente strutturato responsabile per il tramite dello spiegamento di un intervento volontario *ex art. 105 c.p.c.* stimolato dalla comunicazione *ex art. 13 L. 24/2017*. È bene però sottolineare fin da subito che sebbene possano essere più di uno i potenziali responsabili, il danneggiato ha sempre diritto ad un unico risarcimento per la medesima fattispecie plurisoggettiva²⁷⁵.

2.1.5. L'inopponibilità delle eccezioni.

L'obbligo assicurativo e l'eseribilità dell'azione diretta costituiscono elementi necessari di un sistema preordinato alla concreta ed effettiva tutela del danneggiato, tutela che non deve poter essere neutralizzata dall'impresa di assicurazione tramite l'opposizione delle eccezioni contrattuali di non operatività della garanzia.

L'esigenza di impedire tale risvolto era già stata avvertita nella disciplina delle rc auto che ha costituito il modello cui si è ispirato il legislatore anche per la definizione della disciplina della responsabilità sanitaria. Già nella L. 990/1969²⁷⁶ era prevista la non opponibilità al terzo danneggiato delle eccezioni relative al rapporto contrattuale intercorrente tra assicurazione e assicurato, garantendo così la piena estraneità del terzo a quel rapporto e la sua piena tutela.

In seguito all'emanazione della legge di riforma che stiamo esaminando il regime delle eccezioni è regolato dall'art. 12, comma 2, L. 24/2017 il quale prevede che: “ non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal

²⁷⁵ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 616.

²⁷⁶ Ad oggi la stessa disciplina si rinviene nell'art. 144, comma 2, cod. ass. che così recita: “Per l'intero massimale di polizza l'impresa di assicurazione non può opporre al danneggiato eccezioni derivanti dal contratto, né clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno. L'impresa di assicurazione ha tuttavia diritto di rivalsa verso l'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o ridurre la propria prestazione”.

contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, comma 6, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie di cui all'art. 10, comma 2". La previsione conferma la tesi²⁷⁷ per cui il contratto, nei rapporti tra danneggiato e impresa di assicurazione, è un presupposto di fatto su cui sorge l'obbligazione diretta dell'impresa a favore del danneggiato, obbligazione che trova la sua fonte nella legge. Questo ultimo elemento è di fondamentale importanza, l'obbligazione non ha fonte nel contratto e, quindi, non ne segue le sorti, rimanendo autonoma dal contratto di assicurazione al punto da poter sussistere anche in caso di inefficacia o di non operatività del contratto a causa di clausole delimitative del rischio assicurato, fatta salva sempre l'azione di rivalsa. L'autonomia del credito del danneggiato verso l'impresa implica che per il creditore sarà irrilevante tanto l'inefficacia e l'invalidità del contratto, quanto l'inadempimento dell'obbligo di pagamento del premio assicurativo, tutte circostanze che non può vedersi opporre come eccezione dall'impresa stessa.

L'inopponibilità sancita dal comma 2 deve essere collegata a quanto disposto dal successivo comma 3 in virtù del quale "l'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato nel rispetto dei requisiti minimi, non derogabili contrattualmente, stabiliti dal decreto di cui all'art. 10, comma 6", la previsione dell'azione di rivalsa consente il recupero dell'elemento negoziale e sinallagmatico del contratto. L'inopponibilità in questione attiene non al processo ma al diritto sostanziale²⁷⁸ e la sua funzione è diretta a consentire, per quanto possibile, la sovrapposibilità del diritto al risarcimento verso l'assicuratore al diritto al risarcimento che il danneggiato vanta nei confronti del danneggiante, con beneficio per la soddisfazione completa del primo (il grado di effettività di tale sovrapposibilità dipenderà anche dalla normazione secondaria prevista dall'art. 12²⁷⁹).

²⁷⁷ V. P. Gaggero, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, §4.

²⁷⁸ V. F. Cossignani, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 47, le eccezioni non opponibili non costituiscono fatti modificativi, estintivi, impeditivi del diritto al risarcimento del danneggiato verso l'assicuratore.

²⁷⁹ V. F. Cossignani, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 47, a parere dell'autore potrebbero sussistere i presupposti per concedere facoltà di eccezione

Un aspetto fondamentale su cui è necessario porre l'attenzione al fine di comprendere profondamente la norma è quello dell'estensione della dizione "eccezioni derivati dal contratto": cosa dobbiamo intendere con questa formula?

Sul punto la giurisprudenza formatasi in ambito automobilistico trova applicazione anche in ambito sanitario; secondo una prima opinione si sostiene che sono opponibili al terzo le eccezioni riguardanti l'inesistenza della copertura assicurativa o la nullità assoluta e genetica del rapporto²⁸⁰. Si tratta quindi di eccezioni che non derivano da un contratto ritenuto *ab origine* inesistente. Sono invece inopponibili le eccezioni con cui si afferma l'inefficacia funzionale del contratto in ragione di patologie sopravvenute e non genetiche o per l'operatività di limitazioni contenutistiche previste nella polizza. Tesi di senso opposto²⁸¹, orientate alla massima riduzione delle eccezioni opponibili, le riduce alla sola eccezione di inesistenza giuridica o materiale del contratto, mantenendo così l'inopponibilità delle eccezioni di nullità e di annullabilità della polizza²⁸². Per "eccezioni derivanti dal contratto" sono state anche intese quelle relative alla invalidità e all'inefficacia del contratto, con esclusione delle ipotesi di nullità del contratto di assicurazione o di inesistenza del rapporto assicurativo.

Un aspetto di grande interesse è quello temporale, il regime di operatività temporale della garanzia è elemento costitutivo essenziale della fattispecie assicurativa; l'assicuratore potrà, quindi, sempre opporre al danneggiato l'eccezione fondata sulla non riconducibilità del sinistro nell'arco temporale di copertura della polizza. Altro aspetto che ha suscitato l'attenzione degli studiosi all'indomani della promulgazione della L. 24/2017 è quello della opponibilità delle clausole che prevedono l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno; le così dette clausole di franchigia o di scoperto, che possono porre a carico della struttura sanitaria un'ingente parte del rischio, inserendo nel contratto la formula della franchigia aggravata²⁸³ o della *self*

maggiori all'assicuratore della responsabilità sanitaria rispetto a quanto già avviene nell'ambito della responsabilità automobilistica.

²⁸⁰ V. D. De Strobel, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004 inoltre Geri, "Eccezioni derivanti dal contratto nella assicurazione obbligatoria automobilistica", in *Assicurazioni*.. 1972, I, 116 e ss.

²⁸¹ V. M. Hazan, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 3.

²⁸² V. M. Franzoni, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, 137.

²⁸³ La franchigia aggravata prevede un sistema per cui si stabilisce tra le parti un tetto massimo di copertura, l'assicuratore non paga i sinistri fino a quando il loro importo complessivo non

insurance retention (SIR)²⁸⁴. Alcuni autori²⁸⁵ ritengono che l'estensione della regola della non opponibilità delle eccezioni anche a queste due clausole di ritenzione del rischio, finirebbe per frustrare il progetto del legislatore di gettare le basi per un mercato assicurativo, in ambito sanitario, concorrenziale e più sostenibile. Tale tesi è supportata anche dal dato testuale: infatti dal confronto dell'art. 144, comma 2, cod. ass. e art. 12, comma 2, L. 24/2017 emerge che nella seconda disposizione è scomparso il riferimento alle "clausole che prevedono l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno"; cioè le clausole di franchigia aggregata e SIR. È difficile imputare la mancanza ad una mera dimenticanza del legislatore, si potrebbe ritenere invece che la ricostruzione più corretta sia quella per cui tutto ciò che rimane in carico all'assicurato non è nel contratto, ma esorbita dallo stesso; quindi, se nell'ambito della rc auto possiamo parlare di riparto del rischio tra assicurato e assicuratore che integra un'eccezione derivante dal contratto, nell'ambito sanitario la formulazione della norma porta a ritenere che il riparto del rischio opera come confine tra ciò che rientra e ciò che invece è estraneo alla copertura²⁸⁶.

Il comma 3 dell'art. 12 della L. 24/2017 riequilibra il sinallagma del rapporto contrattuale prevedendo l'esperibilità di un'azione di rivalsa da parte dell'impresa di assicurazione nei confronti del soggetto assicurato, per ogni volta in cui tale sinallagma sia stato "alterato" dal fatto che l'impresa ha provveduto alla liquidazione del danno a favore del danneggiato senza poter opporre a questo le eccezioni derivanti dal contratto che, invece, avrebbe potuto opporre all'assicurato²⁸⁷. L'azione consente all'impresa di recuperare le somme liquidate al danneggiato, somme che non avrebbe dovuto

supera il tetto prefissato, superato tale importo la prestazione assicurativa si espande nuovamente e il risarcimento sarà integrale. Si potrebbe anche preconstituire una provvista anticipata dall'assicurato alla propria impresa, prevedendo che sia quest'ultima a liquidare le somme attingendo dalla provvista.

²⁸⁴ Il sistema della SIR prevede che i sinistri che rientrano in una certa soglia siano del tutto estranei rispetto al contratto di assicurazione, la gestione e i relativi oneri del sistema sono quindi a carico della struttura assicurata.

²⁸⁵ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 627.

²⁸⁶ Il dato letterale supporta questa interpretazione in quanto nell'art.12 si parla di "limiti", usando la forma plurale sembra che il legislatore abbia voluto fare riferimento non solo al massimale ma anche alle altre limitazioni contrattuali, ricomprendendo tra queste anche la franchigia aggregata e la SIR.

²⁸⁷ L'azione di rivalsa prevista dall'art. 12, comma 3, non deve essere confusa con l'omonima azione regolata dall'art. 9 L. 24/2017 che invece tratta dell'azione di rivalsa della struttura verso l'esercente la professione sanitaria.

corrispondere, se avesse potuto opporre al danneggiato le eccezioni opponibili all'assicurato.

Trattando dell'azione di rivalsa potrebbe sorgere il dubbio della sua assoggettabilità alla condizione di procedibilità di cui all'art. 8 L. 24/2017. Tuttavia è facile pervenire ad una soluzione negativa del quesito; l'art. 8 prevede che la condizione di procedibilità debba essere soddisfatta per le "controversie di risarcimento del danno", l'azione di rivalsa, invece, integra una domanda di adempimento di un obbligo di fonte contrattuale, non un'azione di risarcimento²⁸⁸.

Il legislatore nell'art. 12, comma 4, secondo periodo, L. 24/2017 ha inoltre garantito a tutte le parti il "diritto di accesso alla documentazione della struttura relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro", specificando così quanto già previsto nel comma 2 dell'art. 4 della L. 24/2017, rubricato "trasparenza dei dati".

Si potrebbe ritenere che, in base alla collocazione della norma in un comma relativo ad una questione processuale, la disposizione consenta alla parte di richiedere, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., l'esibizione dei documenti anche successivamente alla formazione delle ordinarie barriere preclusive del rito prescelto²⁸⁹. Tuttavia la lettera della norma è chiara, per "ogni fase" si intende che il diritto in questione può essere esercitato sia prima che durante il processo; la norma va letta alla luce del complesso normativo elaborato dal legislatore per cui si tende a favorire la circolazione delle informazioni, quindi, l'accesso ai documenti relativi ai fatti costitutivi del diritto azionato. Nell'esigenza di bilanciamento degli interessi in gioco il legislatore ha garantito la riservatezza dei verbali e degli atti conseguenti all'attività di gestione del *risk management* che, non possono essere acquisiti o utilizzati nel corso dei procedimenti giudiziari.

2.1.6. *"Obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità" (art. 13 L. 24/2017).*

²⁸⁸ Ai sensi del comma 1-bis della D.Lgs. 28/2010 l'azione di rivalsa essendo relativa ad una controversia assicurativa, deve essere preceduta dal tentativo obbligatorio di mediazione.

²⁸⁹ V. F. Cossignani, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 48.

L'inopponibilità delle eccezioni come abbiamo avuto modo di vedere è funzionale alla maggiore tutela del paziente e ciò costituisce necessaria conseguenza della principale finalità perseguita dalla legge Gelli-Bianco per cui "la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività" (art. 1 L. 24/2017). La sicurezza delle cure trova attuazione nell'art. 13 L. 24/2017; è necessario infatti garantire la persistenza di un rapporto di fiducia tra struttura, medico e paziente, solo la miglior predisposizione d'animo degli attori delle vicende che stiamo trattando consente la loro migliore soluzione, nell'ottica di garantire il paziente danneggiato e allo stesso tempo l'esercente la professione sanitaria.

In tale direzione opera anche la previsione dell'art. 8 L. 24/2017, di cui abbiamo ampiamente trattato nel primo capitolo di questo elaborato, l'obbligo di dotarsi di copertura assicurativa di cui all'art. 10 L. 24/2017, che si collega naturalmente al tema dell'azione diretta *ex art.* 12 L. 24/2017. Nonostante si cerchi di evitare l'emersione delle conflittualità è inevitabile che ciò accada; quando ciò avviene è necessario ridurre al minimo le ragioni di conflittualità interna tra coloro che sono chiamati, a vario titolo, a rispondere del danno.

Nell'ambito sanitario l'accertamento della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria finisce per avere un forte impatto sia nella vita personale dell'esercente, sulla sua reputazione professionale e sulla sua rispettabilità di professionista; potrebbe avere anche delle forti ripercussioni in termini patrimoniali. L'esercente è esposto al rischio di rivalsa della struttura o quella esercitata dall'assicurazione ai sensi dell'art. 12 L. 24/2017. A conclusione di queste considerazioni possiamo quindi affermare l'importanza della partecipazione dell'esercente alla professione, per due motivi: *a)* la partecipazione dell'esercente che ha agito consente di acquisire ulteriori elementi in vista della miglior ricostruzione dei fatti, *b)* la partecipazione alla controversia consente all'esercente di valutare in modo più consapevole i pro e i contro, anche sul piano economico, di una eventuale conciliazione.

È proprio nell'ottica di voler realizzare tale intento che deve essere letto l'art. 13 L. 24/2017; differentemente da quanto si evince nella rubrica l'obbligo di comunicazione all'esercente deve essere adempiuto non solo nel caso di istaurazione del giudizio, ma anche al momento dell'avvio delle trattative stragiudiziali; si garantisce così la

partecipazione dell' esercente anche alla fase che deve precedere il giudizio vero e proprio, in conformità a quello che abbiamo appena spiegato.

L'obbligo informativo grava in capo alle strutture sanitarie o sociosanitarie, pubbliche e private e, le imprese assicurative delle strutture, degli esercenti strutturati e liberi professionisti mentre i destinatari della comunicazione sono gli esercenti la professione sanitaria la cui responsabilità è messa in discussione nel giudizio.

Per quanto riguarda il contenuto della comunicazione l'art. 13 prevede che questa indichi l'avvio del giudizio e riporti in allegato la copia dell'atto introduttivo dello stesso ovvero, l'avvio delle trattative stragiudiziali, senza bisogno di ulteriori allegati, con invito a prenderne parte. Le modalità di comunicazione sono specificate dalla disposizione in esame in cui si prevede che la stessa avvenga tramite posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

L'inadempimento dell'obbligo non è privo di conseguenze: in caso di omissione incompletezza o tardività della comunicazione si avrà la preclusione della "ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9". La conseguenza è grave ma mira a ridurre i casi di rivalsa, poiché questa azione presuppone l'accertamento del dolo o della colpa grave dell' esercente e il suo esito positivo inciderebbe in modo molto negativo sulla reputazione dell' esercente.

Nonostante l'apparente chiarezza della norma, sono stati portati alla luce alcuni profili di criticità²⁹⁰: a) l' esercente destinatario della comunicazione è quello individuato come responsabile dal danneggiato oppure la comunicazione deve essere effettuata nei confronti di tutti coloro che sono indicati dalla struttura e dall'impresa come potenziali responsabili? b) l'obbligo di comunicazione scatta al momento dell'avvio del giudizio vero e proprio o nel momento dell'avvio della consulenza tecnica preventiva o della mediazione obbligatoria? c) le trattative stragiudiziali cui si riferisce l'art. 13, ultimo comma, sono solo quelle avviate nel corso del giudizio ovvero anche prima della sua istaurazione? E nel caso i cui siano state sospese le trattative la comunicazione deve essere effettuata anche per la loro ripresa? d) la sanzione determina sempre la decadenza dall'azione di rivalsa o è possibile configurare una sanatoria nel caso in cui almeno uno dei soggetti obbligati abbia provveduto alla comunicazione? e) L'aver

²⁹⁰ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 20, pag. 634.

adottato modalità di comunicazione differenti determina un vizio sanabile o non? Le risposte a queste domande variano a seconda del tipo di approccio adottato; se si considera preminente l'intento della tutela dell'esercente allora si dovrebbe ritenere che l'intero art. 13 debba essere pedissequamente attuato, pena la decadenza dall'azione di rivalsa. Se invece la norma viene letta nel senso che l'obbligo in questione deve essere adempiuto per "favorire una utile partecipazione al procedimento dell'esercente", la decadenza dalla rivalsa deve essere inteso come uno degli effetti della disposizione.

Per quanto riguarda la prima questione *sub a)* limitandosi ad una lettura basata sulla lettera della disposizione, sembra potersi affermare che la comunicazione ha come destinatario l'esercente individuato dal destinatario; questa deve essere effettuata una volta istaurato il giudizio avviato per l'accertamento della responsabilità di un determinato esercente²⁹¹. A ciò si aggiunge un'altra considerazione e, cioè, che l'eccessiva estensione del novero dei destinatari potrebbe avere delle ripercussioni nel successivo corso del giudizio; la partecipazione di un numero molto alto di soggetti potenzialmente responsabili crea difficoltà di gestione della procedura e ancora maggiori difficoltà di pervenire ad un accordo.

Una volta che l'obbligo di comunicazione sia stato adempiuto correttamente è necessario porsi un'altra domanda: quali poteri ha l'esercente destinatario della comunicazione per orientare le trattative cui è chiamato a partecipare? La soluzione si differenzia a seconda che abbia ricevuto la comunicazione dell'avvio delle trattative stragiudiziali o del giudizio.

Nel primo caso, perché l'accordo sia opponibile all'esercente è necessario che questo vi abbia aderito; nel secondo caso invece è necessario rifarsi alla disciplina processuale dell'intervento per capire quali sono i suoi poteri a seconda della natura, contenuto o momento dell'intervento.

²⁹¹ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 21, pag. 641, sottolinea come nonostante venga accolta l'interpretazione più restrittiva, data l'importanza delle conseguenze della violazione dell'obbligo di comunicazione o anche semplicemente della sua incompletezza o ritardo, le strutture adatteranno processi di informativa allargati e in grado di raggiungere tutti i potenziali corresponsabili.

Per il quesito *sub b)* si ritiene che l'avvio del giudizio debba essere inteso come comprensivo anche delle condizioni di procedibilità di cui all'art. 8 L. 24/2017; ciò per garantire l'effettiva fruttuosità della partecipazione dell'esercente al giudizio.

Sempre nell'ottica del *favor participationis* anche per il quesito *sub c)* sembrerebbe preferibile adottare la risposta maggiormente estensiva, ricomprendendo quindi le trattative anche avviate fuori dal giudizio e quelle interrotte e poi riprese.

Al quesito *sub e)* si può dare facilmente risposta esaminando la lettera della norma, nell'ultima parte della disposizione si legge che la decadenza dall'azione di rivalsa segue "l'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni"; da ciò si deduce che non preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa il fatto che la comunicazione sia stata effettuata con modalità diverse da quelle indicate a patto che siano equipollenti cioè comprovabili e non contestate dal destinatario. Si ha comunicazione tardiva allorché la stessa non sia effettuata nel termine di dieci giorni dall'avvio delle trattative ovvero del giudizio. Il termine non decorre una volta per tutte ma decorre ogni volta la partecipazione di un soggetto diventi rilevante nel giudizio in quanto sulla sua responsabilità si basa il giudizio; ciò in ragione anche delle importanti conseguenze legate alla violazione di un obbligo.

Possiamo notare infine come l'art. 13 nulla dica relativamente alle diverse azioni di rivalsa che l'impresa potrebbe proporre per il recupero delle somme liquidate in seguito all'impossibilità di opporre al danneggiato le eccezioni contrattuali, anche se il problema che tale articolo vuole regolare si pone allo stesso modo sia nell'azione di rivalsa *ex art. 12* sia per quelle *ex art. 9 L. 24/2017*.

2.2. *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti dell'esercente ex art. 9 L. 24/2017.*

2.2.1. *La natura giuridica dell'azione di rivalsa.*

L'art. 9 L. 24/2017 rappresenta una norma chiave nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria, rubricato "azione di rivalsa o di responsabilità

amministrativa”, prevede la possibilità per la struttura sanitaria di agire con azione di rivalsa nei confronti dell’esercente “in caso di dolo e colpa grave”. Nel caso di struttura pubblica non è data l’esperibilità dell’azione di rivalsa bensì dell’azione di responsabilità amministrativa per danno erariale su iniziativa del P.M. contabile.

Come abbiamo più volte ribadito tanto la legge Balduzzi quanto la legge Gelli-Bianco hanno concentrato la loro attenzione sul tema della “sicurezza delle cure” espressamente indicata come “parte costitutiva del diritto alla salute, perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività”²⁹². Partendo da questo presupposto non si poteva continuare a focalizzare l’attenzione sulla responsabilità pecuniaria del singolo esercente, il fulcro della disciplina doveva essere spostato sulla responsabilità pecuniaria dell’Azienda intesa come persona giuridica che eroga il servizio nella sua totalità²⁹³. Si ha quindi una responsabilità solidale e complessiva tra struttura ed esercente la professione sanitaria che discende dal fatto che l’obbligazione in capo ai due soggetti è in realtà un’obbligazione unica ma soggettivamente articolata e ad attuazione congiunta²⁹⁴. Tale tipologia di responsabilità prescinde dall’esistenza di un rapporto di subordinazione tra struttura ed esercente: potrebbe infatti accadere che il medico sia scelto, in virtù di un rapporto di fiducia già esistente, dal paziente anche se non dipendente di quella specifica struttura dove il trattamento si svolgerà. La giurisprudenza della Suprema Corte²⁹⁵ ha infatti affermato l’esistenza di un collegamento tra i due contratti che vengono stipulati: quello tra medico e paziente e l’altro tra paziente e struttura sanitaria.

²⁹² V. art. 1 L. 24/2017.

²⁹³ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 16, pag. 470, l’attenzione si sposta di nuovo sull’esercente la professione sanitaria solo in un secondo momento tramite la previsione dell’azione di rivalsa, in coerenza con il principio della responsabilità personale individuale, anche se lo stesso risulta necessariamente svilito dalla previsione dell’obbligo di dotarsi di copertura assicurativa gravante sulle strutture che potrebbe avere come effetto quello di deresponsabilizzare il sanitario. Nello stesso senso v. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §4.

²⁹⁴ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 17, pag. 524.

²⁹⁵ V. Cass. Sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953; Cass. Sez. III, 3 febbraio 2012, n. 1620.

Il legislatore ha rubricato l'art. 9 L. 24/2017 "azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa", impiegando quindi il termine "rivalsa"²⁹⁶; come sappiamo manca nel codice civile una definizione dell'istituto, sarà quindi conveniente affrontare una disamina dell'argomento prima di procedere alla trattazione dell'azione stessa.

La rivalsa generalmente riguarda il diritto del garante che ha adempiuto alla sua obbligazione risarcitoria di agire per ripetere dal garantito quanto pagato al terzo creditore ovvero danneggiato. Se così si ragiona il concetto di riferimento è quello della "garanzia" per cui oltre al soggetto obbligato ve ne è un altro che proprio in virtù della posizione di garanzia è tenuto ad adempiere all'obbligazione; da ciò si deduce che la fonte della responsabilità dell'esercente non si riscontra nel fatto illecito commesso ma nell'avvenuto pagamento del risarcimento da parte della struttura sanitaria. Questa soluzione non sembra tuttavia convincere in relazione al fatto che dall'apparato normativo generale si deduce che l'esercente è chiamato a rispondere solo e nella misura in cui l'evento dannoso sia riconducibile ad una sua azione od omissione²⁹⁷.

In passato era stata inoltre avanzata l'idea per cui la responsabilità della struttura dovesse essere limitata ai casi di responsabilità *ex art. 2049 c.c.* e quindi al caso di colpa professionale del medico. Ciò ha avuto delle serie ripercussioni in quanto, in base a tale teoria, le strutture private avevano affermato l'assenza di una loro responsabilità data dal fatto che l'errore doveva essere imputato soltanto alla colpa dell'esercente libero professionista che aveva operato. La tesi si basava sulla configurazione del servizio prestato dalla struttura come servizio alberghiero e faceva leva sulla circostanza, ancora molto frequente, per cui è il paziente a scegliere il

²⁹⁶ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 17, pag. 524, parliamo correttamente di azione di rivalsa e non azione di regresso *ex art. 2055 c.c.* in quanto, mentre la seconda trova fonte nella legge, la prima ha fonte nel contratto che regola i rapporti tra responsabile del danno e soggetto solvente, ciò trova conferma nella sent. Trib. Milano, 23 luglio 2014, n. 9693, conosciuta come "sentenza Gattari" i cui si afferma, con riferimento alla domanda di manleva della struttura nei confronti del medico esercente che "non si tratta pertanto di un'azione di regresso *ex art. 2055 c.c.*, dal momento che il diritto azionato dalla struttura sanitaria non deriva dalla legge ma ha fonte (negoziale) nel contratto concluso dalle parti".

²⁹⁷ V. N. Callipari, *L'azione di rivalsa*, in *La responsabilità sanitaria, commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017, pag. 368 ss., il riferimento al dolo e alla colpa grave rimanda ad un sistema di gradazione della responsabilità, principio che rientra non nell'istituto della garanzia ma in quello del regresso tra debitori solidali.

professionista, il quale poi a sua volta orienta il paziente verso la struttura con cui ha stipulato una convenzione.

L'ipotesi è stata ribadita del legislatore nella legge di Riforma all'art. 7, comma 3, nel quale tuttavia non si esclude l'applicabilità dell'art. 1218 c.c. a carico della casa di cura. Anche la Corte di cassazione²⁹⁸ ha ribadito a proposito che “ sul piano più strettamente dogmatico, se è vero che la natura pacificamente contrattuale del rapporto che si instaura tra paziente, da un lato, e casa di cura privata o ente ospedaliero dall'altro²⁹⁹, comporta che la struttura risponde, *ex art. 1218 cod. civ.*, non solo dell'inadempimento delle obbligazioni su di essa *tout court* incombenti, ma, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., anche dell'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta dal sanitario, quale ausiliario necessario dell'organizzazione aziendale, e ciò pure in assenza di un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato con lo stesso; il medico, a sua volta, in virtù della medesima norma, quale debitore della prestazione chirurgica e/o terapeutica promessa, è responsabile dell'operato dei terzi della cui attività si avvale”. È quindi evidente come l'attenzione, prima incentrata sulla tipologia di rapporto sussistente tra struttura ed esercente si sposta sulle modalità con cui la struttura, unico obbligato, esegue la prestazione sanitaria, avvalendosi dell'opera di altri soggetti; l'esercente diventa così un ausiliario della struttura che trae vantaggio dall'esercizio imprenditoriale dell'attività sanitaria ad opera del primo.

Ormai è stato accertato che i servizi resi dalla struttura non possono essere classificati come meramente alberghieri, trattandosi di servizi molto più complessi, preordinati e funzionali al miglior espletamento possibile della prestazione professionale da parte degli esercenti. In una sua pronuncia la Suprema Corte³⁰⁰ afferma che tra struttura e paziente si instaura un contratto atipico a prestazioni corrispettive dove il paziente ha l'obbligo di pagare il corrispettivo mentre spettano alla struttura ospedaliera non solo obblighi alberghieri ma anche obblighi ulteriori come quello di fornire personale

²⁹⁸ V. Cass. Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616.

²⁹⁹ Confronta la Cass. Civ., S. U., 1 luglio 2002, n. 9556; Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953.

³⁰⁰ V. Cass. S.U. 1 luglio 2002, n. 9556, poi riconfermata dalla sentenza Cass. Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066. La giurisprudenza ha classificato il contratto stipulato tra struttura sanitaria e paziente come contratto atipico di “spedalità” o anche definito di “assistenza sanitaria”.

medico ausiliario, paramedico e tutte le attrezzature necessarie o che potrebbero esserlo in caso di complicazioni.

Da tale classificazione contrattuale possiamo dedurre che la responsabilità della struttura sanitaria va ricondotta dell'alveo dell'art. 1218 c.c. in caso di inadempimento delle obbligazioni sulla stessa gravanti. La responsabilità ha, invece, fonte nell'art. 1228 cc. quando si è in presenza di un inadempimento della prestazione medica da parte del sanitario che opera in qualità di ausiliario, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di subordinazione o meno con la struttura sanitaria stessa. Inoltre, la Corte nella medesima pronuncia afferma non solo la responsabilità della struttura per la prestazione resa dall'esercente ma anche una responsabilità di quest'ultimo per le carenze organizzative della struttura sanitaria nella quale opera, ciò si afferma in relazione al fatto che spesso è l'esercente ad indirizzare il paziente verso una specifica casa di cura che, a sua volta, accetterà solo i pazienti di quei determinati esercenti.

Alla luce di tutto ciò possiamo affermare che data la natura contrattuale della responsabilità in forza della quale la struttura risponde, l'unica via per evitare di incorrere in responsabilità è quello di provare sia il corretto adempimento della prestazione sia l'impiego della diligenza richiesta dall'art. 1218 c.c. cioè la diligenza di cui al comma II dell'art. 1176 c.c. Nonostante ciò la casa di cura potrebbe essere chiamata a rispondere nei confronti del paziente *ex art.* 1228 c.c. per gli errori posti in essere dagli esercenti e non si ritiene che tale responsabilità venga meno neanche nel caso di avvenuta contrattualizzazione del rapporto tra professionista e paziente e ciò in quanto la struttura comunque si avvale dell'opera del professionista, da cui trae un vantaggio imprenditoriale, il quale opera all'interno della struttura in qualità di ausiliario³⁰¹. La struttura chiamata a rispondere dell'inadempimento dell'ausiliario tuttavia ha la possibilità di far gravare l'onere del risarcimento sull'esercente responsabile tramite l'esperimento dell'azione di rivalsa; questa può essere esperita soltanto a condizione che vi sia già stato l'adempimento dell'obbligazione principale³⁰², quindi che vi sia stato il pagamento integrale delle somme spettanti al

³⁰¹ V. F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, cap. 17, pag. 524.

³⁰² V. G. Ricci, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 64, §4.1, dalla disciplina in esame emerge come il legislatore abbia agito nell'interesse del soggetto danneggiato, proprio per questo si vuole prima garantire che la

danneggiato a titolo di risarcimento. Così prevede l'art. 9, comma 2, L. 24/2017, il quale introduce anche il termine decadenziale di un anno entro cui deve essere esercitata l'azione di rivalsa, termine che inizia a decorrere dal momento dell'avvenuto pagamento³⁰³. Le due condizioni appena richiamate fanno riferimento al caso in cui in cui "l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale³⁰⁴ di risarcimento del danno³⁰⁵", nel caso in cui al giudizio o alla procedura stragiudiziale di risarcimento abbia partecipato anche l'esercente è possibile che la struttura sanitaria decida di agire con l'azione di rivalsa nel medesimo giudizio dando luogo al *simultaneus processus*³⁰⁶. Proprio in ciò è individuata la *ratio* della norma, favorire il *simultaneus processus*, infatti, consente di assicurare maggiore tutela all'esercente che verrà chiamato a rispondere subito ovvero in termini molto più contenuti rispetto a quelli previsti dalla disciplina della prescrizione³⁰⁷.

2.2.2. Condizioni per l'ammissibilità dell'azione di rivalsa e caratteristiche della decisione.

Nel paragrafo 2.1.5. abbiamo trattato del contenuto dell' "obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità". In questo paragrafo detto obbligo sarà esaminato sotto un diverso profilo e, segnatamente,

struttura adempia la sua obbligazione verso il paziente e solo successivamente si consente alla stessa il recupero delle somme già versate tramite l'esperimento dell'azione di rivalsa *ex art.* 9 L. 24/2017. La previsione di una condizione all'esperimento dell'azione di rivalsa spinge la struttura a risarcire in pieno il danneggiato così da poter poi subito agire per il recupero delle somme.

³⁰³ I termini dell'azione di responsabilità amministrativa sono indicati dal codice della giustizia contabile, v. artt. 67, commi 5-6, e 86, comma 1, D.Lgs. 172/2016.

³⁰⁴ Notiamo come differentemente da quanto avviene nell'art. 8 L. 24/2017 nell'articolo in esame si fa un generico riferimento alle procedure stragiudiziali, ciò ci porta a ritenere che il legislatore abbia fatto riferimento e alla consulenza tecnica preventiva e alla mediazione obbligatoria.

³⁰⁵ V. art. 9, comma 2, L. 24/2017.

³⁰⁶ v. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §4. In questo modo i due giudizi diventeranno inscindibili e il litisconsorzio si classificherà come necessario.

³⁰⁷ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §4, il quale ritiene che se questa è la *ratio* della norma allora dovrebbe applicarsi anche ai casi in cui l'esercente la professione sanitari prende parte al giudizio senza che in questo sia esercitata l'azione di rivalsa da parte della struttura.

in relazione al suo mancato assolvimento da cui discende l'inammissibilità delle azioni di cui all'art. 9 L. 24/2017.

Le strutture pubbliche hanno il diverso obbligo di denunciare il danno erariale, sarà quindi l'adempimento di questo obbligo a condizionare il giudizio di responsabilità amministrativa³⁰⁸. La *litis denunciatio* che così viene a realizzarsi pone il professionista nella condizione di poter intervenire nel processo mentre non idonea a fargli acquisire la qualità di parte³⁰⁹. Ciò trova conferma del disposto del comma 3 dell'art. 9 della L. 24/2017 il quale prevede che "la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio"³¹⁰; ciò implica che la responsabilità dell'ente, gli obblighi dell'assicurazione e la partecipazione dell'esercente alla causazione del pregiudizio subito dal paziente dovranno essere oggetto di un autonomo accertamento nei confronti dell'esercente stesso ogniqualvolta questo non sia stato chiamato in causa. Quando, invece, l'obbligo di cui all'art. 13 L. 24/2017 è stato adempiuto o

³⁰⁸ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 441, ciò in quanto la magistratura contabile può agire solo in presenza di denuncia, v. art. 51, D.Lgs. 174/2016. la violazione dell'obbligo di comunicazione al responsabile da parte della struttura non può impedire la proponibilità dell'azione da parte del P.M. presso la Corte dei Conti, la quale deve agire nel termine di prescrizione di cinque anni che inizia a decorrere dal momento in cui si verifica il fatto dannoso.

³⁰⁹ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 441. V. G. Ricci, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 63, §4, l'obbligo di comunicazione grava sulla struttura proprio per garantire la possibilità all'esercente di conoscere tempestivamente la pendenza del procedimento in cui potrebbe avere interesse ad intervenire *ex art.* 105 c.p.c. essendo il procedimento diretto all'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria. la struttura procede per l'individuazione del destinatario della comunicazione sulla base dei fatti costitutivi del diritto al risarcimento allegati alla domanda dal danneggiato.

³¹⁰ V. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, 2017, 3, §4, L'Autore ritiene la disposizione del tutto superflua, in quanto mera esplicazione dei principi derivanti dal disposto dell'art. 1306 c.c. e dai limiti soggettivi del giudicato. La regola espressa dall'art. 1306 c.c. infatti è specificamente diretta ad escludere che l'opponibilità al condebitore in solido della sentenza intercorsa tra creditore e un altro dei debitori in solido nell'azione di regresso promossa contro il condebitore solidare che non abbia preso parte al primo giudizio. Tale regola trova applicazione tanto per le obbligazioni contrattuali quanto per quelle extracontrattuali.

l'esercente è intervenuto nel giudizio la decisione pronunciata contro la struttura o contro l'impresa di assicurazione fa stato anche nei confronti del professionista che sarà quindi vincolato dall'accertamento svolto e le prove assunte nel processo potranno essere utilizzate dal giudice per desumere argomenti di prova nel corso del giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità amministrativa (art. 9, comma 7, L. 24/2017).

L'obbligo dell'art. 13³¹¹ si estende anche alla comunicazione dell'avvio delle trattative stragiudiziali a cui si affianca l'obbligo di allegare l'invito a parteciparvi; favorire la partecipazione a questa fase è di estrema importanza soprattutto in considerazione del fatto che l'esercente sarà in possesso di elementi e informazioni utili che potrebbero determinare le sorti della trattativa³¹². Potrebbe anche accadere che, in questa circostanza, il professionista invitato partecipi alla trattative senza però prendere parte agli atti dispositivi altrui, in tale evenienza il professionista non può considerarsi vincolato da questi atti né può vedersi opporre l'accordo raggiunto al termine della transazione nel giudizio di rivalsa, come specificato dal disposto dell'art. 9, comma 4, L. 24/2017³¹³, anche in questo caso la norma trova il suo fondamento nell'art. 1304 c.c. per cui "la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare".

Proseguendo nella individuazione dei presupposti necessari perché sia esperita l'azione di rivalsa dobbiamo fare riferimento anche alla previsione del termine decadenziale di un anno che decorre dal momento del pagamento e la limitazione dell'azione ai soli casi di dolo e colpa grave (art. 9, comma 2). La previsione di queste condizioni e limitazioni all'azione sono preordinate alla maggiore tutela dell'esercente la professione sanitaria e ciò è perfettamente in linea con la *ratio* generale della norma; la disposizione si è resa necessaria proprio al fine di evitare che il medico ricorresse

³¹¹ V. paragrafo 2.1.5.

³¹² V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 442, in ciò la previsione soddisfa un'esigenza di interesse comune, favorendo il buon esito delle trattative che permettono di ridurre il contenzioso gravante sulle aule di tribunale.

³¹³ V. N. Callipari, *L'azione di rivalsa*, in *La responsabilità sanitaria, commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017, pag. 370, in cui si accenna alla probabile superfluità della previsione in relazione alla presenza nel codice civile dell'art. 1304 c.c. che afferma il medesimo principio.

alla medicina difensiva al fine di tenere sé e il proprio patrimonio indenne dal sempre maggior numero di cause che in questo settore vengono intentate³¹⁴.

Per quello che attiene alla decisione possiamo sottolineare l'importanza di due norme: la prima trova applicazione tanto per l'azione di rivalsa quanto per quella di responsabilità amministrativa ed è relativa all'individuazione dell'importo massimo cui si può essere condannati in caso di colpa grave (comma 5 e 6, art. 9). La seconda fa invece riferimento all'ultimo periodo del comma 5 dell'art. 9 della L. 24/2017 nel quale si prevede, per i soli casi di condanna per responsabilità amministrativa, una pena accessoria. La norma dispone che “per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria [...] non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori”³¹⁵. In tale circostanza la sentenza non rileva come atto di accertamento, ma per il fatto di esserci nelle modalità e con le caratteristiche previste dalla norma, il passaggio in giudicato indica quindi la qualità del fatto giuridico sentenza che da quel momento produce gli effetti sostanziali previsti dalla fattispecie di cui detta sentenza è elemento costitutivo. Di conseguenza la condanna *ex art. 9*, comma 5 L. 24/2017 integra il presupposto della sanzione senza che rilevi la partecipazione o meno dell'esercente al giudizio in cui fu pronunciata³¹⁶.

³¹⁴ Di tale intento abbiamo parlato nella introduzione a questo lavoro.

³¹⁵ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 442, è peculiare notare come non viene presa in considerazione la condanna del giudice contabile ma la sentenza di accoglimento dell'azione del danneggiato nei confronti della struttura o della sua assicurazione. Nella versione originariamente approvata alla Camera si faceva riferimento al “passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di rivalsa”, la modifica potrebbe essere dovuta alla volontà di avvicinare la sanzione accessoria al fatto che ha dato causa al danno erariale.

³¹⁶ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 443.

2.2.3. *Gli elementi del dolo e della colpa grave.*

“L’azione di rivalsa nei confronti dell’esercente la professione sanitaria può essere esercitata solo in caso di dolo e colpa grave”, così si apre l’art. 9 della legge 24/2017; il dolo e la colpa grave sono i due criteri cui è subordinato l’esperimento dell’azione di rivalsa³¹⁷. Come è facile intuire nella maggior parte dei casi ci troveremo davanti a casi di colpa dell’esercente e non di dolo, implicando quest’ultimo la connotazione dell’agire come cosciente e volontario, in certi casi addirittura intenzionale.

La nostra attenzione dovrà focalizzarsi quindi sulla colpa e il motivo di ciò è da collegare anche all’assenza nel codice civile di una norma che definisca il concetto di colpa, si dovrà quindi porre rimedio alla lacuna attingendo alla nozione di colpa presente nell’art. 43 c.p.³¹⁸

Essendo la condotta colposa quella che contravviene ad una regola cautelare, possiamo affermare che l’elemento della colpa finisce per caratterizzare l’illecito dal punto di vista oggettivo. Il concetto di colpa si lega quindi a quello di pericolo che potrebbe esservi una lesione di beni o interessi giuridici; l’ordinamento, individuando gli ambiti in cui si riscontra una maggiore pericolosità delle attività di utilità sociale, predispone delle regole di cautela volte a prevenire ed evitare il concretizzarsi del pericolo in questione, cercando di bilanciare le opposte esigenze di tutela dei beni giuridici da una parte e progresso e benessere collettivo dall’altra. Nel settore sanitario che qui stiamo trattando queste regole cautelari sono rappresentate dalle linee guida e dalle buone pratiche clinico assistenziali, laddove le regole non siano scritte è possibile ricavarle dalla considerazione del livello di “diligenza, prudenza e perizia” che un agente modello dovrebbe tenere nelle specifiche circostanze. In definitiva potremmo dire che se si verifica l’evento dannoso che la regola cautelare era volta a prevenire si versa in

³¹⁷ V. N. Callipari, *L’azione di rivalsa*, in *La responsabilità sanitaria, commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017, pag. 371, ciò conferma la difficoltà di inquadrare la materia all’interno di confini definiti rigidamente dalla legge; la distinzione tra dolo e colpa e a maggior ragione quella tra colpa grave e colpa lieve richiede necessariamente l’impiego di discrezionalità come nell’accertamento giudiziale.

³¹⁸ “Il delitto è colposo, o contro l’intenzione, quando l’evento, anche se preveduto, non è voluto dall’agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”. Art. 43 c.p. in un primo momento la questione era stata ridotta ai minimi termini equiparando il binomio doloso-colposo a quello volontario-involontario.

un'ipotesi di colpa, essa si classificherà grave o lieve in considerazione del grado di scostamento del comportamento del soggetto rispetto a quello che avrebbe tenuto l'agente ideale³¹⁹. Ciò non è tuttavia sufficiente, manca la considerazione dell'elemento soggettivo. Si dovrà quindi esaminare il grado di rimproverabilità personale dell'accertata inosservanza ed esaminare la condizione personale del soggetto agente.

Un aspetto molto importante da tenere in considerazione è quello che emerge dalla lettura dell'art. 6 della L. 24/2017 e dall'art 1176, comma II, c.c. per cui si prevede che è nelle facoltà del professionista distaccarsi dalle linee guida per raggiungere il grado di diligenza qualificata che lo stesso deve tenere. Ciò fa sì che il pedissequo e passivo rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziale non costituisce garanzia per l'esercente il quale potrebbe, in virtù delle disposizioni richiamate, vedersi imputato per colpa l'evento dannoso.

Trattando del tema dell'imputabilità per colpa di un evento dannoso dobbiamo sottolineare un aspetto particolarmente importante, l'esercente che opera all'interno della struttura, in quanto dipendente, è tenuto ad osservare le regole organizzative e i protocolli che la struttura gli impone. Anche questo aspetto è di estrema importanza ai fini dell'imputazione dell'evento dannoso, potrebbe, infatti, accadere che l'organizzazione dei turni dei reparti e delle sale operatorie non sia idonea a garantire che l'esercente renda la propria prestazione al massimo delle sue possibilità, essendo state minate da eccessiva stanchezza, stress o deficit di attenzione causata dalla inadeguata organizzazione di cui abbiamo accennato. In tale circostanza potrebbe ritenersi addirittura paradossale consentire alla struttura di esperire l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente, essendo stato l'errore causato da una cattiva e carente organizzazione della struttura stessa³²⁰.

³¹⁹ V. N. Callipari, *L'azione di rivalsa*, in *La responsabilità sanitaria, commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017, pag. 373, l'Autore individua alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte, Cass. Pen. Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, alcune situazioni che potrebbero incidere, modificandolo notevolmente, sul giudizio: il grado della colpa e quindi il grado di esigibilità del rispetto di una regola terapeutica variano notevolmente a seconda che il medico sia solo uno specializzando o un medico primario, è necessario valutare se l'esercente ha dovuto operare in una situazione di urgenza o se questo è stato vittima di uno shock improvviso o un malessere che non poteva essere previsto.

³²⁰ V. N. Callipari, *L'azione di rivalsa*, in *La responsabilità sanitaria, commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017, pag. 375, si potrebbe altresì pretendere dall'esercente, in base ad un deontologico e professionale, il rifiuto della prestazione

2.3. *L'azione di responsabilità amministrativa ex art. 9 L. 24/2017.*

2.3.1. *La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria.*

Come abbiamo già avuto modo di accennare l'art. 9 L. 24/2017 regola oltre all'azione di rivalsa l'azione di responsabilità amministrativa; la condotta professionale del medico rileva anche sotto il profilo del diritto amministrativo: l'esercente strutturato, infatti, si identifica come un soggetto legato alla struttura sanitaria pubblica con un rapporto di ufficio e, proprio in virtù di ciò, l'esercente può essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità amministrativa per il danno causato all'erario.

Prima di procedere nel merito del comma 5 dell'art. 9 della L. 24/2017 è bene individuare il quadro normativo in cui l'istituto si inserisce. A livello costituzionale il richiamo è sicuramente all'art. 28 Cost. in cui si afferma che “i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi civili, penale e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti”³²¹. Scendendo dal livello costituzionale dobbiamo invece fare riferimento alla L. 23 dicembre 1978, n. 833 art. 47; e al D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 art. 28, comma 1, in cui si prevede l'applicabilità delle norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3³²²) anche ai dipendenti sanitari per quanto riguarda la materia della responsabilità.

ogniquale volta determinate condizioni psicofisiche non gli consentano di rendere quella prestazione nel modo più corretto e sicuro possibile. L'Autore ritiene tuttavia non esigibile tale condotta dal medico che andrebbe ad assumere “una assurda posizione di garanzia nei confronti della struttura”. Proprio in base a tale ragionamento l'Autore considera non appropriato il riferimento all'azione di rivalsa; ci si dovrebbe riferire invece all'azione di regresso in quanto maggiormente funzionale alle esigenze di ragionevolezza e di giustizia.

³²¹ V. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 952, in cui si classifica tale responsabilità come solidale e diretta in relazione al fatto che in base al rapporto organico tra funzionari ed amministrazione di appartenenza e in base al principio di preposizione, gli atti compiuti dai dipendenti sono imputabili all'amministrazione.

³²² L'art. 18 del D.P.R. pone a carico del dipendente l'obbligo di risarcire le P. A. dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi di servizio, tale obbligo quindi deve essere esteso anche ai medici che sono dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale.

È proprio all'interno di questo quadro normativo che dobbiamo leggere l'art. 9 della L. 24 2017 con cui è stata introdotta l'azione di responsabilità amministrativa e che è stata definita da alcuni autori come norma «chiave» all'interno della Riforma³²³.

La norma introduce una disciplina speciale da applicare ai medici come particolare categoria di dipendenti pubblici prevedendo che: “in caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 7, o dell'esercente la professione sanitaria, ai sensi dei commi 3 del medesimo articolo 7, l'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è esercitata dal pubblico ministero presso la Corte dei conti”³²⁴.

Analizzando i profili più strettamente processuali notiamo la presenza di un elemento di continuità rispetto alla disciplina sopra richiamata del D.P.R. 3/1957, in particolare all'art. 19 si sancisce la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti per quanto attiene alla responsabilità dei dipendenti pubblici³²⁵. Per comprendere quando sussiste la giurisdizione della Corte dei conti si adotta oggi un criterio oggettivo, basato non sull'appartenenza del soggetto responsabile alla amministrazione pubblica, bensì basato sulla natura del danno cagionato³²⁶; c'è giurisdizione se vi è danno all'erario³²⁷.

³²³ In questo senso v. M. Ruvolo, S. Ciardo, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it, 2017. . M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017.

³²⁴ Le modalità per l'introduzione del giudizio sono oggi previste dal D.Lgs. 26 agosto 2016, n. 174, cioè il codice di giustizia contabile.

³²⁵ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, p. 443, nota n. 22, in cui l'Autrice, riportando il Parere della seconda Commissione permanente Giustizia, dà atto del fatto che in origine l'art. 9 aveva escluso la giurisdizione della Corte dei conti al fine di evitare la violazione del *ne bis in idem*, cioè al fine di evitare che il medico dipendente di strutture pubbliche potesse veder intentati contro di lui due distinti giudizi di rivalsa in sede civile e davanti alla Corte dei conti per il medesimo titolo di responsabilità.

³²⁶ V. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 954.

³²⁷ C. conti, sez. giur. Reg. Lombardia, 20 ottobre 2009, n. 641, Cass. S. U., 4 settembre 2015, n. 17596, C. conti, sez. I, giur. Centr. App., 29 luglio 2016, n. 290/A, C. conti, sez. giur. Reg. Umbria, 4 ottobre 2007, n. 228; le pronunce richiamate sono solo alcune di quelle tramite cui si è giunti all'affermazione della giurisdizione della Corte dei conti anche nel caso in cui il danno sia cagionato da soggetti comunque inseriti nell'apparato amministrativo della P.A. come ad esempio i medici che operano in strutture in regime di accreditamento. Lo stesso avviene per i danni cagionati dai medici convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale che operano all'interno delle asl. Si può quindi affermare che la giurisdizione della Corte dei conti

2.3.2. *I soggetti.*

L'unico soggetto legittimato all'azione nei procedimenti di responsabilità presso la Corte dei conti è il Pubblico Ministero contabile; presso le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti il legittimato attivo è il Procuratore regionale competente presso di queste, è invece legittimato attivo in grado di appello il Procuratore generale rappresentante il P.M. innanzi alle Sezioni d'appello della Corte³²⁸. A tale soggetto è affidata in via esclusiva l'azione di responsabilità in quanto il pubblico ministero è un soggetto tenuto ad agire esclusivamente per la tutela degli interessi generali dell'ordinamento, garantendo l'integrità dell'erario, l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione. Proprio per questo motivo il P.M. è dotato di tutti i poteri tipici delle parti fatta eccezione per quelli incompatibili con la natura inderogabile del diritto dedotto in giudizio; non può rinunciare all'azione o agli atti del giudizio, è obbligato all'azione e ha il solo potere di archiviazione nella fase predibattimentale.

Dall'altra parte dobbiamo annoverare tra i soggetti legittimati passivi solamente coloro che hanno con la Pubblica Amministrazione un rapporto di servizio³²⁹. In concreto dobbiamo annoverare tra questi gli esercenti la professione sanitaria, i medici o gli operatori legati con un rapporto di convenzione al Servizio Sanitario Nazionale; sono ricompresi i dipendenti delle Asl e delle Aziende Ospedaliere. La disposizione introdotta dalla riforma poteva essere l'occasione per fare chiarezza circa la necessità o meno della partecipazione al giudizio dell'amministrazione danneggiata; in passato

sussiste in tutti i casi in cui sia arrecato un danno alla pubblica amministrazione per un comportamento doloso o colposo posto in essere dal dipendente nell'ambito di un rapporto di pubblico servizio.

³²⁸ V. E. Bertillo, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, p. 87.

³²⁹ V. E. Bertillo, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, p. 88, fa eccezione la legittimazione passiva degli eredi nel caso di arricchimento illecito. Il fatto che questa sia l'unica eccezione consente di escludere la possibilità che si possa chiamare a titolo di garanzia l'impresa di assicurazione che offre la copertura assicurativa al medico esercente, ciò infatti esula dalla giurisdizione della Corte dei conti.

si era esclusa tale evenienza in considerazione del fatto che non si riteneva sussistere in capo a questa nessun interesse connesso a quello dedotto in giudizio con l'azione contabile³³⁰. Conformandosi al costante orientamento espresso dai giudici contabili³³¹ un carattere irrinunciabile della responsabilità amministrativa è quello della personalità, non vi è spazio, quindi, per il litisconsorzio necessario tra più coobbligati al risarcimento del danno erariale; si ritiene, infatti, che nel caso in cui un soggetto abbia contribuito alla causazione del danno erariale il giudice debba tener conto di tale circostanza anche solo *incidenter tantum* al fine di ridurre in modo proporzionale l'ammontare del risarcimento da porre a carico del soggetto convenuto in giudizio.

2.3.3. *Presupposti dell'azione.*

I presupposti dell'azione di responsabilità amministrativa si suddividono in due categorie: presupposto oggettivo e presupposto soggettivo

Il primo è costituito dall'inosservanza degli obblighi di servizio; ma cosa si intende per obblighi di servizio? Si tende a dare un'interpretazione ampia al concetto ricomprendendo tra questi anche l'obbligo della lealtà della condotta, l'obbligo di salvaguardare gli interessi dell'azienda sanitaria danneggiata³³². Pone in essere una condotta contraria agli obblighi di servizio ad esempio l'esercente la professione sanitari nel momento in cui effettua prescrizioni inutili o incomplete o in violazione del vincolo di esclusività da parte dell'esercente dipendente del Servizio Sanitario Nazionale.

L'art. 1 della L. 14 gennaio 1994, n. 20³³³ è rubricato "azione di responsabilità" e definisce la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei

³³⁰ Così la C. conti, 1 settembre 1999, n. 229/A e C. conti, 2 settembre 1992, n. 196.

³³¹ Vedi C. conti, sez. giur. Reg. Molise, 1 giugno 2015, n. 39.

³³² V. E. Bertillo, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, p. 90.

³³³ La legge è intitolata "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti"; il primo articolo così recita: "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito

conti come personale, essa inoltre sussiste soltanto nella misura in cui la condotta sia imputabile al responsabile a titolo di dolo o colpa grave. Il legislatore nella redazione dell'art. 9 della L. 24/2017 ha fatto proprio tale contenuto ribadendo l'obbligatorietà dell'azione di responsabilità del pubblico ministero in tutti i casi in cui l'esercente abbia agito con dolo o colpa grave.

Trattando dei due elementi soggettivi è necessario attribuire a ciascuno uno specifico contenuto; per quanto riguarda il dolo non si riscontrano difficoltà nel definirlo. Il dolo che rileva in tema di responsabilità amministrativa è quello contrattuale³³⁴, che si concretizza nell'inadempimento cosciente e volontario dell'obbligazione contrattuale. Riguardo alla colpa grave è necessario fare riferimento all'art. 1176, comma II, c.c.; ciò implica che la colpa grave si riscontra ogni volta in cui l'esercente opera senza osservare la diligenza professionale che legittimamente il paziente può attendersi da colui che esercita un'attività professionale in rapporto, come è normale, alla tipologia di attività esercitata. Si può affermare che una condotta può essere imputata a titolo di colpa grave all'esercente la professione sanitaria quando si caratterizza per evidente imperizia, trascuratezza o inosservanza degli obblighi di servizio, in assenza di situazioni oggettive ed eccezionali per cui si accerta che il medico non era nelle condizioni di poter agire in modo corretto, nel rispetto e nella tutela degli interessi pubblici affidati alla sua cura³³⁵. Un aspetto interessante su cui soffermare l'attenzione è quello dell'accertamento dell'elemento della colpa grave nella responsabilità medica, prima della riforma Balduzzi introdotta dalla L. 189/2012 si riteneva che non sussistesse la colpa grave in tutti quei casi in cui il medico si fosse trovato ad affrontare un quadro clinico complesso o avanti a problemi diagnostici e terapeutici dall'esito incerto; si escludeva il ricorrere dell'elemento della colpa grave anche in tutte le circostanze caratterizzate dall'urgenza o da uno stato di emergenza; al contrario si

delle scelte discrezionali. In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo. Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi”.

³³⁴ V. E. Bertillo, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, p. 90.

³³⁵ Vedi quanto affermato dalla C. conti, sez. giur. app. reg. Sicilia, 23 gennaio 2012, n. 18/A e C. conti, sez. giur. reg. Toscana, 21 marzo 2002, n. 179/Rel.

riteneva responsabile l' esercente che impiegando la dovuta diligenza si fosse trovato nella condizione di prevedere e quindi prevenire l' evento dannoso senza però adottare le misure necessarie per evitarlo³³⁶. Con l' entrata in vigore della L. Balduzzi è stata introdotta anche la disciplina delle linee guida che hanno necessariamente determinato un cambio di rotta della giurisprudenza sul punto³³⁷; è necessario, quindi, che nel giudizio contabile il giudice accerti il rispetto delle linee guida. La riforma introdotta dalla L. Gelli-Bianco riconferma tale impostazione ponendosi in continuità con quanto disposto sul punto dal legislatore del 2012 e dalla giurisprudenza richiamata.

2.3.4. *L' elemento del nesso eziologico.*

Un ulteriore elemento che deve essere accertato affinché possa essere dichiarata la responsabilità amministrativa dell' esercente la professione sanitaria è quello causale. Il giudice contabile, infatti, accerta la sussistenza di un nesso eziologico tra la condotta del soggetto agente e l' evento dannoso da cui è derivato il danno all' erario. La questione si fa più complicata quando alla causazione dell' evento dannoso abbiano concorso più soggetti, in questo caso il giudice deve provvedere all' accertamento per ognuno di questi della partecipazione alla produzione del danno mediante un concorso causale addizionale e indipendente³³⁸.

³³⁶ Tali criteri sono stati individuati dalla giurisprudenza della Corte dei conti, a titolo di esempio di rimanda alla pronuncia C. conti, sez. giur. app. reg. Sicilia, 17 settembre 2001, n. 196/A. C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 18 marzo 2015, n. 40.

³³⁷ V. C. conti, sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 7 aprile 2016, n. 49, C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 18 marzo 2015, n. 40, tuttavia la Corte afferma che «non appare corretto ritenere che l' esistenza di particolari linee guida che si pongono, in astratto, in contrasto con la condotta del medico nel fatto che ha determinato una lesione al paziente sia di per sé sufficiente a dimostrare che la condotta del sanitario è stata sicuramente connotata da colpa grave».

³³⁸ V. C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 20 dicembre 2007, n. 261, di cui riportiamo un estratto: «premesso che la Corte dei conti può valutare autonomamente i fatti accertati nel processo civile, in quanto le sentenze di condanna a carico della P.A. non esplicano efficacia vincolante nel giudizio di responsabilità, con riferimento all' azione di responsabilità intentata dalla procura relativamente al danno risentito da una asl in esito al giudizio risarcitorio conclusosi con la condanna della stessa struttura sanitaria pubblica per le gravi lesioni a neonato conseguenti ad un parto avvenuto presso l' ospedale di *omissis*, deve essere assolto da ogni addebito, per difetto del nesso di causalità, il medico convenuto essendosi accertato che le suddette lesioni sono conseguenza di errori ostetrico-assistenziali antecedenti l' intervento del medesimo».

Ultimo elemento di cui deve essere verificata la sussistenza perché si possa accertare la responsabilità amministrativa dell'esercente consiste nel danno prodotto all'erario dello Stato. Il danno in questione deve essere attuale, suscettibile di valutazione economica e concreto. In particolare nel settore sanitario viene in rilievo il danno indiretto cioè il danno causato dalla condanna dell'amministrazione o azienda sanitaria, di cui è dipendente l'esercente, al risarcimento del danno da quest'ultimo cagionato.

Il requisito della economicità è fondamentale, il giudice deve procedere alla quantificazione del danno tenendo in considerazione alcuni criteri³³⁹: bisogna tenere in considerazione la concreta situazione di fatto in cui l'esercente ha operato, è, infatti, necessario dare atto della sussistenza di una situazione di difficoltà determinata da una cattiva organizzazione della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica in cui l'esercente si è trovato ad operare³⁴⁰. Deve comunque essere valutato l'ammontare a cui corrispondono i vantaggi conseguiti dall'amministrazione cui appartiene il dipendente in relazione all'attività da questo posta in essere o in relazione alla condotta degli amministratori che, come i dipendenti, sono soggetti al giudizio di responsabilità. Nel caso in cui più soggetti abbiano concorso alla causazione del danno la Corte può ripartire tra questi tutto o parte del danno accertato o del valore perduto.

L'ammontare dell'importo per cui ciascun soggetto può essere condannato varia dall'esito dell'accertamento relativo all'elemento soggettivo: in caso di dolo si può recuperare l'intera somma, in caso di colpa grave la condanna per la responsabilità amministrativa "non può superare una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo"³⁴¹. Oltre alla pena pecuniaria l'art. 9, comma 5, L. 24/2017

³³⁹ V. E. Bertillo, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, p. 94.

³⁴⁰ Vedi art. 9, comma 5, L. 24/2017.

³⁴¹ V. G. Travaglino, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in www.giustiziacivile.it, 2017, l'Autore sottolinea che la formulazione letterale della norma probabilmente è frutto di un errore del legislatore, sarebbe in contrasto con la stessa ratio della norma il risultato ottenuto dalla applicazione del criterio di computo della sanzione indicato dal legislatore nella norma. Si segnala, inoltre che nel d.d.l. recante la «delega al governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute», nel testo approvato

nell'ultima parte prevede una pena accessoria ulteriore , nell'ultimo capoverso si legge che: “per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato, l'esercente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, non può essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti e il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori”.

2.3.5. *I rapporti tra il giudizio contabile e civile.*

Dopo aver brevemente delineato i contorni dell'azione di responsabilità amministrativa non resta che esaminare il tema dei rapporti il giudizio in sede contabile e quello in sede civile. Il legislatore nell'art. 9 L. 24/2017 si riferisce a questa problematica solo con riferimento al tema delle prove e al valore che alle stesse deve essere attribuito quando siano state acquisite in un procedimento diverso. Il comma 7 dell'art. 9 della L. 24/2017 afferma: “nel giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità amministrativa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione se l'esercente la professione sanitaria ne è stato parte”³⁴². Oltre a ciò la legge di riforma non aggiunge nulla al tema, questo fa sì che ancora oggi si continui a regolare la materia in base alle indicazioni della giurisprudenza.

Il primo e centrale elemento da prendere in considerazione è quello dell'autonomia della giurisdizione contabile; la giurisprudenza è costante nell'affermare che la giurisdizione contabile è assolutamente indipendente da quella civile e penale³⁴³. Ciò

dalla Camera dei deputati il comma 11, comma 1, aveva previsto la modifica dell'art. 9, comma 5, sostituendo l'espressione “moltiplicato per il triplo” con “una somma pari al triplo del valore maggiore della retribuzione..».

³⁴² V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, p 441, n. 18.

³⁴³ V. Cass. S.U., 7 dicembre 2016, n. 25042, Cass. S.U. 18 dicembre 2014, n. 26659, Cass. S.U., 21 maggio 2014, n. 11229, Cass. S.U., 4 gennaio 2012, n. 11, Cass. S.U., 28 novembre 2013, n. 26582.

non muta nemmeno quando i due giudizi hanno ad oggetto lo stesso fatto materiale; anche in questo caso l'unica interferenza prospettabile è quella relativa alla proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti senza che venga sollevata una questione di giurisdizione. La *ratio* che sta alla base dell'autonomia della giurisdizione contabile si riscontra nel fatto che il procuratore regionale o generale della Corte dei conti non può agire davanti al giudice penale o al giudice civile per la tutela dell'interesse generale al perseguimento dei dipendenti pubblici per le responsabilità in cui sono incorsi relativamente ai danni arrecati all'erario. Il procuratore può, infatti, agire in tal senso soltanto davanti alla giurisdizione contabile. Se non vi fosse tale autonomia della giurisdizione contabile potrebbe accadere che l'interesse generale menzionato rimanga privo di tutela.

Anche i rapporti tra giudicati sono caratterizzati da piena autonomia, tra la sentenza ormai divenuta definitiva in un giudizio civile o penale e l'accertamento che deve essere effettuato nel giudizio contabile non vi sono interferenze; ciò fa sì che sebbene si sia già proceduto alla valutazione degli elementi costitutivi della responsabilità nel giudizio civile, nulla impedisce che sia effettuata un'ulteriore valutazione degli stessi elementi costitutivi nel corso del giudizio contabile³⁴⁴. La ragione di ciò si rinviene nella differenza che vi è tra i due processi: uno, il giudizio civile, ha come finalità quella di reintegrare il patrimonio del privato ovvero di risarcire il danno da questo subito nel caso di responsabilità extracontrattuale; l'altro, l'azione contabile, ha come scopo quello della reintegrazione del danno subito dall'erario. Da ciò con evidenza che la mancata partecipazione del pubblico dipendente al processo civile sia del tutto irrilevante per quanto riguarda il giudizio di responsabilità contabile, da tale circostanza infatti non deriverebbe alcuna violazione del contraddittorio o dei diritti di difesa³⁴⁵.

³⁴⁴ In questo senso vedi la C. conti, sez. giur. reg. Veneto, 15 dicembre 2015, n. 214. La regola dell'autonomia opera allo stesso modo anche nel caso in cui la valutazione degli elementi costitutivi sia stata fatta prima in sede contabile e poi nuovamente in sede civile, in questo senso vedi la Cass. civ. 10 dicembre 2015, n. 24941.

³⁴⁵ V. C. conti, sez. giur. reg. Friuli Venezia Giulia, 13 settembre 2013, n. 56.

2.3.6. *Il termine di prescrizione dell'azione.*

A conclusione della trattazione dell'azione di responsabilità amministrativa ci soffermiamo sulla disciplina del termine di prescrizione dell'azione. Dalla lettura dell'art. 9 L. 24/2017 notiamo che il legislatore non si è affatto preoccupato di regolare questo aspetto; dobbiamo quindi ricercare la disciplina applicabile nel già citato D.P.R. 3/1957 il cui art. 19 prevede un termine di prescrizione dell'azione pari a cinque anni. Il *dies a quo* della prescrizione si identifica con il giorno in cui il fatto dannoso si è verificato, potrebbe però accadere che il danno sia stato dolosamente occultato, in questo caso il termine di prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui si è scoperto il danno stesso³⁴⁶. Nel caso in cui il danno erariale sia solo indiretto il termine di prescrizione quinquennale inizierà a decorrere dal giorno in cui vi è stato il pagamento delle somme da parte della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica perché solo da questo memento si concretizza il danno erariale³⁴⁷. Potrebbe però anche accadere che sia omessa o tardiva la denuncia del danno erariale cioè è possibile che la prescrizione sia maturata senza che sia stata avanzata l'azione di responsabilità amministrativa, in questo caso rispondono per il danno erariale così arrecato coloro che sono responsabili della tardività della denuncia o della sua omissione e il termine di prescrizione di questa ulteriore azione è sempre un termine quinquennale³⁴⁸.

³⁴⁶ In tal senso si è espressa la Corte dei conti nelle pronunce: C. conti, sez. III, giur. centr. app., 26 ottobre 2015, n. 542/A, C. conti, sez. I giur. centr. app., 22 maggio 2014, n. 712/A e nello stesso senso C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 19 giugno 2013, n. 53. Nelle ultime due pronunce si definisce occultamento doloso la condotta del dipendente pubblico che simuli la presenza sul luogo di lavoro tramite la timbratura del cartellino. In questi casi dal giorno in cui si scopre il danno erariale inizia a decorrere il termine per la prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa.

³⁴⁷ V. C. conti, sez. I giur. app. 15 maggio 2013, n. 323/A.

³⁴⁸ V. E. Bertillo, *L'azione di responsabilità amministrativa*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, p. 90.

Capitolo III

L'INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO E L'ONERE DELLA PROVA

3.1. L'onere della prova.

L'onere della prova costituisce certamente uno dei punti focali della nostra trattazione, è bene quindi individuare preliminarmente le norme che ad esso sono dedicate: dall'art. 2697 al 2738 c.c. e gli articoli da 115 a 118 e da 191 a 266 c.p.c.

Notiamo, quindi, come il legislatore abbia diviso in due codici la disciplina dedicata ad un tema unitario; probabilmente tale collocazione è stata il frutto del dibattito mai giunto a soluzione per cui da una parte si attribuisce natura sostanziale e dall'altra processuale alle norme sull'onere della prova. Seguendo un indirizzo di carattere generale³⁴⁹ possiamo affermare la natura processuale di tali norme; questo perché la principale funzione attribuita alle stesse è quella di offrire al giudice degli strumenti utili alla conoscenza dei fatti a lui sottoposti.

Addentrando nel tema dell'*onus probandi* non possiamo che prendere le mosse dall'esame dell'art. 2697 c.c. nel quale si afferma che: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"³⁵⁰. Dalla lettera della norma sembra evidente

³⁴⁹ V. A. Proto Pisani, *Appunti sulle prove civili*, in www.ilforoitaliano.it, 117, V, 1994, pp. 49/50-83/84, nello stesso senso v. L. P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 177 e G. Ammassari, *Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità e l'efficacia delle prove*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, §1, pag. 193. Ciò è corretto nella misura in cui ci troviamo davanti a norme di carattere generale; quando le norme sono dettate con specifico riferimento ad un rapporto giuridico a tali norme è più probabile che venga attribuita natura sostanziale, in tale ultimo senso si è espressa la Cass. 18 marzo 2003, n. 5484.

³⁵⁰ V. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, I, 29, 4, trattando dell'art. 2697 c.c. è bene sottolineare che il legislatore non ha volutamente fare riferimento alla figura dell'attore e del convenuto in quanto, anche se nella maggior parte dei casi ad affermare l'esistenza di un diritto è l'attore e, viceversa, a negarla è il convenuto, si verificano non di rado ipotesi in cui ad affermare l'esistenza del diritto, dovendo quindi provarne i fatti costitutivi, non è colui che ha preso l'iniziativa processuale ma il convenuto. A. Proto Pisani, *Appunti sulle prove civili*, in www.ilforoitaliano.it, vol. 117, V, 1994, pp. 49/50-83/84, invece mette in luce il fatto che la disposizione deve essere classificata come "norma in bianco", una norma che impone un onere soggettivo sulle parti e che si impone sul giudice come regola di

che le parti, oltre ad affermare l'esistenza o l'inesistenza del diritto controverso, devono provvedere a fornire le prove dei fatti allegati; ogni parte ha l'onere dell'iniziativa probatoria, ciò implica che chi afferma l'esistenza del diritto dovrà dimostrare l'esistenza dei fatti a lei favorevoli cioè i fatti costitutivi del diritto. Chi, invece, intende negare l'esistenza di quel diritto dovrà dimostrare i fatti sfavorevoli cioè i fatti impeditivi, modificativi o estintivi³⁵¹.

Tuttavia è bene sottolineare che nel nostro ordinamento all'onere della prova non è collegato un onere di iniziativa probatoria, vige, invece, un principio di acquisizione. Il principio di acquisizione fa sì che in giudice possa trarre dalle prove acquisite legittimamente ciò di cui necessita per provare i fatti allegati a prescindere dal fatto che a produrli sia stato l'attore o il convenuto.

È proprio il principio di acquisizione che consente di trattare delle norme sull'onere della prova come una regola di giudizio con cui si ripartisce il rischio della mancata prova³⁵². Tale regola, infatti, prevede che nel caso in cui un fatto rilevante dovesse rimanere privo di una prova convincente il giudice non può di certo decidere capricciosamente ma deve impiegare la regola di giudizio sopra indicata in base alla quale dovrà accogliere la versione prospettata dalla parte non onerata di fornire la prova del fatto controverso; proprio per questo aspetto la regola di giudizio ripartisce il rischio della mancanza, della insufficienza o della contraddittorietà della prova.

La parte su cui grava l'onere della prova avrà quindi un grande interesse nel dimostrare quanto da essa affermato per evitare che la sua domanda o eccezione venga respinta.

L'esame congiunto di questi due aspetti ci porta ad affermare il carattere residuale della regola dell'onere della prova: solo se un fatto rilevante ai fini della decisione e oggetto di contestazione rimane privo di una prova idonea a dimostrarlo troverà applicazione la regola dell'onere della prova che opererà quindi come regola di

giudizio. Il fatto che si auna norma in bianco fa sì che la stessa debba essere di volta in volta riempita con l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio dall'attore, tramite la sussunzione del diritto in una fattispecie astratta e in ultimo l'esame della fattispecie legale al fine di individuare quelli che si pongono come fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi.

³⁵¹ V. A. Proto Pisani, *Appunti sulle prove civili*, in www.ilforoitaliano.it, vol. 117, V, 1994, pp. 49/50-83/84, la ripartizione degli oneri probatori dipende dalla fattispecie sostanziale non anche da rigidi criteri processuali. Inoltre questa regola fa sì che si abbia una notevole semplificazione per l'attore il quale dovrà provare non tutti i fatti rilevanti in relazione alla fattispecie, ma solo quelli che sono individuati come fatti costitutivi.

³⁵² V. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, I, 29, 4.

giudizio per il giudice. Viceversa la regola non verrà applicata quando il fatto decisivo o non è oggetto di contestazione o è dimostrato con una prova sufficiente, a prescindere del fatto che a produrla in giudizio sia stato l'attore o il convenuto³⁵³.

I problemi in materia di onere probatorio diventano più spinosi quando affrontiamo il tema del riparto dell'onere probatorio con riferimento a ciascun fatto. Come già affermato l'art. 2697 c.c. prevede che chi vuol far valere in giudizio un diritto ha l'onere di provare i fatti che ne sono fondamento (fatti costitutivi); al contrario, su chi vuole contestare la validità di tali fatti grava l'onere di provarne l'inefficacia o i fatti che hanno modificato o estinto il diritto fatto valere (fatti impeditivi o estintivi).

Il problema sta nella difficoltà di distinguere le due categorie di fatti appena menzionati, difficoltà che varia a seconda del dato temporale; i fatti estintivi sono necessariamente successivi ai fatti costitutivi in quanto può estinguersi una fattispecie solo se questa è venuta ad esistenza, quindi, prima il diritto sorge poi si estingue. Tutto ciò che in ordine temporale si colloca dopo l'integrazione della fattispecie costitutiva è fatto modificativo o estintivo.

Le maggiori problematiche sorgono con riferimento ai fatti impeditivi cioè quei fatti che consentono di provare l'inefficacia dei fatti costitutivi. La difficoltà in questo caso si rinviene nel fatto che i fatti impeditivi e quelli costitutivi sono simultanei e da ciò derivano le difficoltà nel distinguerli³⁵⁴. Molte volte a tale difficoltà fa fronte la legge che, implicitamente o esplicitamente, stabilisce se un fatto debba essere qualificato come costitutivo o impeditivo, consentendo di individuare più facilmente il soggetto su cui cade il relativo onere probatorio³⁵⁵. Inoltre un elemento di semplificazione si riscontra nella regola per cui nelle controversie relative ai diritti disponibili, se entrambe le parti si sono costituite, la non contestazione o l'ammissione dei fatti adottati a sostegno delle proprie affermazioni fa sì che quei fatti siano posti al di fuori

³⁵³ V. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, I, 29, 4, se si sostenesse la tesi inversa non vi sarebbe spazio nel nostro ordinamento per le prove acquisite al processo su iniziativa del giudice.

³⁵⁴ V. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, I, 29, 4, la difficoltà sta nel fatto che in questa sede facciamo riferimento non ai fatti storici ma ai fatti giuridici e molto spesso uno stesso fatto può valere come fatto impeditivo o fatto costitutivo a seconda che si assuma un dato punto di vista o un altro come ad esempio può avvenire nell'ambito del diritto del lavoro con riferimento alla prova del numero di dipendenti superiore inferiore a 15.

³⁵⁵ Come avviene ad esempio nell'art. 1174, comma III, c.c. nella parte in cui prevede che "la buona fede è presunta", quindi il legislatore fa cadere l'onere di provare la mala fede su chi vuole contestare gli effetti della buona fede.

del *thema probandum*, anche se non erano stati provati in modo soddisfacente da chi li aveva introdotti³⁵⁶.

La questione ad oggi può considerarsi ancora aperta, nell'impossibilità di fornire una soluzione soddisfacente che consenta di distinguere sempre le varie categorie di fatti, sono stati elaborati delle regole e criteri che consentono di risolvere il problema nel caso concreto. Si possono citare a tal proposito la regola dell'eccezione, la regola espressa dal brocardo latino *negativa non sunt probanda* che a sua volta opera come specificazione del principio della vicinanza alla prova.

La Corte di cassazione, volendo fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2697 c.c. - argomentando dall'art. 24 Cost. e dal divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'agire in giudizio - afferma che il principio della vicinanza alla prova è funzionale al superamento delle situazioni in cui l'impossibilità della prova impedirebbe l'esercizio di alcuni diritti.³⁵⁷ Sulla base di questo principio, quindi, l'onere probatorio ricade in capo al soggetto nella cui sfera si è prodotto il fatto controverso in quanto maggiormente in grado di assolverlo, in piena attuazione del criterio di ragionevolezza e a garanzia del soggetto più debole.

Tra gli strumenti impiegati per impedire che l'impossibilità di fornire la prova ad opera di una parte le precluda definitivamente l'accesso alla giustizia, annoveriamo anche quello delle presunzioni giurisprudenziali; in forza di queste, infatti, il giudice può manipolare la distribuzione degli oneri probatori, sollevando una parte dalla prova di alcuni elementi costitutivi del fatto e onerando l'altra parte della dimostrazione della prova contraria³⁵⁸.

Le presunzioni giurisprudenziali si differenziano da quelle semplici previste dall'art. 2729 c.c.; le prime, infatti, si risolvono nella presunzione di un fatto che non viene accertato dal giudice e non nella inferenza dal noto all'ignoto. Le presunzioni

³⁵⁶ Diversamente nelle cause che hanno ad oggetto diritti indisponibili l'ammissione della controparte opera soltanto come prova del fatto stesso.

³⁵⁷ In questo senso v. Corte cost., 21 aprile 2000, n. 114; sent. Corte cost., 4 marzo 1992, n. 79, in www.cortecostituzionale.it.

³⁵⁸ V. G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Il Foro Italiano*, vol. 94, 2011. Nello stesso senso, M. Taruffo, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2012, p. 254.

giurisprudenziali si caratterizzano, inoltre, poiché vanno oltre le caratteristiche delle fattispecie cui si applicano, connotandosi per il carattere dell'astrattezza e della generalità, consentendo così l'inversione dell'onere della prova tra le parti e operando come meccanismo di predeterminazione della soccombenza³⁵⁹. Questa impostazione ha giustificato le critiche che la dottrina le ha riservato basate sulla considerazione per cui la giurisprudenza ha operato in assenza di qualsiasi appiglio normativo che potesse riconoscerle questo potere; ulteriori dubbi sorgono con riferimento al rispetto del principio del contraddittorio: nella maggior parte dei casi le presunzioni giurisprudenziali vengono applicate direttamente nella sentenza così impedendo alla parte onerata della dimostrazione del fatto impeditivo, la possibilità di predisporre la propria difesa³⁶⁰.

Tuttavia, in dottrina non mancano autori che si sono schierati a favore dell'adozione di questi meccanismi da parte dei giudici in quanto proiettati verso la tutela della parte debole³⁶¹.

3.1.1. ..In ambito sanitario.

Il settore della responsabilità medica e sanitaria rappresenta un terreno certamente fertile per il proliferare della presunzioni giurisprudenziali; è evidente il *favor* che la giurisprudenza ha accordato al paziente, *favor* che si manifesta nell'applicazione delle presunzioni citate per cui l'onere della prova, sia in virtù del principio della prossimità della prova sia per il carattere fortemente specialistico e discrezionale dell'attività tecnica, grava sull'esercente la professione sanitaria.

A tal proposito un ruolo fondamentale lo gioca la compilazione della cartella clinica che rende possibile la valutazione della condotta del professionista. Nel caso in cui la cartella non sia stata compilata in modo corretto o completo sarà possibile addebitare

³⁵⁹ V. M. Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 3, p. 750.

³⁶⁰ V. M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 233.

³⁶¹ V. M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 233, V. S. Patti, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Commentario Sialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001, p. 89.

le cause ignote al professionista, anche quando non lo sarebbero. In questo caso la presunzione discende da un fatto negativo. Al contrario la corretta compilazione della cartella consente di giungere ad una valutazione positiva della condotta dell' esercente, conforme ai criteri di diligenza a lui imposti dall' art. 1176, comma II, c.c. D' altro canto la violazione dell' obbligo di diligenza permette di presumere la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta negligente e il danno cagionato. Se in tali circostanze dell' onere probatorio fosse gravato l' attore, cioè il paziente, la sua posizione processuale verrebbe aggravata al punto da doversi ritenere irrimediabilmente pregiudicata la sua istanza di tutela; questo, infatti, non potendo reperire degli elementi probatori utili per dimostrare la responsabilità del medico vedrebbe frustrata la possibilità di ottenere la tutela sperata³⁶².

³⁶² A tal proposito riproponiamo un estratto dalla sentenza della Corte di Cassazione civ. Sez. III, 8 novembre 2016, n. 22639, “A tacer d'altro, allora, la corte territoriale (come si è visto che rilevano i ricorrenti nei due motivi in esame) ha fatto gravare la incompletezza della cartella clinica sul paziente, deducendone l'assenza della prova del nesso causale. La sua impostazione, però, non corrisponde al consolidato insegnamento della giurisprudenza di questa Suprema Corte, che nella incompletezza della cartella clinica (che è obbligo del sanitario tenere invece in modo adeguato) rinviene proprio, in considerazione anche del principio della prossimità della prova, il presupposto perché scatti la prova presuntiva del nesso causale a sfavore del medico, qualora la condotta dello stesso sia astrattamente idonea a cagionare quanto lamentato (tra gli arresti più recenti v. Cass. sez. III, 27 aprile 2010, n. 10060) per cui riguardo la responsabilità professionale del medico «il nesso causale sussiste anche quando, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si possa ritenere che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto fondate possibilità di evitare il danno; a tal fine, la difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta del medico e le conseguenze dannose sofferte dal paziente, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocare il danno, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della “vicinanza alla prova”, cioè della effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla», Cass. sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538 che, sempre a proposito della responsabilità professionale del medico, puntualizza che «le omissioni nella tenuta della cartella clinica al medesimo imputabili rilevano sia ai fini della figura sintomatica dell'inesatto adempimento, per difetto di diligenza, in relazione alla previsione generale dell'articolo 1176 c.c., comma 2, sia come possibilità di fare ricorso alla prova presuntiva, poiché l'imperfetta compilazione della cartella non può, in linea di principio, tradursi in un danno nei confronti di colui il quale abbia diritto alla prestazione sanitaria»; sulla stessa linea v. pure Cass. sez. III, 5 luglio 2004, n. 12273 che sottolinea che «il medico ha l'obbligo di controllare la completezza e l'esattezza del contenuto della cartella, la cui violazione configura difetto di diligenza ai sensi dell'articolo 1176 c.c., comma 2 ed inesatto adempimento della corrispondente prestazione medica», Cass. sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316 per cui «la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici in relazione alla patologia accertata e la morte, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla

Tale impostazione ha suscitato numerose critiche in quanto determina la sovrapposizione dell'elemento della colpa e del nesso causale tra la colpa e il danno cagionato, sia quando la responsabilità è di tipo contrattuale sia quando è di tipo extracontrattuale; il medico quindi dovrebbe rispondere non solo quando ha cagionato un danno ma anche quando ci sono dei dubbi che sia stato questo a cagionarlo³⁶³. Inoltre determina confusione tra prova e argomento di prova: se la cartella clinica dedotta in giudizio è incompleta dovrebbe essere valutata ai sensi dell'art. 116, comma II, c.p.c.; non dovrebbe determinare in via principale il convincimento del giudice, potendo solo contribuire a fonderlo soltanto in via sussidiaria.

Il ricorso alle presunzioni giurisprudenziali cela un risvolto negativo che consiste nella possibilità che si contesti l'imparzialità del giudice e nell'incertezza e imparzialità delle decisioni. Per questi motivi può essere utile individuare dei modi alternativi al ricorso a tali presunzioni; si potrebbe prevedere, come alternativa ai meccanismi presuntivi, che gravi sul medico l'obbligo di produrre in giudizio la cartella clinica dettagliata e quindi in grado di garantire l'effettività del diritto di azione del paziente. Si potrebbero porre in capo all'esercente obblighi di *disclosure* e di esibizione, accompagnati dalla previsione di sanzioni in caso di loro violazione, anche se ciò attiene prevalentemente al diverso profilo dell'accesso alle prove. È necessario però procedere con ordine e esaminare le tappe più importanti che, in giurisprudenza, hanno contribuito alla determinazione delle regole che, in materia di riparto dell'onere della prova, ad oggi applichiamo.

3.1.2. Il riparto dell'onere della prova: l'evoluzione giurisprudenziale.

Per decenni il tema del riparto dell'onere probatorio nel settore della responsabilità medica ha suscitato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Infatti, nel corso del tempo si è assistito alla nascita di orientamenti differenti e nuovi ma caratterizzati

distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la “vicinanza alla prova”, e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla»; e v. altresì la Cass. sez. III, 9 giugno 2011, n. 12686, Cass. sez. L, 13 marzo 2009, n. 6218, Cass. sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085 e Cass. sez. III, 13 settembre 2000 n. 12103”.

³⁶³ V. M. Rossetti, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti*, in *Giustizia Civile*, 2010, p. 2218.

sempre dalla necessità di elaborare un criterio di riparto degli oneri in grado di rispondere alle diverse istanze di tutela del paziente da una parte e di tutela dell' esercente dall' altro. Ovviamente il tema si interseca con l' altro profilo ad esso legato cioè l' individuazione del titolo di responsabilità per cui l' esercente è chiamato a rispondere per un suo inadempimento nei confronti del paziente. Cercheremo, senza presunzione di completezza, di ripercorrere le tappe più importanti ed incisive dell' evoluzione della materia esaminando le sentenze più importanti, quelle che hanno segnato momenti di svolta decisivi.

Il codice civile del 1865 attribuiva alla responsabilità medica natura contrattuale³⁶⁴; dagli anni trenta del novecento, invece, si affermò la tesi inversa per cui la responsabilità del medico deve essere ricondotta nell' ambito dell' illecito aquiliano. Tale teoria, sebbene con dubbi e perplessità, ha dominato nel nostro ordinamento fino agli ultimi anni del secolo scorso in cui ha trovato piena affermazione la teoria del c.d. "contatto sociale"; con questa la responsabilità dell' esercente la professione sanitaria è stata di nuovo ricondotta nell' ambito delle responsabilità contrattuali. Dal 1999 al 2012 la giurisprudenza si è mostrata così attiva sul tema da sollecitare ben due interventi da parte del legislatore. Con la c.d. legge Balduzzi (L. 189/2012) si è cercato di neutralizzare la regola del contatto sociale; il tentativo fallì ma aprì la strada per un intervento successivo e più incisivo nella materia: con la legge 8 marzo 2017, n. 24 il legislatore tornò definitivamente sulla regola della responsabilità aquiliana del medico, superando molti dei dubbi e delle perplessità che fino a quel momento non erano stati sopiti.

Le modifiche introdotte dalla legge Gelli-Bianco relativamente al titolo di responsabilità con cui rispondono rispettivamente l' esercente la professione sanitaria e la struttura sanitaria³⁶⁵ hanno necessariamente inciso anche su un altro tema di fondamentale importanza: il riparto degli oneri probatori.

Prima di addentrarci nella disciplina attuale è bene procedere con ordine ripercorrendo per tappe l' evoluzione giurisprudenziale e legislativa che ha interessato il tema al fine di comprendere le ragioni delle scelte del legislatore del 2017.

³⁶⁴ All' art. 1151 c.c. unitario, rubricato "Dei delitti e dei quasi-delitti", si legge che: "Qualunque fatto dell' uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno".

³⁶⁵ Di ciò abbiamo trattato nell' introduzione a questo lavoro.

La disciplina in vigore negli anni Settanta del secolo scorso prevedeva che l'esercente la professione sanitaria strutturato fosse vincolato da un'obbligazione di mezzi, con la conseguenza che doveva essere chiamato a rispondere solo ai sensi dell'art. 2043 c.c., cioè in virtù di una responsabilità extracontrattuale nei confronti del paziente il quale, di fatto, era legato da un rapporto contrattuale alla sola struttura sanitaria e non anche all'esercente in questa operante³⁶⁶. Ciò faceva sì che, in conformità alla disciplina degli artt. 2043 ss. c.c. e 2697 c.c., il paziente/attore aveva l'onere di provare il danno lamentato, la colpa imputata all'esercente la professione sanitaria e il nesso eziologico; l'onere risultava quindi per lo stesso molto gravoso. Non poneva, invece, dubbi la qualificazione della responsabilità del medico in termini contrattuali in tutti quei casi in cui vi fosse stata la stipulazione di un contratto direttamente tra esercente non strutturato e cliente³⁶⁷. Tuttavia, la riconduzione della responsabilità del medico esercente strutturato nell'alveo della responsabilità extracontrattuale faceva sorgere delle incertezze in relazione al fatto che dalla disciplina appena indicata si evince con evidenza come l'esercente strutturato, cioè dipendente della struttura sanitaria con cui il paziente ha stipulato il contratto, venga considerato come un terzo estraneo al paziente.

Negli anni Ottanta si registra un cambio di rotta nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità³⁶⁸; in queste si afferma che la prestazione professionale deve essere resa

³⁶⁶ La Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, afferma che il medico è tenuto al risarcimento del danno soltanto a titolo extracontrattuale.

³⁶⁷ V. Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1, col. 1980, Cass. 13 ottobre 1972, n. 3044. V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 258, nota 15, Si riteneva che l'onere probatorio dovesse essere ripartito tra creditore e debitore in base all'oggetto della domanda: se l'attore agiva per ottenere l'esecuzione della prestazione non era gravato dall'onere di provare l'inadempimento. Viceversa, in caso di richiesta di risarcimento del danno, di risoluzione del contratto, di corresponsione della penale o di azione diretta ad ottenere l'esatto adempimento di un'obbligazione positiva, l'onere della prova dell'inadempimento gravava necessariamente sull'attore/paziente. Nelle obbligazioni negative l'onere della prova dell'inadempimento ricadeva sempre sul creditore. La dottrina fondava tale tesi sulla base della posizione che la parte andava ad assumere rispetto all'effetto giuridico richiesto; ciò portava alla necessità di valutare i singoli casi al fine di capire se l'adempimento dovesse essere oggetto di prova o meno. L'adempimento può classificarsi fatto estintivo da provarsi ogni volta in cui venisse reclamato l'adempimento; la domanda dell'attore/paziente si basa sull'obbligazione ed è proprio la prova dell'esistenza di tale obbligazione che grava sull'attore.

³⁶⁸ V. Cass. Civ. Sez III, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Il foro italiano*, vol. 102, 1, pp. 3/4 - 9/10, in cui si afferma che: "quando l'intervento da cui è derivato il danno non è di difficile esecuzione la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione

dall' esercente la professione sanitaria, con la diligenza *ex art.* 1176, comma II, c.c. cioè con un grado di diligenza da “valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”. La responsabilità del medico era stata, fino a quel momento, costantemente ricondotta nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, tuttavia, la Corte con la sentenza n. 6141/1978 afferma che “ove il professionista non ponga nello svolgimento dell'attività professionale la diligenza media, nel senso ora precisato, la sua responsabilità verso il cliente, per i danni a questo causati, è disciplinata dai comuni principi della responsabilità contrattuale”³⁶⁹. La responsabilità che discende dall'attività dell' esercente viene, quindi, ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c., con un conseguenziale alleggerimento della posizione del paziente con riguardo al riparto dell'onere probatorio. Riprendendo la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato³⁷⁰ e sulla base dell'art. 2236 c.c., rubricato “responsabilità del prestatore d'opera”, la Corte indica il criterio per il riparto dell'onere probatorio: l'onere non è oggetto di una ripartizione rigida e preconstituita ma varia in base al criterio del grado di difficoltà tecnica richiesto dalla specifica prestazione sanitaria resa dall' esercente. Nel caso di interventi molto semplici ovvero

morbosa o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine alla inadeguata o negligente prestazione, spettando all' obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente, e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile”.

³⁶⁹ Ciò implica che l' esercente risponde per dolo, colpa grave e anche colpa lieve, specialmente in tutti i casi in cui l'intervento può essere definito routinario. La responsabilità è attenuata, quindi l' esercente non risponde per colpa lieve ma soltanto per dolo e colpa grave, in tutti i casi in cui la soluzione del caso implica l'impiego di conoscenze tecniche o attività particolarmente complesse. Nel primo caso, infatti, data la presenza di regole precise ormai acquisite dalla scienza e dalla esperienza medica che se seguite portano alla riuscita dell'intervento, l'insuccesso dello stesso non può che essere imputato ad una condotta imperita o negligente dell' esercente, il quale manca di conoscenze complete ed adeguate.

³⁷⁰ V. A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, §196, p. 372, all'interno delle obbligazioni di facere è possibile effettuale l'ulteriore distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato; le prime ricomprendono tutte quelle obbligazioni per cui il debitore si obbliga allo svolgimento di una determinata attività senza, tuttavia, garantire al creditore la realizzazione del risultato finale. Nell'ambito medico potremmo definire le obbligazioni di mezzi come quelle in cui l' esercente si obbliga a svolgere un'attività con la dovuta e necessaria diligenza, senza garantire la positiva realizzazione del risultato finale. Le obbligazioni di risultato sono, invece, tutte quelle in cui il debitore si obbliga ad operare per la realizzazione del risultato finale sperato dal creditore. La sentenza della Corte di cassazione S. U. 11 gennaio 2008, n. 577, tratta di tale distinzione in termini di inutilità; in ogni obbligazione è necessario che coesistano due elementi: la condotta del debitore e il risultato anche se in misura variabile rispetto al tipo di obbligazione che di volta in volta viene assunto.

interventi routinari connotati da un rischio minimo di insuccesso, l'oggetto della prestazione dell' esercente si ritiene debba essere il raggiungimento del risultato ragionevolmente atteso; l'insuccesso dell'intervento o l'aggravamento delle condizioni del paziente viene quindi ricondotto causalmente all'attività del medico, sulla base della presunzione³⁷¹ *iuris tantum* della "inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale"³⁷². Spetta al paziente fornire la prova che l'intervento e le prestazioni postoperatorie sono classificabili di facile esecuzione e che dall'intervento è derivato il peggioramento delle sue condizioni di salute. L' esercente d'altro canto ha l'onere di vincere la presunzione provando di aver adempiuto al suo obbligo diligentemente, l'evento imprevisto e imprevedibile anche con l'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176 c.c. che ha determinato il danno, ovvero la non prevedibilità o accertabilità di uno stato patologico del paziente che ha portato al fallimento dell'intervento per cause, quindi, non imputabili all' esercente stesso. La previsione di una presunzione semplice di inadempimento da parte del sanitario in caso di insuccesso dell'intervento routinario fa sì che sia possibile classificare l'obbligazione come di risultato³⁷³.

Sulla scia di quanto affermato fino ad ora si deve desumere che, quando l'intervento richiede l'applicazione di competenze tecniche specifiche e quindi può classificarsi come di difficile esecuzione, spetta al paziente fornire la prova dell'errore dell' esercente tramite la precisa ricostruzione delle diverse fasi in cui si è sviluppato l'intervento; in ciò è evidente la difficoltà che si impone al paziente il quale, non potendo avere le competenze necessarie per l'assolvimento di un così gravoso onere probatorio potrebbe trovarsi nella condizione di non poterlo soddisfare e quindi di non poter usufruire proficuamente della tutela giurisdizionale.

La prova della sussistenza del nesso eziologico tra condotta dell' esercente e danno patito, in caso di intervento di semplice esecuzione grava sul paziente. Tuttavia, a

³⁷¹ Presunzione basata sulla regola dell'*id quod plerumque accidit* e che determina inevitabilmente l'inversione dell'onere probatorio per cui sarà l' esercente a dover provare il fatto estintivo della pretesa attorea o l'evento imprevisto o imprevedibile, a lui non imputabile, che ha determinato l'insuccesso dell'intervento.

³⁷² L'esecuzione di un intervento routinario si inquadra tra le obbligazioni di risultato, al mancato raggiungimento del risultato viene collegata una presunzione semplice d'inadempimento della prestazione da parte del sanitario.

³⁷³ V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2.

questo non è richiesto di provare la concreta idoneità della condotta dell' esercente alla causazione del pregiudizio, imponendosi sul paziente soltanto l' onere di allegare la consequenzialità del danno all' attività del sanitario, ciò in quanto il meccanismo presuntivo analizzato consente di presumere non solo la colpa dell' esercente ma anche il nesso causale intercorrente tra condotta e danno³⁷⁴. Quindi, la presunzione di colpa operante a carico del sanitario implica anche il riconoscimento presuntivo della relazione causale tra attività del medico e danno; ciò si deduce anche dal fatto che si impone sul sanitario l' onere della prova che l' esito peggiorativo dell' intervento sia stato conseguenza di un fattore causale esterno, non imputabile al sanitario in quanto imprevisto ed imprevedibile. In assenza di tale prova l' evento dannoso va quindi ricondotto causalmente all' attività dell' esercente³⁷⁵.

La dottrina ha assunto un atteggiamento critico nei confronti di tale impostazione, la stessa ha, infatti, individuato nel regime di presunzioni giurisprudenziali descritto “un espediente retorico piuttosto maldestro³⁷⁶” che ha portato ad una oggettivazione della responsabilità dell' esercente trasformando l' originaria obbligazione di mezzi in un' obbligazione di risultato. Davanti ai meccanismi di inversione dell' onere della prova così attuati è necessario indagare le funzioni dell' istituto e gli scopi che con questo vogliono raggiungersi nella misura in cui determinano una modificazione nei criteri di ripartizione dell' onere probatorio³⁷⁷.

Le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza a creare il meccanismo di inversione dell' onere della prova possono essere rintracciate, da una parte, nella volontà di

³⁷⁴ Ci troviamo qui nell' ambito delle presunzioni giurisprudenziali; fu infatti proprio la giurisprudenza delle sentenze richiamate ad introdurre nel nostro ordinamento tali meccanismi presuntivi basati sulla regola, propria del *sistema di common law*, espressa dal brocardo latino “*res ipsa loquitur*” o dalla regola di matrice tedesca dell' *Anscheinsbeweis* ovvero prova *prima facie*. Nello stesso senso v. G. D' Amico, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 3.

³⁷⁵ V. G. D' Amico, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2018, p. 354.

³⁷⁶ V. A. Barbarisi, *L' onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *I contratti*, 2017, 2. Nello stesso senso v. G. D' Amico, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2018. V. C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 124; L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 518 ss.

³⁷⁷ V. P. Cendon, D. Ziviz, *L' inversione dell' onere della prova nel diritto civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 3, pp. 757-783.

alleggerire la posizione processuale del paziente e, dall'altra, nella regola in virtù della quale “i fatti parlano da soli” (*res ipsa loquitur*).

Si poneva, inoltre, particolare “attenzione per il motivo della verosimiglianza” per cui “è abbastanza probabile in effetti che, se un'operazione di appendicite ha determinato nel paziente l'insorgere di una setticemia, alla base vi sia stata qualche negligenza od imperizia del sanitario”³⁷⁸. Sebbene sia condivisibile il timore di un possibile eccesso di discrezionalità del giudice nel riparto degli oneri probatori in ragione dell'operare dei meccanismi di presunzione e dei criteri giurisprudenziali di riparto, questo deve essere gestito e contenuto nei dovuti limiti grazie alla considerazione delle ragioni poste a fondamento della regola probatoria esaminata. In particolare è bene sottolineare che quanto affermato dalle corti poggia su ragionamenti basati su regole scientifiche frutto di ricerca e progresso tecnico nel settore che consentono di approssimare allo zero il rischio iatrogeno e le percentuali di insuccesso riguardo a specifiche tipologie di intervento³⁷⁹. Quindi, gli interventi routinari possono essere individuati come tutti quegli interventi connotati da una stretta relazione tra l'osservanza delle regole dell'arte e la percentuale di successo dell'intervento con la conseguenza che il mancato miglioramento delle condizioni di salute del paziente sarà necessariamente imputabile ad un errore del sanitario, cioè ad un suo inadempimento. L'unica possibilità che l'esercente ha di fornire la prova contraria non risiede nella possibilità di fornire la prova di essere esente da colpa per aver rispettato tutte le regole dell'arte ma, dovrà fornire la prova della presenza di una causa esterna che ha determinato il fallimento dell'intervento, rendendo così impossibile il raggiungimento del normale risultato cui questo avrebbe dovuto condurre³⁸⁰.

Tutto ciò è stato oggetto di una delle più importanti pronunce sul tema della Corte di cassazione del 1999³⁸¹. Con la stessa si prospetta la teoria del c.d. “contatto sociale”

³⁷⁸ V. P. Cendon, D. Ziviz, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 3, pp. 757-783. V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 260.

³⁷⁹ V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 260.

³⁸⁰ V. G. D'Amico, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 3, p. 345.

³⁸¹ V. Cass. Civ. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589: “Riportata la responsabilità del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente nell'ambito della responsabilità contrattuale, trova applicazione diretta l'art. 2236 c.c., a norma del quale, qualora la

con cui si conferma la riconducibilità della responsabilità dell'esercente strutturato nell'alveo della responsabilità contrattuale con tutto ciò che ne consegue sul piano probatorio: il creditore della prestazione non eseguita non è chiamato a provare la colpa del debitore, dovrà però provvedere alla prova del nesso causale intercorrente tra condotta e danno cagionato.

prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave senza la necessità di effettuarne un'applicazione analogica, come pure era avvenuto da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente (Cass. 11 agosto 1990 n. 8218; Cass. 7 maggio 1988 n. 3389; Cass. 5 aprile 1984 n. 2222), mentre è dubbio che nella fattispecie ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'analogia, di cui all'art. 12 disp. prel. c.c. Va altresì rilevato che la limitazione di responsabilità professionale del medico-chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza. Infatti, anche nei casi di speciale difficoltà, tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso (Cass. 18 novembre 1997 n. 11440; C. Cost. 22 novembre 1973 n. 166). Pertanto il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica. In altri termini la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che trascendono la preparazione media (Cass. 11 aprile 1995 n. 4152), ovvero perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza, e non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (Cass. 12 agosto 1995 n. 8845) Quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, la giurisprudenza considera unitariamente, a tali fini, l'attività sanitaria come prestazione di mezzi, senza più farsi carico della natura della responsabilità del medico. Essa ritiene che incombe al professionista, che invoca il più ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 c.c., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre incombe al paziente danneggiato provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee (Cass. 4 febbraio 1998 n. 1127; Cass. 3 dicembre 1974 n. 3957). Invece incombe al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione ed in tal caso il professionista ha l'onere di provare, al fine di andare esente da responsabilità, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria (Cass. 30 maggio 1996 n. 5005; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440; Cass. 11 aprile 1995 n. 4152). Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilità del medico è sempre di natura aquiliana), inteso come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza". Essendo state ricondotte le responsabilità della struttura sanitaria e del medico nell'alveo della responsabilità contrattuale, non vi è alcuna differenza nella disciplina della rilevanza del grado della colpa o della ripartizione dell'onere probatorio, non si differenzia tra la posizione della struttura e dell'esercente con la conseguenza che sarà indifferente per il paziente agire nei confronti dell'uno o dell'altra.

3.1.3. *L'omogeneità del regime probatorio, la centralità delle S. U. 13533/2001.*

I criteri di riparto degli oneri probatori, frutto di un'evoluzione giurisprudenziale di circa trenta anni, si sono imposti nel nostro ordinamento fino a quando, con la celebre sentenza del 2001³⁸², la Corte di Cassazione ha reintrodotta un regime nuovo ed omogeneo per tutte le azioni che condividono il medesimo presupposto, alleggerendo contemporaneamente l'onere probatorio gravante sul creditore.

Fino a questo momento la giurisprudenza maggioritaria era stata concorde nell'affermare la regola per cui l'ampiezza dell'onere probatorio varia a seconda della specifica azione proposta; "ai fini della ripartizione di detto onere, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento"³⁸³.

La tesi trova il suo fondamento giuridico nell'art. 1453 c.c. e nella previsione in questo di diverse azioni caratterizzate ognuna da un diverso oggetto. Un orientamento minoritario³⁸⁴, cui la Corte in ultimo aderisce, riteneva invece necessario prospettare un regime probatorio unitario ed omogeneo per tutte le azioni *ex art. 1453 c.c.*: a) azione di adempimento; b) azione di risoluzione; c) azione di risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma. Il comune denominatore delle tre azioni è rappresentato dal titolo e dal vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente e ciò fa sì che il paziente sia tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo e quindi le obbligazioni che ad esso sono connesse; al debitore

³⁸² V. Cass. S. U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Il Foro Italiano*, Vol. 125, 2002, 3, pp. 769/770-779/780.

³⁸³ Riportiamo un estratto della sentenza della Cassazione S. U., 13533 del 30 ottobre 2001, nella quale si dà atto degli orientamenti previgenti.

³⁸⁴ V. Cass. 3911/1968, Cass. 3678/1971, Cass. 1530/1988.

spetta, invece, la prova dell'avvenuto adempimento, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2697 c.c.

Tale ripartizione degli onere probatori rimane invariata per tutte le azioni proponibili ex art. 1453 c.c. Il fondamento di questa teoria si riscontra nell'art. 2697 c.c. e nel principio di presunzione di persistenza del diritto, principio che, come è stato sottolineato dalla giurisprudenza, trova applicazione tanto nelle azioni di adempimento quanto in quelle di risoluzione e di risarcimento dei danni³⁸⁵. È, invece conforme ai principi di riferibilità o di vicinanza alla prova la previsione per cui spetta al debitore fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento cioè del fatto estintivo dell'obbligazione e allo stesso tempo sollevare il creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento; il creditore, infatti, incorrerebbe in gravi difficoltà se fosse tenuto a dimostrare di non aver ricevuto la prestazione cioè a dimostrare un fatto che non ricade nella sua sfera di azione³⁸⁶. Il riparto quindi è stato effettuato non solo tenendo conto di ciò ma rispettando anche il disposto dell'art. 2697 c.c.³⁸⁷ in quanto si pone comunque a carico del debitore, non la prova del fatto costitutivo del diritto azionato, ma la prova del fatto estintivo dello stesso.

In definitiva la Corte riassume le regole di riparto dell'onere probatorio affermando che: *i)* grava sul creditore/paziente la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, potendo, inoltre, allegare³⁸⁸ l'inadempimento del debitore; *ii)* grava sul debitore/esercente provare l'adempimento o il termine per l'adempimento della sua obbligazione non è giunto a scadenza.

³⁸⁵ V. Cass. Civ. Sez III, 7 febbraio 1996, n. 973; Cass. 3232/1998; V. Cass. Civ. Sez I, 15 ottobre 1999, n. 11629. L'estensione della disciplina a tutte e tre le azioni si giustifica in base all'applicazione del principio della ragionevolezza; sarebbe irrazionale applicare regimi probatori diversi per fornire la prova dell'esistenza del medesimo vincolo contrattuale.

³⁸⁶ Cass. S. U., 30 ottobre 2001, n. 13533. V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 260.

³⁸⁷ Inoltre possiamo sottolineare come il legislatore nel formulare l'art. 2697 c.c. abbia voluto delineare una disciplina generale e non specifica per determinate domanda.

³⁸⁸ L'onere di allegazione trova il suo fondamento normativo nel combinato disposto degli artt. 163, comma III, n. 4 e 164, comma IV, c.p.c. in cui si prevede che l'attore è tenuto ad allegare i fatti costitutivi del diritto azionato prevedendo, nel caso contrario, la nullità dell'atto di citazione. Tuttavia v. R. Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 1957, p. 420, constatando l'assenza di una sanzione irreversibile ritiene possibile sanare la nullità, con la conseguenza che l'attività di allegazione non potrebbe essere classificata come onere.

Il regime probatorio delineato trova applicazione per tutte le azioni proponibili *ex art.* 1453 c.c. e per le eccezioni di inadempimento *ex art.* 1460 c.c.; ciò vale anche nel caso in cui si faccia valere l'inesatto adempimento? La Corte sul punto dà atto del fatto che anche coloro che sostengono che il creditore debba essere esentato dalla prova dell'inadempimento ritengono tale regola non applicabile nel caso dell'inesatto adempimento, sostenendo, infatti, l'insufficienza dell'allegazione dell'inesatto adempimento. In tale ottica il creditore deve fornire la prova dell'inesatto adempimento in quanto proponendo questa tipologia di azione il creditore ammette l'avvenuto adempimento, lamentando però vizi e difformità della prestazione ricevuta rispetto a quella cui aveva diritto³⁸⁹.

La Corte nella sentenza in esame³⁹⁰, manifestamente dissente dalla tesi appena esposta; ritenendo altresì sufficiente che il creditore allegghi l'inesatto adempimento senza

³⁸⁹ In tal senso v. Cass. Civ. Sez I, 15 ottobre 1999, n. 11629.

³⁹⁰ Ulteriore conferma della correttezza di tali affermazioni la possiamo rintracciare nella pronuncia della Cass. Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 1836, in cui la Corte afferma che: “Sennonché ritiene questa Corte che anche in questo caso (come nel caso di domanda di risoluzione del contratto) la prova dell'inadempimento non grava sull'attore, ma è onere del convenuto provare il proprio adempimento. Costituisce *vexata quaestio* se sia il creditore agente, che lamenta la violazione del suo diritto, ad essere gravato dall'onere di dimostrare il mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione, quale fondamento dell'azione di esatto adempimento, o di risoluzione o di risarcimento del danno, ovvero se incomba sul debitore resistente, che eccepisca l'estinzione dell'obbligazione per adempimento, la prova dell'avvenuto compimento dell'attività solutoria. Segnatamente in tema di azione di risoluzione, secondo un orientamento giurisprudenziale (prevalente) e dottrinale (minoritario), nel proporre la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, l'attore non può sottrarsi all'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento altrui, quale supporto essenziale della sua azione, mentre, secondo altro orientamento, una volta offerta dall'attore la prova del contratto, incomberà sul convenuto la prova liberatoria. Il contrasto giurisprudenziale è stato risolto recentemente dalla “S.U. (30.10.2001, n. 13533), che hanno statuito «che il creditore, sia che agisca per l'adempimento che per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, sia esso totale, che parziale, dovendo invece il debitore fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'esatto adempimento». Ritiene questa Corte di dover aderire a questo secondo orientamento, per cui tanto in caso di domanda di esatto adempimento che in caso di domanda di risoluzione del contratto per inadempimento o in caso di autonoma domanda di risarcimento dei danni per inadempimento è sufficiente che l'attore allegghi detto inadempimento, competendo al convenuto provare che l'inadempimento non sussiste, avendo egli adempiuto all'obbligazione. A favore di questa soluzione del riparto dell'onere della prova, in tema di domanda di risoluzione per inadempimento nelle obbligazioni positive, militano: i) il criterio di ragionevolezza, sotteso all'attività ermeneutica delle norme, alla cui luce appare irrazionale che di fronte ad un'identica situazione probatoria della ragione del credito dell'esistenza dell'obbligazione contrattuale e del diritto ad ottenere l'adempimento vi sia una diversa disciplina dell'onere probatorio, solo perché il creditore sceglie di chiedere il

essere tenuto a fornirne la prova. Non si ritiene ragionevole applicare due regimi probatori differenziati a seconda che si faccia valere l'inesatto o il totale inadempimento in relazione al fatto che in entrambe i casi il creditore fa valere la difformità della condotta del debitore al programma negoziale.

risarcimento in denaro del danno determinato dall'inadempimento, in luogo dell'adempimento, se ancora possibile, o del risarcimento in forma specifica (pretesa quest'ultima diretta a realizzare gli stessi effetti dell'adempimento); *ii*) il criterio di riferibilità della prova, a seconda, in concreto della possibilità per l'uno o l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadano nelle rispettive sfere di azione (criterio, sviluppato dalla dottrina tedesca, al quale del resto si ispira l'art. 2697 c.c., distinguendo tra fatti costitutivi, modificativi od estintivi), cosicché è conforme a norma che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto per la cui tutela agisce il creditore, (sia che agisca in via diretta che per il risarcimento), spetti al debitore, convenuto in giudizio, che dovrà in sostanza dare la prova diretta e positiva di un fatto riferibile alla sua sfera di azione; *iii*) la distinzione tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità da fatto illecito, che comporta oneri probatori del tutto diversi, in ordine all'individuazione di quelli che sono i fatti costitutivi della pretesa, nell'un caso il contratto o la fonte negoziale o legale e nell'altro il comportamento lesivo, cosicché nel primo caso è il debitore tenuto a provare il suo adempimento di un'obbligazione specifica, in genere di natura negoziale, mentre nel secondo è il creditore che dovrà provare nella sua interezza il fatto colposo o doloso nei suoi elementi materiali e soggettivi, compiuto dal danneggiante in violazione dell'art. 2043 c.c. In relazione al primo punto (parità della domanda di adempimento e di quella di risoluzione e/o di risarcimento nell'art. 1453 c.c.) si deve aggiungere un'ulteriore considerazione. Secondo gran parte della dottrina (e questo orientamento merita di essere condiviso) il diritto alla risoluzione del contratto, come l'obbligo del risarcimento in caso di domanda autonoma e non accessoria, conseguente all'inadempimento, attua una responsabilità del debitore coeva al sorgere del rapporto obbligatorio. Il risarcimento del danno o la risoluzione per inadempimento, così come l'adempimento, sono intrinseci al rapporto obbligatorio, inteso come struttura complessa, costituito da un insieme funzionalmente unitario di effetti giuridici, i quali possono mutare senza che il rapporto perda la sua identità. Ne consegue che, nelle obbligazioni positive, con il contratto sorge sia il diritto alla prestazione sia contemporaneamente il diritto alla risoluzione ed al risarcimento del danno, tant'è che la domanda di risoluzione e quella di adempimento possono essere proposte anche nel medesimo giudizio, la seconda subordinatamente alla prima (Cass. 19 luglio 1983, n. 4980). Il disposto di cui alla seconda parte del secondo comma dell'art. 1453 c.c., secondo cui non può domandarsi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione, costituisce una preclusione di tipo esclusivamente processuale; infatti, come rilevato dalla dottrina, se la risoluzione è stata richiesta solo in via stragiudiziale, può sempre essere richiesto l'adempimento. Se così è, non è l'inadempimento che si pone come fatto costitutivo della domanda di risoluzione, ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti con il contratto in favore del creditore coevamente (diritto all'adempimento o alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno). Dovrà essere, quindi, il debitore a provare di aver adempiuto, salvo che non opponga un'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*", nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta. Un ulteriore riscontro del fatto che il legislatore sia partito dal presupposto dell'incidenza sul soggetto passivo dell'onere di dimostrare l'adempimento, pare potersi ricavare dall'art. 1199 c.c., che attribuisce al debitore il diritto ad ottenere la quietanza. Questa è un vero e proprio diritto soggettivo cui è sotteso l'interesse del debitore di aver una prova, proveniente dallo stesso creditore, del proprio adempimento”.

La giurisprudenza del 2004 ha declinato tali regole nell'ambito della responsabilità medica lasciandole invariate³⁹¹.

Il paziente quindi non è chiamato a fornire la prova né della colpa del medico e/o della struttura, né del relativo grado di gravità. La Corte, nell'uniformare le regole del riparto dell'onere probatorio, elimina la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato; giunge, inoltre, alla conclusione per cui non è possibile rintracciare nella distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici un criterio di riparto dell'onere probatorio, la distinzione, infatti, è funzionale solo per l'individuazione del grado di diligenza e, quindi, del grado di colpa riferibile al danneggiato.

Seguendo tale impostazione i giudici di legittimità chiariscono che l'art. 2236 c.c. non regola il riparto dell'onere della prova (il creditore non è mai chiamato alla prova) ma si limita soltanto ad una valutazione, caso per caso, della colpa del professionista³⁹².

Pochi anni più tardi, nel 2007, la Cassazione³⁹³ tornando sul punto, riconferma solo in parte quanto affermato precedentemente; se, infatti, da un lato mantiene ferma la previsione per cui spetta all'attore fornire la prova del contatto sociale, dall'altro non richiede l'allegazione dell'aggravamento patologico. Solo l'esercente specializzato conosce le regole dell'arte e la concreta situazione in cui è dovuto intervenire, spetterà quindi a lui soltanto l'onere di provare l'osservanza delle regole dell'arte e le ragioni dell'impiego di discrezionalità e del conseguente discostamento dai protocolli. La regola del riparto dell'onere probatorio non può più, quindi, dipendere dalla

³⁹¹ V. Cass. n. 10279 del 2004, Cass. Civ. Sez. III, 9 febbraio- 21 giugno 2004, n. 11488 "Sul primo punto deve osservarsi che la "gravità" della colpa, cui l'articolo 2236 c.c. subordina la responsabilità del professionista se la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, in definitiva consiste nel grado di discostamento della condotta dell'agente da quella che avrebbe dovuto e potuto tenere. Ora, è ben vero che la ricorrenza della stessa costituisce un presupposto dell'affermazione della responsabilità ma, dando luogo la relazione che si instaura tra medico (nonché tra la struttura sanitaria) e paziente ad un rapporto di tipo contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'articolo 1218 c.c. compete non già al paziente allegarne e provarne la sussistenza, ma al medico (ed alla struttura sanitaria) dimostrarne la mancanza. Il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità della colpa; il cui difetto (nel caso "ordinario" di cui all'articolo 1176 c.c.) ovvero anche solo la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'articolo 2236 c.c.) deve essere invece allegata e provata dall'obbligato alla prestazione che si assume inesattamente effettuata. e dunque dal medico".

³⁹² V. Cass. Civ. Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488.

³⁹³ V. Cass. Civ. Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.

distinzione tra interventi “facili” o “difficili” e l’art. 2236 c.c. non può che essere letto come criterio per la valutazione della diligenza dell’ esercente.

Nella stessa sentenza la Corte, richiamando la pronuncia della Cass. S. U. 9 marzo 1965, n. 365, nella quale si nega la possibilità per l’ esercente di affermare la propria irresponsabilità sfruttando la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, prevede che l’ inadempimento dell’ obbligazione a carico del professionista non può essere desunto, *ipso facto*, dal mancato raggiungimento del risultato utile rispetto a quello specifico paziente, ma deve essere valutato con riferimento alla diligenza e alla perizia della struttura e dell’ esercente, diligenza che deve risultare adeguata rispetto alla natura dell’ attività esercitata e alle concrete circostanze³⁹⁴. Quindi, se la prestazione non realizza il suo esito normale, cioè un risultato diverso da quello che è possibile prevedere in base alla legge di regolarità causale fondata sull’ esperienza, il professionista dovrà provare che il danno è conseguenza di un evento imprevedibile e non superabile con la normale diligenza; nell’ impossibilità di fornire tale prova troveranno applicazione gli artt. 1218 e 2697 c.c. per cui l’ esercente sarà destinato alla soccombenza in giudizio.

Il miglioramento delle condizioni di salute³⁹⁵ è l’ esito fisiologico cui deve giungere la prestazione sanitaria eseguita con il rispetto dei criteri di diligenza professionale sopra indicati, ciò costituisce l’ oggetto della prestazione cui l’ esercente è tenuto, con il riflesso che il paziente può legittimamente attendersi quel miglioramento come esito normale della prestazione. Il mancato miglioramento delle condizioni di salute connota la prestazione e, quindi, l’ intervento sul paziente in termini di inutilità e ciò implica, *in re ipsa*, l’ inadempimento.

Si determina così una presunzione per cui l’ onere della prova grava sul debitore. La presunzione a sua volta trova fondamento nel principio di vicinanza alla prova o di riferibilità³⁹⁶; l’ esercente è, infatti, il soggetto maggiormente in grado di fornire la

³⁹⁴ V. Cass Civ. Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918.

³⁹⁵ V. Cass. Civ. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, laddove sia possibile classificare la responsabilità dell’ esercente in termini di responsabilità extracontrattuale, i casi di responsabilità dovranno essere limitati soltanto alle ipotesi in cui dalla prestazione del medico sorgano delle nuove patologie o si riscontri l’ aggravamento di quelle già esistenti; l’ esercente, diversamente da quanto affermato nel caso che stiamo trattando non potrebbe essere chiamato a rispondere nel caso di mancato miglioramento.

³⁹⁶ V. Cass. 23918/2006, Cass. 11488/2004, Cass. S.U. 7027/2001, Cass. S.U. 13533/2001.

prova in quanto, anche se la prestazione richiede l'applicazione di complesse regole tecniche, questo avrà delle conoscenze specifiche e specialistiche che gli permetteranno di adempiere a tale onere. Viceversa il paziente, *quivis de populo*, non ha nel suo bagaglio culturale conoscenze che sono estranee alla comune esperienza ed è proprio per questo motivo che non si può, né si deve addossare su questo l'onere di provare o allegare l'inadempimento del professionista, dovendosi limitare a fornire la prova del titolo del suo diritto e delle difformità tra la prestazione ricevuta e quella che avrebbe dovuto ricevere in base ai criteri di diligenza indicati.

Un netto cambio di rotta si ha l'anno successivo quando le Sezioni Unite nell'esame del meccanismo presuntivo relativo alla prova del nesso eziologico, reintroducono la previsione per cui spetta all'attore l'onere di allegare l'inadempimento dell' esercente, ma non un inadempimento qualsiasi bensì un inadempimento qualificato. Condividendo quanto già affermato in materia di "contatto sociale", la Corte tratta delle ricadute che l'individuazione della natura della responsabilità ha sul riparto degli oneri probatori. Il paziente/creditore della prestazione sanitaria deve dimostrare l'esistenza del rapporto contrattuale, il danno e nesso eziologico tra danno e condotta del sanitario dovendo allegare l'inadempimento dell' esercente strutturato o della struttura sanitaria³⁹⁷. Viene, tuttavia, stemperata la portata dell'onere di allegazione escludendo che il paziente debba indicare in modo specifico i profili tecnici di responsabilità del convenuto in quanto, come abbiamo già sopra specificato, gli stessi sono conoscibili e conosciuti solo dagli esperti del settore. Spetterà, quindi, al debitore struttura o esercente strutturato fornire la prova dell' adempimento, del fatto a lui non imputabile da cui è dipeso l'inadempimento o del fatto che, pur essendovi stato un inadempimento, il danno non è da questo derivato.

Riassumendo il riparto dell'onere probatorio così come concepito dalla giurisprudenza in esame possiamo dire che: grava sul paziente/attore l'onere di provare, *a*) il titolo del suo diritto; *b*) il danno sofferto; *c*) allegare l'inadempimento dell' obbligato e la sua imperizia o negligenza; *d*) il nesso eziologico. La struttura sanitaria o l' esercente

³⁹⁷ V. Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, nello stesso senso v. F. Agnino, *La responsabilità medica: lo stato dell' arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità medica*, in *Corriere Giuridico*, 2011, p. 632, l'Autore si sofferma sulla previsione di un onere di allegazione così generico da poter ledere il diritto di difesa della controparte.

strutturato devono fornire la prova del fatto che: *i)* non vi è stato inadempimento; *ii)* il peggioramento delle condizioni del paziente è dovuto a cause a loro non imputabili; *iii)* se anche vi è stato inadempimento non sussiste alcun nesso di causa tra la condotta e il danno patito³⁹⁸.

Il riparto degli oneri probatori, così come lo abbiamo descritto, non varia nemmeno per il caso di intervento di particolare difficoltà³⁹⁹ in quanto, come abbiamo già affermato l'art. 2236 c.c. opera solo come criterio di valutazione del grado di diligenza della condotta del medico o della struttura sanitaria e non come criterio per un diverso riparto dell'onere della prova.

Con riferimento al tema del nesso causale abbiamo già accennato come la Cassazione del 2008 nel reintrodurre, a carico del paziente, l'obbligo di allegazione dell'inadempimento, aggiunge a questo il requisito della qualificazione. Ciò fa sì che non sia sufficiente allegare un qualsiasi inadempimento ma è necessario che oggetto dell'allegazione sia "una condotta colposa idonea a generare un danno del tipo di quello realmente verificatosi"⁴⁰⁰, proprio su questa attitudine si legittima l'esonero del danneggiato dall'onere di provare il nesso eziologico tra condotta dell'esercente e danno patito⁴⁰¹.

3.1.4. *L'accertamento del nesso causale e prossimità della prova.*

³⁹⁸ La Corte condivide le soluzioni adottate nel 2001 di cui abbiamo sopra ampiamente trattato. V. V. Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 5, p. 1260, sottolinea come dal 2001 non viene in rilievo la posizione processuale delle parti, con riferimento al tema dell'onere probatorio; ciò che rileva è il rapporto sostanziale, per cui l'onere grava sulla parte che può, più facilmente, accedere alla prova.

³⁹⁹ V. Cass. 8 ottobre 2008, n. 25791.

⁴⁰⁰ V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 262.

⁴⁰¹ Di contrario avviso v. I. Sarica, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in *La responsabilità nei servizi sanitari: responsabilità civile, responsabilità penale, diritto processuale, amministrativo e del lavoro, profili medico-legali e comparatistici, analisi economica*, a cura di M. Franzoni, Bologna, 2011, p. 117, l'Autore mette in luce l'errore fatto dalla giurisprudenza in questione in quanto se anche talvolta si presume la colpevolezza del danneggiante, nel nostro ordinamento non operano meccanismi presuntivi relativamente al nesso di causalità, presunzione che l'Autore ritiene sia stata introdotta in modo illegittimo dal giudice in via interpretativa.

In seguito alla sentenza del 2008 la giurisprudenza aveva continuato ad esprimere in modo non univoco sul tema del riparto dell'onere della prova, con specifica attenzione al criterio di riparto della prova del nesso causale. In particolare si sono formate due tesi, l'una che ritiene l'onere della prova del nesso a carico del danneggiato⁴⁰², l'altra secondo la quale, invece, l'onere viene fatto gravare sull'obbligato⁴⁰³.

Il contrasto è stato oggetto di indagine nella c.d. sentenza Scoditti⁴⁰⁴, dal nome del magistrato relatore, in cui al termine di una complessa argomentazione si giunge alla conclusione per cui in realtà non vi è contrasto tra le due tesi. Per comprendere pienamente la conclusione cui giunge la Corte è bene dare atto del fatto che la sentenza viene alla luce in un quadro normativo profondamente mutato rispetto al passato; nei pochi anni precedenti alla sentenza l'ambito sanitario è stato oggetto di due riforme: la legge Balduzzi (L. 198/2012) e la successiva legge di riforma Gelli-Bianco (L. 24/2017). Con la prima si dà avvio al percorso che porterà, con la seconda riforma all'introduzione nel nostro ordinamento della regola del "doppio binario". Il doppio binario si fonda sull'art. 7 L. 24/2017 nella parte in cui dispone che struttura sanitaria e esercente la professione sanitaria debbano essere chiamati a rispondere il primo ai sensi dell'art. 1218 c.c. cioè a titolo di responsabilità contrattuale, il secondo *ex art.* 2043 c.c. cioè in base alla disciplina dell'illecito aquiliano.

È proprio il diverso quadro di riferimento che probabilmente ha spinto la giurisprudenza a voler inaugurare un nuovo orientamento in materia di *onus probandi* dell'elemento del nesso di causalità.⁴⁰⁵ Le argomentazioni della Corte si fondano su

⁴⁰² V. Cass. 17 gennaio 2008, n. 867 e Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, Cass. 20 ottobre 2015, n. 21177, si afferma che il nesso eziologico appartiene agli elementi costitutivi del diritto azionato perciò l'onere della relativa prova dovrebbe gravare sull'attore/paziente.

⁴⁰³ V. Cass. 21 luglio 2011, n. 15993 e Cass. 11 novembre 2011, n. 23564, Cass. 30 settembre 2014, n. 20547, sulla scia di quanto affermato nel 2008 si faceva ricadere sul danneggiato solo l'onere di provare l'esistenza del titolo negoziale o legale del proprio diritto, il danno e ad allegare l'inadempimento dell'esercente; quest'ultimo doveva invece fornire la prova contraria volta a vincere la presunzione operante nei suoi confronti.

⁴⁰⁴ V. Cass. Civ. Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392.

⁴⁰⁵ Volendo ripercorrere velocemente il tema del riparto dell'onere probatorio relativamente al nesso di causalità possiamo procedere per tappe: *i*) negli anni Settanta la prova del nesso gravava sul paziente danneggiato; *ii*) negli anni Ottanta non vi era un unico criterio di riparto dipendendo questo dalla distinzione tra interventi routinari o di difficile esecuzione (art. 2236 c.c.); *iii*) nelle sentenze del 2001 e del 2008 si solleva il debitore dall'onere di provare il nesso eziologico, questo deve limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore e non anche a fornirne la prova. Visto che la prova del nesso causale è irrimediabilmente connesso alla prova della prestazione sanitaria si pone a carico del debitore fornire la prova atta al superamento

due temi fondamentali: a) la distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica; b) la causalità relativa all'impossibilità di adempiere *ex art. 1256 c.c.* La negazione del contrasto tra le due tesi sopra indicate si basa proprio su questi due elementi; coloro che sostengono che l'onere della prova del nesso causale grava sul debitore, infatti, non considerano il fatto che così il debitore non è chiamato alla prova del nesso eziologico relativo alla fattispecie costitutiva, su questo incombe l'onere di provare il nesso relativo alla impossibilità sopravvenuta di adempiere alla prestazione, quindi proprio del fatto estintivo della pretesa attorea.

È proprio in questa argomentazione che troviamo il fulcro dell'orientamento inaugurato dalla sentenza Scoditti: il c.d. duplice ciclo causale⁴⁰⁶.

Cosa si intende per duplice ciclo causale? Con tale espressione facciamo riferimento all'esigenza di provare non uno ma due nessi causali: il primo attiene all'evento dannoso che, in quanto fatto costitutivo della fattispecie, deve essere provato dal creditore il quale deve dimostrare il nesso eziologico intercorrente tra condotta attiva o omissiva dei medici e il danno patito. Il secondo, invece, entra in gioco quando il primo onere è stato soddisfatto ed attiene all'impossibilità di adempiere che deve essere provata dal debitore in quanto fatto estintivo della fattispecie. Nei fatti la struttura sanitaria o l'esercente la professione dovranno provare l'evento imprevisto e imprevedibile che ha reso impossibile l'esecuzione della prestazione.

La Corte tiene a sottolineare la sua aderenza alle celebri sentenze del 2001 e del 2008;⁴⁰⁷ proprio per questo motivo si specifica come la soluzione cui perviene non potrebbe essere differente neanche se si applicasse il principio della vicinanza alla prova che nella prima era stato definitivamente consacrato. Il principio non può essere utilizzato nell'ottica di *favor* verso il paziente in quanto creditore e debitore sono, rispetto al nesso causale, entrambi equidistanti e ciò non legittima l'operatività

della presunzione su cui già ci siamo soffermati. V. R. F. Iannone, *La nuova responsabilità sanitaria: rilievi critici alla luce dei primi pronunciati delle Corti*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, pp. 287 ss.

⁴⁰⁶ V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 263.

⁴⁰⁷ V. R. F. Iannone, *La nuova responsabilità sanitaria: rilievi critici alla luce dei primi pronunciati delle Corti*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 288, ha messo in luce come il contrasto con la pronuncia del 2001 sia in realtà inevitabile.

dell'inversione dell'onere della prova, ma richiama la pedissequa applicazione dell'art. 2697c.c.

Diversamente, per la prova dell'avvenuto adempimento, è evidente la maggiore vicinanza alla prova del debitore e tale circostanza giustifica e legittima l'applicazione dei meccanismi su cui ci siamo in precedenza soffermati.

Con la sentenza Scoditti si segna il ritorno all'orientamento affermato con la sentenza della Cassazione n. 6141/1978, orientamento per cui si pone a carico del debitore il rischio della causa ignota.

La falla riscontrata nella sentenza Scoditti e nel sistema del duplice ciclo causale in essa elaborato, sta nel fatto che l'onere della prova si attualizza in capo al debitore solo quando è stato adempiuto l'onere probatorio da parte del creditore, cioè quando questo ha fornito la prova dell'inadempimento e la sua efficacia causale alla determinazione del danno. Di conseguenza si crea una vasta area di irresponsabilità perché il debitore sarà tenuto ad adempiere al proprio onere probatorio in casi molto circoscritti⁴⁰⁸.

L'irriducibile contrasto che si ravvisa tra la pronuncia del 2017 e quella del 2001 sta nel fatto che in quest'ultima si era affermato il criterio unico di riparto dell'onere in cui si chiedeva al creditore non la prova ma l'allegazione dell'inadempimento. La regola appena enunciata nega necessariamente quanto previsto nella trattazione del primo ciclo causale: se per provare concretamente il nesso causale è necessario aver previamente fornito la prova dell'inadempimento, come è possibile chiedere al creditore di provare il nesso causale quando su di lui grava il solo onere di allegare l'inadempimento del debitore?⁴⁰⁹ L'onere di allegare il nesso causale posto a carico del creditore di pone inevitabilmente in contrasto il dovere di allegazione che era stato previsto nel 2001, riconfermato fino alla pronuncia del 2008 anche se con l'aggiunta del requisito della qualificazione. Quindi o si prevede l'onere della prova tanto per l'inadempimento quanto per il nesso o si prevede per entrambi un semplice onere di allegazione; questa seconda soluzione è quella che in realtà aveva trovato conferma nella sentenza della Cassazione n. 577/2008⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ V. G. D'Amico, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 3, p. 345.

⁴⁰⁹ V. D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 6, pp.705 ss.

⁴¹⁰ V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 265, nello stesso senso, v. R. F. Iannone, *La nuova responsabilità*

Di tale inconciliabilità ha trattato la terza sezione della Corte di cassazione in una sua recentissima pronuncia⁴¹¹; anche qui si ribadisce la non contrarietà dell'orientamento inaugurato nel 2017 con il precedente del 2008 e si spiega come in questa la prova dell'adempimento conteneva in sé anche la prova del nesso, con la conseguenza che non poteva non gravare sul debitore l'onere di fornire la prova volta a vincere le presunzioni.

La Cassazione del 2018 prendendo atto della situazione che si era comunque verificata riscrive la regola di riparto affermando che: l'attore è tenuto a fornire la prova del nesso causalità materiale tra l'atto del sanitario e l'evento dannoso, è invece esentato da tale onere quando una prestazione porta con sé la presunzione di causalità in assenza di altri fattori più probabili⁴¹². Si ripropone in sostanza il meccanismo espresso nel brocardo *res ipsa loquitur*, si fa un passo indietro gettando di nuovo le basi per la reintroduzione della distinzione tra interventi difficili o interventi routinari. L'omogeneizzazione del criterio di riparto dell'onere probatorio, obiettivo primario delle pronunce a cavallo del millennio, si è manifestata inidonea alla soddisfazione delle esigenze proprie della responsabilità medica; sembra preferibile, al contrario, individuare dei criteri in grado di adattarsi sempre al caso concreto. Da più parti⁴¹³ si auspica il ritorno alla distinzione richiamata in quanto è la sola idonea a dimostrare che la prestazione sanitaria non è suscettibile di una valutazione *ex ante*, il suo inquadramento nell'una o nell'altra categoria dipende dal suo contenuto concreto, verificabile caso per caso. A seconda dei casi, infatti, la prestazione potrebbe essere sussunta tra le obbligazioni di mezzi o in quelle di risultato, con la conseguenza che sarebbe così possibile effettuare la distribuzione degli oneri probatori caso per caso applicando il meccanismo di presunzione operante per le prestazioni routinarie.

sanitaria: rilievi critici alla luce dei primi pronunciati delle Corti, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 289.

⁴¹¹ V. Cass. Civ. Sez. III, 13 ottobre 2017, n. 24073.

⁴¹² V. D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 6, pp.705 ss. V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2.

⁴¹³ V. G. D'Amico, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 3, p. 356, nello stesso senso E. Scoditti, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in www.foro.it, 2018, V, 265.

Resta un ultimo aspetto da esaminare in materia di riparto dell'onere probatorio in tema di nesso di causa; è possibile dare al principio di vicinanza alla prova qualche rilevanza? La risposta data dalla dottrina maggioritaria⁴¹⁴ è di senso negativo: il principio di vicinanza alla prova non può essere applicato a favore del creditore né con riguardo alla prova del nesso causale materiale né per quella del nesso causale giuridico. Paziente e struttura sono ugualmente distanti dalla prova del nesso causale; anzi si potrebbe forse affermare una maggiore vicinanza del paziente rispetto al sanitario ma la differenza è così irrilevante da non richiedere la necessità di bilanciare tale asimmetria tra le parti; non vi è alcun motivo, quindi, per derogare l'art. 2697 c.c. che troverà piena applicazione⁴¹⁵.

3.1.5. *La disciplina dell'onere della prova nella L. 24/2017.*

In ultimo ci sembra opportuno richiamare le disposizioni relative al tema dell'onere della prova presenti nella L. 24/2017 riguardanti l'onere della prova che sono gli articoli 16, 9, comma 7, 4, comma 2 e l'art. 12, comma 4.

L'art. 16 L. 24/2017 si occupa di sostituire quanto previsto dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 539, lett. a), prevedendo che “i verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari”⁴¹⁶.

L'art. 9, comma 7, in materia di azione di rivalsa e responsabilità amministrativa prevede che “il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o

⁴¹⁴ V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 267.

⁴¹⁵ V. M. Magliulo, R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, p. 268, si potrebbe al massimo configurare tale criterio interpretativo come sussidiario; un criterio volto a riequilibrare le situazioni che nel concreto presentano delle asimmetrie o impossibilità per una delle parti di acquisire la prova.

⁴¹⁶ V. C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5, p. 770, l'Autore ritiene che la disciplina in esame porta ad escludere sempre l'ispezione e l'esibizione ex artt. 118 e 210 c.p.c. mentre non incide sul diritto di accesso della parte interessata che potrà richiedere l'accesso ai verbali e agli atti di *risk management* in via stragiudiziale, senza però potersene avvalere in giudizio.

sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione se l'esercente la professione sanitaria ne è stato parte”.

L'art. 4, comma 2, disciplina l'obbligo per la direzione sanitaria della struttura pubblica o privata di fornire la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente, in sette giorni dalla presentazione della richiesta da parte dell'interessato avente diritto; le integrazioni dovranno invece essere fornite nel termine massimo di trenta giorni dalla presentazione della suddetta richiesta⁴¹⁷. Inoltre al comma 3 lo stesso articolo prevede che le strutture sanitarie debbano pubblicare sul proprio sito internet i dati relativi ai risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio e che sono stati oggetto di verifica durante l'esercizio della funzione di *risk management*.

In ultimo l'art. 12, comma 4, prevede la possibilità per l'esercente la professione sanitaria, il danneggiato e l'impresa di assicurazione di accedere alla documentazione della struttura relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro.

Una delle novità più importanti da ricordare è sicuramente quella che prevede l'esclusione delle dell'ammissibilità in giudizio dei documenti elaborati a conclusione dell'attività di *risk management* sanitario, attività preordinata alla gestione e quindi alla prevenzione del rischio di incidenti iatrogeni; la finalità della norma è quella di incentivare l'attività di rilevazione così da mettere le strutture nella condizione di elaborare le strategie necessarie per individuare e rimuovere le cause degli incidenti sanitari⁴¹⁸. La disposizione non contrasta con quanto previsto dall'art. 2, commi 4 e 5, in cui si prevede la raccolta dei dati “sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso” prevedendo inoltre “una relazione annuale consuntiva sugli eventi avversi verificatisi all'interno della struttura, sulle cause che hanno prodotto l'evento avverso e sulle conseguenti iniziative messe in atto; detta relazione è pubblicata sul sito internet della struttura sanitaria”. La ratio della norma si riscontra nel fatto che essendo la natura di tale documento consuntiva e non limitata ad una specifica vicenda sarebbe

⁴¹⁷ La disposizione deroga a quanto disposto in materia di procedura di accesso agli atti amministrativi di cui agli artt. 22 e ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241. Un corollario a questa disciplina si ravvisa nell'art. 12, comma 4, L. 24/2017.

⁴¹⁸ V. C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5, p. 768, nota 104 e 105, l'Autore, in ottica comparatistica, sottolinea come la nuova disposizione dell'art. 16 L. 24/2017 possa essere assimilata ad alcuni *statues* americani, ad esempio *NY Pub Health*, in cui si tutela la segretezza dei documenti frutto di indagini interne degli ospedali, in deroga alle regole elaborate da alcune Corti come ad esempio v. *Soeder v. General Dynamics Corp.*, 90 FRD Serv 2d 949.

inutilizzabile a livello processuale; per lo stesso motivo sono inutilizzabili sul piano processuale le aggregazioni di dati previste dal comma 4 dell'art. 2 e dall'art. 3.

Criticità manifesta anche il comma 3 dell'art. 4 infatti se la disposizione dovesse essere letta nel senso per cui sul sito internet devono essere indicate separatamente le somme erogate, comprensive anche di quelle che sono state oggetto di transazione o risoluzione stragiudiziale della controversia. Infatti, potrebbero verificarsi delle indebite influenze sulle decisioni dei futuri casi anche se è indubbio che un sistema di questo tipo consentirebbe una visione a trecentosessanta gradi sul sistema della *medical malpractice* italiana⁴¹⁹.

Avendo preventivamente indicato le disposizioni cui faremo riferimento, nella trattazione che segue dobbiamo soffermarci su due aspetti estremamente rilevanti: natura giuridica e efficacia probatoria delle informazioni contenute nella cartella clinica.

La cartella clinica si caratterizza per essere un documento a formazione progressiva⁴²⁰, essa si compone di tutte le informazioni rese dal paziente e da quelle frutto della competenza degli esercenti la professione sanitaria, necessarie al fine di formulare un giudizio completo sul caso clinico. Altri autori, invece, ritengono che “la varietà di documenti che compongono la cartella clinica impedisce la sua univoca riconduzione ad un modello legale: ogni operatore sanitario che interviene nella cura del paziente inserisce nella cartella le annotazioni di propria competenza, ognuna delle quali si perfeziona al momento della relativa sottoscrizione, la cartella clinica si configura perciò come « documento progressivo » e non come documento « a formazione progressiva »⁴²¹

La cartella clinica, tuttavia, non consta solo di queste informazione, nella stessa sono presenti le dichiarazioni anticipate di trattamento e i moduli del consenso informato, ciò ha fatto sì che la giurisprudenza penale⁴²² volgesse alla qualificazione della cartella

⁴¹⁹ V. C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5, p. 769.

⁴²⁰ V. G. Ammassari, *Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità e l'efficacia delle prove*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, §3, pag. 200.

⁴²¹ V. V. Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 5, p. 1253.

⁴²² V. Cass. Pen. 17 febbraio 2004, n. 19557, v. V. Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 5, p. 1254, mette in luce la presenza di

clinica in termini di atto pubblico, un atto dotato di pubblica fede fino a querela di falso.

Sebbene gran parte della letteratura medico-legale⁴²³ si sia conformata all'orientamento della Cassazione penale che, come abbiamo appena specificato, classifica la cartella clinica come atto pubblico, bisogna dare atto della presenza di orientamenti difformi⁴²⁴. Questi non ritengono sia possibile rintracciare tutti gli elementi propri dell'atto pubblico come previsti dall'art. 2699 c.c. all'interno della cartella clinica. Non si rinviene nell'ordinamento alcuna norma che attribuisca al medico la qualifica di pubblico ufficiale e tale circostanza è idonea già di per sé ad escludere uno dei principali requisiti degli atti pubblici; quindi secondo questa tesi la cartella clinica potrebbe essere classificata come attestazione di scienza ai sensi degli articoli 477 e 480 c.p. ma non come atto pubblico.

La cartella clinica si caratterizza inoltre per la sua natura polivalente, essa spiega i suoi effetti nel diritto amministrativo, privato e anche penale, ciò consente di attribuirle la connotazione più utile in relazione all'ambito nel quale la sua disciplina troverà applicazione⁴²⁵. Parte della giurisprudenza e della dottrina⁴²⁶ ritiene che, in ragione della complessità strutturale della cartella clinica, si deve riconoscere un diverso valore probatorio alle informazioni che vi si trovano: la cartella rileva come certificazione amministrativa per i dati oggettivi in essa raccolti; non è data, infatti, la possibilità di una prova in proprio favore. Al contrario i pareri diagnostici in essa contenuti e le indicazioni terapeutiche possono essere impiegate ai sensi dell'art. 116 c.p.c. cioè saranno liberamente apprezzabili dal giudice.

incongruenze nella ricostruzione fatta in relazione al fatto che manca nel nostro ordinamento una norma che qualifichi sotto il profilo soggettivo il medico come pubblico ufficiale ai fini della redazione della cartella clinica.

⁴²³ V. E. Durante Mengoni, A. De Limone, *Su alcuni aspetti medicolegali della cartella clinica ospedaliera*, in *La giustizia penale*, 1975, 1, p. 80/275. V. F. Merusi, M. Bargagna, *La cartella clinica*, Milano, 1978, p. 31; V. G. Cave Bondi, E. Martinelli, A. Niccolai, *Aspetti medicolegali dell'archiviazione automatica delle cartelle cliniche*, in *Medicina legale, quaderni*, 9, 223, 1987.

⁴²⁴ V. O. De Pietro, L. D'Ancora, *La cartella clinica. Problemi procedurali ed aspetti medicolegali*, Napoli, 1985, p. 39. V. M. Di Luca, D. Larocca, A. Cavalli, *Profili medicolegali e giuridici della cartella clinica nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Jura Medica*, 1990, 1-3, p. 81.

⁴²⁵ V. F. Buzzi, C. Sclavi, *La cartella clinica: atto pubblico, scrittura privata, o «tertium genus»?*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1997, 4-5, pp. 1161-1164.

⁴²⁶ V. Cass. Civ. sez. III, 12 maggio 2003, n. 7201, V. . V. Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 5, p. 1254.

Un cenno merita anche il tema della rilevanza che nel procedimento di *medical malpractice* deve essere riconosciuto alla relazione del consulente tecnico redatta in esito alla procedura *ex art. 696-bis c.p.c.* avviata per soddisfare condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 8 L. 24/2017.

Abbiamo già trattato del procedimento di consulenza tecnica preventiva nel primo capitolo e ciò ci ha dato modo di sottolineare come la dottrina maggioritaria⁴²⁷ ritenga che l'istituto in discorso abbia una duplice natura: conciliativa e anticipatoria dell'istruttoria. Tuttavia, nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione non può dirsi automatica l'acquisizione della relazione nel successivo giudizio: la nuova norma esige la presentazione di un'istanza di parte in tal senso ed è necessario che il giudice ne valuti l'ammissibilità e la rilevanza⁴²⁸.

L'accertamento tecnico preventivo ha assunto rilevanza centrale in relazione alla colpa del professionista e ciò, insieme al principio della vicinanza alla prova è idoneo ad attenuare notevolmente la portata della legge di riforma relativamente al titolo di responsabilità per cui è chiamato a rispondere l'esercente la professione sanitaria. Ciò ha delle dirette ripercussioni sul riparto dell'onere della prova. Troverà quindi applicazione il disposto dell'art. 2043 c.c. in ipotesi molto ristrette: ad esempio laddove nel corso della istruttoria dovessero emergere dei fattori causali sconosciuti tali da determinare il danno alla salute del paziente, nonostante il medico abbia impiegato la diligenza richiesta dall'art. 1176, comma II, c.c. La ripartizione della

⁴²⁷ V. A. Panzarola, *L'istruzione preventiva riformata*, in *Il giusto processo civile*, 2006, p. 83.

⁴²⁸ V. A. Tedoldi, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 4, §13, pp. 818-819. In senso contrario v. A. Panzarola, *L'istruzione preventiva riformata*, in *Il giusto processo civile*, 2006, p. 136, L'Autore, pur riconoscendo la necessità dell'istanza di parte, ritiene che vi sia un automatismo nell'acquisizione della relazione. I commi I e II dell'art. 698 c.p.c., infatti, non sono applicabili in tale circostanza, essendo la disposizione prevista per le sole prove preventive in senso stretto. In materia specificamente sanitaria si rimanda a G. Parisi, *Le forme del giudizio di merito*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, §4, pp. 162 ss., V. M. A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017, cit., p. 436, l'Autrice oltre a prevedere l'utilizzabilità della relazione peritale nel successivo giudizio di merito afferma che, anche nel caso in cui sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione, è possibile ammettere la produzione e l'acquisizione della perizia svolte durante la mediazione in particolar modo quando il consulente è stato nominato direttamente dalle parti e non nel caso in cui sia stato nominato dal mediatore per far fronte alla carenza di conoscenze tecniche in uno specifico settore (come previsto dall'art. 8 D.Lgs. 28/2010).

cause ignote consente di distinguere la responsabilità oggettiva da quella soggettiva che presuppone l'elemento della colpa; proprio per questo l'art. 7 della legge 24/2017 introduce un limite alle “derivate interpretative cui la presunzione del nesso di causalità accolta dalla giurisprudenza ha condotto in tema di responsabilità medica”⁴²⁹. Tuttavia il comma 4 dell'art. 7 della L. 24/2017 introduce l'oggettivazione dell'attività e quindi della responsabilità sanitaria, tramite l'introduzione del dovere di osservanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico assistenziali che importa come conseguenza la svalutazione del criterio della diligenza soggettiva ex art. 1176, comma II, c.c.

3.2. Le forme del giudizio di merito e il procedimento sommario di cognizione.

Con la riforma Gelli-Bianco il legislatore ha ridefinito alcuni aspetti della responsabilità medica avendo come obiettivo primario la sicurezza delle cure; la centralità del tema risulta evidente anche soltanto da una semplice e veloce lettura della legge; nel primo comma del primo articolo leggiamo che: “La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività”.

È questo l'intento perseguito dal legislatore nella redazione del comma 3, art. 8 della L. 24/2017 in cui si identifica la tipologia di rito per la trattazione delle cause di *medical malpractice*; si prevede il ricorso al rito sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c., un rito veloce, volto ad evitare le lungaggini tipiche del processo ordinario, lungaggini che sono tanto più pericolose quando è in gioco la violazione di un diritto costituzionalmente garantito come quello alla salute. Inoltre la proposizione del rito sommario di cognizione, se effettuato nei novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi stabilito per la durata del procedimento, consente di far salvi gli effetti prodotti dal deposito e dalla notificazione della domanda contenuta nel ricorso ex art. 696-bis c.p.c.⁴³⁰ Un effetto consiste nella

⁴²⁹ V. G. Ammassari, *Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità e l'efficacia delle prove*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, §3, pag. 202.

⁴³⁰ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 3, §6.6, p. 672.

interruzione della prescrizione, effetto che tuttavia rimarrebbe comunque fermo in quando il ricorso opera anche ai sensi dell'art. 2943 c.c. come atto di costituzione in mora. L'effetto vero e proprio che viene mantenuto è quello sospensivo della prescrizione che, ai sensi dell'art. 2945, comma II, c.c. ricollega all'atto introduttivo del giudizio o alla domanda che viene proposta in corso di giudizio⁴³¹.

Sebbene l'intento perseguito sia certamente meritevole la disposizione è stata oggetto di numerose critiche, si discute, infatti, dell'ambito applicativo della norma ma anche della effettiva utilizzabilità del rito sommario per la trattazione delle controversie in ambito medico e sanitario, per la cui specificità tecnica, è quasi sempre necessario lo svolgimento di una istruttoria non sommaria. Prima di procedere nell'esame delle questioni più rilevanti sul tema è bene tracciare i contorni della disciplina del rito sommario di cognizione.

3.2.1. Il procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis ss. c.p.c.

Il procedimento sommario di cognizione regolato dagli artt. da 702-bis a 702-quater c.p.c. è un rito che solo di recente è entrato a far parte del nostro ordinamento ad opera dall'art. 51, comma 1, L. 18 giugno 2009, n. 69⁴³².

La *ratio* della norma può essere ricercata nella volontà del legislatore di mettere a disposizione di coloro che intendono agire in giudizio un procedimento snello e semplificato rispetto a quello ordinario che, sebbene sia un rito altamente garantista, prevede tempi di durata eccessivamente lunghi. Il rito sommario di cognizione, invece, consente di velocizzare notevolmente il giudizio senza tuttavia incidere sulla qualità del risultato in definitiva raggiunto. Il sommario di cognizione, infatti, è stato studiato come rito utilizzabile per somministrare la tutela giurisdizionale contenziosa dichiarativa e, contrariamente a quanto potrebbe ritenersi dall'espressione "sommario di cognizione" garantisce alla parte che lo impiega l'ottenimento di un provvedimento

⁴³¹ V. D. Dalfino, *Il processo civile per la responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in www.questionegiustizia.it, 2018, §12.

⁴³² La norma è entrata in vigore dal 4 luglio 2009 e l'art. 58, comma 1, prevede la sua operatività per i soli giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore.

che, sebbene reso in forma di ordinanza e non di sentenza, è idoneo, se non impugnato in appello, ad acquisire l'autorità della cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c.

È inoltre un rito che può essere impiegato soltanto per la trattazione delle cause di competenza del tribunale in composizione monocratica così come specificato espressamente dall'art. 702-*bis* c.p.c.⁴³³.

Le caratteristiche principali del procedimento sono: *a*) è un rito alternativo al rito ordinario; *b*) con cui si rende la tutela giurisdizionale contenziosa dichiarativa; *c*) ed è un rito facoltativo⁴³⁴.

Il procedimento in discorso non deve essere confuso con i procedimenti speciali in relazione al fatto che questo non viene messo a disposizione dell'attore per la trattazione di controversie su specifiche materie, potendo, invece, essere utilizzato per qualsiasi controversia di ridotta complessità. Diversamente dal rito ordinario in cui vi è una rigida predeterminazione dei poteri e dei doveri delle parti e in cui non viene lasciata al giudice ampia discrezionalità nella formazione del processo in linea con la necessità di assicurare le più piene garanzie alle parti, il procedimento sommario di cognizione si distingue per essere un rito caratterizzato da uno spiccato tasso di atipicità. Non vi sono delle regole predeterminate dalla legge anzi l'art. 702-*ter* c.p.c. al comma V prevede che “alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto”, è il giudice, quindi, che di volta in volta forgia la regola processuale intorno alla quale si sviluppa poi il processo.

⁴³³ Sono quindi escluse dall'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione le cause *ex art. 50-bis* c.p.c. e quelle devolute alla competenza del giudice di pace, tuttavia rimandiamo ai successivi paragrafi la trattazione di questo aspetto con specifico riferimento all'ambito sanitario. Qualche dubbio potrebbe sorgere relativamente all'impiego di tale procedimento anche per le cause soggette ai rito a cognizione piena ma diversi da quello ordinario come potrebbero ad esempio essere le cause di lavoro o previdenziali, opta per la risposta negativa a questo proposito G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2017, III, argomentando la sua tesi a partire dal disposto dell'art. 702-*ter* c.p.c. in cui si prevede che in caso di conversione del rito da parte del giudice il riferimento è agli artt. 163 ss. c.p.c. cioè alle norme che disciplinano specificamente il rito ordinario.

⁴³⁴ In realtà il D.Lgs. 150/2011 agli artt. da 14 a 30 lo prevede come obbligatorio per determinate controversie ad esempio in quelle aventi ad oggetto la riscossione dei crediti degli avvocati.

Ciò che rileva maggiormente è capire se questo modo di procedere possa in qualche modo incidere sul grado di cognizione del giudice; pur essendo chiamato “sommario di cognizione” la cognizione del giudice relativamente alla causa deve considerarsi piena, esauriente e vera⁴³⁵, ciò trova riscontro nell’utilizzo dell’indicativo da parte del legislatore nell’art. 702-ter, comma V, c.p.c. da cui si deduce che è dovere del giudice provvedere agli atti di istruzione rilevanti⁴³⁶. Il giudice infatti è tenuto ad assumere le prove, che siano rilevanti, richieste dalle parti e visto che la conoscenza dei fatti avviene tramite l’assunzione delle prove si può affermare che il giudice avrà piena conoscenza dei fatti per questa via.

Il procedimento sommario di cognizione si introduce “con ricorso al tribunale competente” (art. 702-bis c.p.c.) e come abbiamo già sottolineato la scelta del procedimento è rimessa alla parte, tuttavia ciò non è sufficiente affinché il giudizio proceda nelle forme del sommario di cognizione; il giudice nel caso in cui dovesse accertare la necessità di un’istruttoria non sommaria sarà tenuto a disporre in base all’art. 702-ter c.p.c. la conversione del rito da sommario ad ordinario e con ordinanza non impugnabile fissa l’udienza di cui all’art. 183 c.p.c.

Quindi in definitiva possiamo affermare che il procedimento sommario di cognizione nonostante operi nel nostro ordinamento da appena dieci anni, costituisce uno dei tre principali riti a cognizione piena insieme a quello ordinario (cui è alternativo) e a quello del lavoro; consente alla parte di ottenere piena tutela in quanto la cognizione del giudice è vera ed esaustiva mentre ad essere semplificato il rito che si caratterizza per una forte semplificazione del procedimento in cui assume rilievo anche la discrezionalità del giudice, pur ovviamente nel pieno rispetto delle garanzie di cui all’art. 111 Cost. come ad esempio la garanzia del contraddittorio.

⁴³⁵ V. G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2017, III, p. 8, l’Autore ribadisce la veridicità di questa affermazione anche in considerazione del fatto che essendo questo un rito rimesso alla scelta di una parte, indipendentemente dalla presenza di circostanze oggettivamente verificabili che potrebbero giustificare la sommarietà della cognizione, la soluzione porterebbe a sicure censure di incostituzionalità della norma o comunque aprirebbero la strada ad un giudizio di manifesta irrazionalità della norma.

⁴³⁶ In ciò possiamo notare anche la differenza con quanto invece previsto per il procedimento ex art. 669-sexies c.p.c. in cui si fa riferimento agli atti di istruzione “indispensabili”.

3.2.2. *L'ambito applicativo del procedimento «sommario».*

Prima di trattare dell'ambito applicativo riteniamo necessario fare una piccola specificazione circa la natura della previsione dell'art. 8, comma 3, L. 24/2017, cioè ci si chiede se il legislatore abbiamo voluto introdurre il rito sommario di cognizione solo come facoltativo o ne ha voluto l'obbligatorietà. A parere di parte della dottrina⁴³⁷ la seconda è la soluzione corretta e ciò trova giustificazione nella contestuale introduzione nella disposizione della condizione di procedibilità prevista nelle forme della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* Maggiori dubbi si nutrono relativamente al carattere obbligatorio della previsione nel caso in cui il tentativo di mediazione sia esperito nella forma della mediazione obbligatoria⁴³⁸.

Passando alla trattazione dell'ambito applicativo del rito sommario di cognizione notiamo come questo non sia stato definito in modo chiaro dall'art. 8, comma 3, L. 24/2017; due sono i quesiti che hanno sollecitato l'attenzione degli studiosi: *a)* quali sono le azioni civili che devono essere introdotte con questa tipologia di rito? *b)* il rito «sommario» deve essere impiegato solo quando è stata proposta una consulenza tecnica preventiva per la soddisfazione della condizione di procedibilità o anche nel caso in cui si è proceduto con la mediazione obbligatoria?

Per rispondere al quesito *sub a)* dobbiamo ricorrere al primo comma dell'articolo in esame in cui si fa riferimento alla proposizione di “un ‘azione innanzi al giudice civile”, da ciò si desume che il rito «sommario» deve essere utilizzato soltanto quando la domanda è proposta davanti al giudice civile. Al contrario, non troverà applicazione, non solo il comma 3, ma l'intero art. 8 L. 24/2017 quando l'azione civile viene esercitata in ambito penale ai sensi degli artt. 74 ss. c.p.c.⁴³⁹ Sempre dalla lettera della norma si deduce che l'ambito di applicazione della norma è delimitato alle sole azioni di risarcimento del danno proponibili dal danneggiato contro la struttura sanitaria,

⁴³⁷ V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p.1201, §4. Nello stesso senso v. C. Consolo, P. Bertollini, A. Buonafede, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6.

⁴³⁸ V. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p.1201, §4.

⁴³⁹ V. G. Parisi, *Le forme del giudizio di merito*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 154.

l'esercente la professione sanitari, e l'impresa di assicurazione⁴⁴⁰. Per quanto riguarda le ulteriori azioni previste dalla L. 24/2017 come l'azione di rivalsa della struttura e dell'assicurazione rispettivamente agli artt. 9 e 12, l'azione surrogatoria dell'assicurazione di cui all'art. 9 e l'azione di regresso del Fondo di garanzia di cui all'art. 14, comma 2, lett. d) dobbiamo domandarci se rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 8, comma 3, L. 24/2017. La risposta è negativa, le azioni che abbiamo appena elencato non sono azioni di risarcimento del danno; con tali azioni si mira, invece, ad individuare il soggetto che con la propria condotta dolosa o colposa ha arrecato il danno e sul quale deve gravare il risarcimento del danno; di queste il giudice conoscerà in base ad una domanda proposta nelle forme del rito ordinario di cognizione *ex art. 163 c.p.c.*

L'art. 8, comma 3, L. 24/2017 delimita l'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione alle azioni che vengono proposte successivamente all'espletamento della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.*, tale rito, infatti, deve essere scelto quando ancora il giudizio di merito non ha avuto inizio. Ciò fornisce la risposta all'altro quesito che potremmo porci: il procedimento sommario di cognizione deve essere impiegato anche quando la domanda di risarcimento viene avanzata in via di eccezione o nella forma di domanda riconvenzionale, successivamente all'istaurazione del giudizio da parte della struttura o dell'esercente per la richiesta del pagamento dei corrispettivi dovuti? Proprio in virtù delle considerazioni esposte la risposta è negativa; in questo caso, infatti, il giudizio di merito è già stato avviato senza essere preceduto dal tentativo di conciliazione⁴⁴¹.

3.2.3. *Il rito sommario segue anche al tentativo di conciliazione esperito nelle forme della mediazione obbligatoria?*

⁴⁴⁰ A tale conclusione si giunge sulla base del dato letterale, l'art. 12, comma 1, L. 24/2017 infatti fa espressamente salve le disposizioni dell'art. 8 della medesima legge. Di ciò abbiamo già trattato nel capitolo 2, paragrafo 2.1.

⁴⁴¹ Come abbiamo più volte sottolineato il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* ha un duplice scopo, questo mira alla conciliazione delle parti in un'ottica di deflazione del contenzioso, consentendo allo stesso tempo l'anticipazione dell'istruttoria. È proprio questa ultima caratteristica che consente di giustificare l'impiego di un rito più snello e veloce.

Nel primo capitolo abbiamo analizzato il tema delle condizioni di procedibilità che l'art. 8 L. 24/2017 impone su chi voglia esercitare un'azione di risarcimento di danni derivanti da responsabilità sanitaria. Nella trattazione l'attenzione si è più volte soffermata sulla genesi della norma, originariamente predisposta per prevedere come unica condizione di procedibilità la consulenza tecnica preventiva, è stata poi modificata nell'ottica dell'alternatività con lo strumento della mediazione obbligatoria. Tuttavia, il comma 3 dell'art. 8 della L. 24/2017 così afferma: "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 [...] è depositato presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'art. 702-bis del codice di procedura civile"; il tenore letterale della norma dovrebbe indurre ad affermare che la previsione del rito sommario sia riferita solo al caso in cui si sia svolto un procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*, dovendo al contrario affermare che nel caso della mediazione obbligatoria l'attore deve agire attraverso le forme del procedimento ordinario di cognizione *ex art. 163 c.p.c.*⁴⁴². Gli elementi letterali più decisivi in questo senso sono: *a)* la proposizione della domanda è subordinata al fallimento della conciliazione o alla sua mancata conclusione nel termine di sei mesi dal deposito del ricorso, termine evidentemente legato alla proposizione del procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*; *b)* gli effetti della domanda sono fatti salvi se, nei novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine di sei mesi per la conclusione del procedimento, il ricorso è proposto nelle forme dell'art. 702-bis *c.p.c.*⁴⁴³. Oltre che dal dato letterale la tesi sembra supportata anche da considerazioni di ordine sistematico; il riferimento alla mediazione è stato aggiunto solo in un secondo momento quando l'impianto della norma era stato ormai definito senza ricevere peraltro alcuna modifica, questo porta a ritenere che nel progetto originario del legislatore il rito sommario era previsto solo nel caso in cui vi fosse già stato un

⁴⁴² In questo senso, vedi M. Bove, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, in *La nuova responsabilità civile e medica*, www.cortedicassazione.it, Roma, 2018. V. M. Ruvolo, S. Ciardo, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it, 2017. V. G. Olivieri, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, www.judicium.it, 2017.

⁴⁴³ La mediazione è caratterizzata da una scansione temporale diversa e inferiore ai sei mesi, inoltre, questa non si conclude con la redazione di una relazione ma di un verbale in cui è certificato l'esito negativo del tentativo di mediazione.

procedimento di consulenza tecnica preventiva. La scelta originaria del legislatore non può di certo considerarsi casuale, la consulenza tecnica preventiva consente di anticipare una fase dell'istruzione probatoria, cosa che non è invece possibile realizzare con la mediazione obbligatoria; acquisendo la relazione peritale il giudice non avrà bisogno di disporre lo svolgimento di una istruttoria strutturata e potrà procedere ad un giudizio caratterizzato dalla piena cognizione ancorché in base ad un procedimento semplificato. Questo è possibile soprattutto quando oggetto del contendere sono soltanto delle questioni di carattere tecnico, infatti, nel caso in cui rimangano controverse anche questioni di fatto o complesse questioni giuridiche, se anche si procedesse con il giudizio nelle forme del rito sommario il giudice sarà quasi sempre tenuto a disporre il mutamento del rito in quanto la causa per l'alto profilo di tecnicità dell'oggetto, richiederà un'istruzione non sommaria⁴⁴⁴. Da ciò si deduce che nel caso in cui si sia proceduto con la mediazione obbligatoria per l'assolvimento della condizione di procedibilità la domanda dovrà essere proposta ai sensi dell'art. 163 c.p.c. quindi nelle forme del rito ordinario⁴⁴⁵. Il rito ordinario troverà applicazione anche nel caso in cui nei sei mesi siano scaduti senza che il consulente abbia depositato la relazione peritale. L'ultimo caso in cui troverà applicazione è quello in cui l'attore decida di proporre l'azione risarcitoria senza però anteporvi il procedimento di consulenza tecnica preventiva; il giudice una volta rilevato il vizio darà quindici giorni per la presentazione dell'istanza di consulenza tecnica senza fissare un'udienza successiva. Una volta assolta la condizione di procedibilità la parte che ha interesse alla prosecuzione del giudizio introdurrà la causa ai sensi degli art. 702-bis c.p.c.⁴⁴⁶. Nel caso di tempestiva proposizione del ricorso il giudice fisserà l'udienza ma il

⁴⁴⁴ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 3, p. 488.

⁴⁴⁵ V. G. Parisi, *Le forme del giudizio di merito*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 158. V. M. Ruvolo, S. Ciardo, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it, 2017, a parere degli Autori anche nel caso in cui si sia scelto di procedere con il tentativo di mediazione obbligatoria, si manterrebbe sempre, in un'ottica di strategia difensiva, la possibilità di promuovere il successivo processo tanto nelle forme del rito ordinario quanto in quelle del rito sommario.

⁴⁴⁶ V. M. A. Zumpano, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 3, p. 488, in questo caso inoltre il giudizio può proseguire facendo salvi gli effetti prodotti dalla originaria domanda ex art. 163 c.p.c. solo se il nuovo giudizio viene istaurato entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine di sei mesi.

processo riprenderà dalla prima udienza in cui era stato ordinato l'assolvimento della condizione in virtù della conservazione degli effetti che della domanda. Se, invece, il ricorso non viene proposto nei novanta giorni non si potrà avere la conservazione degli effetti della domanda originaria; tuttavia, in caso di riproposizione di una nuova domanda la condizione di procedibilità non si considererà assolta se con la nuova domanda si modifica il *thema decidendum*.

3.2.4. *La fase introduttiva del giudizio di merito.*

Dopo aver delimitato con precisione l'ambito applicativo dell'art. 8, comma 3, L. 24/2017 è necessario analizzare più nel dettaglio la fase introduttiva del giudizio.

Il giudice competente è espressamente individuato dalla norma nella parte in cui afferma che il ricorso deve essere “depositato presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1”, quindi, davanti al giudice competente per il procedimento di consulenza tecnica preventiva⁴⁴⁷.

Le controversie in materia sanitaria in base al criterio del valore potrebbero essere ricondotte nella competenza del giudice di pace, è necessario però capire se anche in questo caso la domanda possa essere proposta nelle forme del rito sommario di cognizione. La problematica non è infondata, il comma 3, infatti, individua come il giudice competente per l'istaurazione della causa “il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1” e, come sappiamo, il procedimento di consulenza tecnica preventiva potrebbe svolgersi, in base alle regole della competenza per valore (art. 7 c.p.c.), davanti al giudice di pace; ciò porterebbe ad identificare come

⁴⁴⁷ Del tema della competenza abbiamo ampiamente trattato nel paragrafo 1.1.5 del primo capitolo. Tuttavia U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it n. 2017, 3, §2.3, sottolinea come la norma costituisca una novità nel nostro ordinamento giuridico; l'art.696-bis c.p.c. nulla dice in materia di competenza essendo il tema affrontato dall'art. 693, comma I, c.p.c. in cui si afferma che “l'istanza si propone con ricorso al giudice che sarebbe competente per la causa di merito” non essendoci poi alcuna norma a prevedere la competenza del giudice individuato con tale criterio per il successivo giudizio di merito. In base ai normali criteri di competenza potrebbe essere adito anche un giudice diverso. Apprezzabile in questa sede è sicuramente la finalità di economia processuale perseguita dal legislatore nella novella, si è infatti creato un nesso indissolubile tra consulenza tecnica preventiva e successivo ed eventuale giudizio di merito nell'ottica della continuità e linearità del procedimento.

competente per il giudizio in esame lo stesso giudice di pace. Il dubbio sorge in relazione all'art. 702-bis c.p.c. in cui espressamente si limita l'applicazione dell'istituto alle "cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica". La soluzione potrebbe essere data applicando il criterio di specialità espresso nel brocardo latino *lex specialis derogat legi generalis*, l'art. 8, comma 3, opera come legge speciale rispetto alla legge generale contenuta nell'art. 702-bis c.p.c. con la conseguenza che quest'ultima deve intendersi derogata a favore della prima; così ragionando giungiamo alla conclusione per cui anche nel caso in cui il giudice competente per il procedimento di consulenza tecnica preventiva sia stato il giudice di pace, davanti a quest'ultimo deve essere proposto il giudizio di merito nelle forme rito sommario di cognizione⁴⁴⁸. Si potrebbe giungere alla medesima soluzione interpretando l'art. 8, comma 3, L. 24/2017 come norma sul rito e non come norma sulla competenza⁴⁴⁹.

Ci sono opinioni divergenti in dottrina sul punto; a parere di alcuni autori⁴⁵⁰ la norma sarebbe frutto di una svista del legislatore probabilmente frutto dell'errata supposizione per cui tutte le controversie in materia sanitaria sono di competenza del tribunale. Si ritiene infatti che il procedimento sommario di cognizione non può essere impiegato per le cause di competenza del giudice di pace, si dovrà, quindi, procedere con il rito ordinario notificando la domanda di citazione e provvedendo al suo successivo deposito al fine della conservazione degli effetti della domanda.

⁴⁴⁸ V. G. Parisi, *Le forme del giudizio di merito*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 159.

⁴⁴⁹ V. D. Dalfino, *Il processo civile per la responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in www.questionegiustizia.it, 2018, §12, sebbene l'autore cerchi di risolvere la criticità della norma sottolinea che l'interpretazione offerta è frutto di una forzatura della lettera della norma, finendo così per aderire alla tesi contraria per cui il procedimento sommario di cognizione non può essere adottato per le controversie di competenza del giudice di pace.

⁴⁵⁰ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 3, §6.6, p. 674, l'Autore prova a sostenere la tesi opposta argomentando dal D.Lgs. 150/2011, in cui si prevede che il rito sommario di cognizione può essere impiegato anche per le cause pendenti davanti al giudice di pace. Ancorché sia presente un precedente che legittima tale impiego del rito sommario di cognizione nel nostro ordinamento non si può da ciò dedurre l'applicabilità di tale disciplina anche all'ambito sanitario; nel caso indicato infatti il procedimento sommario è diverso da quello dell'art. 702-bis c.p.c., non si prevede la possibilità di convertire il rito da sommario ad ordinario e il giudizio finale non è appellabile, ma ciò che rileva maggiormente è che è espressamente prevista la competenza del giudice di pace cosa che non avviene nell'art. 8 L. 24/2017.

Avendo chiarito il criterio di competenza fissato dal comma 3 dell'art. 8 della L. 24/2017 dobbiamo andare avanti chiedendoci quali sono le conseguenze nel caso di errore sul rito commesso dall'attore/paziente che voglia agire per il risarcimento del danno patito. Cosa accade se il giudizio che doveva essere introdotto con ricorso ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c. viene introdotto tramite la notifica di un atto di citazione redatto ai sensi dell'art. 163 c.p.c.? La questione rileva sotto un duplice profilo, l'errore in questo caso attiene alla fase introduttiva del giudizio e quindi ha delle ripercussioni anche con riferimento al rispetto del termine decadenziale di cui all'art. 8, comma 3, L. 24/2017. Dall'esame letterale del comma dovremmo dedurre che gli effetti della domanda cioè dell'istanza proposta *ante causam ex art. 696-bis* c.p.c. sono salvi se nel termine espressamente indicato è depositato il ricorso *ex art. 702-bis* c.p.c.; a parere di parte della dottrina⁴⁵¹ si ritiene che l'attore che ha notificato un atto di citazione non incorre nella decadenza indicata dalla disposizione se nel termine fissato provvede anche al deposito in cancelleria dello stesso atto di citazione⁴⁵². Ciò è coerente con quanto previsto dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁵³ per cui si prevede la sanatoria del vizio, costituito dall'errore sulle forme, se oltre alla notifica vi è stato il deposito in cancelleria dell'atto consentendo così il raggiungimento dello scopo da questo perseguito secondo quanto dispone l'art. 156, comma 3, c.p.c. Trova applicazione anche l'orientamento giurisprudenziale⁴⁵⁴ in forza del quale si afferma l'equivalenza tra citazione e ricorso ogni volta che siano rispettati i termini che, in base al rito previsto, la legge prescrive per svolgere le attività necessarie all'istaurazione del processo.

In caso di errore è necessario individuare i poteri esercitabili dal giudice di merito in corso di causa; parte della dottrina⁴⁵⁵ ritiene che non sia possibile per il giudice

⁴⁵¹ V. G. Parisi, *Le forme del giudizio di merito*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 160.

⁴⁵² V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 3, §6.6, p. 672. Nello stesso senso v. V. D. Dalfino, *Il processo civile per la responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in www.questionegiustizia.it, 2018, §12.

⁴⁵³ Vedi Cass. S. U. 10 febbraio 2014, n. 2907, Cass. S. U. 8 ottobre 2013, n. 22848.

⁴⁵⁴ V. Cass. 19 settembre 2017, n. 21671; Cass. 29 dicembre 2016, n. 27343; Cass. 17 gennaio 2017, n. 1020.

⁴⁵⁵ V. G. Parisi, *Le forme del giudizio di merito*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag.

disporre automaticamente la conversione del rito ai sensi dell'art. 183-*bis* c.p.c., questo dovrebbe, infatti, previamente valutare la complessità della lite e dell'istruzione probatoria e solo in un secondo momento procedere alla conversione del rito. La conclusione trova conferma nel principio di economia processuale, se si prevedesse l'automaticità della conversione del rito da ordinario a sommario si avrebbe uno spreco di attività processuale ogni volta che il giudice, ritenendo di aver bisogno di una istruttoria non sommaria in relazione alla complessità tecnica della causa, abbia bisogno di convertire nuovamente il rito da sommario ad ordinario⁴⁵⁶. La tesi trova supporto anche nella considerazione del fatto che diversamente da quanto avvenuto nel D.Lgs. 150/2011, nella L. 24/2017 il giudice non ha imposto normativamente il rito sommario, in questo modo si prevede che la scelta del rito sia subordinata sempre ad una valutazione della idoneità del rito alla trattazione di quelle specifiche controversie.

3.2.5. Idoneità del rito sommario di cognizione alla trattazione delle cause di risarcimento in materia sanitaria.

Nel paragrafo precedente abbiamo sottolineato che, nel caso di errore sul rito, il giudice non deve disporre automaticamente la conversione del rito ma il giudice deve comunque effettuare una valutazione di idoneità del rito sommario di cognizione alla trattazione delle cause in materia sanitaria. Per fare ciò è necessario individuare la disciplina applicabile al procedimento *ex* art. 702-*bis* c.p.c. e per far ciò dobbiamo partire sempre dal dato letterale dell'art. 8, comma 3, L. 24/2017; in questo si legge che “il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-*bis* e seguenti del codice di procedura civile”. Vi è quindi un richiamo integrale alla disciplina codicistica del rito sommario di cognizione relativa allo svolgimento del procedimento, alla fase istruttoria, alla fase decisoria, ai provvedimenti adottabili dal giudice e in ultimo ai mezzi di impugnazione.

161, ciò ovviamente vale anche nel caso in cui l'errore sul rito sia stato compiuto davanti al giudice di pace.

⁴⁵⁶ In questo senso V. M. Ruvolo, S. Ciardo, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it, 2017.

Come si evince dallo stesso art. 8, comma 3, L. 24/2017 il rito sommario di cognizione non è sempre idoneo alla introduzione del giudizio di merito, questo, infatti, può essere impiegato soltanto in caso di fallimento o mancata conclusione nel termine perentorio di sei mesi del tentativo di conciliazione; questo fa sì che in assenza di uno strumento che consente l'anticipazione dell'istruttoria il rito sommario di cognizione non sarà sicuramente idoneo alla soluzione delle per caratterizzate da elevata complessità tecnica

Viceversa, non sarebbe corretta nemmeno l'affermazione contraria: anche nel caso in cui sia stata svolta una consulenza tecnica preventiva e quindi sia stata redatta una relazione ad opera del consulente il rito sommario potrebbe comunque non essere idoneo alla risoluzione della controversia e ciò per diversi motivi: *a)* potrebbe accadere che la relazione non venga depositata prima dell'udienza di comparizione delle parti, laddove in questa sede potrebbe esservi la decisione della causa con ordinanza emessa ai sensi dell'art. 702-ter, comma V, c.p.c.; *b)* le parti potrebbero decidere di non chiedere l'acquisizione della relazione al giudizio di merito *ex art. 696-bis*, comma V, c.p.c.; *c)* il giudice potrebbe aver comunque necessità di predisporre lo svolgimento di una consulenza tecnica d'ufficio sui fatti di causa o l'assunzione di mezzi di prova costituendi. In questi casi, quindi, il giudice dovrebbe disporre il mutamento di rito da sommario ad ordinario con ordinanza non impugnabile ai sensi dell'art. 702-ter, comma III, c.p.c.⁴⁵⁷. Nel caso *sub a)* il giudice non avrebbe a disposizione la relazione per la formazione del suo convincimento in quanto la stessa non è stata redatta o depositata. Nel caso *sub b)* non vi sono dubbi circa la discrezionalità che l'art. 696, comma V, c.p.c. riconosce alle parti nel poter scegliere se consentire l'ingresso della relazione peritale nel successivo giudizio di merito o no, potrebbe quindi accadere che le parti non abbiano interesse a ciò e che non richiedano l'acquisizione della relazione peritale agli atti del giudizio di merito. Viceversa nel caso in cui presentino la relativa istanza si ritiene che non sussista in capo al giudice il potere di sindacarne l'ammissibilità⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Ciò è avvenuto a titolo di esempio nella sentenza del Trib. Pisa, 4 gennaio 2017, e in quella del Trib. Bologna 4 marzo 2014.

⁴⁵⁸ V. R. Tiscini, A. Bonafine, *La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 L. 8 marzo 2017, n. 24*, in www.judicium.it, 2018, 2, ciò consente di valorizzare la natura dello strumento della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis* c.p.c. come strumento per l'anticipazione

Per quanto riguarda il punto *sub c)*, a parere di parte della dottrina⁴⁵⁹ la disposizione della consulenza tecnica d'ufficio così come la decisione di assumere prove costituende nel giudizio introdotto nelle forme del rito sommario di cognizione non determina necessariamente un mutamento del rito.

In conclusione si potrebbe affermare che il rito sommario di cognizione trova applicazione quando il giudice decide di fondare la sua decisione esclusivamente sulla relazione peritale resa all'esito della consulenza tecnica preventiva esperita *ante causam*, come condizione di procedibilità della domanda, ovvero nel caso in cui la controversia verta su questioni più semplici dal punto di vista tecnico come quelle in materia di consenso informato. Con la conseguenza che l'ambito di operatività del rito sommario di cognizione risulta in definitiva molto più ristretto di quanto non sembrerebbe dalla lettura della disposizione in esame. Quando, invece, il giudice dovesse ritenere che la causa sia troppo complessa per deciderla in base al rito sommario di cognizione, magari perché il consulente non ha ancora provveduto al deposito della relazione o, perché sono stati prodotti documenti e prove nuovi in grado di contraddire il contenuto della relazione, il giudice potrà sempre decidere la conversione dal rito sommario a quello ordinario di cognizione ai sensi dell'art. 702-*ter* c.p.c.⁴⁶⁰.

3.3. La competenza.

della fase istruttoria. Nello stesso senso V. A. Panzarola, *Sub artt. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova, 2007, 1, p. 277 e 301, L'Autore ritiene che la relazione del consulente redatta all'esito del procedimento di consulenza tecnica preventiva non soggiace ad alcun controllo da parte del giudice al momento dell'acquisizione nel giudizio di merito. Di contrario avviso si segnala G. Balena, *L'istruzione preventiva*, in G. Balena, M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 373.

⁴⁵⁹ V. M. Bove, *Il procedimento di cognizione di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it, 2010.

⁴⁶⁰ V. G. Trisorio Liuzzi, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 3, §6.6, p. 674. Nello stesso senso v. C. Consolo, P. Bertolini, A. Buonafede, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6.

3.3.1. I criteri di riparto della competenza.

Le regole di riparto della competenza assolvono nel nostro ordinamento giuridico un ruolo fondamentale, esse consentono di dare attuazione all'art. 25 Cost in cui è dettato il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge. La finalità di queste norme è da una parte garantista per il motivo che abbiamo appena indicato, per altro verso la finalità è prettamente organizzatoria nella misura in cui consente il riparto del carico di lavoro tra più uffici⁴⁶¹. I criteri previsti per il riparto della competenza sono tre: materia, valore di cui agli artt. 7 ss. c.p.c. (operano in senso verticale) e quello territoriale di cui all'art. 18 ss. c.p.c. (opera in senso orizzontale), dove il criterio del valore è un criterio residuale che opera nei casi in cui non è prevista la competenza per materia.

Nel nostro ordinamento vige il principio generale per cui un presupposto processuale si determina dalla domanda in quanto è rilevante per lo stesso l'esistenza o il modo di essere della situazione sostanziale dedotta in giudizio; dato che la competenza è un presupposto processuale per cui opera tale principio possiamo affermare che la competenza per materia si determina sulla base della domanda cioè sulla base delle affermazioni dell'attore. La domanda costituisce in base all'art. 10 c.p.c. il criterio fondamentale di individuazione del valore della causa; in questo caso a nulla rilava il *quid decisum*, si fa invece riferimento al *quid disputatum*.

Per quanto riguarda il terzo criterio territoriale dobbiamo dare atto della presenza di tre tipologie di fori: il foro generale che ha carattere residuale e trova applicazione quando non sia prevista l'operatività degli altri fori, il foro facoltativo che si aggiunge a quello generale e il foro esclusivo che invece esclude quello generale. Il criterio territoriale si caratterizza, inoltre, per essere l'unico criterio derogabile, salve le ipotesi di cui all'art. 28 c.p.c. in cui la competenza è inderogabile.

La disciplina del foro generale è indicata dall'art. 18 c.p.c. il quale prevede che salvo che la legge disponga diversamente è competente il giudice del luogo in cui il convenuto ha la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, quello del luogo in cui il convenuto ha la dimora.

⁴⁶¹ V. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, I, p. 91 ss.

A questi deve aggiungersi il riferimento al foro del consumatore, la relativa disciplina è contenuta nell'art. 33, comma 2, lett. *u*), D.Lgs. 206/2005 in cui si afferma la presunzione *iuris tantum* di vessatorietà per le clausole che hanno per oggetto o per effetto quello di “stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diverse da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore”.

3.3.2. *L'applicabilità della disciplina consumeristica alle cause in materia di responsabilità medica.*

Il richiamo alla disciplina del foro del consumatore è funzionale all'introduzione della questione più rilevante del tema che qui stiamo trattando; l'applicabilità alle controversie in materia di *malpractice medica* della disciplina consumeristica per l'individuazione del giudice competente.

Rilevanti a tal proposito sono le pronunce della Suprema Corte, in particolare in una sua prima pronuncia⁴⁶² la Corte “esclude pertanto che alla controversia tra struttura afferente al Servizio Sanitario Nazionale e utente possa applicarsi quanto disposto dall'art. 33, lett. *u*) del codice del consumo in materia di foro del consumatore”, differenziando il regime della competenza a seconda che la struttura ospedaliera sia pubblica o privata. Nella sentenza sebbene si riconosca la possibilità di ricondurre nell'ambito del codice del consumo i servizi pubblici si risolve negativamente il quesito relativo alla possibilità che l'utente del servizio pubblico possa adire il giudice competente in base alle regole del foro del consumatore nelle controversie instaurate contro la struttura pubblica. Le ragioni principali addotte dalla Corte sono due: *a*) si nega l'equiparazione tra utente e consumatore in relazione al fatto che il Servizio Sanitario Nazionale ha una articolazione capillare sul territorio nazionale, questo fa sì che l'utente abbia un'ampissima libertà di scelta relativamente alla struttura cui rivolgersi che può esercitare nel modo che ritiene più opportuno; a tale libertà corrisponde la speculare responsabilità relativamente al radicamento dell'eventuale

⁴⁶² V. Cass. Civ. Sez. III, ordinanza 2 aprile 2009, n. 8093, in *Codice del consumo e Servizio Sanitario Nazionale, Cassazione civile, sez. III, ordinanza 02/04/2009 n. 8093*, in www.altalex.it.

giudizio; “la Corte fa discendere la conclusione che l’utente, qualora decida di rivolgersi ad una struttura del servizio sanitario nazionale diversa da quella del proprio luogo di residenza, si pone in una situazione non assimilabile a quella del consumatore di cui alla lett. *u*) dell’art. 33 citato”; *b*) si nega, inoltre, la qualità di professionista *ex* art. 3, lett. *c*), D.Lgs. 206/2005 alla struttura sanitaria pubblica in relazione al fatto che questa è tenuta a garantire l’erogazione di un servizio senza dover operare secondo il principio di economicità⁴⁶³.

Alla struttura che opera in regime di accreditamento presso il Servizio Sanitario Nazionale è equiparata la struttura pubblica con la conseguenza che si dovrà sempre escludere l’applicabilità della disciplina consumeristica del D.Lgs. 206/2005; ciò in quanto la struttura privata accreditata non esercita un’attività imprenditoriale fatta eccezione per i casi in cui presti anche servizi ulteriori i cui costi gravano direttamente sul paziente.

A conclusioni differenti dobbiamo giungere con riferimento all’azienda sanitaria privata, l’attività da questa svolta si connota per il principio di economicità e la finalità perseguita è quella del raggiungimento di un utile; sarà qui applicabile la disciplina del D.Lgs. 206/2005.

L’argomentazione della Corte si sofferma anche su un altro presupposto oggettivo richiesto perché possa operare l’art. 33, comma 2, lett. *u*), D.Lgs. 206/2005, è necessario che tra consumatore e professionista sia stato stipulato un contratto. Il rapporto tra azienda sanitaria pubblica e utente non vi è un rapporto di tipo contrattuale, semplicemente alla richiesta avanzata dall’utente seguirà l’adempimento di un dovere di prestazione che trova la sua fonte nella legge. Tale soluzione è stata accolta positivamente dalla Corte⁴⁶⁴ anche in altre pronunce, tuttavia vengono messi in luce alcuni punti critici della ricostruzione offerta dalla Corte; con riferimento all’argomento Sub *a*) si potrebbe sostenere che la posizione del consumatore e dell’utente non sono dissimili in relazione al fatto che anche il primo può liberamente decidere di rivolgersi ad un’impresa sita in luogo diverso da quello di residenza pur avendo a disposizione aziende che erogano il medesimo servizio nel luogo di residenza, continuando a godere comunque del foro del consumatore.

⁴⁶³ Conferma di ciò la troviamo nella sent. Cass. Civ. Sez. III, 10 luglio 2008, n. 18863.

⁴⁶⁴ V. Cass. 16 giugno 2001, n. 13202, Cass. Civ. Sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391.

Con riferimento al punto *Sub b)* invece si potrebbe mettere in luce come dal D.Lgs. 502/1992 con cui si è avviato il processo di privatizzazione nel nostro ordinamento, anche le strutture sanitarie pubbliche devono improntare la loro attività ai criteri di efficienza ed economicità⁴⁶⁵.

Tuttavia la criticità maggiore sicuramente la presenta l'ultima argomentazione della Corte che abbiamo riportato; se si condivide l'affermazione per cui non trova applicazione la disciplina consumeristica in quanto manca uno dei presupposti oggettivi richiesti dall'art. 33, comma 2, lett. *u)*, D.Lgs 206/2005, si finisce per negare automaticamente tutta la giurisprudenza precedente della Suprema Corte tramite la quale era stato tipizzato il contratto di ospitalità, tipizzazione recepita indirettamente nell'art. 7 L. 24/2017. Al pari della disciplina consumeristica anche la riconduzione della responsabilità della struttura nell'alveo della responsabilità contrattuale ha evidenti finalità protezionistiche per il consumatore/paziente; si dovrebbe quindi preferire la soluzione per cui tale finalità protezionistica consente di giungere ad una totale equiparazione tra paziente e consumatore consentendo anche al primo di agire in giudizio nei confronti della struttura sanitaria anche pubblica con l'automatica applicazione della disciplina del foro del consumatore⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ V. Cass. 1 dicembre 2009, n. 25314. Vedi inoltre G. Ammassari, *I criteri di competenza per le controversie instaurate dal paziente*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 55, l'Autrice inoltre sottolinea come il carattere imprenditoriale dell'attività svolta non si ricava unicamente dal criterio di economicità della gestione; rileva preminentemente la dimensione organizzativa dell'impresa nell'esercizio dell'attività professionale.

⁴⁶⁶ V. G. Ammassari, *I criteri di competenza per le controversie instaurate dal paziente*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017, pag. 56.

Conclusioni.

Nella stesura di tale elaborato l'attenzione è stata focalizzata sull'analisi delle novità processuali più importanti introdotte dalla legge Gelli-Bianco in materia di *medical malpractice* cercando di verificare l'aderenza dei risultati raggiunti agli obiettivi prefissati. In particolare sono state due le finalità perseguite dal legislatore: *a)* riconoscere maggiore tutela al paziente danneggiato; *b)* garantire l'esercente la professione sanitaria al fine di combattere il fenomeno della medicina difensiva.

Per quanto riguarda il primo punto credo che il legislatore sia riuscito nel suo intento; il sistema del doppio binario consente al danneggiato di agire, anche nel medesimo giudizio, contro la struttura ospedaliera che risponderà in base agli artt. 1218 c.c., per l'inadempimento delle proprie obbligazioni e, 1228 c.c. per i danni cagionati dalle condotte dolose o colpose dei dipendenti a qualunque titolo operanti nella struttura, anche se scelti personalmente dal paziente, non dipendenti ovvero esercenti in regime di libera professione *intra moenia*.

All'art. 12 L. 24/2017 è stata introdotta l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la relativa copertura alla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata o all'esercente la professione sanitaria; questo consente al danneggiato di agire direttamente nei confronti di un soggetto la cui solvibilità è garantita dalla previsione della inopponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto di assicurazione a cui si aggiunge l'obbligo dell'impresa di liquidare direttamente il danneggiato. A completamento di questo sistema è ovviamente necessaria la previsione di un obbligo assicurativo a carico e della struttura e dell'esercente, anche se allo stato i decreti attuativi non sono stati ancora adottati la misura ha consentito di realizzare un riavvicinamento delle imprese al mercato assicurativo in ambito sanitario dopo anni di progressivo allontanamento dovuti alle forti perdite derivate dalla difficoltà di determinare un giusto rapporto tra ammontare del premio e quello degli importi da liquidare. A ciò si aggiungono inoltre le maggiori tutele che vengono garantite al paziente in ordine alla conoscenza e conoscibilità delle imprese con cui sono stati stipulati i contratti di assicurazione e gli importi dei risarcimenti liquidati dalle strutture negli anni precedenti.

Non credo si possa dire lo stesso con riferimento al secondo obiettivo sebbene la contrattualizzazione della responsabilità della struttura sanitaria abbia permesso di far convergere, nella maggior parte dei casi, il contenzioso per *medical malpractice* nei confronti della struttura e non dell'esercente. Ciò potrebbe trovare conferma nell'art. 10 sopra richiamato per cui le strutture devono dotarsi di copertura assicurativa; in realtà tale obbligo si impone anche sui singoli esercenti e apre la strada alla trattazione di altri due istituti regolati nell'art. 9 della medesima legge: i) l'azione di rivalsa; ii) l'azione di responsabilità amministrativa. Con questi istituti si consente di far gravare in ultimo la responsabilità per danni su coloro che in concreto li hanno cagionati cioè gli esercenti la professione sanitaria. La struttura sanitaria infatti potrebbe agire con azione di regresso nei confronti dell'esercente, così come l'impresa di assicurazione potrebbe agire in via di surroga nei casi colpa grave degli esercenti la professione sanitaria ed è proprio per tali circostanze che il comma 2 dell'art. 10 impone la stipulazione di contratti di assicurazione per colpa grave con oneri a carico degli esercenti⁴⁶⁷. L'art. 10, comma 1, L. 24/2017 prevede che la strutture sanitarie garantiscano gli operatori strutturati con una copertura assicurativa ulteriore ma limitata ai casi di colpa lieve, al fine di tenerli indenni dalle pretese risarcitorie che dovessero essere azionate direttamente nei loro confronti. Per i casi di dolo facciamo riferimento alla disciplina del codice civile ed in particolare all'art. 1900 c.c. che prevede la possibilità che la struttura si doti di una copertura assicurativa per le condotte dolose dei propri dipendenti. Il sistema così delineato tuttavia non è in grado di tenere l'esercente sempre al riparo dalle pretese risarcitorie anzi per i motivi che abbiamo richiamato fallisce il tentativo di deresponsabilizzazione dell'esercente; forse sarebbe stato preferibile sottrarre gli ausiliari dai rischi connessi *in nuce* all'esercizio della attività professionale⁴⁶⁸. Il sanitario infatti risponde direttamente ai sensi dell'art. 7, comma 3, L. 24/2017 con la sola eccezione della colpa lieve; nel caso in cui il danneggiato decida di agire soltanto nei confronti della struttura ospedaliera o con azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione rimane comunque il rischio

⁴⁶⁷ La polizza garantisce l'esercente dai risarcimenti cui questo potrebbe essere condannato in tutti i casi in cui la responsabilità derivi dall'inadempimento delle obbligazioni direttamente derivanti dal contratto stipulato tra paziente ed esercente, e dal rischio cui lo espone l'azione di rivalsa di cui all'art. 9 L. 24/2017.

⁴⁶⁸ In questo senso v. R. Pardolesi, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2017.

che è insito nell'azione di rivalsa che nei suoi confronti potrebbe essere avanzata. In virtù del doppio binario il paziente potrebbe agire nel medesimo giudizio tanto nei confronti della struttura quanto nei confronti dell' esercente e da ciò potrebbe derivare una condanna solidale dei due soggetti *ex art. 2055 c.c.* potendo anche in questo caso ipotizzarsi una successiva azione di rivalsa della struttura nei confronti dell' esercente che quindi sarebbe chiamato a rispondere con il suo patrimonio in caso di sua colpa grave.

Un'ulteriore ipotesi di esposizione dell' esercente si potrebbe verificare nel caso in cui l' esercente sia chiamato a rispondere in virtù del rapporto contrattuale direttamente instaurato con il paziente e, contestualmente, la struttura sia chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1228 c.c. come prevede lo stesso art. 7, comma 1, L. 24/2017, circostanza cui potrebbe seguire anche in questo caso un'azione di rivalsa nei confronti dell' esercente.

È evidente quindi che, sebbene il riconoscimento della natura extracontrattuale della responsabilità dell' esercente abbia disincentivato i danneggiati ad agire direttamente nei confronti dell' esercente in relazione alle maggiori difficoltà in cui incorrerebbero dal punto di vista dell' onere probatorio e del termine prescrizione, d'altro canto è innegabile che l' esercente veda tutt'ora esposto il suo patrimonio alle azioni risarcitorie comunque possono essere avanzate direttamente contro di lui dal paziente o in via di rivalsa dalla struttura sanitaria. Tale circostanza come è evidente non è idonea a tutelare pienamente l' esercente e allo stesso modo non sarà da sola sufficiente garantire la piena soddisfazione delle istanze che hanno portato il legislatore, dopo soli cinque anni dalla precedente legge di riforma, ad intervenire nel medesimo settore con norme più incisive ma ancora non in grado di determinare una drastica riduzione del fenomeno della medicina difensiva.

BIBLIOGRAFIA

- M. ADORNO, *il nuovo “filtro” dell’art. 696-bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- M. ADORNO, *L’avvocato il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. Tiscini, Milano, 2012.
- F. AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell’arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità medica*, in *Corriere Giuridico*, 2011.
- S. E. ALIFEROPOLUS, A. DE COSMO, *Nomina dei consulenti tecnici d’ufficio e dei periti*, in *La responsabilità sanitaria commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, 2017.
- V. AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in <http://www.questionegiustizia.it/>, 2017.
- G. AMMASSARI, *Gli oneri istruttori e le regole per l’accesso, l’utilizzabilità e l’efficacia delle prove*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- G. AMMASSARI, *I criteri di competenza per le controversie instaurate dal paziente*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2017, III.
- R. BARBERIO, E. DE MASI, A. SIROTTI GAUDENZI, *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario*, Santarcangelo di Romagna, 2012.
- E. BERTILLO, *L’azione di responsabilità amministrativa*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in www.judicium.it, 2010.
- M. BOVE, *Il procedimento di cognizione di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c.*, in www.judicium.it, 2010.
- M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, in *La nuova responsabilità civile e medica*, www.cortedicassazione.it, Roma, 2018.
- F. BUZZI, C. SCLAVI, *La cartella clinica: atto pubblico, scrittura privata, o «tertium genus»?* , in *Rivista italiana di medicina legale*, 1997.
- N. CALLIPARI, *L’azione di rivalsa, La responsabilità sanitaria, commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017.

- S. CALVIGIONI, Linee guida e buone pratiche clinico assistenziali, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017
- C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998.
- G. CAVE BONDI, E. MARTINELLI, A. NICCOLAI, *Aspetti medicolegali dell'archiviazione automatica delle cartelle cliniche*, in *Medicina legale, quaderni*, 9, 223, 1987.
- P. CENDON, D. ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 3
- R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010.
- C. CONSOLO, P. BERTOLLINI, A. BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 6.
- U. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, n. 2017, 3.
- F. COSSIGNANI, *L'azione diretta*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Torino, 2013.
- D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rassegna Forense*, 2010, 1.
- V. D. DALFINO, *Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in www.Questionegiustizia.it, 2018.
- G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 3.
- O. DE PIETRO, L. D'ANCORA, *La cartella clinica. Problemi procedurali ed aspetti medicolegali*, Napoli, 1985.
- D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004 inoltre Geri, "Eccezioni derivanti dal contratto nella assicurazione obbligatoria automobilistica", in *Assicurazioni*, 1972, I.
- M. DI LUCA, D. LARocca, A. CAVALLI, *Profili medicolegali e giuridici della cartella clinica nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Jura Medica*, 1990, 1-3
- G. DI MARCO, S. CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *Il quotidiano giuridico*, n. 4/9, 2017.
- L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it, 2010.

- R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017.
- E. DURANTE MENGONI, A. DE LIMONE, *Su alcuni aspetti medicolegali della cartella clinica ospedaliera*, in *La giustizia penale*, 1975, 1.
- M. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 2.
- G. FANELLI, "Inferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013, in *www.judicium.it*, 2014, 1.
- M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986.
- P. GAGGERO, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2.
- F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017.
- B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «decreto Balduzzi»*, in *Il corriere giuridico*, 2013, 10.
- M. HAZAN, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 3.
- R. F. IANNONE, *La nuova responsabilità sanitaria: rilievi critici alla luce dei primi pronunciati delle Corti*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2.
- L. LAMBO, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in *www.ilforo.it*, 2017, V, coll. 242.
- F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, I.
- F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, IV.
- F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2015, IV.
- M. MAGLIULO, R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2.
- C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 5.
- F. MERUSI, M. BARGAGNA, *La cartella clinica*, Milano, 1978.
- L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa e diritto privato*, 2000.
- V. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 5.
- G. OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in *www.judicium.it*, 2017.

- A. PANZAROLA, *L'istruzione preventiva riformata*, in *Il giusto processo civile*, 2006.
- A. PANZAROLA, *Sub art. 696 e 696-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, 2007.
- R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2017.
- G. PARISI, *Le forme del giudizio di merito*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- S. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Commentario Sialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001.
- G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2.
- G. L. PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law*, in *Yale Law Journal*, 1987, 96.
- A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *www.Foro.it*, 2010, V, coll. 145.
- A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *www.ilforoitaliano.it*, 117, V, 1994.
- G. RICCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- G. RICCI, *La mediazione*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di Angelo Danilo De Santis, Roma Tre-Press, 2017.
- M. ROSSETTI, *L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice per la RCA e di altri soggetti legittimati. La procedura stragiudiziale per la liquidazione dell'indennizzo*, incontro di studio sul tema: "Il codice delle assicurazioni private", Consiglio Superiore della Magistratura, 12-14 marzo 2007.
- M. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti*, in *Giustizia Civile*, 2010.
- M. RUVOLO, S. CIARDO, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in *www.questionegiustizia.it*, 2017.
- R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 1957.
- F. SANTANGELI, *"La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado"*, in *www.judicium.it*, 2011.
- G. SANTONOCITO, *Responsabilità professionale. Lo spostamento dell'asse da rapporto medico-paziente a rapporto utente-struttura. Il rapporto di fiducia*, in *www.Quotidianosanità.it*, 2018.

- I. SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in *La responsabilità nei servizi sanitari: responsabilità civile, responsabilità penale, diritto processuale, amministrativo e del lavoro, profili medico-legali e comparatistici, analisi economica*, a cura di M. Franzoni, Bologna, 2011.
- G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: cose che non vanno*, in www.judicium.it, 2010.
- E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in www.foro.it, 2018, V.
- V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, 3.
- M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2012.
- M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.
- M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 3.
- R. TISCINI, A. BONAFINE, *La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 L. 8 marzo 2017, n. 24*, in www.judicium.it.
- R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, composizione della lite e processo nel D.Lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011.
- A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013.
- G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in www.giustiziacvile.it, 2017.
- G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Il giusto processo civile 2017*, 3, Napoli.
- M. VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <http://www.ilprocessocivile.it/>, 2017.
- M. VACCARI, *L'accertamento tecnico preventivo: probatorio, conciliativo, previdenziale, sanitario*, Milano, 2018.
- G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Il Foro Italiano*, vol. 94, 2011.
- M. A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 3.
- M.A. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. Bove, Torino, 2017.

D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 6.

GIURISPRUDENZA

- Corte cost., 21 aprile 2000, n. 114.
Corte Cost., 23 novembre 1993, n. 406.
Corte cost., 4 marzo 1992, n. 79.
Cass. Civ. Sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473.
Cass. S. U., 24 settembre 2018 n. 22437
Cass. 10 gennaio 2017, n. 324.
Cass. Civ. Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506.
Cass. Civ. Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392.
Cass. Civ. Sez. III, 13 ottobre 2017, n. 24073.
Cass. S. U., 6 maggio 2016, n. 9140.
Cass. Civ. Sez. III, 8 novembre 2016, n. 22639.
Cass. S. U., 2 dicembre 2016, n. 24645.
Cass. S.U., 7 dicembre 2016, n. 25042.
Cass. S. U. 10 febbraio 2014, n. 2907.
Cass. 20 marzo 2014, n. 13944.
Cass. Civ. Sez. VI, 17 aprile 2014, n.8940.
Cass. S.U., 21 maggio 2014, n. 11229.
Cass. S.U. 18 dicembre 2014, n. 26659.
Cass. Civ. Sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391.
Cass. Sez. III, 13 febbraio 2013, n. 3567.
Cass. S. U. 8 ottobre 2013, n. 22848.
Cass. S.U., 28 novembre 2013, n. 26582.
Cass. S.U., 4 gennaio 2012, n. 11.
Cass. Sez. III, 3 febbraio 2012, n. 1620.
Cass. Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616.

Cass. sez. III, 9 giugno 2011, n. 12686.
Cass. Civ. Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538.
Cass. Civ. Sez. III, 27 aprile 2010, n. 10060.
Cass. Civ. Sez. III, ordinanza 2 aprile 2009, n. 8093.
Cass. sez. L, 13 marzo 2009, n. 6218.
Cass. Civ. Sez. III, ordinanza 2 aprile 2009, n. 8093.
Cass. S. U., 11 gennaio 2008, n. 581.
Cass. S. U., 11 gennaio 2008, n. 577.
Cass. Civ. Sez. III, 10 luglio 2008, n. 18863.
Cass. 8 ottobre 2008, n. 25791.
Cass. Civ. Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.
Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953.
Cass. Civ. Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698.
Cass. sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085.
Cass. S. U., 5 maggio 2006, n. 10311.
Cass Civ. Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918.
Cass. 14 novembre 2006, n. 27255.
Cass. Civ. sez. II, 19 gennaio 2005, n. 1064.
Cass. 31 maggio 2005, n. 11598.
Cass. Civ. Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488.
Cass. Civ. Sez. III, 5 luglio 2004, n. 12273.
Cass. Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066.
Cass. Civ. sez. III, 12 maggio 2003, n. 7201.
Cass. Civ. Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316.
Cass., Sez. Lav., ord., 15 settembre 2003 n. 13549.
Cass. Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982.
Cass. 16 giugno 2001, n. 13202.
Cass. Civ., S. U., 1 luglio 2002, n. 9556.
Cass. S. U., 30 ottobre 2001, n. 13533.
Cass. sez. III, 13 settembre 2000 n. 12103.
Cass. Civ. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

Cass. Civ. Sez I, 15 ottobre 1999, n. 11629.
Cass. 27 maggio 1995, n. 4651.
Cass. S. U., 11 novembre 1991, n. 12006.
Cass., 29 luglio 1983, n. 5218.
Cass., 24 marzo 1979, n. 1716.
Cass. Civ. Sez III, 21 dicembre 1978, n. 6141.
Cass. 29 marzo 1976, n. 1132.
Trib. Firenze, 5 maggio 2019.
Trib. Vasto, 19 gennaio 2018.
Trib. Verona 21 febbraio 2017 (ord.), in <https://www.101mediatori.it/>.
Trib. Treviso 25 maggio 2017, in <http://www.pluris-CEDAM.utetgiuridica.it/>.
Trib. Modena, sez. II, ord. 2 maggio 2016.
Trib. Firenze, 14 settembre 2016, n. 7516.
Trib. Verona, 28 settembre 2016, in <http://www.quotidianogiuridico.it/>.
Trib. Bari 28 novembre 2016 (ord.), in <http://www.eclegal.it/>.
Trib. Lecce, 30 gennaio 2015, in www.ilcaso.it.
Trib. Roma, sez. III, ord. 19 febbraio 2015.
Trib. Pavia, sez. III, ord. 9 marzo 2015.
Trib di Vasto, 9 marzo 2015, in *Corriere Giuridico*, 2016.
Trib. Monza, 17 marzo 2015.
Trib. Roma, 26 marzo 2015, in www.dirittocivilecontemporaneo.com.
Trib. Spoleto, 18 maggio 2015, in www.ilcaso.it.
Trib. Roma, 14 gennaio 2014.
Trib. Firenze, sez. II, 19 marzo 2014, in <https://www.iusexplorer.it/>.
Trib. Cremona, 14 maggio 2014.
Trib. Milano, 23 luglio 2014, n. 9693, “sentenza Gattari”.
Tribunale di Palermo con ordinanza 30 dicembre 2011.
Trib. Bologna, 16 ottobre 2009, in *Leggi d'Italia*.
Trib. Mantova, 4 settembre 2008.
Trib. Monza, 15 febbraio 2006.
Trib. Roma, 1 settembre 2003, in www.foro.it.

Giudice di Pace di Parma ordinanza, 1 agosto 2011.

Giudice di Pace di Catanzaro ordinanza, 1 settembre 2011.