

Università degli Studi Roma Tre

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

## **I PROFILI PROCESSUALI DELLA NUOVA DISCIPLINA SULLA RESPONSABILITÀ SANITARIA**

(legge 8 marzo 2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie)

a cura di

ANGELO DANILO DE SANTIS



con prefazione di

ANTONIO CARRATA, GIORGIO COSTANTINO, GIUSEPPE RUFFINI



*RomaTrE-Press*

2017

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

7

I PROFILI PROCESSUALI  
DELLA NUOVA DISCIPLINA  
SULLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

(legge 8 marzo 2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure  
e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale  
degli esercenti le professioni sanitarie)

a cura di  
ANGELO DANILO DE SANTIS

con prefazione di  
ANTONIO CARRATTA, GIORGIO COSTANTINO, GIUSEPPE RUFFINI



*Roma TrE-Press*

2017

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guacero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

*Editing:*

Matteo Bonfigli

*Edizioni: Roma TrE-Press* ©

Roma, novembre 2017

ISBN: 978-88-94885-53-8

<http://romatypress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
*L'unità del diritto*

La collana assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi

scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

## Indice generale

ANTONIO CARRATA, GIORGIO COSTANTINO, GIUSEPPE RUFFINI, *Prefazione* 7

GINEVRA AMMASSARI, *Introduzione. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria* 9

### SEZIONE I

#### LE AZIONI

FABIO COSSIGNANI, *L'azione diretta* 25

GINEVRA AMMASSARI, *I criteri di competenza per le controversie instaurate dal paziente* 51

GIULIA RICCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria* 59

GIACINTO PARISI, *Le azioni esperibili dalle imprese assicurative e dal Fondo di garanzia* 69

ELISA BERTILLO, *L'azione di responsabilità amministrativa* 83

### SEZIONE II

#### LE CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ E LE FORME DEL PROCEDIMENTO

MARA ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria* 105

GIULIA RICCI, *La mediazione* 131

GIACINTO PARISI, *Le forme del giudizio di merito* 151

VALERIA GIUGLIANO, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza* 167

### SEZIONE III

#### L'ISTRUZIONE PROBATORIA

GINEVRA AMMASSARI, *Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità e l'efficacia delle prove* 187

SIMONE CALVIGIONI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali* 205

Indice sommario	225
Indice analitico, <i>a cura di G. Ammassari e S. Calvigioni</i>	229

ANTONIO CARRATTA, GIORGIO COSTANTINO, GIUSEPPE RUFFINI

## Prefazione

Questo volume affronta le questioni processuali della legge 8 marzo 2017, n. 24, sulla responsabilità professionale sanitaria.

Raccoglie i contributi di un gruppo di giovani processualciviliisti che collaborano con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, in questa occasione coordinati da Angelo Danilo De Santis.

L'opera, dopo un'ampia premessa sulla responsabilità del professionista e della struttura sanitaria, esamina nella prima sezione le azioni esperibili: l'azione diretta, il foro del consumatore, l'azione di rivalsa della struttura sanitaria, le azioni esperibili dagli assicuratori e dal Fondo di garanzia e l'azione di responsabilità amministrativa.

La seconda sezione è dedicata alle condizioni di procedibilità ed alle forme del procedimento: alla consulenza tecnica preventiva obbligatoria, alla mediazione, alle forme del procedimento, alle spese e alle misure di deterrenza.

Nella terza sezione si analizzano l'istruzione probatoria e la rilevanza delle «linee guida».

Si tratta di un primo contributo alla comprensione della nuova disciplina, fonte di numerosi problemi teorici ed applicativi soprattutto sotto il profilo processuale ed è il frutto del lavoro comune di diversi collaboratori delle nostre cattedre, che siamo lieti di offrire alla lettura degli studiosi e degli operatori.

Roma, 7 novembre 2017

Antonio Carratta, Giorgio Costantino, Giuseppe Ruffini



Ginevra Ammassari

*Introduzione. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*

SOMMARIO: 1. *Rationes* e disciplina della riforma: il doppio regime di responsabilità – 2. Il precedente assetto della responsabilità sanitaria: dal 'contatto sociale' alla l. 189/2012.

*1. Rationes e disciplina della riforma: il doppio regime di responsabilità*

Il 1° aprile 2017 è entrata in vigore la l. 24/2017 recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», che recepisce molte delle risalenti istanze di riforma avanzate in tema di responsabilità sanitaria.

Il sottile e complicato gioco di equilibri tra i differenti (e delicatissimi) interessi coinvolti dalla riforma si traducono in una trama fin troppo articolata che ha determinato una notevole dilatazione dell'oggetto originario del relativo progetto di legge<sup>1</sup>; l'evoluzione subita dal testo normativo emerge vuoi dal titolo, vuoi dalle note introduttive dello stesso che, all'art. 1, sancisce la strumentalità dell'attività sanitaria al diritto alla salute costituzionalmente garantito, in quanto orientata alla sicurezza delle cure.

L'esordio citato, di stretta evocazione programmatica, si traduce nell'istituzione, al successivo art. 3, dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, le quali, insieme alle linee guida disciplinate all'art. 5 ed elaborate dagli enti, dalle istituzioni e dalle associazioni scientifiche accreditate presso il Ministero della salute, costituiscono lo strumento privilegiato attraverso il quale attuare non solo la gestione (c.d. *risk management*), ma soprattutto la prevenzione del rischio sanitario.

Tale disciplina appare coerente con gli ulteriori obiettivi perseguiti dalla riforma, tra i quali figurano, ancorché non esplicitamente, la riduzione dei

<sup>1</sup> Per i lavori parlamentari della legge in rassegna, cfr. Camera dei Deputati, XVII Legislatura – p.d.l. n. 259, 262, 1312, 1324, 1581, 1769, 1902, 2155; Senato, XVII Legislatura – d.d.l. n. 2224.

costi, sempre più elevati, derivanti dall'applicazione della medicina difensiva, nonché la rinnovata attuazione della c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente.

Questa prospettiva permea altresì le successive disposizioni relative ai profili di responsabilità che – fatta eccezione per la responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie disciplinata dall'art. 6 – costituiscono l'oggetto della presente indagine.

L'art. 7 della riforma disciplina, rispettivamente al comma 1° e al comma 3°, la responsabilità della struttura ospedaliera e dell'esercente la professione sanitaria, distinguendone la relativa natura: infatti, mentre la prima continua ad essere ricondotta alle disposizioni degli artt. 1218 e 1228 c.c., la responsabilità del singolo operatore è trasferita – per così dire, d'ufficio – *sub* art. 2043 c.c.

Sul punto, prima di procedere all'analisi del dettato normativo, si impone una premessa: la codificazione del titolo di responsabilità, espressamente qualificato in via preventiva dallo stesso legislatore, se da un lato sconta la necessità di dirimere le dispute e attenuare le distorsioni applicative derivanti dall'elaborazione del precedente assetto interpretativo – che, elevatosi a consistenza di diritto vivente, viene parzialmente sconfessato dalla riforma – dall'altro, stona tangibilmente poiché sconfinava nel campo tradizionalmente riservato agli interpreti; incursione, questa, peraltro rafforzata dall'ultimo comma dell'art. 7, il quale, assumendo la funzione di norma di chiusura, dispone la tombale imperatività delle norme ivi dettate ai sensi del codice civile.

Tanto premesso, la riforma disciplina due forme di responsabilità che, autonome nel titolo, sembrerebbero distinguersi sotto l'ulteriore profilo del relativo criterio di imputazione: se per la struttura sanitaria trova conferma il precedente assetto improntato al principio di precauzione, la responsabilità del singolo operatore viene declinata sotto il profilo della colpa professionale.

Procedendo con ordine, la norma, al comma 1°, dispone che gli enti ospedalieri rispondono, in proprio, *ex* art. 1218 c.c., dell'adempimento delle obbligazioni riconducibili al contratto di ospitalità, da tempo tipizzato e ricondotto dalla giurisprudenza all'autonomia che gli è propria<sup>2</sup>.

Infatti, la struttura ospedaliera, disponendo delle risorse economiche e strutturali idonee a gestire, in via sistematica, i rischi connaturati all'esercizio

---

<sup>2</sup> V. Cass. 28 novembre 2007, n. 24742, in «Rep. Foro it.» 2009, voce *Professioni intellettuali*, n. 85; S.U., 1 luglio 2002, n. 9556, «Foro it.», 2002, I, coll. 3060, con nota di A. PALMIERI e «Nuova giur. civ. comm.», 2003, p. 689, con nota di L. FAVILLI. In dottrina v., sul punto, M. GORGONI, *La responsabilità della struttura sanitaria*, in «Danno e resp.», 2016, p. 807.

dell'attività sanitaria, è tenuta ad adottare, nell'adempimento di una propria ed esclusiva obbligazione, modelli organizzativi e prassi preventive strumentali alla sicurezza delle cure e alla protezione del paziente che, dunque, costituiscono l'oggetto di una prestazione composita, contrattualmente dovuta.

Tale impostazione – che, in ossequio al combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 c.c., grava gli enti della dimostrazione dell'adozione della dovuta diligenza nell'adempimento dell'obbligazione citata, ovvero dell'imprevedibilità dell'evento avverso – informa l'intera struttura dell'art. 7, là dove, quest'ultimo, sempre al comma 1°, dispone che l'ente ospedaliero risponde altresì, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dei danni cagionati dalle condotte, dolose o colpose, poste in essere dai professionisti della cui opera si avvalga nell'adempimento della propria obbligazione<sup>3</sup>; e ciò anche qualora questi siano stati scelti dal paziente, non siano dipendenti della struttura o, a norma del comma 2° e in parziale deroga all'impronta codicistica che disciplina la responsabilità per fatto degli ausiliari<sup>4</sup>, in ipotesi di prestazioni eseguite in regime di libera professione *intra moenia*<sup>5</sup>.

Al contrario, ai sensi del comma 3° della norma in esame, la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria viene espressamente ricondotta, salvo il caso in cui questi agiscano nell'adempimento di una propria obbligazione contrattuale direttamente assunta con il paziente<sup>6</sup>, nell'alveo dell'illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.*

<sup>3</sup> Trova dunque conferma, nella l. 24/2017, la teoria del rischio di impresa, cui P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, *passim*, riconduce non solo l'art. 2049 c.c. ma anche il disposto dell'art. 1228 c.c.; così anche R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, «Contr. e impr.», 2014, p. 123.

<sup>4</sup> Tale impostazione si rileva già in Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, in «Foro it.», 2008, I, coll. 1990; 14 luglio 2004, n. 13066 in «Danno e resp.», 2005, p. 537 con nota di A. AGNINO. In dottrina, sul punto, si segnala G. MAISIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, *id.*, 2017, p. 752, il quale si interroga sulla possibilità che nel contratto di ospedalità trovino ingresso clausole derogatorie all'applicabilità dell'art. 1228 c.c.

<sup>5</sup> Per un'attenta disamina della casistica *ante* riforma si segnala G. CERDONIO CHIAROMONTE, *La responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in «Riv. dir. civ.», 2017, p. 123.

<sup>6</sup> Sul punto, si segnala A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in «Contr.», 2017, p. 217, la quale, nel rapportare le precedenti elaborazioni giurisprudenziali con l'attuale formulazione normativa, ne evidenzia la possibile deriva interpretativa, concludendo nel senso che sarebbe stato preferibile ricondurre la responsabilità contrattuale, dettata in via residuale per l'operatore sanitario, alla specifica stipulazione di un contratto d'opera professionale; inoltre L. LAMBO, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in «Foro it.», 2017, V, coll. 242, ravvisa un'ingiustificata disparità di trattamento nelle due ipotesi, in quanto tale idonea a suscitare dubbi di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost.

Quest'ultima rappresenta una delle disposizioni dotate di maggior portata innovativa, giacché, nell'escludere la natura contrattuale della responsabilità del professionista sanitario – precedentemente sancita in via pretoria<sup>7</sup> – inibisce l'applicabilità della teoria del contatto sociale al suo naturale ambito di elezione.

Inoltre, la norma dispone che il giudice, ai sensi dell'art. 590 *sexies* c.p., deve tenere conto della condotta dell'operatore sanitario che nel compimento della propria opera professionale si sia attenuto alle già citate buone pratiche e linee guida di cui all'art. 5.

Tale disposizione, nell'introdurre una gradazione dell'entità del risarcimento posto a carico del solo esercente la professione sanitaria in ipotesi di colpa lieve, sembrerebbe innestare l'applicabilità di criteri di imputazione causale del danno in sede di relativa liquidazione<sup>8</sup>: infatti, ai fini della riduzione del risarcimento derivante dall'osservanza delle regole di *soft law*, rileva la condotta del danneggiante e non (solo) il pregiudizio subito dal danneggiato<sup>9</sup>.

Infine, a completare la disciplina dell'attuale assetto di responsabilità, figura il 4° comma dell'art. 7 che, improntato a contenere la generosità dei risarcimenti, dispone la diretta applicabilità degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private e dei criteri tabellari di determinazione del danno ivi disciplinate, sinora adottati esclusivamente nel settore della responsabilità civile automobilistica<sup>10</sup>.

Dall'impianto descritto emerge l'intento di razionalizzazione della riforma, la quale, attraverso la definitiva contrattualizzazione della responsabilità della struttura sanitaria, si propone di indirizzare il contenzioso relativo alla *medical malpractice* nei confronti di quest'ultima<sup>11</sup>, così limitando, al contempo, la responsabilità del singolo operatore sanitario.

---

<sup>7</sup> V. *infra*, p. 17.

<sup>8</sup> Per una trattazione sistematica della questione si a S. CALVIGIONI, *in questo volume*, p. 203 e ss.

<sup>9</sup> G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, giustiziacivile.com, Danno e resp., 3 marzo 2017, <<http://giustiziacivile.com/danno-e-responsabilita/editoriali/vaghi-appunti-sulla-riforma-della-responsabilita-sanitaria>>, al riguardo conia l'inedita espressione: 'danni de-punitivi'; l'A. si interroga altresì se, viceversa, una condotta gravemente colposa possa condurre, a prescindere dall'oggettiva valutazione del danno, allo speculare aumento del risarcimento.

<sup>10</sup> Al riguardo, M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in «Danno e resp.», 2017, p. 84, parla di una regola di equità codificata. Sul tema si rinvia nuovamente a S. CALVIGIONI, *in questo volume*, p. 203 e ss.

<sup>11</sup> Che – secondo una definizione ormai nota – assurge a *deep pocket* da cui poter agevolmente attingere al fine di ristorare il pregiudizio subito dal paziente.

Tale impostazione trova conferma nell'art. 10, l. 24/2017, il quale impone alle strutture di dotarsi della dovuta copertura assicurativa; obbligo che, seppur non del tutto inedito, tradisce un intento ulteriore, costituito dalla messa in sicurezza del sistema demandata al rilancio del mercato assicurativo di settore<sup>12</sup>.

Quest'ultimo rilievo consente di ampliare l'oggetto della presente indagine che, se estesa all'analisi degli ulteriori istituti disciplinati dalla riforma, offre l'opportunità per interrogarsi sulla congruità dei mezzi ivi predisposti rispetto ai molteplici scopi perseguiti dal legislatore, chiamato a presidiare istanze di tutela diverse e spesso confliggenti.

Infatti, il citato obbligo di assicurazione introdotto dall'art. 10 e imposto tanto alla struttura sanitaria che al singolo operatore, oltre a garantire le aspirazioni risarcitorie del soggetto danneggiato, assume una funzione complementare rispetto a due novità introdotte dal testo normativo in rassegna: l'azione di rivalsa (o di responsabilità amministrativa) e l'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice, rispettivamente disciplinate dall'art. 9 e dall'art. 12; ad entrambi gli istituti sono dedicati due capitoli *ad hoc* del presente lavoro – cui, pertanto, si rinvia<sup>13</sup> – dovendosi limitare l'analisi condotta in questa sede alle interazioni che questi presentano con i profili di responsabilità.

Se le implicazioni tra questi ultimi e l'azione diretta emergono *ictu oculi*, là dove, banalmente, viene ampliata la platea dei soggetti nei cui confronti far valere, con i dovuti limiti, le pretese risarcitorie del paziente danneggiato, la relazione sussistente con l'azione di rivalsa esige un più approfondito esame delle disposizioni dettate dalla l. 24/2017 in tema di assicurazione obbligatoria.

Infatti, dove l'art. 9 condiziona l'esercizio del diritto di regresso azionabile dalla struttura o, in via di surroga, dall'impresa assicuratrice alle ipotesi di dolo e colpa grave degli esercenti la professione sanitaria, il 2° comma dell'art. 10, in via del tutto speculare, impone a questi ultimi la stipula, con oneri a proprio carico, di una polizza di assicurazione per colpa grave, contestualmente destinata a garantirli vuoi dall'esposizione risarcitoria che residua dall'attuale sistema delineato dall'art. 7, vuoi dal rischio di rivalsa, comunque modulato, ai sensi del comma 5 dell'art. 9, in base al diverso

<sup>12</sup> Il tema sarà approfondito nei capitoli che seguono, sicché, in questa sede, ci si limita a segnalare: A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in «Foro it.», 2017, V, coll. 197; M. HAZAN, *op. ult. cit.*, p. 75; ID., *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, «Danno e resp.», 2017, p. 317.

<sup>13</sup> Cfr. G. PARISI, G. RICCI e F. COSSIGNANI, *in questo volume*, pp. 25 e ss., 59 e ss., e 69 e ss.

grado della colpa del professionista<sup>14</sup>; inoltre, il 1° comma dell'art. 10, in ossequio ai risultati già raggiunti in sede di contrattazione collettiva, dispone che le strutture sanitarie siano tenute a garantire gli operatori ivi strutturati con una polizza assicurativa ulteriore e limitata alle ipotesi di colpa lieve, a copertura dalle pretese risarcitorie azionate direttamente nei confronti di questi ultimi. Residua l'ipotesi di dolo che, fermi i limiti disposti dall'art. 1900 c.c., è assicurabile esclusivamente dalla struttura a copertura delle condotte dolose dei propri dipendenti (ma non solo)<sup>15</sup>.

Ne deriva un impianto complesso che, a seconda della diversa strategia processuale attuata dal paziente danneggiato, rischia di minare l'opera di 'deresponsabilizzazione' del medico (*rectius*, dell'esercente la professione sanitaria) articolata dalla riforma, così legittimandosi la posizione di chi<sup>16</sup> sostiene che, a tal fine, sarebbe stato preferibile sottrarre gli ausiliari dai rischi connessi *in nuce* al mantenimento della responsabilità diretta.

Infatti, al netto delle novità introdotte dalla l. 24/2017, permane una consistente esposizione risarcitoria dell'operatore sanitario che, ai sensi del comma 3° dell'art. 7, risponde direttamente – seppur *ex art.* 2043 c.c. – con l'unica eccezione costituita dalla *culpa levis*; qualora, invece, il paziente danneggiato, attratto dal regime processuale agevolato derivante dalla natura contrattuale della responsabilità della struttura, agisca esclusivamente nei confronti di quest'ultima ai sensi dell'art. 1228 c.c., il professionista, fermi i limiti imposti dal comma 5° dell'art. 9, risponderà comunque in proprio, anche se in via di rivalsa, in ipotesi di dolo e colpa grave.

Inoltre, il quadro descritto è suscettibile di complicarsi ulteriormente là dove, a fronte del doppio binario introdotto, il paziente decida di citare in giudizio, a diverso titolo, tanto l'operatore sanitario responsabile in via aquiliana, che la struttura, la quale potrebbe essere chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma anche *ex art.* 1228 c.c. per le condotte dolose o colpose dei professionisti ivi operanti.

Difatti, il sistema articolato dalla riforma non esclude l'ipotesi di un

<sup>14</sup> M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., p. 82, rileva una confusione del profilo attinente alla criteriologia liquidativa con quello della concorsualità nella causazione dell'illecito.

<sup>15</sup> Infatti – si ribadisce – l'ente ospedaliero è chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dei danni cagionati dalle condotte, dolose o colpose, poste in essere da tutti i professionisti ivi operanti, ancorché non siano dipendenti della struttura e in ipotesi di prestazioni eseguite in regime di libera professione *intra moenia*.

<sup>16</sup> R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in «Foro it.», 2017, V, coll. 161; R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in «Danno e resp.», 2017, p. 261.

concorso<sup>17</sup> tra le due forme di responsabilità che, stante il diverso atteggiarsi dei relativi oneri probatori, potrebbe condurre ad esiti opposti<sup>18</sup> o, al contrario e in ragione dell'unicità dell'evento dannoso, a una condanna solidale dei soggetti coinvolti a norma dell'art. 2055 c.c., derivandone l'eventualità di una rivalsa ulteriore azionata dalla struttura, comunque condizionata alla sussistenza della colpa grave del professionista<sup>19</sup>.

Inoltre, dal combinato disposto della disposizione disciplinante la responsabilità della struttura per fatto degli ausiliari e la clausola che fa salva la natura contrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che agisca in adempimento di un'obbligazione direttamente assunta con il paziente, sembrerebbe emergere una sovrapposizione ulteriore: infatti, il comma 1° dell'art. 7 dispone l'applicabilità dell'art. 1228 c.c. anche nel caso in cui il professionista sia stato scelto dal paziente; ipotesi, questa, intuitivamente riconducibile proprio (ma non soltanto) alla sussistenza di un vincolo contrattuale tra quest'ultimo e il professionista medesimo.

Ne consegue una duplicità di soluzioni: vi è infatti chi<sup>20</sup>, in luogo dell'art. 1228 c.c., propone l'applicabilità dell'art. 1307 c.c., disciplinante l'adempimento di prestazioni indivisibili ad opera di una pluralità di obbligati in via solidale.

In conclusione, il rischio, più o meno variabile, cui l'operatore rimane innegabilmente esposto sembrerebbe mitigarsi, come anticipato, esclusivamente sotto il profilo della riduzione del termine prescrizione e dell'onere probatorio che, attualmente, in ragione della natura aquiliana della responsabilità sancita dall'art. 7, sembrerebbe gravare sul danneggiato; agevolazione, questa, che, avuto riguardo alle prassi applicative, rivela un'utilità assai ridotta<sup>21</sup> – se non in ipotesi limite, costituite dalle c.d. cause

<sup>17</sup> Sul punto v. G.E. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. punti fermi e nuove linee di riforma*, in «Resp. civ. e prev.», 2017, p. 65, il quale rileva che, a livello sistematico, la responsabilità dell'ente ex art. 1228 c.c. mal si concilia con quella diretta del medico, entrambe ascrivibili ai medesimi fatti; A. DI MAIO, *Il cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), <[https://www.personaedanno.it/attachments/allegati\\_articoli/AA\\_012360\\_resource1\\_orig.pdf](https://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_012360_resource1_orig.pdf)>Incontri C.S.M> (Atti del convegno 'Incontri C.S.M.', Università degli Studi di Roma Tre, Roma, 13 novembre 2007).

<sup>18</sup> Sul punto, seppur con riguardo all'impianto introdotto dalla precedente l. Balduzzi, v. R. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, p. 123, il quale riconduce la possibile dissociazione tra gli esiti dei due giudizi di responsabilità alla diversa rilevanza assunta dalla condotta del professionista sul piano della causalità giuridica e materiale.

<sup>19</sup> Così R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit, p. 264.

<sup>20</sup> G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. ult. cit.*, p. 502.

<sup>21</sup> In tal senso, cfr., nuovamente, R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 265.

ignote – giacché l'esito del processo, nel contenzioso relativo alla *medical malpractice*, è tradizionalmente rimesso all'accertamento medico-legale espletato in sede di consulenza tecnica d'ufficio cui oggi, a norma dell'art. 8 l. 24/2017, si sostituisce o si aggiunge (ma non sempre) l'accertamento tecnico preventivo<sup>22</sup>.

Ad aggravare la posizione del professionista contribuisce, inoltre, il consolidato orientamento applicato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità medica che, dunque, occorre analizzare nel suo *iter* evolutivo al fine di individuare i possibili esiti interpretativi cui si espone l'attuale sistema delineato dalla l. 24/2017.

## 2. *Il precedente assetto della responsabilità sanitaria: dal 'contatto sociale' alla l. 189/2012*

La responsabilità sanitaria costituisce l'oggetto privilegiato di un intenso dibattito che, confluito, da ultimo, in due recenti interventi normativi, risulta profondamente condizionato dall'assetto interpretativo elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, da tempo improntato a garantire maggiore effettività alla tutela del paziente.

Infatti, la disciplina dell'istituto risente innegabilmente dell'evoluzione subita e dalla nozione di salute, e dal relativo diritto costituzionalmente garantito che, a partire dagli ultimi venti anni del secolo scorso, si attesta nella sua duplice accezione di diritto di libertà e di diritto sociale, declinato in termini di sicurezza delle cure<sup>23</sup>.

A tale impostazione corrisponde, sul versante delle tutele, l'elaborazione di un assetto di responsabilità peculiare<sup>24</sup> che, attraverso l'applicazione del criterio di diligenza dettato in tema di responsabilità contrattuale dal 2° comma dell'art. 1176 c.c.<sup>25</sup>, conduce al parziale superamento dei privilegi di

---

<sup>22</sup> Su cui v. *infra*, M. ADORNO, in *questo volume*, p. 105 e ss.

<sup>23</sup> Sul punto, v. Corte cost. 26 luglio 1979, n. 88, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), <<http://www.giurcost.org/decisioni/1979/0088s-79.html>>, la quale riconosce la salute quale interesse collettivo, nonché, Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in «Foro it.», 1991, I, coll. 14, che sancisce il legame intercorrente tra la libertà personale all'autodeterminazione dell'individuo e il diritto alla salute. In dottrina, cfr. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in «Dir. soc.», 1980, p. 774; ID., *Salute*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, *passim*.

<sup>24</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1995, p. 392, parla di un autonomo sottosistema di responsabilità civile.

<sup>25</sup> Cui consegue altresì l'applicazione dell'esonero disposto dall'art. 2236 c.c. in ipotesi

*status* precedentemente riconosciuti al medico, comunque responsabile ai soli sensi dell'art. 2043 c.c.; al contempo, la giurisprudenza riconosce l'autonomia del vincolo contrattuale<sup>26</sup> gravante sulla struttura sanitaria, derivandone il concorso tra la responsabilità aquiliana del professionista e quella dell'ente che, come anticipato, viene ricondotta al paradigma della responsabilità di impresa, in quanto tale improntata al principio di prevenzione.

Tuttavia, nell'equiparare la posizione del paziente a quella di un danneggiato qualunque, tale sistema di responsabilità duplice e concorrente<sup>27</sup> reca una contraddizione che, avvertita dalla giurisprudenza, induce quest'ultima a capovolgere la prospettiva sinora adottata nei confronti del professionista: la Suprema Corte, quasi venti anni orsono, elaborò la nota teoria<sup>28</sup> che, articolata sul disposto dell'art. 1173 c.c., annoverava tra le fonti delle obbligazioni ivi disciplinate finanche il contatto sociale; l'applicazione di tale categoria dogmatica, posta al confine tra contratto e fatto illecito, consentiva la dissociazione tra la fonte del rapporto e l'obbligazione (senza prestazione) che ne scaturisce, la quale, intercorrendo tra soggetti determinati, è sottoposta alla disciplina riservata ai vincoli di natura contrattuale e non già all'illecito aquiliano, ascrivibile alla violazione del generico dovere di *neminem laedere*.

Pertanto, attraverso la valorizzazione degli aspetti relazionali connaturati all'esercizio dell'attività sanitaria<sup>29</sup>, la giurisprudenza di legittimità ha sancito la natura contrattuale<sup>30</sup> della responsabilità del medico, alla cui base

---

di colpa lieve. Sul punto, cfr. Cass. 7 ottobre 1998, n. 9911, in «Foro it.», 1998, I, coll. 3520; 15 gennaio 1997, n. 364, *id.*, 1997, I, coll. 771, con nota di A. PALMIERI; 1 marzo 1988, n. 2144, *id.*, 1988, I, coll. 2296, con nota di A. PRINCIGALLI; S.U., 6 maggio 1971, n. 1282, *id.*, 1971, I, coll. 1476.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in «Giur. it.», 1991, I, p. 600, con nota di D. CARUSI.

<sup>27</sup> Che, peraltro, ricorda quello articolato dalla l. 24/2017, o viceversa.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in «Foro it.», 1999, I, coll. 3332, con note di A. LANOTTE e F. DI CIOMMO; «Danno e resp.», 1999, pp. 294 e 777 con note di V. CARBONE e R. DE MATTEIS; «Contr.», 1999, p. 999, con nota di E. GUERINONI, nonché in «Corr. giur.», 1999, p. 441 con nota di A. DI MAJO. In dottrina, tra i fautori della teoria del contatto sociale, v. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, I, Milano, 1995, p. 147, il quale fa propria l'impostazione di origine tedesca; per un'analisi comparatistica dell'evoluzione subita nell'applicazione dell'istituto C.W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in «Riv. dir. civ.», 2017, p. 4.

<sup>29</sup> Sul punto, cfr. nuovamente C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo, Scritti per A. Di Majo*, Jovene, Napoli, 2012, p. 89.

<sup>30</sup> G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in «Resp. civ. e prev.», 2016, p. 75, presenta tale impostazione in termini di mutazione genetica senza precedenti.

figurano, rispettivamente, l'affidamento riposto nella professionalità di quest'ultimo e gli obblighi di protezione del paziente<sup>31</sup>, cui il professionista è direttamente tenuto, alla stessa stregua della struttura sanitaria<sup>32</sup>.

Il sistema, così strutturatosi, troverà definitiva conferma nell'impostazione successivamente adottata dalla giurisprudenza che, impegnata nella tipizzazione del contratto di ospedalità con effetti protettivi verso terzi<sup>33</sup>, pone direttamente a carico dell'ente obblighi volti a garantire, tra gli altri, l'adeguatezza dell'assistenza sanitaria fornita attraverso l'opera professionale del medico.

In questa prospettiva, la struttura sanitaria è chiamata a rispondere non soltanto a norma dell'art. 1218 c.c., ma anche dei danni cagionati dai professionisti della cui collaborazione si avvalga nell'adempimento della propria obbligazione, così attuandosi lo schema delineato dall'art. 1228 c.c. che, analizzato nel precedente paragrafo, determina l'applicazione di criteri di responsabilità (semi)oggettiva<sup>34</sup>.

L'opera di ricognizione affidata alla giurisprudenza è proseguita nel corso degli anni duemila con il definitivo superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato<sup>35</sup> che, insieme al consolidamento dell'applicabilità degli artt. 2236 e 1176, 2° comma, c.c., ha determinato altresì, in ossequio al principio di prossimità della prova<sup>36</sup> affermato nel

<sup>31</sup> Integranti, nelle elaborazioni giurisprudenziali successive, l'oggetto di obblighi secondari che accedono strumentalmente al primario obbligo di cura a carico del professionista, cfr. Cass. 2 ottobre 2001, n. 12198, in «Rep. Foro it.» 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 204, nonché recentemente, 13 luglio 2010, n. 16394, *id.*, 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 171.

<sup>32</sup> Un'ulteriore rivisitazione dell'impostazione descritta si registra in Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in «Resp. civ. e prev.», 2007, p. 1824, con nota di M. GORGONI, «Resp. civ.», 2007, pp. 967 e 980, con note di M. FACCIOLE e R. PARTISANI e «Danno e resp.», 2007, p. 1028 con nota di V. SCALISI, secondo la quale l'oggetto della prestazione riconducibile al contatto sociale coincide con quella cui il professionista è tenuto in ragione del contratto d'opera professionale concluso con la struttura sanitaria.

<sup>33</sup> V. Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698, in «Danno e resp.», 2006, p. 953 con puntuali annotazioni di R. BREGA, la quale dà conto del carattere composito della prestazione cui è tenuta la struttura sanitaria.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. 22 settembre 2015, n. 18610, in «Rep. Foro it.» 2015, voce *Contratto in genere*, n. 304; 8 ottobre 2008, n. 24791, *id.*, 2009, voce *Sanità pubblica*, n. 464; 13 aprile 2007, n. 8826, *cit.*; 26 gennaio 2006, n. 1698, in *id.*, 2006, voce *Contratti atipici*, n. 360; 9 novembre 2006, n. 23918, in «Foro it.», 2007, I, coll. 71, con note di A. LANOTTE e A. PALMIERI.

<sup>35</sup> Ritenuta priva di riscontro normativo alcuno, così Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781, in «Eur. dir. priv.», 2006, p. 781, con nota di A. NICOLUSSI.

<sup>36</sup> Il tema costituisce l'oggetto dell'ultima sezione del presente volume, sicché, allo stato della riflessione, è sufficiente rilevare che l'applicazione di tale principio di matrice processuale ribadito da Cass. 7 aprile 2006, n. 141, in «Foro it.», 2006, I, coll. 1161, con note di D. DALFINO

2001 dalle sezioni unite della Corte di cassazione<sup>37</sup>, l'inversione del relativo onere; quest'ultimo, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento qualificato ad opera del paziente, viene posto a carico del professionista<sup>38</sup>, il quale è tenuto a fornire la prova liberatoria della propria responsabilità.

Tale impostazione, strenuamente criticata da parte della dottrina<sup>39</sup> tanto sotto il profilo sistematico che in ragione delle distorsioni cui conduce in sede applicativa<sup>40</sup>, ha resistito indefessa finanche all'intervento normativo del 2012, là dove, a fronte di una formulazione quantomeno ambigua<sup>41</sup>, il richiamo dell'art. 2043 c.c. disposto testualmente dall'art. 3<sup>42</sup>, l. 189/2012 rappresenta, nell'interpretazione successivamente offerta dalla giurisprudenza di legittimità<sup>43</sup>, un generico rinvio alle norme sulla responsabilità civile,

---

e A. PROTO PISANI, integrando il disposto dell'art. 2697 c.c. conformemente a Costituzione, prescinde dalla sola distinzione riconducibile al titolo di responsabilità.

<sup>37</sup> Cass., S.U., 30 ottobre 2001 n. 13533, in «Foro it.», 2002, I, coll. 769, con nota di P. LAGHEZZA; «Cott. giur.», 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA; «Nuova giur. civ. comm.», 2002, p. 356, con nota di B. MEOLI; «Contr.», 2002, p. 118, con nota di U. CARNEVALI.

<sup>38</sup> V. Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, in «Foro it.», 2008, I, coll. 455, con nota di A. PALMIERI, «Danno e resp.», 2008, pp. 788, 871 e 1002, con note di G. VINCIGUERRA, A. NICOLUSSI e M. GAZZARA, «Resp. civ.», 2008, p. 397, con nota di R. CALVO, «Nuova giur. civ. comm.», 2008, p. 616, con nota di R. DE MATTEIS, «Giur. it.», 2008, p. 2197 ss., con nota di M.G. CURSI. Sul tema si rinvia nuovamente alla terza sezione del presente volume.

<sup>39</sup> Tra i tanti contributi, si segnalano, pur senza pretesa di esaustività: G. ALPA - G. VISINTINI - R. DE MATTEIS, *Dibattito a più voci intorno alla colpa medica, con specifico riferimento alla responsabilità del medico psichiatra*, in «Contr. e impr.» 2015, pp. 529, 531 e 564; F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in «Danno e resp.», 2014, p. 461; A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in «Riv. dir. civ.», 2013, I, p. 77; E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in «Resp. civ.», 2011, p. 1456; V. ZENO-ZENCOVICH, *Un commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in «Riv. dir. civ.», 2008, p. 297.

<sup>40</sup> V. G. AMMASSARI, in questo volume, p. 185.

<sup>41</sup> «capace di confondere il titolo di responsabilità con l'elemento soggettivo dell'illecito», così G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, cit.

<sup>42</sup> La norma, dopo aver circoscritto alle sole ipotesi di dolo e colpa grave la penale responsabilità del professionista, dispone: «resta comunque fermo l'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 del codice civile».

<sup>43</sup> V. Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in «Foro it.», 2014, I, coll. 1413, con note di G. COSTANTINO e G. SCARSELLI; 19 febbraio 2013, n. 4030, in «Danno e resp.», 2013, p. 367 con nota di V. CARBONE; 26 febbraio 2013, n. 4792, in «Rep. Foro it.» 2013, voce *Professioni intellettuali*, n. 177. Pronunce difformi si registrano soprattutto nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 17 luglio 2014, in «Nuova giur. civ. comm.», 2015, p. 96; Trib. Enna 18 maggio 2013, in «Danno e resp.», 2014, p. 74, con nota di D. ZORZIT; Trib. Torino 26 febbraio 2013 e Trib. Varese 26 novembre 2012, *id.*, 2013, p. 373 con

in quanto tale inidoneo a sconfessare il regime affermato in precedenza<sup>44</sup>.

In conclusione, a fronte della solidità dell'assetto descritto che, improntato alla massima tutela del paziente, si impone da circa vent'anni, a questo punto della riflessione emerge quantomeno l'interrogativo che questa si propone di suscitare: l'espressa codificazione del titolo di responsabilità del professionista disposta dalla l. 24/2017 rappresenta davvero una svolta nella disciplina della materia?

Sul punto, i primi commentatori della riforma si mostrano quantomeno scettici<sup>45</sup> e, nel valorizzare la nozione di buona fede oggettiva<sup>46</sup> posta a fondamento di quegli stessi obblighi di protezione<sup>47</sup> declinati dalla giurisprudenza con riferimento all'obbligazione *ex lege*, sostengono la diretta applicabilità in sede aquiliana dell'art. 1175 c.c. che, dunque, costituisce

---

nota di V. CARBONE. Sul punto si segnalano altresì Trib. Cremona 1° ottobre 2013, *id.*, 2014, p. 633, con nota di L. MATTINA e «Resp. civ. e prev.», 2014, p. 1321, con nota di A. GALLETTI; Trib. Milano 2 dicembre 2014, *id.*, 2015, p. 1700, con nota di M. GORGONI, i quali valorizzano l'applicabilità del criterio di diligenza *ex art.* 1176, 2° comma, c.c., a prescindere dal titolo di responsabilità.

<sup>44</sup> In dottrina, favorevoli a tale interpretazione, v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 159; M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in «Resp. civ. e prev.», 2015, p. 180; R. PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2015, p. 37; L. MATTINA, *“Legge Balduzzi”: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*, in «Danno e resp.», 2015, p. 66; R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in «Contr. e impr.», 2014, p. 786; B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»*, in «Corr. giur.», 2013, p. 1239; R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in «Resp. civ. e prev.», 2013, p. 357. Contrari, invece, G. PONZANELLI, *Dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in «Danno e resp.», 2016, p. 816; M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quotidiane del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in «Danno e resp.», 2015, p. 881; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, «contatto sociale» e doveri di protezione «autonomi»*, in «Eur. e dir. priv.», 2014, p. 154; GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in «Resp. civ. e prev.», 2014, p. 1039; D. ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del decreto Balduzzi: un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in «Danno e resp.», 2014, p. 74. Si segnala, inoltre, R. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, p. 127 la quale, pur riconoscendo il mutamento del titolo di responsabilità del professionista a seguito della l. 189/2012, rileva la necessità di coordinare i risultati raggiunti in via interpretativa dalla giurisprudenza con la disciplina codicistica relativa all'illecito aquiliano, inapplicabile *tout court* in sede di responsabilità medica.

<sup>45</sup> Cfr. G.E. NAPOLI, *op. ult. cit.*, p. 70; G. ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2017, p. 228; A. BARBARISI, *op. ult. cit.*, p. 219.

<sup>46</sup> Sul tema cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

<sup>47</sup> L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, CEDAM, Padova, 2007, *passim*.

la fonte normativa attraverso cui attrarre in ambito contrattuale la tutela di chi è terzo rispetto alla prestazione oggetto del contratto<sup>48</sup>.

Tuttavia, la ricerca di una risposta al quesito proposto non può prescindere dall'analisi relativa alla ripartizione dell'*onus probandi* concernente la colpa e il nesso eziologico che, integrando gli elementi maggiormente controversi, sotto il profilo applicativo e processuale, della disciplina della responsabilità sanitaria, costituisce l'oggetto delle pagine che seguono.

### *Abstract*

Il contributo ricostruisce sul piano diacronico e sistematico il sistema della responsabilità c.d. sanitaria e pone attenzione all'evoluzione della qualificazione del rapporto tra esercente la professione sanitaria, struttura sanitaria e utente del servizio, attraverso un'analisi della giurisprudenza e delle norme di legge succedutesi negli ultimi trenta anni.

### *Nota biografica dell'autrice*

Ginevra Ammassari è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e Diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

È autrice di note e commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati su riviste scientifiche italiane.

---

<sup>48</sup> In tal senso cfr. L. LAMBO, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca* (obblighi di protezione c. *alterum non laedere*), cit., il quale, nel riconoscere piena autonomia strutturale agli obblighi di protezione del paziente, distingue la fonte di questi ultimi e quella dell'obbligo alla prestazione principale del contratto concluso tra la struttura sanitaria e il professionista.



SEZIONE I

LE AZIONI



Fabio Cossignani

## *L'azione diretta*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'obbligo di copertura assicurativa e l'azione diretta nel quadro della riforma. – 3. Ambito di applicazione dell'azione diretta ex art. 12. – 4. La legittimazione attiva. – 5. La legittimazione a contraddire. – 6. Il litisconsorzio necessario e facoltativo. – 7. L'inopponibilità delle eccezioni. 8. Altre questioni processuali. Rinvio.

### *1. Premessa*

Uno degli aspetti salienti e più innovativi della l. 8 marzo 2017, n. 24 in tema di responsabilità sanitaria è senza dubbio l'introduzione della cd. azione diretta a favore dei danneggiati nei confronti delle imprese di assicurazione.

Le disposizioni normative di riferimento sono contenute nell'art. 12 l. n. 24/2017, rubricato infatti «Azione diretta del soggetto danneggiato».

Va tuttavia precisato da subito che l'art. 12 non è di immediata applicazione. Ai sensi dell'ultimo comma, le sue disposizioni «si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'art. 10 con il quale sono determinati i requisiti minimi della polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie».

Ad ogni modo, nel più generale ambito assicurativo, l'azione diretta trova il suo principale modello nell'azione disciplinata prima dall'art. 18 l. 990/1969<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Su cui v., tra molti, A. DE CUPIS, *L'azione della vittima*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, a cura di A. Genovese, CEDAM, Padova 1977, p. 95 ss.; A. DONATI, *La nuova legge italiana sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica e la Convenzione di Strasburgo*, in «Ass.», 1970, I, p. 30, spec. p. 36; F. JR. FERRARA, *L'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1974, p. 752 segg., spec. p. 764 ss.; G. GENTILE, *Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile degli autoveicoli e dei natanti*, Giuffrè, Milano, 1971; I. MILITERNI, A. VELLA, *L'assicurazione obbligatoria*, Jovene, Napoli 1971, p. 160 segg.; L. STANGHELLINI, *I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1990; G. TARZIA, *Aspetti processuali dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica*, (I parte) in «Riv. dir. proc.», 1973, p. 643 segg., e (II parte) *id.*, 1974, p. 29 segg.; C. VOCINO, *Incognite processuali della legge 24 dicembre 1969, n. 990*, in «Dir. e pratica ass.», 1971, p. 197 segg.

e, in seguito, dall'art. 144 cod. ass.<sup>2</sup>, ossia l'azione diretta in materia di responsabilità civile automobilistica.

L'aggettivo «diretta» descrive – in maniera impropria<sup>3</sup> – la deroga rispetto alla regola generale in materia di contratto di assicurazione della responsabilità civile, ove il rapporto si instaura esclusivamente tra assicurato e assicuratore. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1917, comma 1, c.c. 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»<sup>4</sup>. Sul piano processuale, si tratta quindi di un'azione proponibile contro il danneggiante cui consegue l'eventuale chiamata in causa dell'impresa di assicurazione da parte del convenuto.

Secondo lo schema contrattuale delineato dal codice, quindi, il danneggiato non vanta diritti nei confronti dell'assicuratore. Il collegamento tra questi soggetti è solo indiretto: anche là dove la legge impone, su richiesta dell'assicurato, il pagamento diretto dell'indennizzo in favore del danneggiato (art. 1917, comma 2, c.c.), si tratta pur sempre di un diritto soggettivo dell'assicurato attinente alla modalità di esecuzione dell'obbligazione, azionabile quindi dal terzo danneggiato solo in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., qualora ne ricorrano i presupposti<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Su tale disposizione, v., tra molti, M. ROSSETTI, *sub art. 144*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, a cura di G. Volpe Putzolu, II ed., CEDAM, Padova 2013, p. 574 segg.; A. SPENA, *sub art. 144*, in *Il codice delle assicurazioni private*, II, diretto da Capriglione, CEDAM, Padova 2007, p. 464 segg.; M. TOGLIATTO, *Procedure liquidative*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. Bin, CEDAM, Padova 2006, p. 425 segg.

<sup>3</sup> L'improprietà è dovuta all'associazione che in questa maniera si instaura tra questa fattispecie e le altre comunemente classificate come azioni dirette (v. artt. 1595 e 1676 c.c.). L'azione diretta in ambito assicurativo, infatti, rappresenta l'esercizio di un diritto proprio del danneggiato. Pertanto, pare discutibile la sua riconduzione nel più ampio *genus* delle azioni dirette "classiche": G. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Cacucci, Bari 1990, p. 17 segg.

<sup>4</sup> Sull'art. 1917 c.c.: S. LANDINI, *sub art. 1917*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, a cura di D. Valentino, Utet, Torino, 2011, p. 214 segg.; F. PECCENINI, *Assicurazione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2011, p. 173 segg.; E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni (artt. 1904-1918)*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, Milano 2010, p. 265 segg.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. 5 dicembre 2011, n. 26019, in «Foro it.», 2012, I, col. 1526. Va comunque segnalato il tentativo della dottrina di costruire sull'art. 1917 c.c. l'esistenza di un'azione diretta nei confronti dell'assicuratore, argomentando anche dall'art. 2767 c.c. che riconosce al danneggiato il privilegio per il risarcimento sull'indennità dovuta dall'assicuratore: A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Giuffrè, Milano 1954, p. 426

Se, dunque, il contratto di assicurazione determina una protezione del solo patrimonio dell'assicurato, a fronte di attività pericolose ed aventi un vasto coinvolgimento sociale – tra le quali, appunto, la circolazione stradale e, oggi, l'attività sanitaria – emerge l'esigenza di rinforzare la garanzia dei diritti risarcitori dei terzi danneggiati.

Ciò avviene mediante la creazione di un collegamento diretto tra danneggiato e assicuratore, della cui natura si è a lungo discusso<sup>6</sup>. Il dibattito sulla ricostruzione dogmatica dell'istituto oggi appare affievolito, mentre si è consolidata l'idea che il diritto *proprio*<sup>7</sup> del danneggiato verso l'assicuratore abbia carattere autonomo, sia rispetto al concorrente diritto verso il danneggiante, sia rispetto al diritto di questo verso l'assicuratore<sup>8</sup>. Si tratterebbe di una fattispecie complessa in cui la legge attribuisce rilevanza, oltre che all'illecito, anche alla stipula del contratto di assicurazione, con beneficio per il danneggiato di determinati effetti del contratto<sup>9</sup>. Di qui la possibilità per il danneggiato di esercitare sia tale azione diretta, sia l'ordinaria azione di risarcimento verso il responsabile<sup>10</sup>, anche in forma cumulativa.

In concreto, quel che imprime maggiore autonomia e peculiarità a tale azione diretta è senz'altro la scelta del legislatore di associarvi, di regola, l'innopponibilità, da parte dell'assicuratore, delle eccezioni derivanti dal contratto<sup>11</sup>. In direzione opposta, invece, sembrerebbe muoversi la previsione

segg., spec. 429 seg.; sul tema, anche per riferimenti, v. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta* (artt. 1595, 1676, 2867), in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1964, p. 634 seg.

<sup>6</sup> V., oltre alla dottrina citata *supra*, sub nt. 1, senza pretesa di completezza, A. LA TORRE, *Azione diretta e assicurazione*, in «Ass.», 1971, I, p. 526 segg.; A. DURANTE, *Note sulla natura giuridica del rapporto assicurativo nascente dalla legge 24 dicembre 1969*, in «Dir. e prat. ass.», 1971, I, p. 706 segg.; M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, CEDAM, Padova 1986, p. 13 segg.

<sup>7</sup> A. DURANTE, *op. cit.*, p. 707 segg.

<sup>8</sup> M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, CEDAM, Padova 2013, p. 314, sulla scia di A. LA TORRE, *op. cit.*, precisa che il diritto del danneggiato verso l'assicuratore prescinde dal diritto all'indennizzo dell'assicurato verso l'assicuratore, ma comunque dipende dalla effettiva sussistenza del diritto al risarcimento verso l'assicurato; tra i processualisti, v. C. VOCINO, *op. cit.*; G. BALENA, *op. loc. cit.*

<sup>9</sup> 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, consultabile in <[www.giudicedipace.it](http://www.giudicedipace.it)>, il quale richiama il capostipite giurisprudenziale costituito da Cass. 29 settembre 1983, n. 5218, in «Ass.», 1983, II, p. 237.

<sup>10</sup> V. *amplius*, *infra* § 6.

<sup>11</sup> Cfr. A. DURANTE, *op. cit.*, p. 715, il quale valorizza tale elemento della fattispecie per segnare la distanza dallo schema legale del contratto a favore di terzo *ex art.* 1411 c.c.

del litisconsorzio necessario con l'assicurato: la semplice connessione tra i diritti – tra cui, nel caso specifico, anche quello di rivalsa assicurativa – non impone *ex necesse* un vincolo processuale tanto forte e denso di conseguenze (cfr. art. 354 c.p.c.)<sup>12</sup>.

## 2. L'obbligo di copertura assicurativa e l'azione diretta nel quadro della riforma

Per definire in maniera chiara i lineamenti dell'istituto è necessaria una sua previa contestualizzazione nel più ampio quadro della riforma.

Innanzitutto, vanno letti congiuntamente l'azione diretta prevista dall'art. 12 e l'obbligo di assicurazione di cui all'art. 10.

L'assicurazione obbligatoria non costituisce una novità assoluta nel nostro ordinamento, neppure con specifico riferimento all'ambito sanitario. I tentativi di sua introduzione sono assai risalenti e si estendono fino alla più recente l. 189/2012 (cd. legge Balduzzi)<sup>13</sup>, ma senza risultati fruttuosi.

La riforma del 2017 si mostra, senza dubbio, più consapevole e ambiziosa.

Il legislatore del 2017 dimostra di conoscere lo stato di progressiva fuga delle compagnie assicuratrici dal settore sanitario, a causa del crescente divario tra risarcimenti corrisposti (e riserve accantonate), da un lato, e premi incassati, dall'altro<sup>14</sup>. Alla stessa maniera, è certa l'intenzione di invertire questa tendenza, allo scopo di perseguire in concreto la *funzione sociale* sottesa a 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.

Si tratta di un'operazione che richiede un delicato bilanciamento degli interessi in gioco, tale da innescare un circolo virtuoso in cui: *a)* chi compie attività in ambito sanitario sia posto nelle condizioni di poter accedere alla assicurazione della propria responsabilità a prezzi sostenibili, senza nel contempo dover abdicare alla medicina difensiva; *b)* lo scopo di lucro dell'impresa di assicurazioni sia favorito dalla prevedibilità statistica dei risarcimenti da corrispondere e, più in generale, dal contenimento dei costi di gestione delle singole richieste di risarcimento; *c)* al paziente sia assicurato l'adeguato trattamento sanitario e,

---

<sup>12</sup> Cfr. A. DONATI, *op. loc. citt.* Sul litisconsorzio, v. *amplius*, *infra* § 6.

<sup>13</sup> Al riguardo, v. V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in «Danno e resp.», 2017, p. 301 segg.

<sup>14</sup> Per l'analisi della crisi dell'assicurazione della responsabilità medica in Italia, v., con dovizia di dati tecnici, C. ALTOMARE, *Risvolti assicurativi della Legge "Gelli-Bianco"*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, a cura di F. Martini e M. Rodolfi, in *Il Civilista*, Speciale riforma, 2017, p. 66 segg.

in caso di *mala praxis*, la presenza di almeno un (co)obbligato solvibile.

In quest'ottica, l'obbligo assicurativo e l'azione diretta rappresentano due degli strumenti necessari, ma non sufficienti, per il raggiungimento dello scopo complessivo della riforma. Di per sé, essi rispondono in prevalenza alle esigenze dei danneggiati, e solo in parte a quelle degli altri soggetti coinvolti<sup>15</sup>. Concorrono con essi, a titolo esemplificativo, le idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario (art. 3); le forzature in merito alla classificazione aquiliana della responsabilità dell'esercente la responsabilità sanitaria, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 7, comma 1-3)<sup>16</sup>; la risarcibilità del danno sulla base delle tabelle *ex artt.* 138 e 139 cod. ass. (art. 7, comma 4)<sup>17</sup>; i limiti dell'azione di regresso nei confronti degli esercenti la professione sanitaria (art. 9, comma 6)<sup>18</sup>; il tentativo obbligatorio di conciliazione con funzione deflativa del contenzioso (art. 8)<sup>19</sup>, e via discorrendo.

In questa sede, si coglie infine l'occasione per sottolineare due aspetti singolari dell'obbligo assicurativo, entrambi incidenti sull'applicazione concreta dell'azione diretta.

Innanzitutto, balza all'occhio l'assenza di uno speculare obbligo a contrarre dal lato delle compagnie. Il legislatore ha temuto quindi che la soluzione opposta potesse aggravare l'allontanamento delle imprese assicuratrici

<sup>15</sup> E' nota infatti la resistenza delle compagnie di assicurazione all'istituto dell'azione diretta per il timore che questo incentivi la litigiosità. Peraltro, va da sé che l'inopponibilità delle eccezioni fondate sul contratto espone l'assicuratore molto più di quanto avviene secondo lo schema tipico del rapporto assicurativo.

<sup>16</sup> Sul punto, criticamente, R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in «Nuove leggi civ.», 2017, p. 453 segg.

<sup>17</sup> Efficacemente definita come «norma “assicurativamente” orientata»: M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in «Dir. e prat. ass.», 2017, p. 83.

<sup>18</sup> V. M. RODOLFI, *Azione di rivalsa e di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge “Gelli-Bianco*, cit., p. 56 segg.

<sup>19</sup> Su questi temi, di spiccata rilevanza processuale, v., in questo volume M. ADORNO, *Il nuovo “filtro” dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*. Più in generale, sui profili processuali, adde C. CONSOLO, P. BERTOLLINI, A. BUONAFEDE, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corr. giur.», 2017, p. 762 segg.; R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in corso di pubblicazione in «Riv. dir. proc.», 2017; M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in «Nuove leggi civ.», 2017, p. 483 ss.; EAD. *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, Giappichelli, Torino 2017, p. 433 segg.

dal settore di riferimento<sup>20</sup>. Va da sé che l'unilateralità dell'obbligo mina la concreta perseguibilità della piena copertura assicurativa dei rischi sanitari.

In secondo luogo, le strutture sanitarie possono ovviare all'obbligo di assicurazione ricorrendo ad «altre analoghe misure» (art. 10, comma 1, primo periodo). Si tratta della possibilità offerta alle strutture di assumere direttamente il rischio (art. 10, comma 6), senza ricorrere a coperture assicurative. Al di là di ogni valutazione circa l'opportunità della previsione, specie nell'ottica della tutela dei soggetti danneggiati<sup>21</sup>, è ovvio che, in tal caso, l'azione diretta non può aver luogo.

### 3. Ambito di applicazione dell'azione diretta ex art. 12

In conformità con quanto già evidenziato, l'azione diretta è strettamente collegata (in via non necessaria, ma comunque coerente<sup>22</sup>) con la previsione dell'obbligo di assicurazione dei rischi connessi con l'attività sanitaria<sup>23</sup>.

Tuttavia, non è vero il contrario. In altre parole, non tutti gli obblighi

<sup>20</sup> Sulla questione, si rinvia a V. SELINI, *Il passato e il presente*, cit., p. 307 segg., la quale osserva, tra l'altro, che l'obbligo a contrarre nel settore dell'r.c. auto è stato considerato legittimo dalla Corte europea (Corte giust., GC, 28 aprile 2009, causa C-518/06, in «Resp. civ. prev.», 2009, p. 2247) sulla base di argomenti che potrebbero non essere altrettanto validi nel diverso contesto dell'r.c. medica.

<sup>21</sup> Di recente, v. L. VELLISCIG, *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in «Resp. civ. prev.», 2017, p. 666 ss.; A. TITA, *Auto-assicurazione delle aziende sanitarie, Una soluzione che solleva perplessità*, in <[www.quotidianosanità.it](http://www.quotidianosanità.it)>, 1° luglio 2016.

<sup>22</sup> P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in «Corr. giur.», 2017, p. 756, testo nt. 31 ove alcuni esempi di assicurazione obbligatoria non assistita da azione diretta; ma va detto che, in maniera apodittica, è spesso data per scontata la tesi della necessaria consequenzialità: v., ad es., G. FANELLI, *L'essenza dell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, a cura di A. Genovese, CEDAM, Padova 1977, p. 22, secondo cui l'azione diretta rappresenterebbe lo «sviluppo logico e necessario dell'obbligo di contrarre l'assicurazione di responsabilità».

<sup>23</sup> Sul tema dell'assicurazione obbligatoria nella legge Gelli-Bianco, v. P. CORRIAS, *La copertura*, cit., p. 749 segg.; F. GELLI, M. HAZAN, *Assicurazione e responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Giuffrè, Milano 2017, p. 543 segg.; M. HAZAN, D. ARIAGNO, *La "nuova" assicurazione della responsabilità sanitaria: profili soggettivi ed oggettivi*, *ibid.*, p. 561 segg.; F. MARTINI, *Coperture assicurative obbligate per aziende e singoli operatori*, in «Guida dir.», 2017, fasc. 15, p. 87 segg.; V. SELINI, *Il passato e il presente*, cit., 305 segg.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in «Foro it.», 2017, V, col. 197 segg.

di assicurazione obbligatoria danno luogo a correlate fattispecie di azione diretta in favore del danneggiato.

Nella legge di riforma, gli obblighi di munirsi di copertura assicurativa riguardano:

- a) le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso i prestatori d'opera, anche per i danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e ricerca clinica (art. 10, comma 1, primo periodo) e comprese le prestazioni svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché la telemedicina (art. 10, comma 1, secondo periodo);
- b) l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente (art. 10, comma 2);
- c) le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private le quali devono stipulare una polizza per la copertura della responsabilità civile verso terzi ai sensi dell'art 2043 c.c. degli esercenti le professioni sanitarie, diversi da quelli di cui al punto precedente, ricorrendo al modello dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta<sup>24</sup>;
- d) gli esercenti le professioni sanitarie a qualunque titolo operanti nelle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, con oneri a proprio carico, a garanzia delle conseguenze derivanti dall'esperimento di azioni di rivalsa e di responsabilità amministrativa ex art. 9 ovvero dell'azione di rivalsa assicurativa ex art. 12.

L'azione introdotta dall'art. 10, invece, può proporsi, ex art. 12, comma 1:

- i) «nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private di cui al comma 1 dell'art. 10»;
- ii) nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa «all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10».

<sup>24</sup> Su cui v. A. VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Jovene, Napoli 1961, *passim*.

Alla luce del tenore letterale delle disposizioni di legge:

- la fattispecie obbligatoria *sub a)* è assistita dall'azione diretta *sub i)*: pertanto, il danneggiato ha azione diretta nei confronti delle compagnie assicuratrici delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private;
- la fattispecie obbligatoria *sub b)* è assistita dall'azione diretta *sub ii)*: pertanto, il danneggiato ha azione diretta nei confronti delle compagnie assicuratrici degli esercenti le professioni sanitarie cd. "non strutturati";
- la fattispecie obbligatoria *sub d)* non è assistita da azione diretta, in quanto il comma 3 dell'art. 10 non è in alcun modo richiamato dall'art. 12; né, peraltro, un'azione diretta di questo tipo sarebbe coerente con la funzione "sociale" dell'istituto, che non è di certo quella di garantire un debitore solvibile ai danneggiati e ai relativi assicuratori per le loro eventuali iniziative di rivalsa o di regresso.

È invece dubbio se la fattispecie di assicurazione obbligatoria *sub c)*, ossia quella relativa alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.* dei medici cd. "strutturati", sia assistita da azione diretta. Anche in questa ipotesi, infatti, la copertura assicurativa è rivolta alla responsabilità verso i terzi danneggiati e si può così giustificare, in astratto, la previsione di un'azione diretta a beneficio di questi.

Sul punto, una parte della dottrina, muovendo dal testo dell'art. 12, comma 1, propende per la soluzione negativa<sup>25</sup>, in quanto tale assicurazione è sì stipulata dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, ma non per la copertura della responsabilità di queste, bensì, come visto, a copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti "strutturati", secondo lo schema dell'assicurazione in favore di terzi o per conto di chi spetta. In tal caso, l'azione del danneggiato dovrebbe proporsi nei confronti dell'esercente strutturato, il quale, secondo le regole comuni, potrebbe poi chiamare in causa la compagnia di assicurazione per essere tenuto indenne<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Giuffrè, Milano 2017, p. 602; ID., *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni)*, in «Danno e resp.», 2017, p. 319; ID., S. CENTONZE, *Responsabilità medica: al via la nuova legge sul rischio clinico e la sicurezza delle cure*, in <<http://www.quotidianogiuridicommait/>>, 20 marzo 2017; F. MARTINI, *Coperture assicurative*, cit., p. 91; ID., *L'azione diretta del soggetto danneggiato nella legge Gelli-Bianco*, in «RIDARE», focus del 21 marzo 2017, § 2.

<sup>26</sup> Tale limitazione non sembra censurabile sotto il profilo dell'uguaglianza *ex art. 3 Cost.*,

A tale lettura restrittiva se ne contrappone un'altra, secondo la quale l'art. 12, comma 1, in verità, farebbe riferimento al soggetto stipulante e non al beneficiario<sup>27</sup>, così da includervi entrambe le coperture assicurative previste nei diversi periodi del comma 1 dell'art. 10. Questa dottrina sostiene poi la coerenza di tale soluzione con la più generale volontà della legge di escludere il medico dal processo, espressa dal comma 4 dell'art. 12, ove è previsto che nell'azione promossa contro l'impresa di assicurazione della struttura è litisconsorte necessaria la struttura, ma non il medico strutturato<sup>28</sup>.

Analizzando la questione alla luce delle altre disposizioni connesse con l'istituto, si evidenziano contraddizioni che rendono arduo lo scioglimento del quesito.

Innanzitutto, occorre dire che, se ci si limitasse al testo dell'art. 12, comma 1, sarebbe senz'altro preferibile la tesi restrittiva. Infatti, la disposizione, esprimendosi in termini di «copertura assicurativa», si riferisce al soggetto coperto, e non al soggetto stipulante. Il che escluderebbe quindi l'assicurazione della responsabilità civile dei medici cd. strutturati.

Per ragioni analoghe, non sembra pertinente l'argomento usato dalla tesi estensiva e fondato sul comma 4 dell'art. 12. Tale disposizione, intesa alla lettera, conferma e non contraddice la tesi restrittiva. Vi si fa riferimento solo al giudizio «contro l'impresa di assicurazione della struttura» e al «giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1», ossia, in virtù del rinvio al comma 2 dell'art. 10, all'assicurazione dell'esercente «non strutturato». Non viene invece menzionata l'impresa di assicurazione che copre la responsabilità dell'esercente «strutturato», il che corrobora l'esclusione di un'azione diretta nei confronti di questa. Né in senso contrario potrebbe obiettarsi che a stipulare con tale impresa non è l'esercente, ma la struttura, in ragione dell'onere impostole dalla legge. Infatti, quale che sia lo stipulante, il soggetto assicurato resta comunque l'esercente «strutturato».

in quanto il diritto del danneggiato al risarcimento sarebbe sufficientemente assicurato dall'azione diretta contro l'assicuratore della struttura. L'azione diretta anche contro l'assicuratore del medico strutturato costituirebbe quindi un semplice ampliamento di questa garanzia, il più delle volte inutile sotto il profilo pratico.

<sup>27</sup> C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, II, p. 765. Nello stesso senso, A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, *ibid.*, 2017, p. 1125, secondo il quale l'art. 12 non distinguerebbe tra azione *ex contractu* nei confronti della struttura dall'azione aquiliana nei confronti dell'esercente la professione sanitaria. Benché implicitamente, sembra adottare la lettura ampia anche U. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in «Judicium», 30 giugno 2017, p. 10.

<sup>28</sup> C. MASIERI, *Novità*, cit., p. 765.

Nonostante le precedenti considerazioni, la lettura restrittiva, pur coerente con la lettera dell'art. 12, comma 1, trova un ostacolo nel combinato disposto dell'art. 10, comma 3, – che richiede all'esercente strutturato di stipulare una polizza a garanzia, tra l'altro, dell'azione di rivalsa ex art. 12 da parte dell'assicurazione per colpa grave – e dell'art. 12, comma 3 – che fa appunto riferimento alla «azione di rivalsa verso l'assicurato». Infatti, perché le due disposizioni possano leggersi insieme, l'azione di rivalsa ex art. 12 deve ritenersi proponibile nei confronti dell'esercente strutturato, sull'ovvio presupposto che la sua responsabilità sia esposta ad azione diretta nei confronti del relativo assicuratore per fatto illecito.

Stando all'ultima osservazione, quindi, la lettura estensiva diviene preferibile. Sennonché, anche questo risultato suscita notevoli perplessità.

In primo luogo, sotto il profilo sostanziale, la situazione che da essa emerge appare piuttosto intricata e sotto svariati profili anche discutibile. In particolare, la rivalsa della compagnia che, stipulando con la struttura, ha assicurato la responsabilità civile del medico dipendente sussiste, nei confronti dell'assicurato, per «colpa grave» (art. 10, comma 3) o, più verosimilmente, *anche* per «colpa grave»<sup>29</sup>. Il che presuppone: a) che nel contratto di assicurazione stipulato dalla struttura per la responsabilità dell'esercente non può essere prevista la copertura per colpa grave dell'assicurato<sup>30</sup>; b) che, tuttavia, tale eccezione di non operatività della polizza non può essere sollevata dalla compagnia adita in via diretta dal danneggiato (cfr. art. 12, comma 2)<sup>31</sup>.

Sul piano processuale, l'intreccio di responsabilità e assicurazioni comporta che l'azione di rivalsa, se esercitata contestualmente all'azione diretta, si attua nelle forme della chiamata in causa dell'assicurato ex art. 106 c.p.c. Quest'ultimo, a sua volta, potrebbe chiamare in causa l'impresa di assicurazione che ne copre la responsabilità per colpa grave ex art. 10,

<sup>29</sup> Infatti, l'art. 10, comma 3, è chiaro nel presupporre che l'azione di rivalsa debba essere garantita da una copertura assicurativa «per colpa grave» che il medico strutturato deve procurarsi a proprie spese. Tuttavia, si è fatto notare (M. HAZAN, D. ARIAGNO, *op. cit.*, p. 577) che l'azione di rivalsa della compagnia di solito si fonda su questioni diverse, come ad esempio la franchigia che l'assicuratore non ha potuto opporre al danneggiato che ha agito in via diretta; C. MASIERI, *op. cit.*, p. 771, sembra invece optare per una rivalsa verso l'esercente sempre e soltanto limitata alla colpa grave (oltre che, ovviamente, al dolo).

<sup>30</sup> Opinando diversamente, non si vede come potrebbe darsi un'azione di rivalsa garantita da altro assicuratore sotto il profilo della colpa grave.

<sup>31</sup> Nessuno dei primi commentatori sembra aver avanzato questa ipotesi. Tuttavia, se si condividono le premesse, tale deduzione risulta necessitata. È appena il caso di precisare, infatti, che l'azione di rivalsa si fonda proprio sull'inopponibilità al danneggiato delle eccezioni contrattuali che, nello schema ordinario del contratto di assicurazione, avrebbero escluso l'obbligo di indennizzo da parte della compagnia.

comma 3, al fine di essere indennizzato degli effetti della rivalsa.

La nota stonata di questa ricostruzione si rinviene nella mancata previsione, *ab origine litis*, del litisconsorzio necessario con l'assicurato: in assenza di una esplicita previsione in tal senso (cfr. art. 12, comma 4), infatti, la sua partecipazione resta subordinata alla chiamata da parte dell'impresa di assicurazione che intenda agire in rivalsa.

Tale lacuna non trova facile giustificazione.

Infatti, nelle altre ipotesi di pacifica sussistenza dell'azione diretta (quelle *sub a* e *sub b*; cfr. art. 144 cod. ass.) la legge impone testualmente il litisconsorzio necessario dell'assicurato (art. 12, comma 4). Peraltro, la *ratio* di tale litisconsorzio necessario viene di solito rinvenuta nella prospettiva del necessario accertamento della responsabilità in contraddittorio con l'assicurato, (anche) in funzione della eventuale rivalsa<sup>32</sup>. Se queste sono le basi logiche del litisconsorzio, non si rinviene la ragione per cui tale litisconsorzio non dovrebbe essere imposto proprio nell'ipotesi in cui l'azione di rivalsa è, tutto sommato, più probabile. Infatti, il danneggiato che agisce nei confronti dell'assicuratore del medico ex art. 2043 c.c., quando potrebbe limitarsi alla più comoda azione *ex contractu* con la struttura, denota un'evidente *vis pugnandi* nei confronti dell'operato dell'esercente strutturato, *vis pugnandi* verosimilmente fondata sulla convinzione di riuscire a dimostrare la colpa grave dello stesso. La mancata previsione del litisconsorzio pare quindi sospetta di illegittimità costituzionale ex art. 3 Cost. e comunque per irragionevolezza, il che dovrebbe condurre ad interpretare in maniera estensiva o analogica il comma 4 dell'art. 12.

Né in senso contrario sembra invocabile la generica volontà di escludere il medico dal giudizio. Oltre al fatto che il danneggiato resta libero di agire ex art. 2043 c.c. direttamente contro l'esercente, il ragionamento conduce a risultati pratici contraddittori. L'esclusione dell'esercente strutturato dal processo – pur dipendendo in ultima istanza dalla volontà dell'attore – ha maggiori possibilità di essere perseguita in concreto se si nega in radice l'ammissibilità dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione dell'esercente strutturato, non invece avallando un'azione diretta nei confronti del suo assicuratore senza litisconsorzio necessario (ma con quello facoltativo). Solo aderendo alla tesi restrittiva, infatti, si incentiva il danneggiato a rivolgere le proprie domande altrove, ossia contro la struttura e in particolare contro la sua compagnia di assicurazione in via diretta (ipotesi *sub a*), sia in ragione del titolo (contrattuale anziché aquiliano), sia perché

<sup>32</sup> V. *infra*, § 6.

esclusivamente da questo versante si è assistiti da azione diretta<sup>33</sup>.

In conclusione, si evidenzia nella legge un difetto di linearità, dovuto probabilmente all'incertezza dello stesso legislatore sull'introduzione/esclusione dell'azione diretta nei confronti dell'assicurazione dell'esercente strutturato. *De iure condito*, la soluzione preferibile resta comunque quella dell'ammissibilità dell'azione diretta, arricchita in via interpretativa con il litisconsorzio necessario dell'esercente. Quella contraria, infatti, svuotando completamente di significato talune disposizioni normative (art. 10, comma 3, nella parte in cui rinvia all'azione di rivalsa dell'assicuratore)<sup>34</sup>, non è accettabile sotto il profilo ermeneutico, anche se, a dire il vero, le sue conclusioni appaiono più coerenti con il contesto della riforma.

#### 4. La legittimazione attiva

Quanto alla legittimazione attiva<sup>35</sup> dell'azione diretta in materia sanitaria

<sup>33</sup> Inoltre, va considerato che il titolo contrattuale della responsabilità della struttura offre maggiori prospettive di successo al danneggiato rispetto all'azione aquiliana esercitabile nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

<sup>34</sup> Salvo ritenere che, nel rinvio all'art. 12 da parte dell'art. 10, il legislatore abbia voluto fare riferimento non tanto a un'azione di rivalsa in senso stretto dell'assicuratore dell'esercente strutturato verso il proprio assicurato, quanto piuttosto all'"azione di regresso verso gli altri responsabili (tra cui il danneggiato) esercitabile dall'assicuratore della struttura surrogatosi nei diritti dell'assicurata" (sull'uso anfibologico del termine rivalsa nella l. n. 14/2017, v. C. MASIERI, *op. cit.*, p. 770). In questa maniera, il presupposto del rinvio non sarebbe l'ammissibilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore dell'esercente strutturato ma il semplice esercizio dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della struttura. Una simile interpretazione sarebbe tuttavia erranea perché, al di là della evidente forzatura terminologica, tale azione da parte dell'assicuratore della struttura è già prevista dal rinvio che l'art. 10, comma 3, fa all'art. 9, ove ai commi 5 e 6 è espressamente menzionata l'azione surrogatoria della compagnia.

<sup>35</sup> Ai fini espositivi si useranno i sintagmi "legittimazione attiva" e "legittimazione passiva" come sinonimi di "titolarità del diritto/obbligo sostanziale". Si tratta di un uso ricorrente nella pratica, ma non conforme al significato che la prevalente dottrina processualistica usa attribuire al termine "legittimazione". Infatti, sotto il profilo processuale, la legittimazione sussiste in virtù della semplice "affermazione", da parte dell'attore, di agire a tutela di un diritto proprio. Ciò deriva dal carattere astratto del diritto di azione, per cui la effettiva sussistenza e titolarità del diritto affermato è questione attinente alla sostanza e, quindi, al merito, esulando dalla prospettiva processuale. Per la dottrina maggioritaria, v., per tutti, A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in «Dig. civ.», X, Utet, Torino 1993, p. 524 segg.; per una recente riflessione critica, v. G. RUFFINI, *Sulla legge regolatrice della legittimatio ad causam*, in «Riv. dir. proc.», 2005, p. 1172 segg.

Inoltre, va precisato che, se si muove dalla premessa secondo cui il diritto oggetto

– al pari di altre questioni involgenti il nuovo istituto – occorre fare tesoro degli sviluppi di giurisprudenza e di dottrina che hanno interessato l'omologo istituto in ambito di responsabilità civile automobilistica (art. 144 cod. ass.).

Così come l'art. 144 cod. ass. menziona il «danneggiato», così l'art. 12, comma 1, l. 24/2017 si riferisce al «soggetto danneggiato», sicché vale l'insegnamento consolidato secondo cui la legittimazione spetta «a [...] qualunque persona assuma di avere patito una diminuzione patrimoniale o personale in conseguenza del sinistro. [...] L'azione diretta spetta non solo alle vittime cd. primarie del sinistro, ma anche a quelle cd. secondarie o 'di rimbalzo': ad es. i prossimi congiunti di persona deceduta o gravemente ferita; il datore di lavoro che abbia perso l'apporto del proprio dipendente, vittima del sinistro; colui che abbia dovuto rinunciare a lavorare per accudire il coniuge, vittima di un sinistro, durante la degenza»<sup>36</sup>; il convivente

dell'azione diretta è un diritto proprio del danneggiato, non si tratta di legittimazione straordinaria ma di legittimazione ordinaria (art. 81 c.p.c.); G. BALENA, *op. loc. cit.*; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino 2015, p. 555 seg.; ma cfr. altresì la tesi di S. SATTA, *Diritto processuale civile*, XIII ed., CEDAM, Padova 2000, p. 108 seg. (ove anche riferimenti all'impostazione prevalente e contraria), secondo cui quelle che vengono definite ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.* non darebbero luogo all'esercizio di un diritto altrui, ma pur sempre all'esercizio di un diritto proprio, con la sola peculiarità che, nella specie, tale diritto è relativo a un *rapporto altrui*; nella visione sattiana del tema, quindi, convivono legittimazione straordinaria ed esercizio di un diritto proprio (connesso a un rapporto altrui): v. infatti A. LA TORRE, *Azione diretta e assicurazione*, cit., p. 536 segg.

Per la completa disamina del tema, si rinvia a A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli 2013, p. 3 segg.

<sup>36</sup> M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 317; cfr. Cass. 15 settembre 2003, n. 13549, in «Arch. giur. circolaz.», 2004, p. 922. In particolare, circa il diritto al risarcimento del datore di lavoro, v. Cass., sez. un., 12 novembre 1988, n. 6132, in «Foro it.», 1989, I, col. 742, con note di A. DI MAJO e di D. POLETTI. Sulla legittimazione del congiunto extracomunitario v. Cass. 11 gennaio 2011, n. 540, in «Giur. it.», 2011, 2023 con nota di P. PUOTI, e *id.*, 2012, 596 con nota di D. COLUCCI, in «Corr. giur.», 2011, 495 nota di R. BONINI, in «Danno e resp.», 2011, 1025 nota di L. GREMIGNI FRANCINI, in «Fam. pers. succ.», 2011, 509, con nota di F. CORBETTA) secondo cui «interpretando l'art. 16 preleggi alla luce degli artt. 2, 3 e 10 Cost., per il principio della gerarchia delle fonti, poiché costituiscono diritti inviolabili della persona umana sia il diritto alla salute ed all'integrità psicofisica sia il diritto ai rapporti parentali - familiari, il risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) subiti dallo straniero (anche extracomunitario) in conseguenza della lesione di tali diritti, può essere fatto valere con l'azione risarcitoria, indipendentemente dalla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi, senza alcuna disparità di trattamento rispetto al cittadino italiano e quindi non solo contro il danneggiante (o contro il soggetto tenuto al risarcimento per fatto altrui), ma anche con l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore o del Fondo di Garanzia per le vittime della strada».

*more uxorio*<sup>37</sup> e, ex l. n. 76/2016 (art. 1, comma 49), il convivente di fatto. Inoltre, il credito risarcitorio può essere ceduto e il cessionario è legittimato ad agire in via diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione<sup>38</sup>.

La dottrina ha poi sottolineato altre questioni interpretative nascenti dal testo della riforma.

In primo luogo, è dubbio se l'azione diretta e, ancor prima, l'assicurazione obbligatoria si estendano ai danni procurati a terzi al di fuori dell'adempimento dell'obbligazione di cura<sup>39</sup>. Alla stessa maniera, non è chiaro se l'azione diretta assista il diritto al risarcimento dei prestatori d'opera<sup>40</sup>. Le perplessità nascono, per un verso, dalla non perfetta coincidenza tra l'art. 7 (responsabilità della struttura) e l'art. 10 (obbligo di assicurazione); per altro verso, dalla contraddizione sotto il profilo finalistico insita nell'azione diretta a favore del personale, avallata dall'ampio tenore letterale dell'art. 12. Ancora una volta, il senso fatto proprio dalle parole conduce nella direzione opposta rispetto a quella in principio prevista.

### 5. La legittimazione a contraddire

La legittimazione a contraddire non pone particolari quesiti, potendo agevolmente identificarsi il convenuto con l'impresa di assicurazione che ha stipulato la polizza. Semmai, come visto *supra*, può talvolta risultare

<sup>37</sup> Cass. 28 marzo 1994, n. 2988, in «Resp. civ. prev.», 1995, p. 564, con nota di S. COPPARI.

<sup>38</sup> Cass. 3 ottobre 2013, n. 22601, in «Foro it.», 2014, I, col. 876; Cass. 10 gennaio 2012, n. 52, *id.*, 2012, I, col. 492; Cass. 10 gennaio 2012, n. 51, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Cessione dei crediti*, n. 12; Cass. 13 maggio 2009, n. 11095, *ivi*, 2011, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 58; Cass. 5 novembre 2004, n. 21192, inedita. Le tre pronunce più recenti affermano che «Il cessionario può fare dunque valere l'acquisito diritto di credito al risarcimento nei confronti del debitore ceduto (nel caso che ne occupa il responsabile civile del danno e il suo assicuratore per la r.c.a.) non già in base all'art. 144 d.leg. n. 209 del 2005 (e già all'art. 18 l. n. 990 del 1969), in relazione al quale non può invero propriamente parlarsi di cessione, bensì in ragione del titolo costituito dal contratto di cessione del credito, quale effetto naturale del medesimo (art. 1374 c.c.)»; al riguardo, vi è chi critica l'argomento temendo che questo possa giustificare l'idea che l'azione del cessionario sia basata sul contratto di cessione e non sull'art. 144 cod. ass., implicando l'inapplicabilità delle disposizioni strettamente connesse all'azione diretta, tra cui, nell'ambito dell'azione ex art. 12 l. 24/2017, l'art. 8 che disciplina le condizioni di procedibilità: v. M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 622.

<sup>39</sup> M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni)*, cit., 320.

<sup>40</sup> M. HAZAN, *op. loc. ultt. citt.*

dubbio se alcune delle coperture assicurative imposte dalla legge siano in concreto assistite da azione diretta *ex art. 12* in favore dei danneggiati.

Ad ogni modo, va da sé che la praticabilità dell'azione diretta dipende dalla individuazione concreta dell'impresa stipulante.

A tal fine, soccorre *in primis* l'art. 10, comma 4, a mente del quale «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 terzi e verso i prestatori d'opera di cui al comma 1, indicando per esteso i contratti, le clausole assicurative ovvero le altre analoghe misure che determinano la copertura»<sup>41</sup>.

Per quanto riguarda gli esercenti non strutturati, invece, l'informazione è veicolata dall'adempimento delle prescrizioni dell'art. 3, comma 5, lett. e), d.l. 138/2011, conv. con mod. dalla l. 148/2011, ai sensi del quale «Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale».

## 6. Il litisconsorzio necessario e il litisconsorzio facoltativo

L'art. 144, comma 3, cod. ass., riproducendo quanto in origine previsto dall'art. 23 l. 990/1969, dispone che «nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione è chiamato anche il responsabile del danno».

L'art. 12, comma 4, dal suo canto, prevede:

<sup>41</sup> La disposizione si completa poi con la previsione del successivo comma 7, in virtù della quale «Con decreto del Ministero dello sviluppo economico da emanare, di concerto con il Ministero della salute e sentito l'IVASS, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono individuati i dati relativi alle polizze di 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 e 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».

La dottrina (M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 612) pone, ma non scioglie, il dubbio relativo alla tutelabilità del danneggiato che abbia fatto affidamento su dati erronei pubblicati nel rispetto delle prescrizioni; in materia di r.c.a. infatti «perché non sussista la responsabilità dell'assicuratore pur in presenza di un certificato e contrassegno assicurativo falsificati o contraffatti, occorre che risulti provato che non sussisteva l'apparenza del diritto e che cioè l'assicuratore non aveva tenuto alcun comportamento colposo tale da ingenerare l'affidamento erroneo in questione»: così Cass. 13 dicembre 2010, n. 25130, in «Corr. giur.», 2011, 343, con nota di A. CARRATO.

- a) che «nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata a norma del comma 1 è litisconsorte necessario la struttura medesima»;
- b) che «nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria a norma del comma 1 è litisconsorte necessario l'esercente la professione sanitaria».

Si è già detto in precedenza che, se si ammette l'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione che copre la responsabilità verso terzi *ex art.* 2043 c.c. dell'esercente strutturato, ragioni di simmetria con le altre ipotesi di azione diretta impongono il litisconsorzio necessario nei confronti del medico responsabile.

Ad ogni modo, l'art. 12, comma 3, è più limpido dell'art. 144 cod. ass. (e del suo antecedente), sia perché esprime in maniera inequivoca il carattere necessario del litisconsorzio<sup>42</sup>, sia perché evita di definire come chiamato quello che in realtà è un litisconsorte necessariamente convenuto dall'attore<sup>43</sup>.

Classicamente, il fondamento di tale specie litisconsorzio si rinviene nel nesso di pregiudizialità che lega la responsabilità del danneggiante all'obbligazione diretta dell'assicuratore. Lo scopo è la formazione di un accertamento nel contraddittorio con il responsabile<sup>44</sup>, anche in prospettiva della contestuale o successiva proposizione nei suoi confronti dell'azione di rivalsa assicurativa<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Comunque pacifico in dottrina e giurisprudenza: per tutti, PAGLIARA, *L'art. 18, della legge n. 990/69, dopo vent'anni*, in «Dir. prat. ass.», 1990, 219.

<sup>43</sup> Secondo G. TARZIA, *op. cit.*, II pt., 32, si tratta di una non commendevole ineligenza di espressione; M. ROSSETTI, *Il diritto*, cit., 713, nt. 1112, parla addirittura di «balbuzie giuridica del legislatore». Difende invece la scelta lessicale G. CASTELLANO, *Il Fondo di garanzia per le vittime della strada*, in «Ass.», 1971, I, 384 s., sulla base del fatto che contro il danneggiante non si postula la proposizione di una domanda in senso tecnico ma solo una partecipazione finalizzata all'accertamento della sua responsabilità; tuttavia, come evidenzia G. TARZIA, *op. loc. cit.*, nt. 83, si tratta di un'osservazione che, pur corretta, non muta la veste di soggetto passivo dell'originaria domanda proposta dal danneggiato.

<sup>44</sup> Cfr. C. VOCINO, *op. cit.*, 225 ss.; E. GARBAGNATI, *Parere «pro veritate»* sull'art. 22 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, in «Dir. prat. ass.», 1972, I, 11; G. TARZIA, *op. cit.*, II, 34 ss. Secondo F.J.R. FERRARA, *op. cit.*, 764, «chiamare in giudizio non significa promuovere l'azione (alcuni confondono inesplicabilmente le due posizioni) per cui la chiamata in giudizio è prescritta perché la sentenza faccia stato anche nei confronti del responsabile e indiettramente per consentirgli di far valere le sue ragioni o intervenendo *ad adiuvandum* del danneggiato, o contrastandone l'azione, assumendo quindi una propria figura processuale».

<sup>45</sup> E. GARBAGNATI, *op. loc. ultt. citt.*; G. TARZIA, *op. cit.*, 34; cfr. anche G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli 1979, 438, il quale afferma che, in tal caso, «la nozione di 'utilità' della sentenza coincide con l'opponibilità del provvedimento ai responsabili del danno».

Si è sottolineato che non si tratta di un litisconsorzio *ontologicamente* necessario<sup>46</sup>. Il che lascia aperta ogni valutazione circa l'opportunità della sua previsione.

Infatti, nonostante la dipendenza del diritto al risarcimento dalla responsabilità del danneggiante, quest'ultima ben potrebbe essere conosciuta, senza efficacia di giudicato, ai soli fini dell'accertamento del diritto del danneggiato nei confronti dell'assicuratore. Optando per il litisconsorzio facoltativo, la partecipazione del danneggiante al giudizio sarebbe rimessa alla volontà e agli interessi delle parti in causa, avallando una prospettiva più liberale. Viceversa, il litisconsorzio necessario amplia costi e rischi del processo: per un verso, crea occasioni per vizi e nullità dello stesso<sup>47</sup> e, per altro verso, incentiva il cumulo oggettivo di cause, dal momento che l'attore, a fronte della necessaria partecipazione del danneggiante, è indotto a coltivare anche nei suoi confronti la condanna al risarcimento.

Preso atto della scelta del legislatore, si passano in rassegna taluni corollari, molti dei quali hanno già trovato applicazione giurisprudenziale in materia di responsabilità civile automobilistica.

E dunque:

- nell'azione diretta vi è sempre un cumulo di cause: la prima avente ad oggetto, quantomeno, il mero accertamento della responsabilità del danneggiante (che appunto impone la partecipazione di questo al processo); la seconda avente ad oggetto il diritto del danneggiato

<sup>46</sup> G. COSTANTINO, *op. cit.*, 439 s., rileva che la nozione di utilità insita nel litisconsorzio in sede di azione diretta assicurativa è «nozione positiva, non ontologica»: «è stabilito che la questione relativa alla sussistenza della responsabilità del – presunto – danneggiante si[a] decis[a], ai sensi dell'art. 34 cod. proc. civ., con autorità di giudicato e non poss[a] essere risolt[a] *incidenter tantum*. In funzione di tale risultato è, quindi, ovvio che sia stabilita la necessità della partecipazione al processo del – presunto – responsabile». La fattispecie è spesso descritta come ipotesi di litisconsorzio *propter opportunitatem*: v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2014, 100. Di contrario avviso sembra G. FABBRINI, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano 1974, 816, nt. 49, secondo il quale «posto che sul piano sostanziale non esiste alcun rapporto giuridico diretto tra il danneggiato e l'assicuratore del danneggiante, diremmo che l'assicuratore (a differenza di un normale garante, che risponde di un debito proprio, anche se dipendente da un debito altrui) si presenta secondo l'immagine del mero responsabile per debito altrui; di conseguenza, il titolo che ne rende legittima la citazione in giudizio non è altro che il suo rapporto sostanziale con l'assicurato; di qui l'agevole inserimento del caso [...] [nella] prima categoria strutturalmente legata alle previsioni dell'art. 102 c.p.c., anche a prescindere da disposizioni espresse di legge».

<sup>47</sup> U. COREA, *I profili processuali*, cit., 11. Per l'idea – condivisibile – che la violazione del litisconsorzio *propter opportunitatem* non comporti un accertamento *inutiliter datum*, v. C. CONSOLO, *op loc. ultt. citt.*

nei confronti dell'assicuratore; ciononostante, nel caso risulti infondata la domanda nei confronti dell'assicuratore – ad es. per difetto di legittimazione sostanziale nel rapporto – il giudice non deve accertare la responsabilità del danneggiante litisconsorte<sup>48</sup>;

- l'attore può comunque chiedere cumulativamente anche la condanna del responsabile, in solido con l'assicuratore<sup>49</sup>; in tal caso, la giurisprudenza è solita precisare che si tratta di una deroga al principio di scindibilità delle cause aventi ad oggetto obbligazioni solidali<sup>50</sup>;
- l'assicuratore può proporre, nel contesto dell'azione diretta, la propria domanda di rivalsa nei confronti dell'assicurato; poiché la domanda si rivolge nei confronti di un soggetto che, di regola, è già stato citato dall'attore, la forma è quella della domanda riconvenzionale cd. trasversale<sup>51</sup>;
- il litisconsorzio resta necessario anche se in precedenza, tra danneggiato e danneggiante, si è già formato il giudicato sulla questione pregiudiziale<sup>52</sup> concernente la responsabilità di quest'ultimo, con la

<sup>48</sup> Il principio è argomentabile da Cass. 27 ottobre 1998, n. 10694, in «Rep. Foro it.», 1998, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 156, secondo la quale, rilevato in sede di legittimità il difetto di legittimazione passiva dell'assicuratore, la sentenza va cassata senza rinvio.

<sup>49</sup> Principio ormai pacifico: v., in ambito di r.c. auto, Cass. 24 aprile 2001, n. 6026: «Va, infatti osservato che, per pacifica giurisprudenza di questa Corte, [...] l'entrata in vigore della l. n. 990/1969 non ha fatto venir meno il disposto dell'art. 2054 c.c., il cui contenuto è anzi richiamato dall'art. 1 della detta legge. Pertanto il danneggiato ha conservato accanto all'azione diretta di cui all'art. 18, quella codicistica di cui all'art. 2054 c.c. contro il conducente o il proprietario del veicolo. Quanto alla possibilità di proporre cumulativamente dette azioni (quella ex art. 18 l. ass. rca e quella ex art. 2054 c.c.), dopo un iniziale contrasto giurisprudenziale, la giurisprudenza pacificamente ritiene [...] che il debito da fatto illecito che fa capo al danneggiante e quello di pagamento dell'indennizzo, che grava sull'assicuratore, sono legati da un vincolo di solidarietà, ancorché atipico, con la conseguenza che è ammissibile la proposizione cumulativa da parte del danneggiato delle relative azioni e così la condanna in solido del danneggiante e dell'assicuratore». Sulle differenti opinioni e soluzioni giurisprudenziali, ormai superate, v. criticamente M. FRANZONI, *Il terzo*, cit., 115 segg.

<sup>50</sup> Tra moltissime, Cass. 14 giugno 2007, n. 13955.

<sup>51</sup> Il che comporta l'applicazione delle disposizioni relative alla domanda riconvenzionale e non quelle concernenti la chiamata in causa del terzo. Per un'applicazione recente dell'istituto, v. Cass. 16 marzo 2017, n. 6846; in senso contrario, opta per l'applicazione della disciplina della chiamata del terzo e dunque dell'art. 269 c.p.c., Cass. 12 aprile 2011, n. 8315, commentata da V. MORELLO, *Note sulla c.d. domanda trasversale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2013, 389 ss.; si rinvia alla citata nota di commento per gli ulteriori riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

<sup>52</sup> È appena il caso di precisare che se la domanda viene rivolta nei confronti del solo danneggiante, il litisconsorzio con l'assicuratore è meramente facoltativo e consegue alla

precisazione che, in tale evenienza, la responsabilità del danneggiante potrà essere contestata solo dall'assicuratore<sup>53</sup>;

- nel giudizio avente ad oggetto solo l'*an* sussiste la necessità del litisconsorzio, mentre questa viene meno nel successivo (eventuale) giudizio relativo al *quantum*<sup>54</sup>;

chiamata in causa da parte del convenuto: Cass. 30 maggio 1995, n. 6074, in «Rep. Foro it.», 1995, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 220 (cfr. TARZIA, *op. cit.*, 36, testo e nt. 96); in virtù di tale circostanza la giurisprudenza suole parlare di litisconsorzio “unilaterale” (*ex plurimis*, Cass. n. 13955/2007). La chiamata dell'assicuratore da parte dell'assicurato non vale ad estendere automaticamente la domanda dell'attore al terzo chiamato, sicché è necessario che tale domanda venga espressamente richiesta: v., tra altre, Cass. 3 novembre 2008, n. 26421, in «Rep. Foro it.», 2008, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 167. Si ammette nel caso in esame anche la chiamata per ordine del giudice: Cass. 29 novembre 1985, n. 5928, in «Rep. Foro it.», 1985, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 234; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 715, ricordando tale giurisprudenza, suggerisce un utilizzo parsimonioso del potere ufficioso in quanto esso potrebbe rimettere in termini la parte che abbia male impostato la causa, così pregiudicando la terzietà e imparzialità del giudice.

<sup>53</sup> Cfr. G. TARZIA, *op. cit.*, II, 36. In giurisprudenza si rinviene un discutibile orientamento secondo cui «in caso di proposizione separata dell'azione risarcitoria contro il danneggiante senza la partecipazione neppure successiva dell'assicuratore, la sentenza di condanna, che sia passata in giudicato, spiega efficacia riflessa nel senso che, pur essendo emessa nei confronti del danneggiante e del danneggiato, i quali non possono perciò pretendere di estenderne, *sic et simpliciter*, gli effetti nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, fa stato, tuttavia, nei confronti dell'assicuratore per quanto concerne la sussistenza dell'obbligo risarcitorio del danneggiante e del correlativo debito, atteso che l'assicuratore non è titolare di una posizione autonoma rispetto al rapporto cui si riferisce la sentenza e non può disconoscere l'accertamento in essa contenuto come affermazione oggettiva di verità»: Cass. 12 maggio 2005, n. 10017, in «Corr. giur.», 2005, 1664, e già Cass. 16 ottobre 2001, n. 12612, in «Rep. Foro it.», 2001, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 114, e più di recente, Cass. 31 gennaio 2012, n. 1359, *ivi*, 2012, voce cit., n. 149; cfr. anche Cass. 20 febbraio 2013, n. 4241, *ivi*, 2013, voce cit., n. 161. Tale efficacia riflessa è predicata sia per il caso di successiva azione del danneggiante volta ad ottenere l'indennizzo, secondo lo schema ordinario del contratto di assicurazione, sia per il caso di successiva azione diretta da parte del danneggiato contro l'assicuratore.

<sup>54</sup> Il principio è espresso da Cass., sez. un., 15 ottobre 1982, n. 5350, in «*Giust. civ.*», 1983, I, 148. Esso appare discutibile e comunque non del tutto coerente col diverso principio per cui «In tema di assicurazione obbligatoria per responsabilità civile da circolazione di veicoli a motore, allorché l'assicuratore proponga appello, sia pure limitato al *quantum debeat*, nei confronti del solo danneggiato, che aveva promosso azione diretta, si impone sempre il litisconsorzio necessario del proprietario del veicolo assicurato, essendo evidente l'interesse di questo a prendere parte al processo allo scopo di influire sulla concreta entità del danno, di cui egli potrebbe rispondere in via di rivalsa verso il medesimo assicuratore»: così la massima ufficiale di Cass., sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9112; in precedenza già Cass., 29 novembre 2005, n. 26041, aveva puntualmente affermato che «la

- se si ammette l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile dell'esercente strutturato e, del pari, si ritiene che anche in questa ipotesi il litisconsorzio debba estendersi al danneggiante, il relativo litisconsorte necessario va individuato nell'esercente la professione sanitaria (responsabile assicurato), e non nella struttura (che ha stipulato il contratto di assicurazione)<sup>55</sup>;
- l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile è efficace anche se proposta da uno soltanto dei litisconsorti convenuti<sup>56</sup>;
- la dichiarazione confessoria resa da uno dei due convenuti (di solito, il danneggiante) non spiega efficacia di prova legale neppure nei confronti del confitente, ma è liberamente apprezzata dal giudice ai sensi dell'art. 2733, comma 3, c.c.<sup>57</sup>; in maniera analoga, la

necessità di partecipazione al giudizio instaurato contro l'assicuratore del proprietario del veicolo o del natante perman[e] anche se non sia più in discussione l'*an debeatur*, perché non più in discussione nei gradi di impugnazione dell'unico giudizio proposto»; *contra*, in maniera isolata, Cass., 17 luglio 2002, n. 10386, la quale, richiamando proprio Cass. n. 5350/1982 cit., sostiene che «una volta formatosi il giudicato sulla responsabilità, la permanenza ai tali soggetti diventa superflua nel giudizio sul *quantum debeatur*, anche ai fini dell'esercizio di rivalsa, rientrando il medesimo nella piena discrezionalità dell'assicuratore, indipendentemente dalla posizione del danneggiato, mentre la condanna al risarcimento del danno dell'assicuratore in via solidale con il responsabile del danno rende, per la natura stessa dell'obbligazione, facoltativa l'integrazione del contraddittorio».

<sup>55</sup> Cfr. Cass., 2 dicembre 2014, n. 25421, in «Foro it.», 2015, I, col. 485, secondo la quale, in ambito di responsabilità civile automobilistica, «Nel giudizio di risarcimento del danno proposto dalla vittima di un sinistro stradale nei confronti dell'assicuratore del responsabile, litisconsorte necessario ai sensi della L. 24 dicembre 1969, n. 990, art. 18, (ovvero, oggi, dell'art. 144 cod. ass.) è unicamente il proprietario del veicolo che ha causato il danno, a nulla rilevando che il contratto di assicurazione sia stato stipulato per conto altrui da persona diversa tanto dal conducente, quanto dal proprietario».

<sup>56</sup> Muovendo proprio da un caso di azione diretta di responsabilità civile automobilistica la Corte costituzionale ha infatti «dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 38 e 102 del codice di procedura civile, nella parte in cui, in ipotesi di litisconsorzio necessario, consente di ritenere improduttiva di effetti l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile proposta non da tutti i litisconsorti convenuti»: Corte cost. 8 febbraio 2006, n. 41, in «Foro it.», 2006, I, col. 973, con nota di G. COSTANTINO, *Eccezione di incompetenza, litisconsorzio necessario, inscindibilità delle cause*.

<sup>57</sup> Cass. 13 febbraio 2013, n. 3567, in «Foro it. Rep.», 2013, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 162; Cass. 13 luglio 2010, n. 16376, in «Foro it.», 2010, I, col. 3386; Cass., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10311, *ivi*, 2006, I, col. 3107, e note di G. REALI e F. CIPRIANI, *ivi*, 2007, I, 1259. In dottrina, in questo senso già G. TARZIA, *op. cit.*, II, 36. Cfr., tuttavia, G. COSTANTINO, *Litisconsorzio (diritto processuale civile)*, in «Enc. giur.», Treccani, Roma 1990, *ad vocem*, § 1.3, e spec. § 4.4, secondo cui «la necessità va riferita all'unità della decisione e non alla partecipazione di più soggetti al processo», sicché «la confessione o il giuramento dovranno essere resi congiuntamente (per evitare che le dichiarazioni

contestazione di uno dei convenuti ovvero la contumacia di uno di essi impedisce l'applicazione del principio di non contestazione *ex art. 115 c.p.c.*<sup>58</sup>;

- il fallimento dell'assicurato contro cui sia stata proposta domanda di condanna in solido con l'assicuratore determina l'improseguibilità dell'intero giudizio, a meno che il danneggiato non rinunci alla pretesa nei confronti del fallito ovvero non dichiari formalmente che la richiesta condanna nei confronti del fallito debba intendersi eseguibile solo nell'ipotesi di ritorno *in bonis*<sup>59</sup>;
- il litisconsorzio necessario permane, di regola<sup>60</sup>, in sede di gravame ai sensi dell'art. 331 c.p.c., con tutto quel che ne consegue<sup>61</sup>;
- la violazione del litisconsorzio necessario comporta l'applicazione della rimessione al primo giudice, ai sensi degli artt. 354 e 383

---

siano liberamente apprezzate dal giudice) nei casi in cui i consorti di lite possano disporre solo congiuntamente dei diritti ai quali i fatti oggetto di prova si riferiscono».

<sup>58</sup> Cfr. Cass. 19 ottobre 2016, n. 21096, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Prova civile*, n. 21, la quale precisa che la mancata contestazione da parte di uno dei convenuti, nella contumacia dell'altro, costituisce circostanza di fatto liberamente apprezzabile dal giudice.

<sup>59</sup> Di recente Cass. 8 gennaio 2016, n. 128, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 140, e già Cass. 26 giugno 2012, n. 10640, in «Ass.», 2012, 704, e Cass. 5 agosto 2011, n. 17035, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Fallimento*, n. 353. In entrambi i casi – rinuncia alla pretesa nei confronti del fallito responsabile ovvero richiesta di condanna nei confronti dello stesso da valersi nel solo caso di ritorno *in bonis* – la soluzione impone di fatto un litisconsorzio svuotato di contenuto. Infatti, benché si richieda comunque la presenza del fallito nel giudizio in persona del curatore, ciò non determina alcun effetto di accertamento nei confronti del fallimento. Questa è la conseguenza, barocca ma forse inevitabile, del forzato coordinamento tra prosecuzione dell'azione diretta, rispetto della norma sul litisconsorzio ed esclusività del procedimento di accertamento del passivo in sede fallimentare.

<sup>60</sup> Cfr. Cass., sez. un., 20 luglio 1983, n. 5220, in «Rep. Foro it.», 1983, voce *Impugnazioni civili*, n. 156; Cass., sez. un., n. 10311/2006 cit.; Cass. n. 9112/2014 cit. Per l'insussistenza del litisconsorzio in sede di gravame quando non sia più in contestazione l'*an debeat* (ossia la responsabilità del danneggiante) v., invece, Cass. n. 10386/2002, cit.; cfr. anche Cass. 25 luglio 2000, n. 9744, in «Rep. Foro it.», 2000, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 109, la quale ha ritenuto che l'assicuratore non sia litisconsorte necessario ove l'impugnazione abbia ad oggetto la sola obbligazione risarcitoria del danneggiante oltre il massimale. Sul tema v. anche *supra*, nt. 53.

<sup>61</sup> Ad esempio, che l'impugnazione è tempestiva se notificata nel termine di decadenza ad almeno uno dei litisconsorti necessari, potendosi poi provvedere a citare gli altri in adempimento dell'ordine di integrazione del contraddittorio *ex art. 331 c.p.c.*: per l'applicazione di tale principio in materia di azione diretta, v. Cass. 26 febbraio 2003, n. 2888, in «Rep. Foro it.», 2003, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 143.

c.p.c.<sup>62</sup> e l'impugnabilità della sentenza da parte del litisconsorte pretermesso (*i.e.*, l'assicurato) mediante opposizione di terzo *ex art.* 404, comma 1, c.p.c.<sup>63</sup>.

Ovviamente, si possono verificare anche ipotesi di litisconsorzio facoltativo. Oltre a quelle già in precedenza prospettate, si sottolinea l'eventualità di un cumulo di azioni dirette: ad esempio, il cumulo dell'azione diretta contro l'assicuratore della struttura con l'azione diretta contro l'assicuratore dell'esercente<sup>64</sup>.

Peraltro, nel caso di azione diretta nei confronti del solo assicuratore della struttura, la partecipazione al giudizio dell'esercente responsabile potrebbe realizzarsi anche in via di intervento volontario – *ex art.* 105 c.p.c. – da parte di quest'ultimo, stimolato dalla comunicazione di cui all'art. 13<sup>65</sup>.

### 7. Il regime delle eccezioni

Riprendendo la scelta già compiuta in materia di responsabilità civile automobilistica, l'art. 12, al comma 2, prevede delle limitazioni circa l'opponibilità al danneggiato delle eccezioni derivanti dal contratto.

Testualmente, la disposizione recita: «Non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite da decreto di cui all'articolo 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'articolo 10, comma 2».

L'inopponibilità è collegata con l'azione di rivalsa disciplinata dal successivo comma 3, a mente 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'articolo 10, comma 6».

<sup>62</sup> G. TARZIA, *op. cit.*, II, 36; G. COSTANTINO, *Contributo*, cit.

<sup>63</sup> G. TARZIA, *op. loc. ult. cit.*, nt. 96, a contestazione dell'opinione contraria di C. VOCINO, *op. cit.*, 227; cfr. anche G. COSTANTINO, *Contributo*, cit., 439, secondo il quale, in caso di violazione degli artt. 354 e 383 c.p.c., si applicherebbe il principio generale espresso dall'art. 1485, comma 1, c.c.

<sup>64</sup> M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 636 segg., evidenzia le resistenze che le compagnie potrebbero dimostrare in sede di accertamento tecnico preventivo con riferimento all'obbligo di formulazione di proposte di liquidazione, resistenze dovute ai pregiudizi economici in cui potrebbe incorrere la compagnia che addivenisse per prima al pagamento nei confronti del danneggiato.

<sup>65</sup> M. HAZAN, *op. ult. cit.*, 636.

In primo luogo, in merito a tale inopponibilità, va detto che si tratta di questione non attinente al processo ma al diritto sostanziale. Infatti, le eccezioni non opponibili al danneggiato semplicemente non costituiscono fatti modificativi/impeditivi/estintivi del diritto al risarcimento che questo vanta, in proprio, verso l'assicuratore.

La funzione dell'inopponibilità è quella di rendere il diritto al risarcimento verso l'assicuratore quanto più sovrapponibile, dal punto di vista oggettivo, al diritto al risarcimento che il danneggiato vanta nei confronti del danneggiante, con beneficio per la soddisfazione completa di questo.

La effettiva latitudine di tale sovrapposizione dipenderà dalla normazione secondaria cui l'art. 12 rinvia. Vi sono tuttavia le premesse perché all'assicuratore della responsabilità sanitaria possano essere concesse facoltà di eccezione maggiori rispetto all'assicuratore della responsabilità civile automobilistica.

Infatti, l'art. 144 cod. ass. specifica che non sono opponibili dall'assicuratore nemmeno «le clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno». Tale puntualizzazione non si rinviene invece nell'art. 12, comma 2, l. n. 14/2017. È dunque possibile che il diritto al risarcimento diretto verso l'assicuratore possa essere limitato non solo nel suo importo massimo (massimale) ma anche dall'operatività di clausole di franchigia o di scoperto o dalla cd. *self insurance retention* (SIR)<sup>66</sup>. Il dubbio dovrà essere sciolto dal decreto ministeriale, ma è probabile che l'omissione, lungi dal costituire una mera dimenticanza del legislatore, rappresenti uno strumento di flessibilità per attrarre le compagnie ad operare nel settore ovvero per scongiurarne la fuga<sup>67</sup>.

#### 8. Altre questioni processuali. Rinvio

Occorre infine rammentare che il legislatore, si è premurato di garantire alle parti (imprese di assicurazione, esercenti la professione sanitaria e danneggiato) il «diritto di accesso alla documentazione della struttura relativa ai fatti dedotti in ogni fase della trattazione del sinistro» (art. 12, comma 4, secondo periodo).

La disposizione rappresenta un corollario di quanto previsto in via più generale dall'art. 4, comma 2.

Ci si potrebbe interrogare sul significato da attribuire all'espressione

<sup>66</sup> M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, cit., 628 seg.

<sup>67</sup> F. MARTINI, *L'azione diretta del soggetto danneggiato nella legge Gelli-Bianco*, cit., § 3.

«ogni fase della trattazione del sinistro». Anche in ragione della collocazione all'interno di un comma disciplinante una questione strettamente processuale come il litisconsorzio necessario, si potrebbe ritenere che la disposizione consenta alla parte di avanzare richiesta di esibizione *ex art.* 210 c.p.c. anche dopo che si siano formate le ordinarie barriere preclusive del rito prescelto.

Una simile interpretazione, tuttavia, oltre che non facilmente giustificabile appare tutt'altro che impeccabile sul piano letterale: in primo luogo, «ogni fase» sembra significare che il diritto di accesso può esercitarsi sia prima del processo sia durante lo stesso; inoltre, il «sinistro» è cosa diversa dal «processo», sicché il termine «trattazione» si veste di un significato non processuale.

Ad ogni modo, la disposizione<sup>68</sup> va correlata con le altre che, alla stessa maniera, tendono a favorire la circolazione delle informazioni e, quindi, l'accesso ai documenti aventi efficacia dimostrativa diretta o indiretta dei fatti costitutivi (ovvero dei fatti impeditivi/modificativi/estintivi) del diritto azionato (cfr. art. 2, comma 2-4, art. 4, comma 2-3). Anche in questo ambito il legislatore si mostra, tuttavia, sensibile al bilanciamento degli interessi: funge infatti da contrappeso la riservatezza garantita ai verbali e agli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico (*risk management*), i quali non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari (art. 16, comma 1, che modifica il secondo periodo dell'art. 1, comma 539, lett. a, l. n. 208/2015)<sup>69</sup>.

Ovviamente, il tema dell'azione diretta si interseca e genera esso stesso anche altre questioni di carattere processuale (ad esempio, le condizioni di procedibilità, il rito ecc.). Si rinvia ai contributi del volume che affrontano *ex professo* tali problematiche.

### *Abstract*

Si analizza la nuova azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore introdotta dalla legge di riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24/2017, art. 12), con particolare riferimento all'ambito di applicazione, alla legittimazione e al litisconsorzio.

---

<sup>68</sup> F. MARTINI, *L'azione diretta del soggetto danneggiato nella legge Gelli-Bianco*, cit., § 4, evidenzia l'assenza di un regime sanzionatorio in caso di inottemperanza alla richiesta di accesso, salvo comunque il risarcimento dei danni.

<sup>69</sup> V., al riguardo, C. MASIERI, *op. cit.*, 769 seg.

*Nota biografica*

Fabio Cossignani è assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre e avvocato del Foro di Ascoli Piceno. È autore di numerosi articoli e note a sentenza pubblicati in volumi collettanei e nelle principali riviste scientifiche italiane.



*I criteri di competenza per le controversie instaurate dal paziente*

SOMMARIO: 1. La (controversa) applicabilità della disciplina consumeristica al contenzioso in tema di *medical malpractice*

*1. La (controversa) applicabilità della disciplina consumeristica al contenzioso in tema di medical malpractice*

Le peculiarità connotanti l'impostazione giurisprudenziale in tema di responsabilità sanitaria emergono altresì con riguardo all'applicazione della disciplina consumeristica ai giudizi di *medical malpractice*; prima di procedere all'analisi della questione, si impone una premessa, relativa al dibattito sviluppatosi in ordine al criterio di competenza territoriale, attualmente dettato – seppur indirettamente – in via esclusiva dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons.

Invero, tale disposizione, nel recepire la disciplina di matrice eurounitaria applicabile ai contratti tra professionisti e consumatori, prevede una presunzione di vessatorietà delle clausole che dispongono la competenza di un foro diverso da quello ove risiede o è elettivamente domiciliato il consumatore.

L'ambiguità della formulazione normativa determinò – già sotto la vigenza del precedente art. 1469 *bis*, comma 3°, n. 19, c.c. – la contrapposizione di due diversi orientamenti in dottrina<sup>1</sup>, divisa tra chi militava a favore della sussistenza di un foro legale ed esclusivo<sup>2</sup> e chi, al contrario, negava l'inderogabilità di tale criterio di competenza, ritenuto concorrente rispetto

---

<sup>1</sup> Tale contrasto interpretativo è stato puntualmente ricostruito da L. MARENGO, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 144.

<sup>2</sup> In tal senso v. F. TOMMASEO, in *AA. VV.*, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Giuffrè, Milano 2003, p. 630; R. CONTE, *La Cassazione chiude le porte al foro esclusivo del consumatore?*, in «*Corr. giur.*», 2001, p. 1438; F. LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in «*Riv. dir. proc.*», 1998, p. 714; E. DALMOTTO, *Un foro esclusivo per il consumatore?*, in «*Giur. it.*», 1997, p. 161; R. VACCARELLA, *Il problema del foro competente nei contratti fra professionista e consumatore*, in «*Doc. giust.*», 1996, p. 1707.

agli ulteriori criteri di collegamento dettati dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c.<sup>3</sup>

Una divergenza interpretativa in ordine alla portata del dettato normativo in esame si manifestò altresì in seno alla giurisprudenza, altrettanto discorda nell'attribuire natura sostanziale o processuale della disposizione *de qua*<sup>4</sup>; tale contrasto venne definitivamente risolto nel 2003, quando le sezioni unite<sup>5</sup> affermarono la sussistenza di un foro esclusivo coincidente con il luogo di domicilio o residenza del consumatore, beneficiario del *forum actoris*<sup>6</sup>.

Successivamente, la giurisprudenza di legittimità<sup>7</sup> ha sancito la relatività

<sup>3</sup> M. DE CRISTOFARO, *La tutela processuale del consumatore tra volontà di espansione ed opzioni conservative: contrasti in cerca di assestamento nella giurisprudenza della S.C.*, in «Resp. civ. e prev.», 2002, p. 114; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in «Corr. giur.», 1997, p. 478; M. CIAN, *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile*, in «Studium juris», 1996, p. 411; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Milano, 1996, p. 26, i quali, nel sostenere che all'eventuale dichiarazione di vessatorietà della clausola abusiva consegue l'applicazione dei criteri di collegamento previsti dal codice di rito, ritengono che l'art. 33, 2° comma, lett. u, d.lgs. 206/2005 si limiti ad introdurre un criterio di valutazione atto a neutralizzare lo squilibrio tra le parti del relativo rapporto contrattuale. In generale, sul tema, cfr. altresì V. ZENO ZENCOVICH-M.C. PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2009, p. 267; C. MARSEGLIA, *Il foro esclusivo derogabile del consumatore*, in «Contr.», 2009, p. 631; P. GENTILE, *Il foro del consumatore ed il codice del consumo*, in «Rass. dir. civ.», 2008, p. 68.

<sup>4</sup> Rilevante, tra gli altri, al fine di stabilire la retroattività della disciplina in esame. Sul punto si segnalano le opposte posizioni di Cass. 28 agosto 2001, n. 11282, in «Foro it.», 2001, I, coll. 3587, con nota di A. PALMIERI; «Corr. giur.», 2002, p. 217, con nota di R. CONTI; «Contr.», 2002, p. 5, con nota di R. SENIGAGLIA e Cass. 24 luglio 2001, n. 10086, in «Rep. Foro it.», 2001, voce *Contratto in genere*, n. 319; «Corr. giur.», 2001, p. 1436 con nota di R. CONTI; «Contr.», 2001, p. 1077, con nota di G. CAPILLI; «Resp. civ.», 2002, p. 114; nonché Cass. 22 novembre 2000, n. 15101, «Rep. Foro it.», 2001, voce *Contratto in genere*, n. 319; «Contr.», 2001, p. 785, con nota di F. FARKAS.

<sup>5</sup> Cass., S.U., 1° ottobre 2003, n. 14669, in «Foro it.», 2003, I, coll. 3298, con nota di A. PALMIERI; «Giust. civ.», 2004, p. 2701, con nota di N. LIPARI e «Corr. giur.», 2003, p. 1427, con nota di R. CONTI.

<sup>6</sup> La giurisprudenza successiva ha fatto salva la possibilità che il consumatore, agendo in giudizio, si avvalga degli ulteriori criteri di competenza dettati dal codice di rito, senza che l'incompetenza possa essere eccepita dal professionista o rilevata d'ufficio dal giudice, così Cass. 16 aprile 2012, n. 5974, in «Giur. it.», 2012, p. 990; 8 febbraio 2012, n. 1875, «Foro it.», 2012, I, coll. 1426, con nota di A. PALMIERI. Al contrario, Cass. 18 giugno 2008, n. 16557, in «Rep. Foro it.», 2008, voce *Competenza civile*, n. 58, ha affermato che, nei giudizi promossi dal professionista, l'incompetenza *ex art. 33, 2° comma, lett. u, d.lgs. 206/2005* è rilevabile *ex officio* entro la prima udienza di trattazione.

<sup>7</sup> Così Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, «Contr.», 2010, p. 1085, con nota di F.P. PATTI; «Nuova giur. civ. comm.», 2011, I, p. 99, con nota di M. FARNETI; 6 settembre 2007,

della presunzione di vessatorietà prevista dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons. – che, dunque, è superabile ai sensi dell'art. 34, 4° comma, cod. cons. – e, nell'imputare il relativo onere probatorio al professionista, ha dichiarato la derogabilità di tale criterio di competenza esclusivamente in sede di trattativa individuale tra le parti<sup>8</sup>.

Se tale impostazione – che assume il carattere soggettivo del citato criterio di competenza<sup>9</sup> – è stata pacificamente recepita dalla giurisprudenza di legittimità finanche nei giudizi volti ad accertare la responsabilità del professionista<sup>10</sup> e, per ciò che qui rileva, nelle controversie tra medico e paziente<sup>11</sup>, occorre notare che, al contrario, l'applicabilità di tale foro speciale non risulta altrettanto costante con riguardo ai giudizi promossi nei confronti della struttura sanitaria.

Infatti, con una prima pronuncia resa sul tema<sup>12</sup>, la S.C., nell'introdurre

---

n. 18743, in «Foro it.», 2008, I, coll. 1164, con nota di A. PALMIERI; 23 febbraio 2007, n. 4208, *id.*, 2007, I, coll. 2439; 20 agosto 2004, n. 16336, *id.*, 2005, I, coll. 1855. Sul punto si segnala altresì Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, *id.*, 2008, I, coll. 3528, con nota critica di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; «Obbl. e contr.», 2009, p. 335, con nota di F. LUCCHESI; «Giust. civ.», 2009, p. 981, con nota di C. DALIA, «Resp. civ.», 2009, p. 583, con nota di S. VERUCCI, la quale, nel richiedere la sussistenza di una trattativa connotata dai requisiti dell'individualità, serietà ed effettività, equipara l'ipotesi in cui il contratto sia stato redatto unilateralmente dal professionista attraverso la predisposizione di moduli e formulari (circostanza, quest'ultima, che deve essere specificamente allegata dal consumatore) e quella in cui, invece, il contratto sia stato negoziato individualmente. In dottrina, sul tema, cfr. S. MEUCCI, *Sub art. 34*, in *Codice del consumo* a cura di G. Vettori, CEDAM, Padova, 2007, p. 361; S. MONTICELLI, *Sub art. 34*, in *I contratti del consumatore* a cura di E. Cesaro, CEDAM, Padova, 2007, 454; E. GRAZIUSO, in *AA. VV. Codice del consumo - Commento al d.leg. 6 settembre 2005 n. 206*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 395; R. PARDOLESI-A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note a margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *AA. VV. Diritto privato*, 1996, II, *Condizioni generali e clausole vessatorie*, CEDAM, Padova, 1997, p. 417.

<sup>8</sup> Purché la clausola derogatoria sia autonomamente predisposta e specificamente sottoscritta dalle parti, in tal senso v. Cass. 27 novembre 2012, n. 21070, in «Giur. it.», 2013, p. 2107, con nota di M. RUSSO; 27 febbraio 2012, n. 2970, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Contratto in genere*, n. 464; 20 marzo 2010 n. 6802, in «Foro it.», 2010, I, coll. 2442, annotata da O. TROMBETTI.

<sup>9</sup> Così A. CARRATTA-C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2017, p. 278.

<sup>10</sup> Cass. 12 marzo 2014, n. 5703, in «Rep. Foro it.», voce *Competenza civile*, n. 66; 24 gennaio 2014, n. 1464, *ibid.*, voce *Contratto in genere*, n. 305; 26 settembre 2008, n. 24257, «Foro it.», I, coll. 1111; «Corr. giur.», 2009, p. 800, con nota di F. AGNINO.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. 27 febbraio 2009, n. 4914, in «Foro it.», 2009, I, coll. 2684.

<sup>12</sup> Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, in «Danno e resp.», 2010, p. 56, con nota di A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI; «Giust. civ.», 2010, I, p. 973, con nota di A. LAMORGESE; «Foro it.», 2009, I,

un regime differenziato a seconda della natura pubblica o privata dell'ente ospedaliero, ha escluso l'applicabilità del foro del consumatore ai giudizi promossi dall'utente che fruisca del servizio sanitario nazionale.

In particolare, pur premettendo l'attrazione dei servizi pubblici nell'ambito applicativo del codice del consumo<sup>13</sup>, la Corte affida la soluzione negativa a un duplice ordine di argomenti: in primo luogo, il Collegio esclude che la posizione dell'utente della struttura sanitaria pubblica sia equiparabile a quella del consumatore, giacché l'articolazione territoriale del servizio sanitario nazionale gli attribuisce una libertà di scelta, cui corrisponde la speculare responsabilità in ordine al radicamento dell'eventuale vicenda giudiziaria; del pari, la Corte nega la qualità di professionista *ex art. 3, lett. c, cod. cons. dell'azienda sanitaria pubblica*, là dove quest'ultima, garantendo l'erogazione della prestazione sanitaria finanche in ipotesi di perdita, non opera sotto l'egida del principio di economicità<sup>14</sup>. Al contrario, l'azienda sanitaria privata, la cui attività risulta improntata al perseguimento di un utile, soggiace all'applicazione della disciplina dettata dal d.lgs. 206/2005 a tutela del consumatore, mentre la struttura privata che operi in regime di accreditamento presso il S.S.N. è equiparata a quella pubblica, poiché, similmente, non esercita un'attività imprenditoriale, salva l'ipotesi in cui offra prestazioni aggiuntive, il cui costo grava direttamente sul paziente.

Tanto premesso, la Corte spende un argomento ulteriore (seppur non dirimente) e, nel rilevare l'assenza di un contratto a fondamento del rapporto intercorrente tra l'utente e la struttura sanitaria pubblica, afferma l'insussistenza del presupposto oggettivo richiesto ai fini dell'applicazione del foro speciale previsto dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons.<sup>15</sup>

---

coll. 2683; «Riv. dir. proc.», 2009, p. 662, con nota di E. MERLIN; «Resp. civ. e prev.», 2009, p. 1291, con nota di D. CHINDEMI; «Resp. civ.», 2009, p. 918, con nota di D. NARDI.

<sup>13</sup> Riconosciuta la sostanziale equiparazione tra consumatore e utente riscontrabile nel corpo del codice del consumo e, in particolare, all'art. 2, 2° comma, lett. *g*, e all'art. 101 cod. cons. che, rubricato «Erogazione di servizi pubblici», dispone la sottoposizione dei rapporti tra utenti e aziende pubbliche alla disciplina consumeristica, salvo l'adozione di specifiche normative nell'ambito di ciascun servizio pubblico ad opera di Stato e Regioni.

<sup>14</sup> Tale definizione di matrice finalistica si riscontra altresì in Cass., 10 luglio 2008, n. 18863, in «Danno e resp.», 2009, p. 385, con nota di F. BARTOLINI; febbraio 2007, n. 42098, in «Contr.», 2007, p. 1071; 18 settembre 2006, n. 20175, in «Foro it.», 2007, I, coll. 119; 13 giugno 2006, n. 13643, in «Giust. civ.», 2007, p. 1175.

<sup>15</sup> In dottrina, sul punto, cfr. P. TROIANO, *Gli enti pubblici come «professionisti» e come «consumatori»*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Commentario*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, CEDAM, Padova, 1999, p. 183, il quale osserva che, ai sensi della direttiva CE/13/1993, non rileva il regime

La soluzione accolta dalla Corte, strenuamente criticata dai commentatori, non convince<sup>16</sup>.

*In primis*, posta la sovrapponibilità delle due categorie di soggetti<sup>17</sup>, non sembra legittimarsi la peculiarità riscontrata dalla S.C. nella posizione dell'utente del servizio sanitario nazionale, giacché anche il consumatore, al pari del primo, dispone della facoltà di rivolgersi liberamente a un'impresa ubicata in un luogo diverso da quello di propria residenza e, purtuttavia, beneficia del *forum actoris*.

Altrettanto discutibile risulta il mancato riconoscimento della qualifica di professionista alle strutture sanitarie pubbliche<sup>18</sup>, le quali, sin dalla privatizzazione operata dal d.lgs. 502/1992, sono tenute a orientare la propria attività a criteri di efficienza ed economicità<sup>19</sup>; inoltre, il requisito

pubblico o privato della gestione ma, piuttosto, la circostanza che il servizio sia reso su base contrattuale.

<sup>16</sup> Confermata da Cass., 16 giugno 2011, n. 13202, in «Rep. Foro it.», 2011, voce *Competenza civile*, n. 78 e 20 marzo 2010, n. 6824, id., 2010, voce cit., n. 48. Sul tema si segnala altresì Cass. 24 dicembre 2014, n. 27391, in «Resp. civ e prev.», 2015, p. 836, con nota di M. della Corte, la quale, nel recepire la soluzione accolta in precedenza, esclude che nella fattispecie *de qua* possa trovare applicazione l'impostazione adottata da Cass. 11 gennaio 2007, n. 396, in «Rep. Foro it.», 2007, voce *Fallimento*, n. 453; in «nuova giur. civ. comm.», 2007, p. 1055, con nota di L. Delli Priscoli; in «Contr.», 2007, p. 643, con nota critica di A. Galati; questa equipara la posizione del terzo beneficiario della polizza assicurativa a quella dell'utente del servizio sanitario nazionale, definito in termini di consumatore. *Contra*, v. già Cass., 12 dicembre 2008, n. 29276, in «Foro it.», 2009, I, coll. 2684, secondo cui deve escludersi che al terzo trasportato, estraneo al regolamento negoziale assicurativo, spetti la qualifica di consumatore.

<sup>17</sup> Sull'equiparazione tra consumatore e utente di pubblici servizi, cfr. A. MUSIO-P. STANZIONE, *La tutela del consumatore*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, XXX, 2009, p. 16; M.S. PIRRUPATO, *Profili di tutela del «diritto alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti*, in *Il diritto dei consumi* a cura di P. Perlingeri, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 398 s. In argomento cfr. altresì A.M. BENEDETTI, *Utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività?*, in «Pol. dir.», 2007, p. 463, il quale rileva la sussistenza di una posizione privilegiata degli utenti dei servizi pubblici, beneficiari di rimedi alternativi e/o amministrativi ulteriori rispetto ai consumatori; tra questi figura l'azione di diffida collettiva che, volta ad ottenere il rispetto degli *standard* di qualità ed efficienza del servizio, è esperibile dinanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa finanche nel caso in cui il soggetto erogatore difetti della qualifica di imprenditore. Precisa l'A. che, nella fattispecie *de qua*, l'azione risarcitoria segue le vie ordinarie.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. E. MERLIN, *Op. ult. cit.*, p. 668, che, nell'auspicare l'intervento della C.G.U.E. sul tema, rileva la dirompenza di tale asserzione, la quale, se estremizzata, potrebbe condurre ad escludere l'integrale applicabilità della disciplina dettata dall'art. 33 cod. cons. in ordine alle clausole vessatorie.

<sup>19</sup> Così Cass. 1° dicembre 2009 n. 25314, in «Rep. Foro it.», 2009, voce *Sanità pubblica*, n.

dell'imprenditorialità non si ricava – o quanto meno non esclusivamente – dal criterio di economicità di gestione, giacché rileva prevalentemente la stabilità della dimensione organizzativa dell'impresa nell'esercizio di un'attività professionale<sup>20</sup>, a prescindere dalla natura del soggetto agente.

Tanto premesso, tralasciando ogni considerazione relativa alla necessaria reciprocità intercorrente tra le nozioni di consumatore e professionista<sup>21</sup>, è l'ultimo argomento speso dalla Corte a destare maggiori perplessità, perché, rilevando nell'assenza di un contratto tra le parti un motivo ostativo all'applicabilità del foro del consumatore nelle controversie *de quibus*, contravviene al consolidato orientamento affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, cui si deve, *in primis*, la tipizzazione del contratto di speditività, indirettamente recepito finanche dall'attuale formulazione dell'art. 7, 1° comma, l. 24/2017<sup>22</sup>.

In conclusione, il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria risponde alla medesima esigenza di tutela del soggetto debole<sup>23</sup> che, declinata sotto il profilo processuale dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons., consente la piena equiparazione tra paziente e consumatore, cui, pertanto, consegue l'automatica applicabilità del foro speciale ivi disciplinato alle controversie in tema di *medical malpractice*.

---

387, seppur con riferimento alla natura dei rapporti lavorativi intercorrenti tra l'ente e il personale e nonostante l'abrogazione dell'art. 3, comma 1° *ter*, d.lgs. 502/1992 ad opera del d.lgs. n. 163/2006, a sua volta sostituito dal d.lgs. 50/2016; nonché, precedentemente, 14 luglio 1994, n. 5766, in *id.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1397, con riferimento all'applicabilità della l. 300/1970 al rapporto lavorativo tra medico ed ente. In dottrina, v. E. CATERINI, *Rapporto di assistenza, «contenuto minimo» e tutela della persona*, in *Il diritto dei consumi*, cit., pp. 27 e 44.

<sup>20</sup> Sul punto cfr. A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Op. ult. cit.*, p. 72, i quali rilevano l'assenza, nella normativa eurounitaria, di una differenziazione concettuale tra la categoria di professionista e imprenditore che, al contrario, adotta il nostro ordinamento.

<sup>21</sup> Che, integrante un'endiadi, esclude la possibile dissociazione tra le due categorie, così M. DELLA CASA, *Op. ult. cit.*, p. 845, nonché A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Op. ult. cit.*, p. 70. In generale, sul tema, cfr. E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2003, p. 1183; G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in «Contr.», 2001, p. 205; F. DI MARZIO, *Intorno alla definizione di consumatore nei contratti*, in «Giust. civ.», 2001, p. 2151.

<sup>22</sup> Sul tema si rinvia all'introduzione del presente volume, p. 9.

<sup>23</sup> Infatti, la *ratio* che informa la disciplina di ispirazione protezionistica dettata dal codice del consumo si riscontra altresì nella relazione tra medico e paziente, altrettanto sintomatico dell'asimmetria informativa connotante il rapporto tra professionista e consumatore.

### *Abstract*

Lo scritto approfondisce il discusso tema dell'applicabilità del foro speciale dettato dall'art. 33, 2° comma, lett. *u*, cod. cons. ai giudizi relativi alla responsabilità della struttura sanitaria, analizzando in chiave critica i diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinari in ordine all'(in)derogabilità di tale criterio di competenza.

### *Nota biografica*

Ginevra Ammassari è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e Diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi Roma Tre.

È autrice di note e commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati su riviste scientifiche italiane.



Giulia Ricci

*L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le parti. – 3. *An* e *quantum* della rivalsa. L'elemento soggettivo dell'esercente la professione sanitaria. – 4. Condizioni dell'azione di rivalsa. La comunicazione all'esercente la professione sanitaria. – 4.1. Ulteriori condizioni dell'azione e limiti del giudizio di rivalsa in caso di mancata partecipazione dell'esercente la professione sanitaria alla procedura giudiziale o stragiudiziale instaurata contro la struttura sanitaria. – 5. L'azione di rivalsa.

*1. Premessa*

L'art. 9 della l. 8 marzo 2017, n. 24, nota come «legge Gelli», disciplina l'azione di rivalsa della struttura sanitaria o sociosanitaria privata nei confronti dell'esercente la professione sanitaria che abbia cagionato un danno al paziente con dolo o colpa grave<sup>1</sup>.

Prima di esaminare le novità sugli aspetti processuali apportate dalla recente riforma, merita una precisazione il riferimento all'azione di rivalsa. La rivalsa è tradizionalmente ricondotta all'istituto del regresso tra condebitori solidali di cui all'art. 2055 c.c., il cui oggetto specifico è la determinazione delle singole quote di responsabilità e delle conseguenze delle azioni di ciascun condebitore; la finalità del regresso è il riequilibrio delle posizioni dei condebitori nel rapporto interno, dopo che uno di essi abbia adempiuto alla prestazione nella sua totalità<sup>2</sup>.

La giurisprudenza esclude peraltro una completa sovrapposizione tra

---

<sup>1</sup> Per le ulteriori azioni disciplinate nell'art. 9, l. 24/2017, si rinvia a G. PARISI, *Le azioni esperibili dalle imprese assicurative e dal Fondo di garanzia*, ed E. BERTILLO, *L'azione di responsabilità amministrativa*, entrambi in *questo volume*, pp. 69 e 83.

<sup>2</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, vol. III, a cura di R. SACCO, Utet Giuridica, Torino, 1998, p. 193; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1993, p. 745; sull'azione di rivalsa ex art. 9, l. 24/2017, 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, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 441 ss.

rivalsa e regresso, poiché l'azione di rivalsa «presuppone che l'obbligazione gravante su un soggetto possa essere trasferita ad un terzo tenuto, per legge o per contratto, a rivalere il soccombente di quanto egli sia tenuto a pagare al creditore», mentre nel rapporto tra condebitori solidali cui è imputato il medesimo danno «ciascuno è obbligato nei confronti del danneggiato per l'intero, salva l'azione di regresso di colui che abbia corrisposto l'intero credito nella misura determinata dalla gravità delle rispettive colpe e dalle conseguenze da esse derivanti»<sup>3</sup>. Accogliendo questa distinzione, non sarebbe corretto identificare l'azione di rivalsa con il regresso ogniqualvolta al momento dell'esercizio dell'azione di rivalsa sia ancora incerta la sussistenza dell'obbligazione solidale, a causa della mancata partecipazione del sanitario al giudizio instaurato dal danneggiato contro la struttura sanitaria<sup>4</sup>. Diversamente, la rivalsa sarebbe riconducibile al regresso di cui all'art. 2055, comma 2°, c.c. quando la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria sia stata accertata nello stesso giudizio in cui è stata convenuta la struttura sanitaria<sup>5</sup>.

Salva la facoltà per il paziente di scegliere se proporre azione di risarcimento verso la struttura sanitaria *ex artt.* 1218 e 1228 c.c. o verso l'esercente la professione sanitaria *ex art.* 2043 c.c., la l. 24/2017 favorisce senza dubbio la prima ipotesi, visto il maggior peso dell'onere probatorio a carico del danneggiato nel giudizio di responsabilità extracontrattuale.

L'azione di rivalsa, descritta nei profili processuali in senso "limitativo", si inserisce nel sistema delineato dalla riforma come lo strumento di bilanciamento tra la tutela dei diritti del paziente e la protezione dell'esercente la professione sanitaria da forme di "sovrareponsabilizzazione"<sup>6</sup>.

## 2. Le parti

La legittimazione attiva ad esperire l'azione di rivalsa spetta a qualsiasi struttura sanitaria o sociosanitaria privata che sia obbligata al risarcimento

<sup>3</sup> Cass. 20 giugno 2000, n. 8371, in «Rep. Foro it.», 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 356; G. SICCHIERO, voce «Regresso», in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Utet Giuridica, Torino, 2012, pp. 829 ss.; A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in «Corr. giur.», 2017, 6, pp. 769 ss.; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, pp. 770 ss.

<sup>4</sup> Cass. 20 giugno 2000, n. 8371, cit.; per tali considerazioni v. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 771.

<sup>5</sup> *Id.*, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, p. 771.

<sup>6</sup> D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., p. 771.

nei confronti del paziente danneggiato a seguito del giudizio di cui all'art. 7, l. 24/2017 o di transazione con il paziente stesso.

Entro la categoria degli esercenti le professioni sanitarie, la legittimazione passiva nel giudizio di rivalsa spetta a qualsiasi soggetto cui sia imputabile la condotta che ha arrecato il danno per cui la struttura è stata condannata, purché ricorrano il dolo o la colpa grave. Non rilevano ulteriori distinzioni all'interno della categoria, dovute al rapporto intercorrente tra il sanitario e la struttura: l'azione di rivalsa può rivolgersi sia *i*) verso il personale dipendente della struttura sanitaria privata, compresi i soggetti che hanno svolto attività di formazione, aggiornamento, sperimentazione e ricerca clinica, sia *ii*) nei confronti di coloro che hanno svolto prestazioni sanitarie presso la struttura in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime convenzionato con il Servizio sanitario nazionale o attraverso la telemedicina, nonché *iii*) verso coloro che si sono avvalsi della struttura sanitaria nell'adempimento di una propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente, come dimostra il regime differenziato per la quantificazione della rivalsa di cui all'art. 9, comma 6°, l. 24/2017.

### *3. An e quantum della rivalsa. L'elemento soggettivo dell'esercente la professione sanitaria*

L'intento del legislatore di costituire un regime di favore per l'esercente la professione sanitaria emerge chiaramente dalla disciplina dell'azione di rivalsa esperibile nei suoi confronti ai sensi dell'art. 9, l. 24/2017. Tale azione, infatti, risulta limitata sia nei presupposti sostanziali, come si vedrà a breve, sia sotto il profilo dell'ammissibilità e della procedibilità della relativa domanda (v. *infra* § 4 ss.).

In primo luogo, l'azione di rivalsa può proporsi soltanto contro il sanitario che abbia tenuto la condotta lesiva «con dolo o colpa grave» a norma dell'art. 9, comma 1°, l. 24/2017, escludendo l'esperibilità dell'azione in presenza di colpa lieve.

Tale limitazione, già prevista nel settore della responsabilità sanitaria imputabile al medico pubblico dipendente e per i medici dipendenti privati coperti in tal senso dalle previsioni della contrattazione collettiva<sup>7</sup>, viene dunque estesa all'intero settore sanitario privato.

<sup>7</sup> Cfr. gli artt. 22 e 23 del d.P.R. 19 gennaio 1957, n. 3, Testo Unico sugli impiegati dello Stato ed il CCNL 3 novembre 2005 dell'area della dirigenza medico-veterinaria del Servizio sanitario nazionale, art. 21.

Focalizzando l'attenzione sull'incidenza dell'elemento soggettivo della condotta del sanitario sul giudizio di rivalsa, un'ulteriore novità emerge dall'art. 9, comma 6°, l. 24/2017. L'accertamento giudiziale del dolo o della colpa grave dell'esercente la professione sanitaria influisce infatti anche sulla quantificazione della condanna.

In particolare, la disposizione richiamata introduce un limite al *quantum* della rivalsa nel caso in cui sia accertato che il sanitario ha agito con colpa grave. Tale limite corrisponde, per singolo evento lesivo, alla «somma pari al valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo». Sin dai primi commenti alla riforma è stata rilevata la svista letterale nel riferimento alla moltiplicazione «per il triplo»; si ritiene dunque che, in sede di applicazione, il limite quantitativo va inteso come il triplo «del valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo»<sup>8</sup>.

La limitazione *ex art.* 9, comma 6°, l. 24/2017 è esclusa per la quantificazione della rivalsa nei confronti *i)* degli esercenti la professione sanitaria che hanno svolto l'attività all'interno della struttura sanitaria in regime libero-professionale, e *ii)* per coloro che si sono avvalsi della struttura sanitaria nell'adempimento di una propria obbligazione contrattuale con il paziente.

Il limite non si applica, inoltre, nella determinazione della rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria che abbia tenuto la condotta lesiva con dolo, a prescindere dal tipo di rapporto intercorrente con la struttura sanitaria.

Si precisa che l'art. 9, comma 6°, l. 24/2017 rappresenta una specificazione della regola generale in tema di risarcimento del danno derivante da un fatto illecito commesso da più coautori di cui all'art. 2055, comma 2°, c.c.

Diversamente, all'azione di rivalsa della struttura sanitaria non sembra applicabile l'art. 2055, comma 3°, c.c., a norma del quale «nel dubbio [sulla gravità della rispettiva colpa] le singole colpe si presumono uguali».

<sup>8</sup> Come confermato dall'art. 11 del disegno di legge 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, di cui all'atto Camera 3868/XVII, trasmesso al Senato il 30 ottobre 2017 (1324/XVII/S). Cfr. G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in <<http://giustiziacivile.com/>>, p. 4; M. RODOLFI, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, a cura di F. MARTINI e M. RODOLFI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 64.

L'eventualità del dubbio sulla gravità della colpa è esclusa in radice nel giudizio di rivalsa instaurato dalla struttura sanitaria, poiché l'accertamento della colpa grave del medico costituisce il presupposto minimo per la fondatezza della domanda *ex art. 9, comma 1°*, l. 24/2017.

#### 4. Condizioni dell'azione di rivalsa. La comunicazione all' esercente la professione sanitaria

L'art. 13, l. 24/2017 pone a carico della struttura sanitaria l'obbligo di comunicare al sanitario l'avvenuta instaurazione del giudizio o l'avvio di trattative stragiudiziali da parte del danneggiato e, in quest'ultimo caso, la comunicazione deve contenere l'invito a prenderne parte.

L'omissione, la tardività o l'incompletezza di tale comunicazione determinano l'inammissibilità dell'azione di rivalsa successivamente proposta dalla struttura sanitaria *ex art. 9, l. 24/2017*.

La comunicazione deve avvenire tramite p.e.c. o raccomandata con avviso di ricevimento contenente copia dell'atto introduttivo del giudizio; il termine, di tipo perentorio, è di dieci giorni dal momento in cui la struttura sanitaria ha ricevuto la notifica dell'atto introduttivo del giudizio o dall'avvio delle trattative stragiudiziali (si segnala che nel disegno di legge 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, di cui all'atto Camera 3868/XVII, trasmesso al Senato il 30 ottobre 2017 (1324/XVII/S), art. 11, comma 1°, lett. d), il termine di dieci giorni è sostituito da un termine di quarantacinque giorni)<sup>9</sup>.

Ponendo l'onere informativo a carico della struttura sanitaria, la norma intende garantire al sanitario la tempestiva conoscenza della pendenza di un procedimento in cui può avere interesse ad intervenire *ex art. 105 c.p.c.*, in vista dell'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Precisa condivisibilmente ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., pp. 41 ss. che la comunicazione dell'instaurazione del procedimento giudiziale rappresenta una *litis denuntiatio* e non comporta l'acquisto della qualità di parte in capo all'esercente la professione sanitaria.

<sup>10</sup> A. BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. BENCI et al., Quotidiano Sanità edizioni, Roma, 2017, pp. 125 ss.; P. MARTINENGO, *L'obbligo di comunicazione al professionista sanitario*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., p. 196.

Per l'individuazione del soggetto destinatario di tale comunicazione, si ritiene che la struttura sanitaria debba provvedere in base all'allegazione dei fatti costitutivi del diritto al risarcimento nella domanda del danneggiato, necessariamente riconducibili alla condotta di uno o più esercenti la professione sanitaria.

*4.1. Condizioni dell'azione e limiti del giudizio di rivalsa in caso di mancata partecipazione dell'esercente la professione sanitaria alla procedura giudiziale o stragiudiziale instaurata contro la struttura sanitaria*

Oltre ai profili finora considerati, l'art. 9, l. 24/2017 reca una disciplina differenziata dell'azione di rivalsa a seconda che il sanitario abbia o meno partecipato alla procedura di formazione del titolo di responsabilità della struttura sanitaria a favore del danneggiato.

Nel caso in cui l'esercente la professione sanitaria, pur essendo stato avvisato dell'avvio del giudizio o della procedura stragiudiziale ex art. 13, l. 24/2017, non sia intervenuto nel giudizio o sia rimasto estraneo alle trattative, l'art. 9, commi 2° e 3°, l. 24/2017 introducono ulteriori condizioni dell'azione di rivalsa.

*In primis*, è introdotto un termine iniziale di proponibilità della domanda, coincidente con l'avvenuto adempimento dell'obbligazione risarcitoria stabilita nel titolo giudiziale o stragiudiziale nei confronti del soggetto danneggiato<sup>11</sup>.

La condizione ha evidente funzione compulsoria dell'adempimento dell'obbligazione in favore del danneggiato, riconoscendo a questa primaria importanza rispetto al recupero, da parte della struttura sanitaria, della quota di risarcimento derivante dalla responsabilità del sanitario.

In secondo luogo, la legge fissa il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di rivalsa entro un anno dall'avvenuto pagamento.

L'individuazione del *dies a quo* della decorrenza di tale termine nel momento dell'avvenuto pagamento recepisce l'orientamento giurisprudenziale fondato sull'art. 2935 c.c., per cui «il diritto al regresso non può esser fatto valere prima dell'evento estintivo dell'obbligazione»<sup>12</sup>.

Il breve termine di decadenza si ritiene ispirato al principio di certezza della situazione giuridica inerente l'esercente la professione sanitaria, il cui stato di incertezza riguardo l'esperimento dell'azione di rivalsa viene così

---

<sup>11</sup> RODOLFI, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, cit., p. 61.

<sup>12</sup> Cass. 3 novembre 2004, n. 21056, in «Foro it.», 2005, I, col. 1404; G. GENTILE, *La prescrizione dell'azione di regresso*, in «Resp. civ. e prev.», 1956, pp. 253 ss.

contenuta entro un termine prestabilito.

L'introduzione del termine di decadenza con decorrenza dall'avvenuto pagamento suscita una riflessione sulla facoltà di impugnazione della sentenza di condanna da parte della struttura sanitaria. Poiché il titolo è provvisoriamente esecutivo *ex art. 282 c.p.c.*, la struttura sanitaria può essere soggetta ad esecuzione forzata e contestualmente impugnare il provvedimento<sup>13</sup>. Poiché l'esecuzione del pagamento determina la decorrenza del termine annuale per esercitare l'azione di rivalsa da parte della struttura sanitaria adempiente, si ritiene che questa, pur avendo proposto impugnazione, debba ugualmente instaurare il giudizio di rivalsa al fine di impedire la decadenza. Tale giudizio è però condizionato al rigetto dell'impugnazione del provvedimento di condanna e può essere sospeso *ex art. 337 c.p.c.*

La mancata partecipazione del sanitario al giudizio di responsabilità della struttura sanitaria determina importanti conseguenze anche sulla trattazione e sull'istruzione del giudizio di rivalsa. Precisa infatti l'art. 9, commi 3° e 4°, l. 24/2017 che la decisione pronunciata nel giudizio contro la struttura sanitaria non fa stato contro l'esercente e la transazione non è a questo opponibile.

Tali disposizioni si limitano a precisare la disciplina generale dell'efficacia soggettiva del giudicato *ex art. 2909 c.c.*<sup>14</sup> e del contratto di transazione *ex art. 1372 c.c.*<sup>15</sup>

Per completezza è stato rilevato che la transazione di cui all'art. 9, comma 4°, l. 24/2017 è inopponibile all'esercente anche quando sia contenuta nel verbale di conciliazione conclusivo delle procedure stragiudiziali previste dall'art. 8, l. 24/2017<sup>16</sup>.

Nel giudizio di rivalsa è dunque necessario accertare ogni profilo inerente l'apporto della condotta dell'esercente la professione sanitaria alla causazione del danno, nel contraddittorio con quest'ultimo<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Salva l'eventualità della sospensione dell'efficacia esecutiva *ex art. 283 c.p.c.*, su cui v. RODOLFI, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, p. 61.

<sup>14</sup> A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 102 ss.; Cass. 13 ottobre 2016, n. 20653, in <<https://www.iusexplorer.it/>>.

<sup>15</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 743 ss.

<sup>16</sup> MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 770.

<sup>17</sup> La giurisprudenza ha inoltre ammesso che nel giudizio di rivalsa il giudice possa accertare anche l'eventualità che la responsabilità non sia solo del sanitario convenuto, ma anche di altri esercenti ed in diversa misura, e possa di conseguenza diminuire la quota di responsabilità a carico del convenuto, v. Trib. Milano, 31 gennaio 2015, in <<http://ilcaso.it/>>.

Il rispetto del principio del contraddittorio si impone anche nell'assunzione delle prove, per cui l'art. 9, comma 6°, l. 24/2017 dispone *a contrario* che le prove assunte nel giudizio contro la struttura sanitaria non possono valutarsi come argomenti di prova nel giudizio di rivalsa.

Quanto all'ipotesi in cui il giudizio di rivalsa si fondi su una transazione intercorsa tra il danneggiato e la struttura sanitaria alle cui trattative il sanitario non abbia partecipato, va precisata la portata del disposto dell'art. 9, comma 4°, l. 24/2017, secondo cui la transazione non può avere effetti nei confronti dell'esercente la professione sanitaria «in nessun caso».

Va infatti precisato che la transazione può spiegare efficacia nei confronti del sanitario che non l'abbia stipulata se questo, in un secondo momento, vi aderisce *ex art.* 1304 c.c.; non sembra, infatti, che l'art. 9, comma 4°, l. 24/2017 intenda escludere l'applicabilità alla fattispecie della disciplina generale in materia di obbligazioni solidali. Secondo la giurisprudenza, il coobbligato solidale può prestare l'adesione alla transazione anche nel corso di giudizio di rivalsa<sup>18</sup>.

### 5. *L'azione di rivalsa*

La partecipazione dell'esercente la professione sanitaria al giudizio instaurato dal danneggiato *ex art.* 7, l. 24/2017 ha importanti conseguenze sul giudizio di rivalsa, in termini di proponibilità della domanda e di ampiezza dell'accertamento.

Tale partecipazione può realizzarsi a seguito dell'intervento del sanitario nel giudizio promosso dal danneggiato contro la struttura sanitaria *ex art.* 105 c.p.c., o a seguito della sua chiamata in causa ad opera della struttura sanitaria *ex artt.* 167 e 269 c.p.c.

In questo caso, l'azione di rivalsa non è soggetta al termine di decadenza *ex art.* 9, comma 2°, l. 24/2017 (v. *supra* § 4.1). Relativamente alla prescrizione del diritto di regresso, si è già anticipato (v. *supra* § 4.1) l'orientamento della giurisprudenza secondo cui il termine di prescrizione decorre

---

<sup>18</sup> In quanto tale dichiarazione «non costituisce un'eccezione da far valere nei tempi e nei modi processuali ad essa pertinenti, bensì un diritto potestativo esercitabile anche nel corso del processo, senza requisiti di forma né limiti di decadenza», v. Cass. 23 febbraio 2005, n. 3747, in «Rep. Foro it.», 2005, voce *Obbligazioni in genere*, n. 77. Il riferimento è alla transazione dell'intero debito solidale, e non alla transazione avente ad oggetto la frazione di debito gravante al transigente; per approfondimenti si rinvia a M. DELLA CASA, *Transazione integrale vs. transazione esclusiva nelle obbligazioni solidali*, in «Riv. dir. civ.», 2012, I, pp. 439 ss.

dal momento dell'avvenuto pagamento da parte del debitore condannato, essendo questo il *dies a quo* per far valere il diritto di regresso<sup>19</sup>.

A ciò si aggiunge il rilievo per cui l'azione di regresso «si prescrive con il decorso di dieci anni se già risulti giudizialmente accertata la responsabilità del coobbligato nella determinazione dell'evento dannoso, mentre nel caso inverso, quando cioè a tale accertamento non si è provveduto, l'azione è soggetta alla prescrizione breve»<sup>20</sup>, quinquennale nel caso del diritto al risarcimento *ex art.* 2043 c.c.

Proposta l'azione di rivalsa, il sanitario è vincolato alla sentenza emessa nel giudizio al quale ha partecipato *ex art.* 2909 c.c., poiché «la risoluzione di una questione di fatto o di diritto che abbia costituito la premessa logica della decisione, preclude il riesame del punto deciso in nuovo processo, anche se quest'ultimo abbia finalità diverse da quelle che costituiscono lo scopo ed il *petitum* del primo»<sup>21</sup>.

Nel giudizio di rivalsa devono dunque valutarsi l'esistenza e la gravità delle rispettive condotte e delle conseguenze che ne sono derivate al danneggiato *ex art.* 2055, comma 2°, c.c., a condizione che lo stesso accertamento non sia già avvenuto nel giudizio in cui è stata emessa la sentenza di condanna della struttura sanitaria. A tal fine, precisa l'art. 9, comma 7°, l. 24/2017 che le prove assunte in quel giudizio valgono come argomenti di prova nel giudizio di rivalsa<sup>22</sup>.

Va inoltre considerata l'eventualità che l'azione di rivalsa sia esercitata dalla struttura sanitaria nello stesso giudizio instaurato nei suoi confronti dal danneggiato. Tale circostanza, pacificamente ammessa prima della riforma, non sembra preclusa dalla l. 24/2017. Se il sanitario è intervenuto spontaneamente, la struttura sanitaria può infatti chiamarlo in causa *ex art.* 167 e 269 c.p.c. e contestualmente proporre nei suoi confronti azione di rivalsa.

<sup>19</sup> Cass. 3 novembre 2004, n. 21056, cit.; Cass. 28 marzo 2001, n. 4507, in «Rep. Foro it.», 2001, voce cit., n. 56.

<sup>20</sup> Cass. 24 ottobre 1988, n. 5748, in «Rep. Foro it.», 1988, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 43, con riferimento al risarcimento del danno da circolazione di veicoli; D. RUBINO, *Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili ed indivisibili*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, cit., pp. 239 ss.; *contra*, nel senso che l'azione di regresso si prescrive in ogni caso decorso il termine di dieci anni dalla data del pagamento *ex art.* 2946 c.c., v. SICCHIERO, voce «Regresso», cit.

<sup>21</sup> Cass. 24 ottobre 1988, n. 5748, in «Rep. Foro it.», 1988, voce *Cosa giudicata civile*, n. 18.

<sup>22</sup> ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, p. 41; per approfondimenti sugli argomenti di prova, si rinvia a G. RUFFINI, *Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2004, pp. 1329 ss.

Tuttavia, poiché il diritto di regresso presuppone che il debito nei confronti del danneggiato si sia estinto tramite il pagamento, la proposizione dell'azione di rivalsa deve in tal caso avvenire in via condizionata. Il condizionamento opera in due direzioni: la domanda di rivalsa può essere esaminata soltanto previo accoglimento della domanda di condanna proposta dal danneggiato e, quando questa sia stata accolta, l'accertamento della domanda di rivalsa e la relativa condanna restano condizionate al pagamento dell'obbligazione risarcitoria da parte della struttura sanitaria<sup>23</sup>.

Tale fattispecie di litisconsorzio facoltativo *ex art. 103 c.p.c.* per connessione oggettiva di cause, oltre a garantire il criterio dell'economia dei giudizi<sup>24</sup>, è ammessa dalla giurisprudenza a tutela dell'interesse del condebitore convenuto in giudizio dal danneggiato all'accertamento dei presupposti del proprio diritto alla rivalsa, seppur non ancora maturo<sup>25</sup>.

L'istruzione delle cause cumulate, sulla domanda di rivalsa e sulla causa di risarcimento del danneggiato, avviene in modo unitario, ma resta salva la facoltà del giudice di disporre la separazione *ex art. 103, comma 2°, c.p.c.* nel caso in cui l'accertamento della responsabilità del sanitario rallenti eccessivamente la conclusione del processo.

### *Abstract*

Il contributo affronta le principali questioni di ordine processuale poste dalla disciplina dell'azione di rivalsa contenuta nell'art. 9, l. 24/2017.

### *Nota biografica*

Giulia Ricci è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile, presso l'Università degli Studi Roma Tre. È autrice di pubblicazioni su diverse riviste scientifiche italiane.

---

<sup>23</sup> Cass. 19 maggio 2008, n. 12691, in «Rep. Foro it.», 2008, voce *Obbligazioni in genere*, n. 108; Cass. 19 febbraio 2003, n. 2469, in «Rep. Foro it.», 2003, voce *Sentenza civile*, n. 91; Cass. 9 marzo 1988, n. 2364, in «Rep. Foro it.», 1988, voce *Responsabilità civile*, n. 180; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., pp. 745 ss.

<sup>24</sup> Si rinvia per ulteriori approfondimenti a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto Processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 194 ss., e pp. 450 ss.

<sup>25</sup> Cass. 19 febbraio 2003, n. 2469, cit.

## Giacinto Parisi

### *Le azioni esperibili dalle imprese assicurative e dal Fondo di garanzia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'azione surrogatoria dell'impresa di assicurazione (art. 9). Nozione. – 2.1. (Segue) Condizioni di ammissibilità e di proponibilità della domanda. – 2.2. (Segue) Le specificità della disciplina (anche in considerazione della partecipazione o meno al giudizio dell'esercente la professione sanitaria). – 3. L'azione di rivalsa dell'impresa di assicurazione (art. 12, comma 3°). – 4. L'azione di regresso del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria (art. 14, comma 2°, lett. d).

#### *1. Premessa*

Tra le azioni civili disciplinate dalla nuova legge in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie (la l. 24/2017, anche denominata «legge Gelli» o «legge Gelli-Bianco» dal nome dei relatori, rispettivamente, presso la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica) si rintracciano alcune che riguardano specificatamente quei soggetti che svolgono una funzione – *lato sensu* intesa – di tutela dei danneggiati, ossia le compagnie assicurative e il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, istituito dall'art. 14 della medesima legge<sup>1</sup>.

Più in particolare, nelle pieghe dell'art. 9, il quale è rubricato «azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa», si rinvengono alcuni riferimenti all'azione che l'impresa assicurativa può esercitare, surrogandosi, ai sensi dell'art. 1916, comma 1°, c.c., nel diritto di rivalsa (*rectius*, regresso<sup>2</sup>)

---

<sup>1</sup> Per una panoramica generale della riforma assicurativa della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie apportata dalla l. 24/2017, si rinvia a A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in «Foro it.», 2017, V, col. 197.

<sup>2</sup> A ben vedere, seppur definita dall'art. 9 l. 24/2017 «azione di rivalsa», quella esercitabile dalla struttura sanitaria (ovvero, in via surrogatoria, dall'impresa assicurativa) nei confronti dell'esercente la professione sanitaria dovrebbe essere più correttamente qualificata come azione di regresso, trattandosi di recupero delle somme versate ad un terzo da parte di un coobbligato solidale, ai sensi dell'art. 2055: sul punto si rinvia a M. RIDOLFI, *Aspetti processuali*, in *L'assicurazione nella responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, a cura di C. Altomare et al., Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 121.

spettante alla struttura sanitaria, pubblica o privata<sup>3</sup>, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

L'art. 12, comma 3°, menziona invece una (diversa) azione che l'assicurazione può esercitare – a titolo di rivalsa – nei confronti del proprio assicurato (la struttura sanitaria o l'esercente la professione sanitaria), qualora abbia erogato un risarcimento al di fuori dei limiti di operatività della polizza<sup>4</sup>.

La disciplina della cennata azione è tuttavia ancora incompleta, in quanto il legislatore ha affidato ad un decreto ministeriale, che dovrà essere emanato entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge, avvenuta il 1° aprile 2017, il compito di stabilire i requisiti minimi della garanzia, sulla cui base sarà possibile determinare di conseguenza l'ambito applicativo dell'istituto in esame.

È infine opportuno dare conto in questa sede anche dell'azione di regresso esercitabile da parte del Fondo di garanzia, il quale, come si è detto, svolgendo un ruolo di rafforzamento del sistema assicurativo, condivide con le imprese private una funzione di protezione nei confronti dei danneggiati<sup>5</sup>.

Tale azione è individuata dall'art. 14, comma 2°, lett. d, l. 24/2017, ma, anche in questo caso, il compito di fornire una disciplina di dettaglio è stato interamente demandato ad un regolamento del Ministro della salute, non ancora pubblicato nel momento in cui è stato licenziato il presente scritto.

## *2. L'azione surrogatoria dell'impresa di assicurazione (art. 9). Nozione*

L'art. 9 l. 24/2017 reca la disciplina dell'azione che può essere esercitata in via surrogatoria, ai sensi dell'art. 1916 c.c., da parte dell'assicurazione della struttura sanitaria nei confronti dell'esercente la professione sanitaria che abbia cagionato un danno ingiusto al paziente<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Sull'azione di rivalsa della struttura sanitaria, oggetto precipuo dell'art. 9, si rinvia a G. RICCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*, in *questo volume*, p. 59.

<sup>4</sup> Per una disamina delle ipotesi in cui può essere esperita tale azione si rinvia al successivo § 3 nel testo.

<sup>5</sup> Si tratta di un Fondo istituito dall'art. 14 l. 24/2017, la cui funzione può essere equiparata in qualche misura a quella di un'assicurazione «sociale»: da qui, l'opportunità di esaminare l'azione di regresso del Fondo in questa sede, unitamente alle azioni esercitabili da parte delle imprese assicurative «private».

<sup>6</sup> Per una rassegna della giurisprudenza intervenuta sul punto prima dell'approvazione della l. 24/2017 si veda M. RODOLFI, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*,

Prima di passare ad esaminare la disciplina dell'azione dettata dalla norma in commento, occorre tuttavia compiere una precisazione circa il titolo e il soggetto legittimato ad esperirla.

A tal fine, è necessario muovere dalla disamina dell'art. 10, comma 1°, l. 24/2017<sup>7</sup>, il quale stabilisce che la struttura sanitaria deve stipulare due tipologie di polizze, una «per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie» e l'altra «per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie»<sup>8</sup>.

È evidente che il diritto dell'assicuratore che ha pagato l'indennità a surrogarsi, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili, possa valere solamente nei casi rientranti nell'ambito della prima tipologia di polizza sopra menzionata: le polizze stipulate dalla struttura sanitaria in favore del sanitario dipendente individuano infatti proprio costui quale soggetto beneficiario e, quindi, nei suoi confronti potrebbe essere esercitata – al più – l'azione di regresso da parte della struttura sanitaria, ai sensi del medesimo art. 9, ovvero dell'assicurazione, nei limiti di cui all'art. 12, comma 3° (su cui si tornerà *infra* nel successivo § 3)<sup>9</sup>.

Ne consegue che la compagnia assicurativa della struttura sanitaria, convenuta direttamente dal danneggiato, ai sensi dell'art. 12 l. 24/2017, ovvero chiamata in manleva per i danni imputabili al soggetto assicurato, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dovrà decidere se chiamare in causa nello stesso giudizio l'esercente la professione sanitaria o se, in un secondo momento, esercitare nei suoi confronti l'azione surrogatoria di cui all'art. 1916 c.c.

Come si vedrà nel prosieguo, la scelta per l'una o per l'altra delle due opzioni sopra individuate non è indifferente sotto il profilo della disciplina applicabile<sup>10</sup>.

---

in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, a cura di F. Martini e M. Rodolfi, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 58-59.

<sup>7</sup> Va inoltre ricordato che, al fine di garantire efficacia all'azione surrogatoria dell'assicurazione (così come alle azioni di rivalsa della struttura sanitaria) l'art. 10, comma 3°, l. 24/2017 prevede che tutti gli esercenti la professione sanitaria, operanti a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie, pubbliche o private, devono provvedere alla stipula, con oneri a proprio carico, di una polizza assicurativa per i danni provocati a terzi dalla condotta per responsabilità grave: per tale rilievo, v. A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 102.

<sup>8</sup> Per le varie tipologie di assicurazione previste dalla legge e sugli obblighi a queste correlati, v. PALMIERI, PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite)*, cit., col. 197.

<sup>9</sup> C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, p. 771.

<sup>10</sup> Così P. MARTINENGO, *L'obbligo di comunicazione al professionista sanitario*, in *Sicurezza*

## 2.1. (Segue) Condizioni di ammissibilità e di proponibilità della domanda

Una volta chiarita la natura dell'azione surrogatoria dell'assicurazione disciplinata dall'art. 9, occorre focalizzare in primo luogo l'attenzione sugli elementi che attengono alla sua ammissibilità<sup>11</sup> e proponibilità<sup>12</sup>.

Innanzitutto, l'art. 13 l. 24/2017 stabilisce (anche) per l'impresa assicurativa l'obbligo di comunicare al soggetto esercente la professione sanitaria l'avvenuta instaurazione nei propri confronti di un giudizio da parte del danneggiato<sup>13</sup>.

Tale comunicazione deve essere effettuata, a mezzo p.e.c. o a mezzo lettera raccomandata a/r, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo del giudizio o dell'avvio delle trattative stragiudiziali e, in caso di omissione, tardività o incompletezza della comunicazione, la domanda surrogatoria di cui all'art. 1916 c.c. diventerà inammissibile<sup>14</sup>.

---

*delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. Benci et al., Quotidiano Sanità edizioni, Roma, 2017, p. 197.

<sup>11</sup> Sulla cui nozione si rinvia a R. POLI, *Inammissibilità e improcedibilità (dir. proc. civ.)*, in <[<sup>12</sup> Anche per ulteriori riferimenti, si veda C. MANDRIOLI, A. CARRATA, \*Diritto processuale civile\*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2016<sup>25</sup>, p. 44.](http://www.treccani.it/enciclopedia/inammissibilita-e-improcedibilita-dir-proc-civ_(Diritto-on-line)/></a>.</p></div><div data-bbox=)

<sup>13</sup> A. BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. Benci et al., Quotidiano Sanità edizioni, Roma, 2017, p. 128 pone la questione se, prima della notifica dell'atto introduttivo, l'esercente la professione sanitaria abbia o meno il diritto di esser messo a conoscenza dell'esistenza di una richiesta risarcitoria da parte del danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o dell'impresa di assicurazione. L'Autrice ritiene quindi che, specialmente in caso di indagine interna alla struttura, all'esercente la professione sanitaria dovrebbe esser consentito di difendersi e di fornire tutti i dati ed elementi a sua discolpa, e, in ogni caso, dalla risposta affermativa conseguirebbe un vantaggio anche per la struttura sanitaria o sociosanitaria o per l'impresa di assicurazione, le quali sarebbero così messe in condizione di opporre al (presunto) danneggiato – sia giudizialmente che stragiudizialmente – dati ed elementi utili, se non addirittura fondamentali, per l'accertamento dei fatti.

<sup>14</sup> Merita peraltro osservare che tale disposizione è stata oggetto di un profondo ripensamento nell'ambito dell'*iter* di approvazione in Parlamento, a seguito delle osservazioni critiche mosse dalla II Commissione permanente (Giustizia) presso la Camera dei deputati: cfr. <[http://www.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0038010.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0038010.pdf)>, pp. 7-8. Si segnala inoltre che l'art. 11, comma 1°, lett. d), del d.d.l. recante «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», di cui all'atto Camera 3868/XVII, trasmesso al Senato il 30 ottobre 2017 (1324/XVII/S), in <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01048722.pdf>>, prevede la modifica

La *ratio* di tale previsione è innanzitutto quella di informare tempestivamente il professionista dell'avvenuta proposizione di un'iniziativa giudiziaria, atteso che, là dove l'azione venga introdotta nei soli confronti della struttura sanitaria o dell'assicurazione, egli potrebbe venirne a conoscenza in un momento successivo.

Inoltre, tale comunicazione dovrebbe essere finalizzata a stimolare l'intervento del professionista nel giudizio o nella procedura stragiudiziale avviata dal (presunto) danneggiato – intervento che, peraltro, potrebbe essere eventualmente disposto anche per ordine del giudice, ai sensi dell'art. 107 c.p.c.<sup>15</sup> –, sì da consentirgli di esercitare già in quella sede, una volta acquisita la qualità formale di parte, il diritto di difesa nel contraddittorio con gli altri soggetti convenuti<sup>16</sup>.

Come è stato già osservato dai primi commentatori della l. 24/2017, la predetta disposizione avrà probabilmente quali effetti (indesiderati) il moltiplicarsi delle comunicazioni da parte delle strutture sanitarie e delle imprese assicurative convenute, oltre ad ingenerare molteplici dubbi interpretativi circa le modalità con cui dovrà essere effettuata la *denuntiatio litis* e nei confronti di quali soggetti dovrà essere indirizzata<sup>17</sup>: occorre tuttavia attendere i primi interventi della giurisprudenza per verificare quali saranno gli indirizzi prescelti rispetto a tali temi.

L'art. 9, comma 2°, stabilisce un altro requisito formale che deve essere rispettato prima della proposizione della domanda in esame, per l'ipotesi in cui l'esercente la professione sanitaria non sia stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno.

In tali ipotesi, è previsto che l'azione surrogatoria dell'assicurazione possa essere esercitata nei confronti del professionista soltanto dopo che, sulla base di un titolo giudiziale<sup>18</sup> o stragiudiziale, sia stato erogato il risarcimento del danno, nel termine decadenziale di un anno dall'avvenuto pagamento.

Tale termine è stato probabilmente fissato al fine di evitare che vengano

---

del termine per la suddetta comunicazione da dieci a quarantacinque giorni.

<sup>15</sup> Non si può infatti escludere che il giudice ravvisi l'opportunità che l'esercente la professione sanitaria partecipi al giudizio instaurato nei confronti della struttura sanitaria (e dell'assicurazione), esistendo indubbiamente una connessione oggettiva tra la posizione del professionista e quella delle originarie parti in causa. Sull'istituto di cui all'art. 107 c.p.c. in generale, si veda l'ampia monografia di N. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice*, Giuffrè Milano, 1984.

<sup>16</sup> BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, cit., p. 125, p. 128; MARTINENGO, *L'obbligo di comunicazione*, cit., p. 196.

<sup>17</sup> F. MARTINI, *Coperture assicurative obbligate per aziende e singoli operatori*, in «Guida al dir.», 2017, fasc. 15, pp. 93-94.

<sup>18</sup> Anche provvisoriamente esecutivo: in tal senso, RODOLFI, *Azione di rivalsa*, cit., p. 61.

esercitate nei confronti del professionista azioni di regresso, anche in via surrogatoria, oltre un eccessivo lasso di tempo, con conseguente prolungarsi di uno stato di incertezza rispetto alla posizione dell' esercente la professione sanitaria.

D'altro canto, la circostanza per cui tale limite temporale si applichi solamente nell'ipotesi in cui il professionista non sia stato parte del giudizio promosso dal danneggiato è volta evidentemente a stimolare i convenuti a domandare la sua chiamata in causa nel medesimo procedimento.

In tal modo, anche là dove la struttura sanitaria o l'assicurazione non ritenga di proporre già in quella sede la propria domanda di regresso (anche in via surrogatoria), attraverso la chiamata in causa potrà almeno giovare di un più lungo lasso di tempo per esercitare una nuova azione in un separato processo, determinandosi altresì ulteriori effetti positivi, sotto il profilo dell'efficacia dell'accertamento svolto e delle prove raccolte nel precedente giudizio, sui quali ci si soffermerà tra poco.

## 2.2. (Segue) *Le specificità della disciplina (anche in considerazione della partecipazione o meno al giudizio dell'esercente la professione sanitaria)*

Secondo il disposto di cui all'art. 9, comma 1°, l. 24/2017 l'azione surrogatoria può essere esercitata solamente nel caso in cui la condotta dell'esercente la professione sanitaria sia stata caratterizzata da dolo o colpa grave<sup>19</sup>: essa ha quindi un ambito operativo più ristretto rispetto all'azione promuovibile da parte del danneggiato direttamente nei confronti dell'assicurazione, ai sensi dell'art. 12 della medesima legge<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Su cui si vedano C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli - Bianco)*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 183, e, con riferimento alla responsabilità professionale in genere, M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Giappichelli, Torino, 2016<sup>2</sup>, p. 1.

<sup>20</sup> Cfr. «Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 2224-A», in <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00993896.pdf>>, pp. 11-12. Osserva inoltre BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, cit., p. 123 che «[l]e nuove disposizioni sono tutte all'evidenza sorrette dall'intento di tutelare il soggetto passivo dell'azione di rivalsa, onde impedire che lo scopo della legge sia vanificato "aggirandolo" attraverso azioni intempestive o eccessive nel *quantum* da parte della struttura sanitaria».

Secondo M.L. MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria. Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, La Tribuna, Piacenza, 2017, p. 38, lo scopo della norma è quello di canalizzare i costi risarcitori in capo alle strutture sanitarie private o nei confronti dell'impresa di assicurazione garante della medesima struttura, «con conseguente esonero dei professionisti nella normalità dei casi».

Per l'incostituzionalità di tale limite, si veda G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2017, pp. 142-143.

Nel caso in cui il responsabile abbia agito con colpa grave, la somma ripetibile da parte dell'assicurazione della struttura sanitaria è inoltre limitata al valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, «moltiplicato per il triplo» (art. 9, comma 6°, l. 24/2017)<sup>21</sup>.

Diverso è invece il caso in cui venga accertato il dolo, ipotesi in cui, evidentemente, l'esercente la professione sanitaria potrà esser condannato al versamento nei confronti dell'assicurazione dell'intero importo corrisposto al danneggiato<sup>22</sup>.

Infine, pur non essendo espressamente previsto dall'art. 9, si deve ritenere che nella liquidazione del danno a seguito della proposizione della domanda surrogatoria si debba aver riguardo alla gravità della colpa e all'entità delle conseguenze che ne siano derivate al paziente, in ossequio al principio sancito nell'art. 2055, comma 2°, c.c.<sup>23</sup>.

Alla luce di quanto precede, è dunque evidente che la legge Gelli-Bianco opera una deroga rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 1916, comma 1°, c.c. sia per quanto riguarda il *quantum* della somma in cui l'assicurazione può surrogarsi nei diritti del proprio assicurato, sia per quanto

<sup>21</sup> Secondo G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in <<http://giustiziacivile.com/>>, 3 marzo 2017, p. 4, «quel “moltiplicata” parrebbe una evidente svista del legislatore» in quanto «una tale moltiplicazione porterebbe a cifre astronomiche, in aperto contrasto con la *ratio* della disposizione»; nello stesso senso, RODOLFI, *Azione di rivalsa*, cit., p. 64.

Segnala BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, cit., p. 127, nt. 3, che «[n]el passaggio dalla Camera (prima lettura) al Senato (seconda lettura) si è passati, per quanto concerne la somma della rivalsa dalla formulazione “La misura della rivalsa, in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo della retribuzione lorda annua” alla retribuzione annua lorda “moltiplicata per il triplo” (anziché moltiplicata per tre). La somma che ne risulta con la nuova formulazione – definitivamente approvata dalla Camera in terza lettura – risulta quindi enorme. Per evitare la non approvazione della legge la Camera ha comunque deciso di votare la legge approvando contestualmente un ordine del giorno in cui impegna il Governo a intervenire in sede di decreti attuativi». Cfr. anche, per ulteriori riferimenti, A. FIORE, *La responsabilità amministrativa presso la Corte dei conti*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. Benci et al., Quotidiano Sanità edizioni, Roma, 2017, pp. 144-145.

A tale proposito si segnala inoltre che l'art. 11, comma 1°, lett. c) del d.d.l. recante «Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica», cit., prevede la correzione del testo dell'art. 9, comma 6°, l. 24/2017 nel senso sopra indicato.

<sup>22</sup> BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, cit., p. 127.

<sup>23</sup> Cfr. «Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 2224-A», cit., pp. 13-14. In tal senso, MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 39.

attiene l'elemento soggettivo, essendo nell'azione codicistica indifferente, ai fini della surrogazione, che il terzo responsabile abbia agito con dolo, con colpa o debba risarcire il danno per responsabilità oggettiva<sup>24</sup>.

L'importo che può essere richiesto al sanitario non incontra invece il limite di cui all'art. 9, comma 6°, l. 24/2017, oltre che nel caso in cui egli abbia agito con dolo, anche qualora il professionista «presti la sua opera all'interno della [struttura] in regime liberoprofessionale ovvero [...] si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente»: in tal modo, si viene dunque a determinare un regime preferenziale per gli esercenti le professioni sanitarie la cui opera si inserisce nell'adempimento di un'obbligazione della clinica e non del professionista.

È inoltre previsto che, ove l'esercente la professione sanitaria non sia stato parte del giudizio all'esito del quale l'assicurazione è stata condannata a tenere indenne la struttura ospedaliera delle somme che questa debba versare al danneggiato, nel (nuovo) giudizio promosso dall'assicurazione ai sensi dell'art. 1916, comma 1°, c.c.:

- i) la decisione pronunciata nell'ambito del primo «non fa stato», ossia non è idonea a precludere il compimento di un nuovo accertamento da parte del giudice successivamente adito (art. 9, comma 3°, l. 24/2017); mentre
- ii) le prove assunte nel corso del primo giudizio non potranno essere valutate nemmeno come argomenti di prova (art. 9, comma 7°, l. 24/2017)<sup>25</sup>.

Ben diversa è invece la situazione qualora il professionista sia intervenuto o sia stato chiamato in causa nel giudizio in cui è parte l'assicurazione.

In tali ipotesi, egli resta vincolato all'accertamento sulla responsabilità della struttura secondo la regola generale di cui all'art. 2909 c.c., mentre le prove assunte ai fini dell'accertamento stesso potranno valere come argomenti di prova<sup>26</sup> nel successivo giudizio promosso dall'assicurazione

<sup>24</sup> MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 771.

<sup>25</sup> Per BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, cit., p. 126, nonostante la norma degradi le prove acquisite nell'ambito del primo giudizio cui ha partecipato l'esercente la professione sanitaria a meri argomenti di prova, «in pratica, se [questi] non fornisce elementi contrari alla decisione resa nella causa risarcitoria instaurata dal danneggiato, tale pronuncia da sola potrebbe consentire una condanna in sede di rivalsa». Per ulteriori riferimenti, cfr. A. D'Adda, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, «Corr. Giur.», 2017, p. 775 ss.

<sup>26</sup> Nel testo approvato alla Camera dei deputati non era nemmeno previsto che l'esercente avesse partecipato al giudizio promosso dal danneggiato contro l'assicurazione affinché le prove raccolte potessero essere utilizzare come argomenti di prova nel giudizio

nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 1916 c.c.<sup>27</sup>.

Infine, in ossequio al principio stabilito dall'art. 1372 c.c., si prevede che la transazione conclusa dall'assicurazione con il danneggiato non sia opponibile all'esercente la professione sanitaria (art. 9, comma 4°, l. 24/2017)<sup>28</sup>, come dovrebbe peraltro ritenersi anche per il verbale attestante l'avvenuta conciliazione tra le parti ai sensi degli artt. 696 *bis* c.p.c. e 11 d. lgs. 28/2010<sup>29</sup>.

### 3. *L'azione di rivalsa dell'impresa di assicurazione (art. 12, comma 3°)*

L'art. 12, comma 3°, l. 24/2017 prevede invece la possibilità per l'impresa assicurativa nei cui confronti sia stata vittoriosamente esperita l'azione diretta da parte del danneggiato<sup>30</sup> di rivalersi nei confronti dell'assicurato, sia esso la struttura sanitaria o l'esercente la professione sanitaria<sup>31</sup>.

Tale azione è esercitabile da parte della compagnia assicurativa nei soli casi in cui sia stata erogata nei confronti del danneggiato una somma a titolo di risarcimento dei danni subiti, nonostante non fosse operativa la garanzia prevista dalla polizza<sup>32</sup>. Ciò è reso possibile in quanto il comma 2° dell'art. 12 stabilisce che «[n]on sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6»<sup>33</sup>.

---

promosso ai sensi dell'art. 1916 c.c.: cfr. <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00960929.pdf>>, p. 9.

Rileva la singolarità della norma CARRATTA, *Le più recenti riforme*, cit., p. 102, il quale osserva che «in questo caso la decisione di condanna della struttura o dell'impresa di assicurazione fa stato, ai sensi dell'art. 2909 c.c., nei confronti di tutte le parti del giudizio, e dunque anche dell'esercente la professione sanitaria».

<sup>27</sup> M.A. ZUMPAÑO, *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, Giappichelli, Torino, 2017, p. 441.

<sup>28</sup> In senso conforme, BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, cit., p. 126.

<sup>29</sup> MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 770.

<sup>30</sup> Sulla cui disciplina si rinvia a F. COSSIGNANI, *L'azione diretta*, in *questo volume*, p. 25.

<sup>31</sup> Tale azione dovrebbe essere assoggettata ad un termine di prescrizione biennale, ai sensi dell'art. 2952, comma 2°, c.c.: in tal senso, v. M. HAZAN, *Azione diretta del soggetto danneggiato*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. Benci et al., Quotidiano Sanità edizioni, Roma, 2017, p. 193.

<sup>32</sup> ZUMPAÑO, *Profili processuali*, cit., p. 435. Cfr. inoltre «Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 2224-A», cit., p. 16.

<sup>33</sup> HAZAN, *Azione diretta del soggetto danneggiato*, cit., pp. 187-193.

Peraltro, è evidente l'intenzione del legislatore<sup>34</sup> di favorire l'esercizio simultaneo dell'azione di rivalsa, là dove ha previsto, al comma 4° dell'art. 12, il litisconsorzio necessario *ex art.* 102 c.p.c. della struttura sanitaria e/o dell'esercente la professione sanitaria nei giudizi promossi dal danneggiato direttamente nei confronti dell'assicurazione<sup>35</sup>.

Merita inoltre rilevare che la disciplina dell'azione di rivalsa individuata dall'art. 12, comma 3°, è sicuramente diversa da quella dell'azione surrogatoria dell'assicurazione descritta nel precedente § 2, anche se, ad oggi, essa è in gran parte ignota.

Come accennato, infatti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 10, comma 6°, e 12, comma 3°, l. 24/2017, il legislatore ha affidato alla normativa secondaria il compito di disciplinare «i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche o private e per gli esercenti le professioni sanitarie»<sup>36</sup> e, sulla base di tale normativa (non derogabile contrattualmente, ai sensi del medesimo art. 12, comma 3°) dovrà essere individuato l'ambito applicativo dell'azione in esame.

Fermo quanto precede, occorre comunque chiedersi sin d'ora se, nei casi in cui detta azione debba essere esercitata nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, vi siano delle limitazioni nelle somme che questi può essere tenuto a versare all'assicurazione all'esito del giudizio di rivalsa.

A tale quesito dovrebbe risponderci positivamente in quanto, a mente dell'art. 9, comma 1°, l. 24/2017 sopra esaminato, potrebbero ritenersi sussistenti anche per l'azione in esame i limiti in tale sede previsti, pena la vanificazione per il sanitario ritenuto responsabile degli effetti della copertura assicurativa stipulata.

---

<sup>34</sup> Così M. HAZAN, S. CENTONZE, *Responsabilità medica: al via la nuova legge sul rischio clinico e la sicurezza delle cure*, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>, 20 marzo 2017.

<sup>35</sup> Merita osservare che è proprio la partecipazione necessaria dell'esercente la professione sanitaria al giudizio promosso nei confronti della propria assicurazione a giustificare la mancanza di operatività nella disciplina dell'azione di rivalsa dell'assicurazione della condizione di proponibilità di cui all'art. 9, comma 2°, nonché della condizione di ammissibilità di cui all'art. 13, applicabili invece all'azione di rivalsa della struttura sanitaria e all'azione surrogatoria dell'assicurazione. In senso contrario, MARTINENGO, *L'obbligo di comunicazione*, cit., p. 202, il quale afferma che, nel caso in cui l'azione diretta venga erroneamente esperita nei soli confronti dell'assicurazione, quest'ultima avrebbe comunque l'onere di inviare al professionista la comunicazione di cui all'art. 13; MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 48.

<sup>36</sup> Peraltro, ai sensi dell'art. 12, comma 6°, l. 24/2017, l'entrata in vigore dell'intera disciplina dell'azione diretta nei confronti dell'assicurazione è legata all'emanazione del decreto ministeriale con il quale verranno determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie.

Da quanto precede, deriva quindi che, all'esito del giudizio di rivalsa, il professionista possa essere condannato alla restituzione solamente nel caso in cui venga accertata una sua responsabilità a titolo di dolo o colpa grave e, in quest'ultimo caso, ove si tratti di medico operante presso una struttura sanitaria, nel limite del triplo del valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo<sup>37</sup>.

Ulteriori riflessioni andranno comunque effettuate a seguito dell'emanazione della normativa ministeriale, in particolare per quanto attiene alla disciplina dell'azione di rivalsa promuovibile da parte dell'assicuratore nei confronti della struttura sanitaria.

#### 4. *L'azione di regresso del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria (art. 14, comma 2°, lett. d)*

Come anticipato, l'art. 14 ha istituito un Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria<sup>38</sup>.

Il predetto Fondo si basa sul modello del Fondo di garanzia per gli incidenti stradali e dovrà essere alimentato dalle compagnie di assicurazione che offrono sul mercato prodotti per coprire la responsabilità sanitaria, sotto forma di tassa da versare in percentuale al premio di polizza assicurato<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Sul punto si rinvia a quanto detto *supra* nella nt. 21.

<sup>38</sup> L'art. 3 d. leg. 158/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. 189/2012 aveva invero già previsto l'istituzione di una sorta di fondo di garanzia, il quale, però, non è mai stato attuato: cfr. PALMIERI, PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite)*, cit., col. 197, nt. 34, anche per gli ulteriori richiami ivi contenuti.

Secondo N. TODESCHINI, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla "Balduzzi"*, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>, 1° marzo 2017, «l'Istituzione del Fondo» sarebbe stato «verosimilmente suggerito per fugare ogni dubbio sull'eccezione d'incostituzionalità dell'estensione, anche alla malpractice medica, delle tabelle dell'r.c. auto auto, così come suggeriva, seppur indirettamente, la nota pronuncia della Corte Costituzionale a giustificazione, anche per la malpractice medica, del regime forfettario in luogo del risarcimento integrale del danno»: il riferimento è alla pronuncia della Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in «Foro it.», 2014, I, col. 3345, che ha dichiarato costituzionalmente legittimi i parametri di liquidazione del danno stabiliti dagli artt. 138-139 d. lgs. 139/2005.

Per ulteriori riferimenti si vedano C. Chessa, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la "legge Gelli"*, in «Corr. Giur.», 2017, p. 759 ss.; E.V. Piccolo, *Il nuovo Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, «Danno e resp.», 2017, p. 329 ss.

<sup>39</sup> Per alcuni rilievi comparatistici con altri Paesi europei, si veda C. ALTOMARE, *Il fondo di*

Su delega del Ministero della salute e di concerto con gli altri Ministeri interessati, la gestione del Fondo sarà affidata, analogamente a quello istituito per la responsabilità civile da circolazione dei veicoli su strada<sup>40</sup>, alla Concessionaria servizi assicurativi pubblici (CONSAP) S.p.A.

Il Fondo di garanzia concorre al risarcimento del danno subito da danneggiato, nel limite delle effettive disponibilità finanziarie<sup>41</sup>; annualmente verrà definita la percentuale per ogni singolo premio incassato con cui le compagnie di assicurazione dovranno partecipare al Fondo.

Particolare importanza riveste la relazione annuale che dovrà essere redatta dalla CONSAP S.p.A. nei confronti dei Ministeri coinvolti ai fini di rendicontare la gestione autonoma del Fondo di garanzia riferito all'anno precedente, in modo da comprendere come verranno gestite eventuali plusvalenze e per poi definire i bisogni di quota necessaria per l'anno successivo e di conseguenza la percentuale da imputare alle polizze.

La legge stabilisce che il Fondo è tenuto ad intervenire qualora:

- i) il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, ovvero dall'esercente la professione sanitaria;
- ii) la struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, ovvero l'esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente;
- iii) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, ovvero l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso unilaterale dell'impresa assicuratrice, ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa.

Affinché il Fondo operi correttamente sarà importante la definizione, ai sensi dell'art. 10, comma 6°, l. 24/2017, dei requisiti minimi che

---

*garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, a cura di F. Martini e M. Rodolfi, Giuffrè, Milano, 2017, p. 84.

<sup>40</sup> Cfr. <<http://www.consap.it/servizi-assicurativi/fondo-di-garanzia-per-le-vittime-della-strada/>>.

<sup>41</sup> Si segnala peraltro che tali disposizione si applicano solamente ai sinistri denunciati per la prima volta dopo il 1° aprile 2017, data di entrata in vigore della legge (art. 14, comma 9°, l. 24/2017). Alla predetta funzione risarcitoria, l'art. 11, comma 1°, lett. e), d.d.l. recante «Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica», cit., prevede che venga aggiunta quella di «agevolare l'accesso alla copertura assicurativa da parte degli esercenti le professioni sanitarie che svolgono la propria attività in regime libero-professionale, ai sensi dell'articolo 10, comma 6».

dovranno avere le polizze, soprattutto per quanto attiene ai massimali per singolo sinistro o annui: esso infatti entrerà in funzione non solo in caso di assenza di copertura assicurativa o di non solvenza della compagnia, ma anche per quelle richieste di danni che, una volta definite, risulteranno superiori i massimali di polizza, andando a coprire l'eccedenza<sup>42</sup>.

Come anticipato in premessa, l'art. 14, comma 2°, lett. d, l. 24/2017 ha riservato al regolamento che dovrà essere emanato dal Ministro della salute la disciplina dell'azione di regresso che il Fondo di garanzia potrà esperire nei confronti del responsabile del sinistro per gli importi effettivamente versati, qualora abbia corrisposto in tutto o in parte il risarcimento al danneggiato<sup>43</sup>.

Nell'attesa di conoscere quale sarà tale disciplina, si ritiene tuttavia che ragioni di coerenza sistematica impongano che essa debba essere modellata sulla base dell'azione surrogatoria esperibile da parte dell'impresa assicurativa di cui all'art. 9 l. 24/2017<sup>44</sup>, configurandosi in specie, a ben vedere, una situazione analoga a quella.

---

<sup>42</sup> Segnalano i rischi di tale sistema PALMIERI, PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite)*, cit., col. 197, secondo i quali «[i]l meccanismo virtuoso innesca un'insidia: quello di incentivare i soggetti per cui corre l'obbligo di assicurarsi a stipulare contratti con massimali ridotti al livello più contenuto possibile».

<sup>43</sup> ZUMPARO, *Profili processuali*, cit., p. 435.

<sup>44</sup> Così W. ROSSI, *Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. Benci et al., Quotidiano Sanità edizioni Roma, 2017, p. 207.

Peraltro, nell'ambito dei lavori preparatori si è osservato che, nella fattispecie in esame, non è richiamata la limitazione contenuta nell'art. 9, comma 1°, l. 24/2017 ai soli casi di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per dolo o colpa grave (Cfr. «Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 2224-A», cit., p. 17): occorrerà attendere l'emanazione dei decreti attuativi per sapere se detta previsione troverà applicazione anche per l'azione di regresso del Fondo di garanzia.

*Abstract*

Lo scritto offre una prima analisi della disciplina delle azioni civili di cui alla l. 24/2017 esperibili da parte delle imprese assicurative e del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria.

*Nota biografica*

Giacinto Parisi è avvocato del Foro di Roma e dottorando di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi Roma Tre. Collabora con un primario studio legale romano, occupandosi principalmente di contenzioso civile, anche dinanzi a collegi arbitrali. È autore di numerosi commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati su riviste scientifiche italiane.

Elisa Bertillo

*L'azione di responsabilità amministrativa*

SOMMARIO: 1. Premessa: la responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria. – 2. La giurisdizione della Corte dei conti. – 3. Le parti del giudizio. – 4. I presupposti dell'azione. L'elemento oggettivo. – 4.1. L'elemento soggettivo. – 4.2. Il nesso causale. – 4.3. Il danno erariale. – 5. I rapporti tra il giudizio in sede contabile e quelli in sede civile e penale. L'efficacia del giudicato penale e del giudicato civile nei giudizi amministrativo-contabili. – 6. Il termine di prescrizione dell'azione.

*1. Premessa: la responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria*

La condotta professionale del medico rileva, oltre che sotto il profilo civile, penale e deontologico, anche sotto il profilo amministrativo<sup>1</sup>. L'esercente la professione sanitaria, legato da rapporto di ufficio con l'azienda sanitaria-ente pubblico, può, infatti, essere chiamato a rispondere, a titolo di responsabilità amministrativa, del danno direttamente o indirettamente causato all'erario: la responsabilità amministrativa si configura come l'obbligazione di risarcimento dei danni cui soggiacciono gli amministratori e i dipendenti pubblici, nel caso di specie esercenti la professione sanitaria, per i danni causati all'ente a causa dell'inosservanza con dolo o colpa grave degli obblighi di servizio (il c.d. danno erariale)<sup>2</sup>.

Il fondamento sostanziale di tale forma di responsabilità si rintraccia nell'art. 28 della Costituzione, a norma del quale i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. F.R. CORRENTI, M. GULINO, G. VERGALLO, P. FRATI, *L'azione di rivalsa e la responsabilità amministrativa del medico per danno erariale indiretto*, in «Riv. it. med. leg.», p. 942 seg. In termini generali v. anche M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2009, *passim*; G. DAMMICO, P. DELLA VENTURA, F. GARRI, A. LUPI, L. VENTURINI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*.

<sup>2</sup> Cfr. R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 952.

<sup>3</sup> Secondo R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 951 si tratta di «una responsabilità solidale e diretta, anche con riferimento allo Stato e agli

A livello di normativa ordinaria, l'art. 47 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, sancisce che «lo stato giuridico ed economico del personale delle unità sanitarie locali è disciplinato, salvo quanto previsto espressamente dal presente articolo, secondo i principi generali e comuni del rapporto di pubblico impiego», mentre l'art. 28, primo comma, del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 dispone che «in materia di responsabilità, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e successive integrazioni e modificazioni». Tale disposizione rinvia, quindi, alla normativa in materia di responsabilità dell'impiegato in amministrazioni dello Stato, la quale è contenuta negli artt. 18, 19 e 20 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, c.d. Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato. In particolare, l'art. 18 citato prevede l'obbligo del dipendente di risarcire la Pubblica Amministrazione dei danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio, obbligo che deve essere pertanto esteso anche al medico dipendente del Servizio Sanitario Nazionale (SSN).

E' su questo impianto normativo che si inserisce l'art. 9 della legge in commento<sup>4</sup>, che disciplina oggi espressamente l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria. In particolare, il 5° comma prevede che, in caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o dell'esercente la professione sanitaria, il pubblico ministero presso la Corte dei conti eserciti l'azione di responsabilità amministrativa per dolo o colpa grave nei confronti del medico. La norma introduce, quindi, una disciplina speciale riferibile ad una peculiare tipologia di dipendente pubblico, come già avvenuto con riferimento ai magistrati con la legge 13 aprile 1988, n. 117, sulla falsariga della quale è costruito l'odierno testo normativo nella parte qui di interesse.

---

enti, in quanto gli atti compiuti dai dipendenti sono imputabili all'amministrazione di appartenenza sulla base del rapporto organico e del principio di preposizione».

<sup>4</sup> La disposizione è stata salutata con favore dai primi commentatori della riforma (cfr. P. GATTARI, *Prime riflessioni sulla riforma della responsabilità civile da attività sanitaria (Legge 8 marzo 2017, n. 24)*, in <[www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)>, 25 maggio 2017; M. RUVOLO-S. CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in <[www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)>, 11 aprile 2017, i quali ritengono che l'art. 9 cit. sia una «norma chiave»). In senso positivo si esprime anche 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, Giappichelli, Torino, 2017, p. 435 seg, spec. 444 la quale afferma che i meriti del disegno di legge siano «per tanti versi innegabili».

## 2. La giurisdizione della Corte dei conti

Sotto il profilo strettamente processuale, il testo normativo in commento prevede la giurisdizione contabile, andando così a ribadire una previsione già desumibile dal secondo comma dell'art. 103 Cost., nonché già espressamente contenuta nell'art. 19 del D.P.R. 3 del 1957, che, con riferimento alla responsabilità dei dipendenti pubblici, sancisce la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, la quale «valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso»<sup>5</sup>. Con riferimento al criterio di individuazione della giurisdizione della Corte dei conti, l'evoluzione del concetto di pubblica amministrazione e l'assimilazione alle P.A. di soggetti formalmente privati<sup>6</sup>, ha condotto al superamento del criterio meramente soggettivo dell'appartenenza del

<sup>5</sup> M.A. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., 443, nel ricordare la «travagliata genesi» dell'art. 9 del d.d.l., evidenzia in particolare come nella formulazione iniziale fosse stata esclusa la giurisdizione della Corte dei conti, al fine di proteggere gli esercenti in strutture pubbliche dalla possibilità di subire due distinti processi per lo stesso titolo di responsabilità.

<sup>6</sup> Cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto, Roma, 2013, p. 147 seg.; R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 195 seg.; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. Società pubbliche*, in «Diritto dell'Economia», 2005, p. 248 seg.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in «Dir. amm.»*, 2003, p. 801 seg.; G. BERTI, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Il Mulino Bologna, 1993, *passim*; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1985, p. 376 seg., spec. 381 seg.; M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli Enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Jovene Napoli, 1974, p. 23 seg.; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè Milano, 1970, p. 77 seg.; D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Franco Angeli Milano, 1971, p. 173 seg.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino Bologna, 1971, p. 149-150. In generale, sull'utilizzo di modelli privatistici nell'organizzazione della P.A., cfr. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'organizzazione amministrativa italiana*, in «Dir. amm.»

1995, p. 519 seg.; G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa*, in «Dig. disc. pubbl.», X, Torino, 1995, p. 513 seg.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè Milano, 2000, I, p. 270 seg.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli Torino, 1997, p. 24 seg.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, CEDAM Padova, 2000, p. 100 seg.; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli Torino, 2001, p. 179 seg.

funzionario all'amministrazione pubblica, per giungere all'utilizzo di un criterio oggettivo, basato sulla natura del danno: se si afferma l'esistenza di un danno per l'erario, vi è giurisdizione contabile<sup>7</sup>. Con peculiare riferimento alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, a seguito di tale evoluzione, la Cassazione ha ritenuto configurabile la responsabilità amministrativa, con conseguente giurisdizione della Corte dei conti, con riferimento al danno causato da soggetti comunque inseriti nell'apparato organizzativo di una pubblica amministrazione, quali ad esempio i medici operanti in una casa di cura in regime di accreditamento<sup>8</sup>. Inoltre la giurisprudenza ritiene sussistere la giurisdizione contabile rispetto ai medici convenzionati con il servizio sanitario nazionale con riferimento alle attività che si inseriscono nell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale delle asl, tra le quali rientrano quelle di natura non professionale, in quanto consistenti in certificazioni, nell'identificazione di assistiti e nell'accertamento del loro diritto alle prestazioni sanitarie. Pertanto, qualora da tali attività derivi un danno all'amministrazione sussiste la giurisdizione della Corte dei conti, poiché la responsabilità del sanitario dipende non dall'esercizio della sua professione, ma dal

<sup>7</sup> Cfr. R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 954. Più di recente v. M.T. POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche a seguito del testo unico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ, 2016, Giapeto Napoli, p. 513 seg.

<sup>8</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 20 ottobre 2009, n. 641, in «Rep. Foro it.», 2011, voce *Responsabilità contabile*, n. 241, secondo cui «Il processo di privatizzazione che ha massicciamente investito la p.a. negli ultimi anni, non ha eliminato né la natura pubblica degli interessi perseguiti dagli enti pubblici economici né la provenienza della finanza pubblica delle risorse dai medesimi impiegate; sicché nonostante tali modalità organizzative e procedurali privatistiche, l'attività dei dipendenti di tali enti costituisce comunque oggetto della giurisdizione della corte dei conti ai fini dell'accertamento dell'eventuale loro responsabilità amministrativa; il baricentro, in altri termini, si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato o un ente pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché ove il privato (nella fattispecie un medico operante in casa di cura privata in regime di accreditamento con il ssn), per le sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla p.a., alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare, e l'incidenza sia tale da potere determinare uno sviamento delle finalità perseguite, egli realizza un danno per l'ente pubblico di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile». Sulla responsabilità per danno erariale dell'ospedale privato accreditato, cfr. Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17596, in «Foro it.», 2016, voce *Responsabilità contabile*, n. 35, «Riv. corte conti», 2015, fasc. 5, p. 457; C. conti, sez. I giur. centr. app., 29 luglio 2016, n. 290/A, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Responsabilità contabile*, n. 135, «Riv. corte conti», 2016, fasc. 3, p. 175; sez. giur. reg. Lazio, 24 novembre 2015, n. 461, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Responsabilità contabile*, n. 111, in «Riv. corte conti», 2015, fasc. 5, p. 329.

comportamento illegittimo, doloso e colposo posto in essere nell'ambito del rapporto di pubblico servizio<sup>9</sup>. E' stata, ad esempio, riconosciuta, la giurisdizione contabile in relazione al danno accorso all'amministrazione sanitaria attraverso la compilazione e spedizione di ricette false in accordo con dei farmacisti, ritenendo che tra il medico e l'azienda sanitaria locale di appartenenza si costituisca convenzionalmente un rapporto di servizio che comporta l'inserimento del primo nell'organizzazione strutturale, operativa e procedimentale dell'ente, mentre il farmacista deve essere considerato un incaricato di pubblico servizio, atteso che va affermata la natura pubblicistica della convenzione che lega le farmacie alle asl e l'obbligatorietà di essa per tutti i farmacisti, con conseguente qualificazione del servizio farmaceutico quale servizio pubblico<sup>10</sup>.

### 3. Le parti del giudizio

Legittimato attivo all'azione è il pubblico ministero contabile e cioè il Procuratore regionale competente presso le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti e, in grado di appello, il Procuratore generale rappresentante il P.M. innanzi alle Sezioni d'appello della stessa Corte.

Nel giudizio di responsabilità presso la Corte dei conti, il Pubblico Ministero è l'unico soggetto legittimato all'azione<sup>11</sup>; questi deve agire a tutela degli interessi generali ed indifferenziati dell'ordinamento, al fine di assicurare l'integrità dell'erario, l'imparzialità ed il buon andamento della Pubblica Amministrazione, nonché la tutela degli interessi pubblici riferibili in generale allo stato-comunità<sup>12</sup>. Il P.M. possiede tutti i poteri propri delle

<sup>9</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Campania, 18 luglio 2011, n. 1308, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Responsabilità contabile*, n. 73; sez. giur. reg. Toscana, 26 febbraio 2009, n. 29, *id.*, 2009, voce cit., n. 445, «Riv. corte conti», 2009, fasc. 1, p. 112; sez. giur. reg. Umbria, 4 ottobre 2007, n. 228, in «Rep. Foro it.», 2009, voce cit., n. 444; sez. giur. reg. Puglia, 2 aprile 2004, n. 336, *id.*, 2005, voce cit., n. 637.

<sup>10</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Puglia, 13 giugno 2016, n. 196, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Responsabilità contabile*, n. 48, «Riv. corte conti», 2016, fasc. 3, p. 283; sez. giur. reg. Campania, 30 agosto 2013, n. 1027, *id.*, 2014, p. 371.

<sup>11</sup> Con riferimento alla legittimazione all'azione in capo al P.M. contabile nell'azione di responsabilità erariale, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate circa la possibilità di ritenere che lo stesso agisca in qualità di sostituto processuale, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., o autonomamente, in adempimento di un interesse pubblico proprio e non altrui: in merito cfr. V. TENORE, *La nuova Corte dei Conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè Milano, 2013, p. 429.

<sup>12</sup> Cfr. C. conti, sez. riun. Giur., 25 marzo 2005, 1/QM, in «Foro it.», 2005, III, col. 511

parti, con la sola esclusione di quelli incompatibili con la natura inderogabile del diritto dedotto in giudizio. L'esercizio dell'azione è obbligatorio<sup>13</sup>, salvo l'esercizio del potere di archiviazione nella fase predibattimentale<sup>14</sup>, e il P.M. non può rinunciare all'azione né agli atti del giudizio.

Legittimato passivo è l'esercente la professione sanitaria, medico o operatore sanitario, legato alle strutture pubbliche del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) da un rapporto di convenzione. Ci si riferisce, quindi, sia ai dipendenti delle Aziende Sanitarie Locali (ASL) o delle Aziende Ospedaliere sia ai medici convenzionati con la ASL di appartenenza. La giurisprudenza di legittimità è, infatti, costante nel riconoscere la sussistenza di un vero e proprio rapporto di servizio, anche di fonte convenzionale, tra il medico convenzionato e la struttura sanitaria di appartenenza<sup>15</sup>. Peraltro, la Corte dei conti è altresì costante nel ritenere che, nel giudizio di responsabilità amministrativa, la legittimazione passiva sussista esclusivamente nei confronti di coloro che abbiano un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione, con la sola eccezione della legittimazione degli eredi del convenuto in caso di illecito arricchimento<sup>16</sup>; ne consegue che, nel caso in

secondo cui l'attribuzione in via esclusiva dell'azione di responsabilità al Procuratore della Corte dei conti si fonda sulla qualificazione del pubblico ministero contabile «quale soggetto rappresentativo degli interessi dello stato comunità, alla soddisfazione dei cui bisogni è destinato il patrimonio pubblico ed è indirizzata l'attività amministrativa, sottraendo così alla valutazione discrezionale degli amministratori degli enti pubblici la tutela dei diritti di cui si tratta. La funzione istituzione obbliga il Procuratore Regionale/Generale ad agire secondo principi di imparzialità e di necessaria tutela degli interessi pubblici, espressi dalla obbligatorietà ed irrinunciabilità dell'azione, attraverso la quale trova tutela sia l'interesse pubblico all'utilizzazione finalizzata del patrimonio pubblico, sia l'aspetto "sanzionatorio" dei comportamenti illeciti dei pubblici amministratori e dipendenti».

<sup>13</sup> Si sofferma sull'accostamento tra azione pubblica di danno erariale e azione penale, P. SANTORO, *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa. Disciplina sostanziale e processuale*, Maggioli Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 737 seg.

<sup>14</sup> In merito cfr. G. TUZIO, *L'archiviazione del P.M. contabile: una decisione controversa*, in «Riv. C. conti», 2000, 1, p. 247 seg.

<sup>15</sup> Cfr., in tal senso, C. conti, sez. giur. reg. Puglia, 13 giugno 2016, n. 195, «Riv. corte conti», 2016, fasc. 3, p. 283; sez. giur. reg. Campania, 18 luglio 2011, n. 1308, cit.; sez. giur. reg. Toscana, 26 febbraio 2009, n. 29, cit.; sez. giur. reg. Umbria, 4 ottobre 2007, n. 228, cit.; sez. giur. reg. Puglia, 2 aprile 2004, n. 336, cit.; Cass., sez. un., 13 novembre 1996, n. 9957, «Riv. corte conti», 1996, fasc. 6, p. 251, «Resp. civ.», 1997, p. 401, «Giur. it.», 1997, I, 1, p. 878. In termini generali, sulle condizioni alle quali è identificabile un rapporto di servizio, cfr., sotto vari profili, Cass. 9 febbraio 2011, n. 3165, in «Foro it.», 2011, I, 1109; Cass. 14 luglio 2010, n. 16505, *ibid.*, 782; Cass. 27 aprile 2010, n. 9963, *id.*, 2010, I, col. 3078, con nota di richiami.

<sup>16</sup> L'art. 1 della legge 20 del 1994 prevede l'intrasmissibilità del debito agli eredi, salvi «casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente illecito arricchimento degli eredi stessi».

cui sussista un rapporto di garanzia fra il medico e una società assicuratrice, non è ammessa la chiamata del terzo in garanzia *ex art. 106 c.p.c.*, atteso che ogni questione connessa o derivante dall'esistenza del contratto assicurativo esula dalle attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti<sup>17</sup>.

La riforma non risolve, invece, il problema relativo alla necessaria partecipazione al giudizio dell'amministrazione danneggiata. La giurisprudenza, infatti, in passato, ha escluso la possibilità che quest'ultimo soggetto possa intervenire nel giudizio, in quanto non sarebbe titolare di alcun interesse connesso o dipendente da quello dedotto con l'azione contabile<sup>18</sup>. Si ritiene che tale orientamento possa essere confermato anche con riferimento all'azione in commento, pur nel silenzio della legge. Si evidenzia peraltro come, secondo l'orientamento costante dei giudici contabili, nel giudizio di responsabilità amministrativa, non sussiste litisconsorzio necessario tra più coobbligati in via solidale al risarcimento del danno erariale. Costituisce, infatti, carattere indefettibile della responsabilità amministrativa, la personalità<sup>19</sup>, dalla quale deriva la parziarietà dell'obbligazione risarcitoria da essa scaturente nonché, sul piano processuale, la facoltatività del litisconsorzio tra più soggetti eventualmente coinvolti nella fattispecie dannosa. Ne consegue che, nel caso in cui un soggetto non convenuto in giudizio dal p.m. abbia fornito un contributo causale alla produzione del danno erariale, il giudice contabile ha il potere-dovere di valutare, sia pure *incidenter tantum*, l'oggettiva efficacia concausale del comportamento di tale soggetto e, quindi, di ridurre proporzionalmente l'onere risarcitorio da porre a carico del convenuto in giudizio<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 23 aprile 2014, n. 384, in «Riv. corte conti», 2014, fasc. 3, p. 324.

<sup>18</sup> Cfr. C. conti, 1 settembre 1999, n. 229/A, in «Riv. corte conti», 1999, 6, p. 80; 2 settembre 1992, n. 196, *ivi*, 1992, 5, p. 45.

<sup>19</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Molise, 1 giugno 2015, n. 39, in «Rep. Foro it.», 2015, voce *Responsabilità contabile*, n. 182, fa salve le ipotesi di illecito arricchimento e di condotte connotate dal dolo: si pensi ad esempio al litisconsorzio necessario sussistente tra gli eredi del medico per l'illecito arricchimento agli stessi derivato in ragione della condotta del *de cuius*.

<sup>20</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Molise, 1 giugno 2015, n. 39, *cit.*; sez. giur. app. reg. Sicilia, 4 settembre 2014, n. 377/A, in «Rep. Foro it.», 2015, voce *Responsabilità contabile*, n. 186; sez. II giur. centr. app., 25 luglio 2013, n. 489/A, in «Riv. corte conti», 2014, fasc. 1, p. 179.

#### 4. I presupposti dell'azione. L'elemento oggettivo

Presupposto oggettivo dell'azione è l'inosservanza di obblighi di servizio, i quali vanno intesi in senso ampio, imponendo, secondo la giurisprudenza, lealtà di comportamento, nonché l'obbligo di salvaguardare l'utilità della prestazione dell'azienda sanitaria danneggiata, in modo da preservarne gli interessi, in funzione della c.d. «solidarietà sociale»<sup>21</sup>. Per quanto attiene all'esercente la professione sanitaria, la giurisprudenza contabile ha individuato ipotesi peculiari di violazione degli obblighi di servizio nella redazione di prescrizioni inusuali, incongrue o incomplete<sup>22</sup> o nella violazione del vincolo di esclusività da parte del medico dipendente del SSN<sup>23</sup>.

##### 4.1 L'elemento soggettivo

Ai sensi dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, rubricato «azione di responsabilità», 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 colpa grave, ferma restando l'insindacabilità delle scelte discrezionali». Già prima dell'entrata in vigore della legge Gelli, pertanto, ai fini di ritenere sussistente una responsabilità erariale del medico era necessario che il danno fosse sorto almeno da colpa grave. Tale previsione è oggi espressamente ribadita dall'art. 9 della legge in commento, in cui il legislatore prevede che il pubblico ministero presso la Corte dei conti eserciti l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria «per dolo o colpa grave». Se non si pongono particolari problemi circa il primo elemento, maggiori questioni sono sorte con riferimento all'esatta configurazione della colpa grave.

Con riferimento al dolo, infatti, è pacifico l'orientamento giurisprudenziale secondo cui in tema di responsabilità amministrativa, il dolo che assume rilevanza è quello c.d. contrattuale, di per sé atipico, a differenza di quello penale, e che si sostanzia nell'inadempimento volontario dell'obbligazione contrattuale, con la previsione e la piena coscienza degli effetti

<sup>21</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Campania, 30 agosto 2013, n. 1027, cit.

<sup>22</sup> Cfr. C. conti, sez. I giur. centr. app., 7 maggio 2015, n. 308/A, in «Rass. dir. farmaceutico», 2015, p. 893; sez. giur. reg. Puglia, 30 aprile 2015, n. 258, *ibid.*, 2015, p. 889; sez. giur. reg. Campania, 30 agosto 2013, n. 1027, cit.

<sup>23</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Calabria, 14 novembre 2012, n. 332, in «Rass. dir. farmaceutico», 2013, 929, «Riv. it. med. leg.», 2013, p. 11.

da esso derivanti<sup>24</sup>. Ad esempio, è stata ritenuta sorretta da dolo la condotta illecita consistente nel presentare reiteratamente al SSN, ai fini del rimborso, ricette recanti la prescrizione di farmaci per patologie diverse (o, addirittura, inesistenti), oppure in numero eccedente le effettive necessità terapeutiche dei pazienti, posta in essere da un medico di medicina generale, convenzionato con il SSN, in associazione con dei farmacisti, qualora essi abbiano agito con volontà consapevole di non adempiere gli obblighi e i doveri nascenti dal rapporto di servizio intercorrente con la P.A.<sup>25</sup>

La colpa grave deve essere ricondotta, invece, alla nozione di colpa professionale di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c., e pertanto come osservanza non dell'ordinaria diligenza richiesta al buon padre di famiglia, ma di quella particolare diligenza che ci si può legittimamente attendere dall'esercente un'attività professionale, avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata. In particolare, secondo la Corte dei conti, la colpa grave si concretizza in un comportamento non consono a quel minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ed improntato ad evidente imperizia, superficialità, trascuratezza ed inosservanza degli obblighi di servizio, che non risulta giustificato dalla presenza di situazioni eccezionali ed oggettivamente verificabili, tali da impedire al medico il corretto svolgimento delle funzioni volte alla tutela degli interessi pubblici a lui affidati<sup>26</sup>.

In merito all'elemento soggettivo della colpa grave nella responsabilità medica si può, peraltro, segnalare un'evoluzione giurisprudenziale connessa all'entrata in vigore della l. 189 del 2012, c.d. legge Balduzzi. In precedenza, infatti, la giurisprudenza contabile aveva escluso la colpa grave del medico in tutti quei casi in cui dovevano essere risolti problemi diagnostici e terapeutici di difficile soluzione o in presenza di un quadro patologico complesso e passibile di diversificati esiti o quando il medico si trovasse nella necessità di agire in una situazione di emergenze o di urgenza, nonché in tutte quelle ipotesi in cui la sua scelta sembrasse comunque ragionevole, avuto riguardo alle conoscenze scientifiche e alla prassi medica<sup>27</sup>. Al contrario, riteneva sussistente la

<sup>24</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Calabria, 13 dicembre 2012, n. 380, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Responsabilità contabile*, n. 147; sez. giur. reg. Calabria, 13 dicembre 2012, n. 380, *ibid.*, voce cit., 147; sez. giur. reg. Calabria, 7 novembre 2012, n. 321, *ibid.*, voce cit., n. 149.

<sup>25</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Campania, 30 agosto 2013, n. 1027, cit.

<sup>26</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. app. reg. Sicilia, 23 gennaio 2012, n. 18/A, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Responsabilità contabile*, n. 204; sez. giur. reg. Toscana, 21 marzo 2002, n. 179/Rel, *id.*, 2003, voce cit., n. 279.

<sup>27</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. app. reg. Sicilia, 17 settembre 2001, n. 196/A, in «Rep. Foro it.», 2002, voce *Responsabilità contabile*, n. 481.

colpa grave quando il medico si fosse reso colpevole di una grave negligenza, quale l'omissione di un'attività diagnostica e terapeutica routinaria<sup>28</sup>. A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 della citata legge Balduzzi, la giurisprudenza ha invece ritenuto che l'elemento della colpa grave potesse essere parametrato basandosi su tale disposizione con la conseguenza per cui, anche nel giudizio contabile, il giudice aveva l'obbligo di accertare il rispetto delle linee guida, nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza penale<sup>29</sup>. E' ragionevole attendersi, pertanto, che le modifiche apportate dalla riforma Gelli in materia di elemento soggettivo della responsabilità penale<sup>30</sup> andranno ad incidere

<sup>28</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 18 marzo 2015, n. 40, in «Rep. Foro it.», 2015, voce *Responsabilità contabile*, n. 68, secondo cui «per configurare un'ipotesi di responsabilità a carico di un medico, non basta che il comportamento appaia riprovevole in quanto non rispondente in tutto alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il sanitario, usando la dovuta diligenza, sia stato in condizione di prevedere e prevenire l'evento verificatosi: perché quindi possa parlarsi di colpa grave occorre accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, ovvero abbia difettato quel minimo di perizia tecnica che non deve mai mancare in chi esercita la professione medica, oppure vi sia stata ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di tali prestatori d'opera»; in precedenza, C. conti, sez. giur. app. Sicilia, 15 dicembre 2003, n. 259/A, *id.*, 2004, voce cit., n. 383; sez. giur. reg. Sicilia, 3 settembre 2002, n. 1576, *id.*, 2003, voce cit., n. 274.

<sup>29</sup> C. conti, sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 07 aprile 2016, n. 49, in «Rass. dir. farmaceutico», 2016, p. 689 «nel caso della responsabilità amministrativa per danno sanitario va dimostrata la colpa grave del convenuto nel caso specifico, e pertanto vanno indicati gli elementi di prova in base ai quali, sul caso concreto, l'accusa ritiene che vi sia stata violazione delle buone pratiche mediche; pertanto 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 (fattispecie relativa a danno derivante da mancata diagnosi di frattura del femore)». Cfr. peraltro C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 18 marzo 2015, n. 40, cit. Per ulteriori ipotesi di colpa grave del medico, cfr. C. conti, sez. I giur. centr. app., 8 maggio 2013, n. 312/A, in «Riv. corte conti», 2013, fasc. 3, p. 315; sez. II giur. centr. app., 21 febbraio 2013, n. 100/A, *ibid.*, 2013, fasc. 1, p. 240; sez. giur. reg. Umbria, 30 maggio 2013, n. 44, *ibid.*, 2013, fasc. 3, p. 420.

<sup>30</sup> Su cui cfr. F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in «Diritto penale e processo», 2017, p. 572 seg.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 13 giugno 2017; C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio. Nota a Cass. Pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187, Pres. Blaiotta, Rel. Blaiotta – Montagni*, in <[www.penalecontemporaneo.com](http://www.penalecontemporaneo.com)>, 13 giugno 2017; C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco approda in Cassazione: prove di diritto intertempo-*

anche sui giudizi di responsabilità amministrativa.

#### 4.2 Il nesso causale

Ulteriore elemento necessario al fine di dichiarare la responsabilità amministrativa dell' esercente la professione sanitaria è la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta del soggetto agente e l' evento dannoso da cui è indirettamente derivato un danno all' erario, in assenza del quale il medico deve essere «assolto da ogni addebito»<sup>31</sup>. In particolare, il nesso causale assume peculiare rilevanza, nella materia *de qua*, con riferimento alle ipotesi di concorso di più soggetti nella realizzazione dell' evento dannoso, fattispecie nella quale deve risultare provato, ai fini dell' addebito di responsabilità, la partecipazione di ciascuno, mediante un concorso causale addizionale e indipendente al verificarsi del danno<sup>32</sup>.

---

*rale. Nota a Cass. Pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187, Pres. Blaiotta, Rel. Blaiotta – Montagni, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 26 aprile 2017; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della Legge Gelli-Bianco*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 3 aprile 2017; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 9 marzo 2017; P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 1 marzo 2017; F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 23 febbraio 2017; P.F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 20 febbraio 2017; C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 16 gennaio 2017; A. PANTI, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Diritto penale e processo*, 2016, 374 ss.; P. PIRAS, *La riforma della colpa medica nell'approvanda legge Gelli-Bianco*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 25 marzo 2016.*

<sup>31</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 20 dicembre 2007, n. 261, in «Rep. Foro it.», 2007, voce *Responsabilità contabile*, n. 293, secondo cui «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 a 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 diretta conseguenza di errori ostetrico-assistenziali antecedenti l'intervento del medesimo».

<sup>32</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 11 dicembre 2013, n. 138, in «Rep. Foro it.», 2014, voce *Responsabilità contabile*, n. 110.

### 4.3 Il danno erariale

Infine, ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa, deve esservi un danno all'erario dello Stato, economicamente valutabile, attuale e concreto. Viene in rilievo, in particolare, il danno di carattere indiretto<sup>33</sup>, che trova il proprio fondamento nella condanna subita dall'amministrazione, azienda sanitaria, con cui il medico intrattiene il rapporto di servizio.

Ai fini della quantificazione del danno, il giudice tiene conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa<sup>34</sup>, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato<sup>35</sup>. La norma fa, peraltro, salvo quanto previsto dall'articolo 1, comma 1-bis, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e dall'articolo 52, secondo comma, del testo unico di cui al regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, i quali, rispettivamente, sanciscono che nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione<sup>36</sup>, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata, in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità, e che la Corte, valutate le

<sup>33</sup> Sul necessario presupposto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, cfr. C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 29 luglio 2016, n. 136, «Riv. corte conti», 2016, fasc. 3, p. 267.

<sup>34</sup> Secondo M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in «Danno e resp.», 2017, p. 75 seg., spec. 81, con tale previsione, il legislatore «sembra un poco confondere i piani della criteriologia liquidativa con quelli della concorsualità nella causazione dell'illecito».

<sup>35</sup> Con riferimento alla quantificazione del danno, v. la peculiare ipotesi presa in considerazione da C. conti, sez. giur. reg. Sicilia, 17 dicembre 2013, n. 3612, in «Danno e resp.», 2014, p. 333, la quale ha sancito che «il medico, che, pur chiedendo ed ottenendo dalla p.a. che il suo rapporto professionale fosse qualificato come esclusivo, in spregio degli obblighi assunti, esercita attività privatistica, procura danno erariale per violazione, quantomeno gravemente colposa, del sinallagma contrattuale instaurato con la p.a.; il danno consiste nella differenza tra quanto percepito dal medico in rapporto di esclusività e quanto, viceversa, questi avrebbe dovuto percepire in regime di non esclusività».

<sup>36</sup> Su cui v. C. conti, sez. giur. app. reg. Sicilia, 30 aprile 2013, n. 132/A, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Responsabilità contabile*, n. 429, secondo cui «il mancato ricorso al potere riduttivo non comporta alcun obbligo di motivazione, obbligo sussistente solo quando si faccia un uso positivo del medesimo potere; l'esercizio del potere riduttivo è sempre escluso in caso di dolo o di commissione di reato»; in merito cfr. anche C. conti, sez. giur. app. reg. Sicilia, 14 febbraio 2013, n. 46/A, *ibid.*, voce cit., n. 430. Secondo R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1685, l'esercizio in concreto di tale potere «è inteso a proporzionare il danno risarcibile alla considerevole mole di rischio incombente sul convenuto, a causa delle mansioni esercitate».

single responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto.

L'importo della condanna varia a seconda che il fatto sia stato compiuto con dolo o colpa grave. Mentre nel primo caso può essere recuperata l'intera somma, nell'ipotesi di colpa grave l'importo della condanna, per singolo evento può essere «moltiplicata fino al triplo»<sup>37</sup> del 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.

La norma prevede, inoltre, nel caso di condanna per responsabilità amministrativa, una sanzione accessoria, consistente nell'impedire all'interessente la professione sanitaria, nell'ambito delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche, di essere preposto ad incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti «per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della decisione di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato»; inoltre, il giudicato costituisce oggetto di specifica valutazione da parte dei commissari nei pubblici concorsi per incarichi superiori.

##### *5. I rapporti tra il giudizio in sede contabile e quelli in sede civile e penale. L'efficacia del giudicato penale e del giudicato civile nei giudizi amministrativo-contabili*

Al fine di offrire una panoramica completa sull'azione contabile, appare opportuno, infine, soffermarsi brevemente sui rapporti tra giudizi risarcitori e su quello, relativamente più controverso, tra i rispettivi giudicati.

Il legislatore della riforma in esame si è occupato del rapporto tra giudizi solo con riferimento al valore delle prove assunte in un diverso procedimento: secondo l'espressa previsione dell'art. 9 in commento, tanto nell'azione di rivalsa quanto nell'azione di responsabilità amministrativa, il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o

<sup>37</sup> Secondo G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in <[www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)>, 3 marzo 2017, l'utilizzo del termine «moltiplicata» parrebbe «una evidente svista del legislatore, volta che una tale moltiplicazione porterebbe a cifre astronomiche in aperto contrasto con la *ratio* della disposizione».

A tale proposito si segnala inoltre che l'art. 11, comma 1°, lett. b) del d.d.l. recante «Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica», cit., prevede la modifica del testo dell'art. 9, comma 5°, l. 24/2017, statuendo che l'importo della condanna sia «pari al triplo».

sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione, a condizione che l'esercente la professione sanitaria abbia preso parte al relativo giudizio<sup>38</sup>.

Oltre questo aspetto, nulla afferma la legge di riforma circa il rapporto tra giudizi, questione che dovrà pertanto continuare ad essere regolata secondo le indicazioni fornite fino ad oggi dalla giurisprudenza, che si vengono a riassumere.

L'autonomia della giurisdizione contabile è il perno su cui ruota il rapporto tra i diversi giudizi. E' costantemente affermato dalla giurisprudenza, infatti, il principio secondo cui giurisdizione penale e civile, da un lato, e giurisdizione contabile dall'altro sono reciprocamente indipendenti, anche quando investono un medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra tali giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo a questione di giurisdizione<sup>39</sup>. L'autonomia dell'azione contabile si giustifica in ragione della tutela dell'interesse generale al perseguimento delle responsabilità incorse da pubblici agenti per danni all'erario, dal momento che tale interesse, non potendo essere fatto valere dal procuratore regionale o generale della Corte dei conti presso giudici diversi dalla stessa corte, rischierebbe di rimanere frustrato<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Secondo M.A. ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 435 seg., spec. 441, nt. 18, si tratta di una «ulteriore ipotesi in cui il legislatore sacrifica i principi di oralità e di immediatezza in nome delle abusate esigenze di non dispersione della prova. La “degradazione” ad argomento di prova non è che la contropartita del sacrificio, per la quale si suole prendere a modello il disposto dell'art. 310, comma 3, c.p.c. che però ha ben diverso significato». Tuttavia, è necessario evidenziare come con tale previsione il legislatore si limiti a codificare quello che era un orientamento consolidato della giurisprudenza: cfr. infatti C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 17 luglio 2013, n. 562, in «Riv. corte conti», 2013, fasc. 5, p. 451, secondo cui «nel processo contabile, gli atti e gli elementi di prova acquisiti in un processo penale sono liberamente valutabili dal giudice secondo il criterio della gravità e della concordanza degli indizi processuali»; negli stessi termini v. anche C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 19 giugno 2013, n. 53, *ibid.*, 2013, fasc. 5, p. 471.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., 7 dicembre 2016, n. 25042, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Responsabilità contabile*, n. 18; sez. un., 18 dicembre 2014, n. 26659, *id.*, 2014, voce cit., n. 37; sez. un., 21 maggio 2014, n. 11229, in «Riv. corte conti», 2014, fasc. 3, p. 526; sez. un., 7 gennaio 2014, n. 63, *ibid.*, p. 477; sez. un., 28 novembre 2013, n. 26582, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Responsabilità contabile*, n. 42; sez. un., 4 gennaio 2012, n. 11, in «Foro it.», 2012, I, col. 1083; 22 dicembre 2009, n. 27092, *id.*, 2010, I, col. 1472; 4 dicembre 2009, n. 25495, in «Rep. Foro it.», 2009, voce *Responsabilità contabile*, n. 600; 12 maggio 2009, n. 10856, *id.*, 2010, voce *Giudizio* (rapporto), n. 21; 25 novembre 2008, n. 28048, *id.*, 2009, I, col. 1084.

<sup>40</sup> Cfr. M. DE GIORGI, *Questioni varie in tema di giudizi di responsabilità davanti alla Corte dei conti*, in «Foro it.», 2002, III, col. 72, la quale pone in evidenza «la sostanziale diversità dell'azione civile nascente dal reato rispetto all'azione di responsabilità amministrativa:

In forza di tali considerazioni, la giurisprudenza afferma che l'azione di responsabilità amministrativa non è preclusa dalla pronuncia di una sentenza definitiva di condanna generica al risarcimento del danno pronunciata dal giudice penale, su domanda della pubblica amministrazione costituitasi parte civile in un procedimento penale, nei confronti dello stesso soggetto evocato in giudizio dal procuratore della Corte dei conti<sup>41</sup>. L'azione del P.M. contabile può divenire, pertanto, improcedibile non in ragione della mera costituzione dell'Amministrazione nel giudizio penale, ma esclusivamente per l'integrale ristoro di tutti i profili di danno erariale che potrebbe aversi in quella sede<sup>42</sup> o nel giudizio civile che ne sia conseguito<sup>43</sup>.

Con riferimento ai rapporti tra giudicati, vi è piena autonomia tra la decisione già assunta con la sentenza divenuta definitiva e l'accertamento che deve essere effettuato nel giudizio contabile. Per quanto attiene ai rapporti tra il giudizio civile e quello contabile, infatti, la giurisprudenza

---

la prima, intestata all'amministrazione danneggiata, è di natura extra-contrattuale; la seconda, intestata al procuratore regionale o generale della corte, è di natura contrattuale, nascendo dall'inadempimento colposo degli obblighi di servizio»; ne consegue la possibilità che da un medesimo fatto discendano una pluralità di effetti giuridici diversi, quali una responsabilità penale, una responsabilità disciplinare, una responsabilità civile e di natura extracontrattuale, una responsabilità contabile e di natura contrattuale.

<sup>41</sup> Cfr. Cass. 23 novembre 1999, n. 822/SU, in «Rep. Foro it.», 2000, voce *Responsabilità contabile*, n. 1012.

<sup>42</sup> P. EVANGELISTA, *I rapporti tra giudizi risarcitori: i riflessi del giudicato amministrativo e civile di danno, anche in sede penale, nel connesso giudizio contabile per responsabilità amministrativa*, in <[www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it)>, 10 maggio 2013, ritiene tale ipotesi difficilmente rinvenibile nella prassi giurisprudenziale atteso che «1) la statuizione civilistica in sede penale non è emessa nei procedimenti ex art. 444 c.p.p. di cd. patteggiamento della pena e nei casi (purtroppo frequenti) di estinzione del giudizio per prescrizione dei reati ascritti; 2) il giudice penale di regola si limita ad una condanna risarcitoria generica e provvisoria, con liquidazione del danno da effettuarsi "in separata sede civile"; 3) la sentenza di condanna è emessa in relazione al *petitum* del difensore della P.A. che non può contare sugli strumenti di accertamento del danno della Procura contabile, in primis dell'ausilio dell'attività specializzata di polizia economica della Guardia di Finanza, e può prospettare danni relativi ad un periodo temporale più breve – per effetto dei termini prescrizionali più ristretti in sede penale; 4) il giudice penale infine non può non tener conto delle esigenze di ragionevole durata del processo e tende quindi ad evitare approfondimenti civilistici ostativi alla speditezza della decisione».

<sup>43</sup> Cfr., in tal senso, C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 3 aprile 1995, n. 323, in «Rep. Foro it.», 1996, voce *Responsabilità contabile*, n. 741; sez. I, 11 luglio 1994, n. 124, *id.*, 1995, voce cit., n. 873; Cass. 21 maggio 1991, n. 369, *id.*, 1991, voce cit., n. 226; C. conti, sez. I, 15 settembre 1990, n. 176, *ibid.*, voce cit., n. 816; nel senso che l'interesse del procuratore ad esercitare l'azione di responsabilità permane, pur in presenza di giudicato penale sulla liquidazione del danno, fin quando il giudicato non risulti eseguito, v. C. conti, sez. giur. reg. Veneto, 26 giugno 1996, n. 259, *id.*, 1997, voce cit., n. 926.

ritiene necessaria, nell'ambito di quest'ultimo processo, una nuova valutazione degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo<sup>44</sup>. Tale affermazione si fonda sulla differenza sussistente dal punto di vista teleologico tra i due processi: mentre il giudizio civile è diretto alla reintegrazione del patrimonio del privato o, nel caso di responsabilità extracontrattuale, al risarcimento del danno, l'azione contabile è finalizzata alla reintegrazione del danno subito dall'erario. Da tali premesse si fa discendere l'irrilevanza, ai fini della responsabilità amministrativa del pubblico dipendente, della mancata partecipazione dello stesso al processo civile, non derivandone alcuna compromissione dei suoi diritti di difesa e di contraddittorio nel giudizio di responsabilità contabile<sup>45</sup>.

Con riferimento ai rapporti tra il giudizio penale e il giudizio contabile, essendo venuto meno con il nuovo codice di procedura penale ogni rapporto di pregiudizialità necessaria, il giudice contabile è autorizzato a valutare autonomamente i fatti anche nella pendenza del processo penale<sup>46</sup>. Per quanto attiene all'operatività dei principi sanciti dagli artt. 651,

<sup>44</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Veneto, 15 dicembre 2015, n. 214, in «Riv. corte conti», 2016, fasc. 1, p. 347. Peraltro, l'autonomia dei due giudizi è valida anche in senso inverso: cfr. Cass. civ., 10 dicembre 2015, n. 24941, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1303, secondo cui «nella controversia sulla legittimità di un licenziamento per motivi disciplinari, il potere di valutazione delle risultanze processuali da parte del giudice civile appartiene al sindacato di merito proprio di quel giudice e non è censurabile in sede di legittimità se non sotto il profilo del vizio di motivazione (nella specie, l'archiviazione da parte della procura della corte dei conti di ogni contestazione mossa al dirigente per i profili di responsabilità amministrativo-contabile era stata ritenuta irrilevante dal giudice civile d'appello)».

<sup>45</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 13 settembre 2013, n. 56, in «Riv. corte conti», 2014, fasc. 1, p. 238.

<sup>46</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 30 maggio 2013, n. 45, in «Riv. corte conti», 2013, fasc. 5, p. 469; sez. riunite, 17 luglio 2013, n. 2, in «Riv. corte conti», 2014, fasc. 5, p. 256; sez. giur. reg. Liguria, 25 febbraio 2008, n. 154, in «Rep. Foro it.», 2010, voce *Giudizio (rapporto)*, n. 17. E' tuttavia possibile che il processo contabile venga sospeso sino al passaggio in giudicato della sentenza penale; in tal caso il termine di riassunzione decorre per la procura contabile dalla conoscenza legale del passaggio in giudicato della sentenza penale: cfr. C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 8 ottobre 2014, n. 102, *id.*, 2015, voce *Responsabilità contabile*, n. 161, «Corti umbre», 2014, p. 1201. In merito, in dottrina, cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Sull'abrogazione della sospensione del processo per «pregiudizialità» penale*, in «Foro it.», 1997, I, col. 1758; A. MARTUCCI DI SCARFIZZI, *Alcune riflessioni sull'efficacia del giudicato penale nel processo contabile alla luce del nuovo codice di procedura penale. Le prime decisioni della Corte dei conti*, in «Foro Amm.», 1990, p. 1054 seg. Sui rapporti tra processo contabile e processo penale, cfr. altresì C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 24 maggio 2004, n. 723, in «Riv. corte conti», 2004, fasc. 3, p. 158, secondo

652 e 653 c.p.p., che regolano gli effetti delle sentenze penali nei giudizi civili ed amministrativi<sup>47</sup>, la giurisprudenza ritiene applicabile al giudizio contabile la disposizione di cui all'art 651 c.p.p. seppure limitatamente all'elemento oggettivo dell'illecito e quindi grava in ogni caso sul giudice contabile l'onere di verificare la sussistenza nel caso di specie degli ulteriori elementi necessari ad integrare la responsabilità amministrativa<sup>48</sup>. La sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a

cui «nel valutare l'imputabilità del danno patrimoniale indiretto da errore medico la Corte dei conti ben può, disattendendo le risultanze penali, tener conto della parcellizzazione della responsabilità dell'equipe chirurgica, in considerazione dell'apporto interdisciplinare dei componenti (il chirurgo nei confronti dell'anestesista e viceversa), e dei rapporti di collaborazione tra il primario ed i suoi assistenti, dovendo ciascuno di essi, non limitarsi a confidare nel corretto agire degli altri, ma attivarsi per prevenire o correggere eventuali errori altrui».

<sup>47</sup> Su cui, in generale, cfr., senza pretesa di esaustività, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè Milano, 1966, rist. 2012, p. 1245 seg.; A. HENKE, *Le Sezioni Unite escludono l'efficacia extra-penale delle sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato*, in «Riv. dir. proc.», 2012, p. 1656 seg.; A. DI MAJO, *Il danno e il reato (tornando a Carnelutti!)*, in «Corr. giur.», 2011, p. 644 seg.; P. SANDULLI, *In tema di giudicato penale nel processo civile*, in «Corr. merito», 2011, 3, p. 273 seg. Sul rapporto tra i giudizi prima della riforma del codice di procedura penale, cfr. S. CHIARLONI, *In tema di rapporti fra giudicato penale e civile*, in «Riv. dir. proc.», 1971, p. 204 seg.; M. CHIAVARIO, *Giudizi (rapporti tra)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, p. 984 seg., spec. 986 seg.; G. DE LUCA-L. MONTESANO, *L'art. 28 c.p.p. e l'efficacia riflessa del giudicato penale*, in «Giur. it.», 1969, IV, p. 209 seg.; E. AMODIO, *Cognizione incidentale in sede penale della questione pregiudiziale di stato e limiti di efficacia dell'accertamento nel processo civile*, in «Riv. dir. matr.», 1966, p. 836 seg.; L.P. COMOGLIO, *L'art. 28 cod. proc. pen. e i profili costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato*, in «Riv. dir. proc.», 1966, p. 655 seg.; S. CHIARLONI, *Davvero legittima l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi, ai sensi dell'art. 28 cod. proc. pen.?*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1965, p. 519 seg.; V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile*, in «Riv. dir. proc.», 1965, p. 516 seg., spec. 520 seg.; M. CHIAVARIO, *I rapporti tra l'art. 28 cod. proc. pen. e diritto di difesa all'esame della Corte costituzionale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1964, p. 310 seg.; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè Milano, 1963, 93 ss., p. 153 seg.; ID., *Osservazioni critiche intorno all'art. 28 cod. proc. pen.*, in «Giur. it.», 1962, I, 1, p. 623 seg.; E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (Ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Giuffrè Milano, 1935, rist. 1962, p. 184 seg.; ID., *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, in «Riv. dir. proc.», 1957, p. 5 seg.; V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, CEDAM, Padova, 1958, p. 201 seg.; G. GIONFRIDA, *L'efficacia del giudicato penale nel processo civile*, in «Riv. dir. proc.», 1957, p. 18 seg.; G. GUARNIERI, *Limiti soggettivi ed oggettivi all'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile*, in «Giur. it.», 1957, I, p. 189 seg.; F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in «Riv. dir. proc.», 1948, p. 1 seg.

<sup>48</sup> Cfr. C. conti, sez. I. giur. centr. app., 14 novembre 2000, n. 331/A, in «Foro it.», 2002, III, 72 con nota di M. DE GIORGI.

dibattimento, e quindi comportante l'applicazione dell'art. 652 c.p.p.<sup>49</sup>, richiede, nell'interpretazione giurisprudenziale, una valutazione della motivazione: la formula «il fatto non sussiste» pur escludendo la responsabilità penale, non necessariamente esclude la sussistenza di un'ipotesi di danno erariale<sup>50</sup>. Con riferimento, infine, all'applicabilità dell'art. 654 c.p.p., la giurisprudenza ritiene che la norma operi nel giudizio contabile con esclusivo riferimento ai casi in cui si controverta di un diritto che costituisca il presupposto per il radicarsi della giurisdizione o dell'azione di responsabilità ed il cui riconoscimento dipenda dall'accertamento dei medesimi fatti materiali oggetto di cognizione del giudice penale. Ne consegue che il giudice contabile rimane vincolato al giudicato penale solo in ordine all'accertamento dei fatti, indipendentemente dalla qualificazione giuridica agli stessi data<sup>51</sup>.

#### 6. *Il termine di prescrizione dell'azione*

In conclusione, sotto il profilo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, nel silenzio del legislatore della legge in commento, si deve ritenere applicabile il disposto dell'art. 19 del citato D.P.R. 3 del 1957, il quale sancisce un termine di cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta<sup>52</sup>. Nell'ipotesi, tuttavia, in cui la prescrizione sia maturata a causa

<sup>49</sup> La norma sancisce che la sentenza penale di assoluzione ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento che il fatto non sussiste nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato.

<sup>50</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Friuli-Venezia Giulia, 18 settembre 2013, n. 62, in «Rep. Foro it.», 2014, voce *Responsabilità contabile*, n. 244, «Riv. corte conti», 2013, fasc. 3, p. 430; sez. giur. reg. Toscana, 11 febbraio 2009, n. 94, in «Rep. Foro it.», 2014, voce *Responsabilità contabile*, n. 671. Tuttavia, in merito all'applicabilità dell'art. 652 c.p.p. al giudizio contabile non vi è unanimità: per un approfondimento sul dibattito in merito si rinvia a M. DE GIORGI, *Questioni varie in tema di giudizi di responsabilità davanti alla Corte dei conti*, cit.

<sup>51</sup> Cfr. C. conti, sez. I. giur. centr. app., 14 novembre 2000, n. 331/A, cit.

<sup>52</sup> In merito C. conti, sez. III giur. centr. app., 26 ottobre 2015, n. 542/A, in «Riv. corte conti», 2015, fasc. 5, p. 523 ha chiarito che nelle controversie in materia di responsabilità amministrativa, il *dies a quo* della prescrizione decorre, in caso di occultamento doloso del danno, dalla scoperta del danno stesso, anche per il corresponsabile in via sussidiaria non artefice del doloso occultamento. V., altresì, C. conti, sez. I giur. centr. app., 22 maggio 2014, n. 712/A, *id.*, 2014, fasc. 3, p. 265 secondo cui «la condotta del pubblico dipendente (nella specie, di un dirigente medico) che abbia simulato, attraverso

di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia. In tali casi, l'azione è proponibile entro cinque anni dalla data in cui la prescrizione è maturata. Peraltro, con peculiare riguardo al *dies a quo* del termine di prescrizione nel caso di danno indiretto, la Corte dei conti ha chiarito che lo stesso non può che coincidere con quello dell'effettivo pagamento delle somme, in quanto solo da detto momento si consuma il danno patrimoniale, e cioè la relativa diminuzione economica<sup>53</sup>.

### *Abstract*

Lo scritto offre una prima analisi dell'azione di responsabilità amministrativa disciplinata dall'art. 9, quinto comma, della l. 24/2017. Con l'occasione viene offerta una panoramica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali relativi alla responsabilità contabile degli esercenti le professioni sanitarie che inevitabilmente andranno ad influenzare l'applicazione della nuova normativa.

### *Nota biografica*

Elisa Bertillo è Magistrato Ordinario in Tirocinio presso il Tribunale di Roma e dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi Roma Tre.

E' autrice di numerosi commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati sulle più note riviste scientifiche italiane.

---

la timbratura dell'apposito cartellino, la sua presenza sul luogo di lavoro configura un occultamento doloso del danno erariale; pertanto, ove il fatto dannoso sia stato oggetto di indagini penali, la prescrizione del risarcimento del danno erariale (consistente nella mancata prestazione lavorativa retribuita) decorre dal momento della sua scoperta, che coincide, a sua volta, con la richiesta di rinvio a giudizio penale, che ha reso ostensivi gli atti e i documenti dell'indagine preliminare»; nel medesimo senso, v. anche C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 19 giugno 2013, n. 53, *id.*, 2013, fasc. 3, p. 471.

<sup>53</sup> Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Piemonte, 10 novembre 2015, n. 193, in «Rep. Foro it.», 2016, voce *Responsabilità contabile*, n. 183; sez. I giur. centr. app., 15 maggio 2013, n. 323/A, in «Riv. corte conti», 2013, fasc. 3, p. 318; sez. giur. reg. Calabria, 19 novembre 2012, n. 341, *id.*, 2012, fasc. 5, p. 281; sez. giur. reg. Calabria, 24 maggio 2012, n. 115, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Responsabilità contabile*, n. 137, «Riv. corte conti», 2012, fasc. 3, p. 313.



SEZIONE II

LE CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ E LE FORME  
DEL PROCEDIMENTO



Mara Adorno

*Il nuovo filtro dell'art. 696 bis c.p.c. in materia  
di responsabilità sanitaria*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 696 bis c.p.c. – 3. La presentazione del ricorso come condizione di procedibilità. – 3.1. Mancato assolvimento della condizione di procedibilità e conseguenze processuali. – 4. Rapporto tra procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* e mediazione: la previsione di 'alternatività' tra i due strumenti conciliativi. – 5. Le modalità del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* – 5.1. L'obbligo di partecipazione delle parti al procedimento e misure sanzionatorie. Rinvio. – 5.2. La nomina del consulente tecnico. – 5.3. La durata del procedimento. Natura, decorrenza e conseguenze dell'inosservanza del termine. – 6. Gli esiti del procedimento. La mancata conciliazione. – 6.1. L'applicazione del rito sommario di cognizione *ex art. 702 bis* e segg. c.p.c. Rinvio. – 7. La conciliazione. Forma, contenuto e regime dell'accordo.

*1. Premessa*

L'art. 8, l. 8 marzo 2017, n. 24 ha assoggettato tutte le controversie civili di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria al preventivo esperimento della consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi *ex art. 696 bis c.p.c.* La nuova disciplina processuale ha, quindi, introdotto in materia di responsabilità sanitaria una nuova condizione di procedibilità della domanda – da esercitarsi nelle forme del procedimento di cui all'art. 696 bis c.p.c. – concorrente con la mediazione obbligatoria di cui all'art. 5, comma 1° bis, d.lgs. 28/2010<sup>1</sup>. È, invece, dichiarata espressamente inapplicabile la negoziazione assistita *ex art. 3, d.lgs. 132/2014*, convertito, con modificazioni, dalla l. 162/2014. Tale novità rispecchia la tendenza del legislatore a privilegiare forme di risoluzione delle controversie alternative alla tutela giurisdizionale in un'ottica di riduzione del contenzioso civile nonché di maggiore efficienza della giustizia sostanziale.

Se la *ratio* sottesa alla scelta legislativa di snellire il contenzioso giudiziale appare senz'altro apprezzabile, pur tuttavia la previsione di un ulteriore

---

<sup>1</sup> Sulla mediazione, quale modalità alternativa per assolvere la condizione di procedibilità, si rinvia a G. RICCI, *La mediazione*, in *questo volume*, p.131.

‘filtro’ alla procedibilità dell’azione risarcitoria pone dei problemi di coordinamento con la disciplina della mediazione obbligatoria destinata a trovare applicazione nelle controversie coinvolte dalla riforma, in alternativa alla consulenza tecnica preventiva, ai sensi dell’art. 8, comma 2°, l. 24/2017 (cfr. *infra* § 5)<sup>2</sup>. Soprattutto dopo il *restyling* operato dalla l. 98/2013 che ha esteso l’ambito di applicazione della mediazione obbligatoria sia alla responsabilità medica, sia alla responsabilità sanitaria<sup>3</sup>.

Malgrado la formula normativa, che riserva a chi intenda intraprendere l’azione risarcitoria la possibilità di «esperire in alternativa» il tentativo obbligatorio di conciliazione, denoti una preferenza del legislatore per la consulenza tecnica preventiva, la scelta tra l’uno e l’altro degli strumenti conciliativi è rimessa alla volontà dell’attore<sup>4</sup>.

Resta, invece, impregiudicato il rischio di sovrapposizione con la negoziazione assistita dagli avvocati, alla quale l’art. 3, comma 1°, d.l. 132/2014 riserva un ambito applicativo complementare rispetto alla mediazione obbligatoria, in quanto opera comunque quest’ultima *ratione materiae* anche se l’azione di responsabilità abbia ad oggetto il «pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro», stante l’espressa esclusione della negoziazione assistita contenuta nell’art. 8, comma 2°, l. 24/2017<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Come osservato in sede di primo commento della riforma, in seguito all’inserimento “a sorpresa” nel testo definitivo dell’art 8 l. 24/2017 della mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità alternativa al procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*: cfr. I. PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzi, Giuffrè Milano, 2017, pp. 439 e segg.; 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, Giappichelli Torino, 2017, p. 435.

<sup>3</sup> Sul punto, v. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., pp. 435-436, 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 pure verificarsi ove le parti avessero stipulato una convenzione di mediazione, obbligatoria anch’essa *ex contractu*.

<sup>4</sup> C. CONSOLO, P. BERTOLLINI, A. BUONAFEDE, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all’art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corr. giur.», 2017, p. 763; M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in «Nuove leggi civ. comm.», 2017, p. 484.

<sup>5</sup> In tal senso, v. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 436, nota 6. Inoltre, cfr. M. VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l’ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in

## 2. *L'ambito di applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 696 bis c.p.c.*

A norma dell'art. 8, comma 1°, l. 24/2017 «chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente». Il tenore letterale della disposizione, nel riferire l'ambito applicativo della condizione di procedibilità (alternativa alla mediazione obbligatoria) che deve essere assolta prima dell'instaurazione del giudizio di merito, alla «controversia di risarcimento del danno», sembra precisare che il procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. possa essere adottato unicamente per le domande aventi ad oggetto il risarcimento del danno, ma non anche per le domande volte all'accertamento della responsabilità medico-sanitaria. In quest'ultimo caso, si ritiene che dovrà trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 5, comma 1° *bis*, d. lgs. 28/2010, che impone all'attore, ove intenda promuovere l'azione di responsabilità, di esperire, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, la mediazione obbligatoria<sup>6</sup>.

Inoltre, ragioni di ordine letterale e sistematico inducono a ritenere che il danneggiato possa esercitare l'azione di risarcimento del danno sia nei confronti della struttura sanitaria, sia nei confronti del soggetto esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 7 l. 24/2017<sup>7</sup>, sia nei confronti

---

<<http://www.ilprocessocivile.it/>>, 14 marzo 2017, § 1, secondo cui, invece, non sussiste la possibilità di interferenza tra mediazione obbligatoria e negoziazione assistita per le domande risarcitorie inferiori a cinquantamila euro, poiché l'art. 3, comma 1°, d.l. 132/2014 esclude l'applicazione della procedura negoziale là dove si tratti di controversie riservate alla mediazione obbligatoria, per cui «risulta quindi pleonastica la precisazione, contenuta nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco che non trova applicazione l'art. 3, d.l. n. 132/2014».

<sup>6</sup> Cfr. V. AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in <<http://www.questionegiustizia.it/>>, 27 luglio 2017, § 3; VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit. § 1.

Nel senso che, in materia di responsabilità medico-sanitaria, è inammissibile il procedimento *ex art. 696 bis* allorché sussista un radicale contrasto tra le parti sull'esistenza del credito, prima ancora che sulla sua quantificazione, e l'accertamento riguardi questioni di particolare complessità, non solo in fatto ma anche in diritto, la cui soluzione non può essere demandata al consulente tecnico, v. Trib. Roma 26 marzo 2015, in <<http://www.eclegal.it/>>, con nota di M. ADORNO, 7 settembre 2015. In senso contrario, v. Trib. Milano 17 febbraio 2015, in <<http://www.ilcaso.it/>>; Trib. Mantova 26 marzo 2010, in «Foro it., Le banche dati», archivio *Merito ed extra*; Trib. Venezia 10 marzo 2010, in «Giur. it.», 2011, p. 151.

<sup>7</sup> Cfr. C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, II, p. 768, che qualifica la responsabilità medica come «un sotto-insieme della

dell'impresa di assicurazione, stante la clausola di salvezza «delle disposizioni dell'art. 8» contenuta nell'art. 12 l. 24/2017<sup>8</sup>.

La precisazione che il ricorso *ex art. 696 bis* c.p.c. (in alternativa alla mediazione obbligatoria) vada preliminarmente esperito da chiunque intenda proporre una domanda di risarcimento del danno «innanzi al giudice civile», consente di sostenere che la condizione di procedibilità non si applichi all'azione civile esercitata nell'ambito di un giudizio penale<sup>9</sup>.

Restano, inoltre, escluse dall'applicazione della condizione di procedibilità le azioni disciplinate dalla l. 24/2017 che non attengono propriamente sotto il profilo oggettivo al «risarcimento del danno», trattandosi di azioni di regresso volte a gravare del risarcimento del danno il medico o la struttura sanitaria responsabili di aver agito nei confronti del paziente con dolo o colpa grave, quali l'azione di rivalsa della struttura sanitaria e l'azione di responsabilità amministrativa (art. 9), l'azione di rivalsa dell'impresa di assicurazione (art. 12, comma 3°), l'azione di regresso del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria (art. 14, comma 2°, lett. d)<sup>10</sup>.

È dubbio, invece, se l'obbligo di attivare preliminarmente il procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis* c.p.c. vada applicato anche alle ipotesi in cui la domanda di risarcimento del danno venga dedotta a fondamento di un'eccezione o di una domanda riconvenzionale<sup>11</sup>. La lettera

---

responsabilità sanitaria». Osserva G. BUFFONE, *Un ruolo centrale per la consulenza tecnica preventiva*, in «Guida al dir.», 2017, fasc. 15, p. 78 che, malgrado il difetto di coordinamento, l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria, che l'art. 5, comma 1° *bis*, d.lgs. 28/2010 estende alla responsabilità medica e sanitaria, coincide con quello delineato dall'art. 8 l. 24/2017, poiché il riferimento al concetto di responsabilità sanitaria è idoneo a ricomprendere entrambe le forme di responsabilità ivi previste, ossia tanto quella della struttura sanitaria quanto quella dell'esercente la professione sanitaria.

<sup>8</sup> Così G. SPINA, *Il nuovo regime processuale della responsabilità sanitaria 2017: Schemi e prime considerazioni*, in <<http://www.lanuovaproceduracivile.com>>, 1° marzo 2017, § 2; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 435.

Sull'azione diretta esercitata dal danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione, si rinvia a F. COSSIGNANI, *L'azione diretta*, in questo volume, p. 25.

<sup>9</sup> BUFFONE, *Un ruolo centrale per la consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 79; G. DI MARCO, S. CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>, 3 maggio 2017, p. 1; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 435.

<sup>10</sup> Sulle azioni esercitabili dalle imprese assicurative e dal Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, si rinvia a G. PARISI, *Le azioni esperibili dalle imprese assicurative e dal Fondo di garanzia*, in questo volume, p. 69.

<sup>11</sup> Cfr. DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., p. 3,

dell'art. 8 l. 24/2017, che assoggetta la domanda di risarcimento alla proposizione dell'istanza di consulenza tecnica preventiva prima dell'insaturazione del giudizio di merito, sembra deporre in senso negativo: la proposizione di un'eccezione o di una domanda riconvenzionale del paziente-convenuto non può che avvenire – per definizione – nel corso di un giudizio già instaurato. Tuttavia, la soluzione affermativa sarebbe preferibile, almeno riguardo alla domanda riconvenzionale, per un duplice ordine di ragioni: da un lato, in virtù del principio di parità di trattamento tra attore e convenuto, poiché l'assolvimento della condizione di procedibilità dipende dal contenuto della domanda e non dalla posizione processuale della parte che ne è onerata; dall'altro lato, per esigenze di coerenza sistematica che impongono un regime uniforme rispetto alla mediazione obbligatoria *ex art. 5, comma 1° bis, c.p.c.* di cui la consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* condivide la medesima *ratio* (non a caso, l'art. 8 l. 24/2017 contempla le due condizioni di procedibilità come alternative), tenuto conto che l'orientamento dei giudici di merito è incline alla soluzione positiva se la riconvenzionale riguarda una materia assoggettata a mediazione obbligatoria<sup>12</sup>.

---

che hanno analizzato la questione riguardo alla possibilità che il giudice assegni alle parti un termine per la proposizione del ricorso di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., qualora il paziente, richiesto del pagamento dei compensi del medico o della struttura sanitaria, abbia dedotto in via di eccezione o di domanda riconvenzionale la responsabilità sanitaria. Se, per un verso, ritengono che l'interpretazione restrittiva della disposizione prescrittiva della condizione di procedibilità impedisca una soluzione positiva; per altro verso, affermano che consentire di esperire il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* al solo attore possa generare dei dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della lesione degli artt. 3 e 111 Cost.

<sup>12</sup> 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, 16 maggio 2017; Trib. Verona 12 maggio 2016 (ord.), in <<http://www.ilcaso.it/>>; Trib. Roma 27 novembre 2014, in <<http://www.adrintesa.it/>>; Trib. Roma 11 novembre 2014, in <<http://www.mondoadr.it/>>. In senso contrario, v. Trib. Palermo 6 maggio 2017 (ord.), in <<https://www.101mediatori.it/>>; Trib. Roma 18 gennaio 2017, in <<http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it/>>; Trib. Palermo 27 febbraio 2016 (ord.) e Trib. 22 aprile 2014 (ord.), entrambe in <<https://www.101mediatori.it/>>. In dottrina, favorevoli ad un'interpretazione restrittiva che limiti l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria alle sole domande originarie, A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in «Foro it.», 2010, V, coll. 145 e segg.; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in «Giusto proc. civ.», 2011, pp. 341 e segg.; nonché, da ultimo, D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Zanichelli Bologna, 2016, pp. 290 e segg., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

### 3. La presentazione del ricorso come condizione di procedibilità

Come anticipato, l'art. 8 l. 24/2017 prevede per le controversie di risarcimento del danno in materia di responsabilità sanitaria una forma di giurisdizione condizionata ancorandola al preventivo esperimento della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*

In particolare, la norma ha delineato un tentativo obbligatorio di conciliazione, qualificato come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, da eseguirsi secondo il modello procedimentale di cui all'art. 696 *bis c.p.c.*

La scelta legislativa di assoggettare l'accesso alla tutela giurisdizionale ad un 'filtro' obbligatorio di procedibilità non è estranea al nostro panorama normativo e, anzi, richiama il meccanismo dell'art. 445 *bis c.p.c.*, che prevede pure per le controversie previdenziali in materia di invalidità civile l'espletamento di un accertamento tecnico preventivo secondo le modalità di cui all'art. 696 *bis c.p.c.*, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale<sup>13</sup>. In entrambi i casi, l'obbligo del 'filtro' è finalizzato a prevenire l'instaurazione di un processo ogni qual volta le questioni controverse attengano a profili di natura tecnica accertabili esclusivamente attraverso l'esperimento anticipato della consulenza tecnica<sup>14</sup>.

Testualmente, l'art. 8, comma 2°, l. 24/2017 recita: «La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento». Ciò implica che il danneggiato che intenda proporre un'azione per ottenere il risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, ha l'obbligo di proporre, prima della instaurazione del giudizio di merito, l'istanza volta all'esperimento della consulenza

<sup>13</sup> Cfr. U. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in <<http://www.judicium.it>>, 30 giugno 2017, § 2.1; G. OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, n. 24)*, in <<http://www.judicium.it>>, 20 giugno 2017, § 3; nonché, VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., § 1, che svolge nel testo un confronto tra il tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dall'art. 8 l. 24/2017 e l'accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445 *bis c.p.c.*

<sup>14</sup> Tra i vari contributi sull'istituto disciplinato dall'art. 445 *bis c.p.c.*, v. V. BATTAGLIA, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in «Riv. dir. proc.», 2016, pp. 80 e segg.; F. COSSIGNANI, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, in «Riv. dir. proc.», 2013, pp. 629 e segg.; L.S. GENTILE, *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?* in «Foro it.», 2012, V, coll. 17 e segg.; ID., *La giurisdizione imbrigliata nell'accertamento tecnico preventivo dell'invalidità previdenziale*, in «Foro it.», 2013, V, coll. 136 e segg.

tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*, pena l'improcedibilità della domanda di risarcimento. In altre parole, la presentazione del ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.* vale a ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità della domanda. Diversamente l'inosservanza dell'obbligo di promuovere il procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui all'*art. 696 bis c.p.c.* condiziona la prosecuzione del giudizio di merito eventualmente iniziato. Il che significa che si può anche instaurare il giudizio, ma esso può proseguire solo se nelle more si esperisce il tentativo di conciliazione *ex art. 8, comma 1°*, l. 24/2017<sup>15</sup>.

### *3.1. Mancato assolvimento della condizione di procedibilità e conseguenze processuali.*

Il regime che regola il funzionamento del 'filtro' di procedibilità individuato nel previo esperimento della consulenza tecnica preventiva ricalca in gran parte la speculare disciplina del tentativo obbligatorio di mediazione<sup>16</sup>.

Dispone l'*art. 8, comma 2°*, l. 24/2017 che «L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 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 via preventiva ovvero di completamento del procedimento».

L'*iter* procedimentale previsto per il rilievo dell'improcedibilità coincide con quello prescritto per la mediazione obbligatoria: l'inosservanza della condizione di procedibilità deve essere sollevata su eccezione di parte o rilevata d'ufficio dal giudice, «non oltre» il termine preclusivo della prima udienza, cioè entro l'udienza di comparizione e trattazione *ex art. 183 c.p.c.* Come la proposizione dell'eccezione di improcedibilità rappresenta un onere imposto al convenuto, analogamente il rilievo dell'improcedibilità costituisce esercizio di un dovere del giudice al quale il giudice non può decidere di sottrarsi, nemmeno in difetto di iniziativa di parte<sup>17</sup>.

Le modalità di sanatoria del vizio di improcedibilità contemplate dalla norma distinguono a seconda che *a)* alla data della prima udienza il

<sup>15</sup> COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., § 2.1.

<sup>16</sup> Sulle modalità di rilevazione dell'improcedibilità nel procedimento di mediazione *ex art. 5, comma 1° bis*, d.lgs. 28/2010, si rinvia a G. RICCI, *La mediazione*, in *questo volume*, p. 131.

<sup>17</sup> Così AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., par. 6.

procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* non sia stato ancora espletato; *b)* alla data della prima udienza il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* sia stato avviato, ma non sia ancora concluso.

Nell'ipotesi *sub a)* si è alla presenza del mancato avveramento della condizione di procedibilità per aver il danneggiato omissivo di promuovere il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*<sup>18</sup>

Nell'ipotesi *sub b)*, invece, la condizione di procedibilità è stata assolta, poiché il danneggiato ha instaurato il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*, ma ha, nel contempo, proposto la domanda giudiziale. Ciò comporta che la prosecuzione del processo di merito sia condizionata dalla conclusione della procedura conciliativa intrapresa.

In entrambi i casi il giudice, che rilevi il mancato assolvimento della condizione di procedibilità, assegna alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione innanzi a sé<sup>19</sup> *sub a)* dell'istanza di consulenza tecnica preventiva;

<sup>18</sup> Si è prospettata l'eventualità che il danneggiato promuova il giudizio nelle forme del rito ordinario senza il preventivo esperimento del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* (ovvero prima della sua conclusione). In tal caso, si ritiene comunque applicabile il regime previsto dall'art. 8, comma 2°, l. 24/2017, secondo cui, su iniziativa di parte o rilievo d'ufficio, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza, il giudice assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione innanzi a sé dell'istanza per l'espletamento (o per il completamento) della consulenza tecnica preventiva. Riguardo alla prosecuzione del giudizio, chi afferma che deposito del ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.* determina l'automatica conversione del rito, da ordinario in sommario (CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., p. 766); altri sostengono che spetti al giudice valutare l'opportunità di disporre la conversione del rito ordinario in quello sommario (AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., § 6; M. RUVOLO, S. CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in <<http://www.questionegiustizia.it/>>, 11 aprile 2017, p. 11).

Per approfondimenti, si rinvia a G. PARISI, *Le forme del giudizio*, in *questo volume*, p. 151.

<sup>19</sup> Osserva COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., § 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 sua presentazione "dinanzi a sé", così stabilendo la sua competenza similmente a quanto accade per i procedimenti cautelari presentati in corso di causa ai sensi dell'art. 669 *quater* c.p.c.».

Qualora il giudizio di merito appartenga alla competenza per valore del Giudice di pace, per la trattazione del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* è, comunque, competente il Giudice di pace, poiché in tal caso non opera la riserva di competenza in favore del Tribunale prevista per i procedimenti cautelari, stante la natura non strettamente cautelare della consulenza tecnica preventiva e la sua collocazione tra i procedimenti di istruzione preventiva per i quali la competenza spetta anche al Giudice di pace (così BUFFONE, *Un ruolo centrale per la consulenza tecnica preventiva*, cit., pp. 80-82).

ovvero *sub b*) dell'istanza di completamento del procedimento<sup>20</sup>.

Come per l'analoga disposizione che disciplina il tentativo obbligatorio di mediazione, l'art. 8, comma 2°, l. 24/2017 non indica se il termine assegnato dal giudice abbia natura ordinatoria o perentoria.

Secondo un'opinione, la inequivoca natura ordinatoria del termine in questione si desume sia dal dettato normativo (art. 152, comma 2°, c.p.c.), per cui i termini sono perentori solo se è la legge qualificarli espressamente tali, sia dalla *ratio* della norma che non è quella di sanzionare la parte, ma quella di favorire l'adempimento della condizione di procedibilità mediante l'esperimento del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*<sup>21</sup>.

Secondo un'altra opinione, invece, il termine assegnato dal giudice per l'espletamento o il completamento della consulenza tecnica preventiva ha natura perentoria, con la conseguenza che la sua inosservanza determina la declaratoria di improcedibilità della domanda<sup>22</sup>.

Presta il fianco ad alcuni rilievi la disposizione di cui all'art. 8, comma 2°, l. 24/2017, nella parte in cui prevede che, ove il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* sia stato instaurato, ma non ancora concluso il giudice «assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza [...] di completamento del procedimento».

Non si vede come la conclusione del procedimento di consulenza tecnica preventiva possa dipendere da un atto di impulso processuale della parte che manifesti la propria volontà in tal senso, mediante la presentazione «dell'istanza di completamento. Si tratta, infatti, di una prescrizione

<sup>20</sup> Nel senso che, ove il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* non sia stato ancora instaurato, il giudice, nell'assegnare il termine di quindici giorni, deve precisare che esso può valere sia per la presentazione dell'istanza di consulenza tecnica preventiva sia per la presentazione dell'istanza di mediazione, al fine di garantire l'alternatività tra i due strumenti, v. VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., § 3. Per una lettura ancora più ampia della disposizione, secondo cui il giudice che rilevi che tanto il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* quanto il procedimento di mediazione non sono stati iniziati o completati deve assegnare alle parti – previa una valutazione discrezionale su quale dei due strumenti assicuri una più efficace tutela dei diritti azionati – il termine di quindici giorni per avviare oppure, se iniziati, per completare l'uno o l'altro dei procedimenti, v. BERNARDI, *La conciliazione*, cit., pp. 116-117.

<sup>21</sup> In tal senso, v. ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 437. In senso dubitativo, v. DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., p. 4.

<sup>22</sup> In tal senso, v. AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., § 6. In favore della perentorietà del termine, anche CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., p. 763.

ultronea che non risponde ad una precisa esigenza processuale, ma con la quale la parte non fa che reiterare l'intenzione di proseguire in un percorso conciliativo già intrapreso.

D'altra parte, nessun beneficio può derivare dalla presentazione dell'istanza alla conclusione delle indagini peritali, posto che il consulente tecnico è tenuto ad adempiere l'incarico affidatogli, salvo il sorgere di gravi motivi (negligenza o inadempimento dell'incarico), per i quali il giudice può ricorrere comunque alla sostituzione del consulente tecnico ai sensi dell'art. 196 c.p.c.<sup>23</sup>.

Decisamente meglio avrebbe fatto il legislatore a riprodurre il contenuto dell'art. 5, comma 1° *bis*, d.lgs. 28/2010 che disciplina l'analoga ipotesi della mediazione obbligatoria, prevedendo che il giudice debba fissare un'udienza successiva alla scadenza del termine di durata del procedimento *ex art.* 696 *bis* c.p.c. (che l'art. 8, comma 3°, l. 24/2017 stabilisce di sei mesi)<sup>24</sup>.

#### *4. Rapporto tra procedimento ex art. 696 bis c.p.c. e mediazione: la previsione di 'alternatività' tra i due strumenti conciliativi*

L'art. 8, comma 2°, l. 24/2017 prevede la possibilità per il danneggiato di ricorrere, ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità, anche al previo esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria *ex art.* 5, comma 1° *bis*, d.lgs. 28/2010.

Pertanto, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata se l'azione di responsabilità sanitaria è preceduta dal ricorso per consulenza tecnica preventiva *ex art.* 696 *bis* c.p.c. ovvero, in alternativa, dal tentativo di mediazione *ex art.* 5, comma 1° *bis*, d.lgs. 28/2010.

Il danneggiato ha, quindi, la possibilità di scegliere tra i due strumenti conciliativi, valutando quale tra la consulenza tecnica preventiva e la mediazione obbligatoria si adattino alla natura ed alla complessità della controversia; all'oggetto della domanda risarcitoria; alla definizione degli aspetti di natura tecnica. Tuttavia, questa opzione si potrà esercitare solo prima di promuovere il giudizio di risarcimento, considerato che, se il giudice si avvedesse nel corso del giudizio del mancato espletamento dell'una e dell'altra condizione, dovrebbe disporre

<sup>23</sup> Per tali rilievi, v. DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., p. 3; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 437, testo e nota 11.

<sup>24</sup> Cfr. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., § 2.2.

l'attivazione del solo procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.<sup>25</sup> (v. *supra* § 3).

Questa previsione di 'alternatività' tra la consulenza tecnica preventiva e la mediazione che sono qualificate come condizioni di procedibilità equivalenti, impone una comparazione tra i due istituti che, pur perseguendo entrambi sotto il profilo funzionale la conciliazione della controversia, si differenziano sotto il profilo strutturale<sup>26</sup>.

Stante la sua primaria natura conciliativa, l'istituto delineato dall'art. 696 *bis* c.p.c. appartiene, sotto un profilo funzionale, alla categoria dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla tutela giurisdizionale, con finalità deflative del contenzioso; in quest'ottica può essere certamente accostato al modello della mediazione *ex d.lgs. 28/2010*.

Requisiti indicativi, inoltre, della affinità dei due istituti possono individuarsi nell'efficacia esecutiva attribuita al verbale di conciliazione, anche ai fini dell'esecuzione in forma specifica; nella previsione di agevolazioni e incentivi fiscali; nel conferimento dell'incarico di assistere le parti nella composizione del conflitto ad un soggetto terzo neutrale.

Ciò nondimeno, la consulenza tecnica preventiva possiede caratteristiche strutturali differenti rispetto alla mediazione<sup>27</sup>, tali da dover escludere che possa

<sup>25</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La conciliazione*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. Benci et al., Quotidiano Sanità edizioni Roma, 2017, p. 115; CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., p. 763; ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., p. 484.

<sup>26</sup> Sul contrasto di orientamenti – sorto nella vigenza del testo anteriore all'intervento del d.l. 69/2013 che ha regolato questa ipotesi nell'art. 5, comma 4°, d.lgs. 28/2010 – sulla necessaria applicazione del procedimento di mediazione in via preliminare anche rispetto alla consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., v., Trib. Siracusa 14 giugno 2012, in «Foro it.», 2012, I, col. 2863, con nota di M. ADORNO, secondo cui il procedimento disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c., non avendo natura cautelare, ricade nell'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria, e non appartiene, invece, a quelli – cautelari o urgenti – soggetti al regime di esenzione dal tentativo obbligatorio di mediazione previsto dall'art. 5, comma 3°, d.lgs. 28/2010; Trib. Roma 16 dicembre 2014, in <<http://www.mondoadr.it/>>. Per la tesi – evidentemente maggioritaria – favorevole all'alternatività tra i due istituti, invece, v. Trib. Milano 24 aprile 2011 e Trib. Varese (decr.) 24 luglio 2012, entrambe in «Foro it., Le banche dati», archivio *Merito ed extra*; Trib. Pisa 3 agosto 2011, in «Foro it.», 2012, I, col. 270, con nota di M. ADORNO, che colloca il procedimento *ex art. 696 bis* c.p.c. nell'ambito dei procedimenti cautelari, esclusi, ai sensi dell'art. 5, comma 3°, d.lgs. 28, dal preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione; Trib. Varese 21 aprile 2011, in «Giur. merito», 2012, p. 855, con nota di M. CESARETTI, *Inapplicabilità delle norme di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 in caso di domanda giudiziale per una ctu preventiva*; Trib. Cremona 14 maggio 2014, in <<http://www.ilcaso.it/>>.

<sup>27</sup> Sul rapporto che si può delineare tra questi due strumenti conciliativi, v., da ultimo,

essere completamente assimilata a quest'ultima.

Innanzitutto, essa appartiene alla giurisdizione contenziosa<sup>28</sup> e la conciliazione esperita in questa sede può essere qualificata come conciliazione giudiziale<sup>29</sup>.

La mediazione, invece, identifica un metodo di risoluzione delle controversie avente natura stragiudiziale ed extraprocessuale, su base negoziale che è (o meglio, dovrebbe essere) del tutto indipendente dal processo<sup>30</sup>.

Inoltre, diverso è il ruolo del consulente tecnico rispetto a quello del mediatore sia per quanto riguarda competenze e qualificazione, sia per quanto riguarda le modalità di gestione del tentativo di conciliazione<sup>31</sup>.

Sotto il primo profilo, infatti, il consulente è un esperto, dotato delle specifiche competenze necessarie alla soluzione delle questioni tecniche determinanti ai fini della definizione della controversia, ma che non è detto disponga delle capacità conciliative o delle conoscenze in materia di tecniche di mediazione<sup>32</sup>. Il mediatore è un soggetto chiamato ad assistere le

---

DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 258 e segg; nonché, F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli Bologna, 2011, pp. 140 e segg.

<sup>28</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in «Riv. dir. proc.», 2005, p. 823, la quale riconduce l'istituto alla conciliazione delegata; A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis tra mediation ed anticipazione della prova*, in «Corr. giur.», 2006, p. 409; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in *Il processo civile di riforma*, a cura di C. Consolo et al., Ipsoa Milano, 2006, p. 115; M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2010, p. 963.

<sup>29</sup> Cfr. F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, CEDAM Padova, 2008, p. 295; A. PANZAROLA, sub art. 696 bis, in *Commentario alle riforme del processo civile*, I, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, CEDAM Padova, 2007, p. 282.

<sup>30</sup> Cfr. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in «Riv. dir. proc.», 2010, p. 578; A. SANTI, sub art. 1, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, CEDAM Padova, 2011, pp. 73-74. Sulla natura negoziale dell'accordo conciliativo, v. anche R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in «Giust. civ.», 2010, pp. 489 e segg.

<sup>31</sup> Figura corrispondente al consulente tecnico quanto a funzioni e competenze professionali è quella dell'esperto che, ai sensi dell'art. 8, comma 4°, d.lgs. 28/2010, può essere nominato nel corso della mediazione quando la natura o la complessità della controversia richiedono l'ausilio di un soggetto dotato di specifiche competenze tecniche.

<sup>32</sup> In argomento, v. R. BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2007, pp. 261-262; F. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, 1, Utet Torino, 2007, p. 280; ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., p. 411, testo e nota 46. Auspica la creazione di meccanismi che favoriscano la scelta di consulenti tra soggetti esperti anche in materia di mediazione e conciliazione, CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 299, nota 393.

parti nella ricerca di una soluzione consensuale della controversia, al quale non è richiesto come necessario il possesso di una specifica professionalità, ma ha l'onere di acquisire, per l'esercizio delle proprie funzioni, una determinata qualificazione ed una specifica formazione e aggiornamento nelle «tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa»<sup>33</sup> e nei metodi di negoziazione<sup>34</sup>.

Sotto il secondo profilo, l'attività del consulente tecnico si esplica attraverso modalità completamente differenti rispetto a quelle adottate dal mediatore: stando al tenore letterale dell'art. 696 *bis* c.p.c., sembra che all'esperto sia prescritto innanzitutto di svolgere accertamenti ed indagini tecniche e di compiere valutazioni in merito ai fatti controversi e, solo in seconda battuta, di promuovere la soluzione amichevole della lite, stabilendo un contatto con le parti e attenuando i conflitti, al fine di riuscire ad acquisirne attraverso la propria capacità persuasiva, il consenso alla conciliazione della controversia<sup>35</sup>.

Diversamente, nella mediazione, ai fini della soluzione del conflitto, vengono in rilievo non le pretese giuridiche prospettate dalle parti, ma gli interessi concreti ad esse sottostanti. Il mediatore assiste le parti, tentando

<sup>33</sup> Quanto ai requisiti di qualificazione del mediatore, v. l'art. 4, comma 3°, lett. *a*), d.m. 180/2010. Sulla formazione professionale del mediatore, v. l'art. 18, comma 2°, lett. *f*) e *g*), d.m. 180/2010, nonché l'art. 4, comma 3°, lett. *b*), come modificato dal d.m. 145/2011. Cfr. sul profilo della competenza richiesta al mediatore, Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 16 agosto 2011, in «Guida al dir.», 2011, fasc. 43, p. 18, che ha rinviato alla Corte di giustizia Ue la questione di interpretazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 2008/52/Ce. Sul ruolo del mediatore nell'ambito del percorso orientato alla conciliazione, v. M. DI ROCCO, *Il mediatore*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 399 e segg.

<sup>34</sup> Cfr. F. DANОВI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in «Riv. dir. proc.», 2011, pp. 771 e segg.

<sup>35</sup> Nonostante le scarse indicazioni contenute nell'art. 696 *bis* c.p.c. riguardo alle modalità di svolgimento del tentativo di conciliazione, è stata proposta un'interpretazione meno restrittiva della norma per cui l'esperimento del tentativo di conciliazione può anche precedere l'inizio degli accertamenti peritali o la loro conclusione e, in ogni caso, può aver luogo prima della comunicazione alle parti del risultato delle indagini. Non vi sarebbero ostacoli, in altri termini, ad un'applicazione della norma che consenta al consulente di scegliere il momento e le modalità più consoni al conseguimento dell'accordo delle parti. In tal senso, v. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 284; M. PISANU, *Tentativo di conciliazione e sanzioni processuali correlate, nel quadro dell'art. 696 bis c.p.c.*, in «Giur. merito», 2011, p. 108; ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., p. 411, nota 45; S. TASSONE, *Note minime in tema di nuovo accertamento tecnico preventivo e di consulenza preventiva ex art. 669 bis c.p.c.*, in «Giur. merito», 2008, p. 145.

di favorire una comunicazione efficace attraverso l'emersione dei reali bisogni sottesi alle rispettive posizioni, in vista del perseguimento di una soluzione conciliativa conveniente e soddisfacente per entrambe le parti<sup>36</sup>.

Al mediatore è imposto altresì un generale obbligo di riservatezza che rappresenta un requisito qualificante l'attività del medesimo: generale in quanto attinente sia al rapporto tra mediatore e parti (c.d. riservatezza interna), sia al rapporto del mediatore con i soggetti estranei alla procedura (c.d. riservatezza esterna)<sup>37</sup>.

Nessuna garanzia di riservatezza assiste, invece, il procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. Ma vi è di più.

Mentre, a norma dell'art. 10, comma 1°, d.lgs. 28/2010 le dichiarazioni o informazioni coperte dalla riservatezza nonché l'eventuale proposta formulata dal mediatore sono inutilizzabili nel giudizio successivo all'insuccesso del tentativo di conciliazione ed avente il medesimo oggetto; al contrario, in virtù del vincolo funzionale di strumentalità, ancorché eventuale, tra consulenza preventiva e successivo processo di merito, gli esiti della consulenza tecnica espletata in sede preventiva, ove il tentativo di conciliazione fallisca e le parti non raggiungano un accordo, sono destinati, su iniziativa della parte che vi ha interesse, all'instaurando giudizio di merito.

Ciò posto, è ipotizzabile che l'alternatività prevista dall'art. 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017 tra il procedimento *ex art. 696 bis* c.p.c. e la mediazione obbligatoria *ex art. 5*, comma 1° *bis*, c.p.c. dipenda da una valutazione della natura dei due istituti.

E' ragionevole ritenere che la mediazione possa offrire ai litiganti maggiori vantaggi derivanti da un termine inferiore di durata del procedimento (tre mesi), da costi a carico delle parti più contenuti, dalla possibilità, ai fini della procedibilità della domanda, di ricorrere anche al rito ordinario di cognizione e non necessariamente alle forme del rito *ex art. 702 bis* c.p.c.; tuttavia, il procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. meglio si adatta alle controversie in materia di responsabilità sanitaria.

È frequente che per la specificità di questa materia sia determinante la definizione di profili tecnici e scientifici, idonei ad assorbire il *thema*

---

<sup>36</sup> Cfr. R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, in «Foro it.», 2003, V, coll. 165 e segg.; D. DALFINO, *La "nuova" mediazione in materia civile e commerciale nel contesto delle ADR*, in «Giusto proc. civ.», 2011, pp. 121 e segg.; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2004, pp. 1216 e segg.

<sup>37</sup> Ampiamente sul tema della riservatezza nella mediazione, cfr. A. SANTI, sub. *art. 9*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, cit., pp. 253 e segg.; M. BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in «Giust. civ.», 2011, II, pp. 487 e segg.

*decidendum* della controversia.

E ciò richiede l'intervento di un consulente tecnico che proceda all'accertamento del fatto dannoso e alla determinazione della misura del danno: in tal modo la valutazione tecnica anticipata consentirebbe alle parti in conflitto di formulare una previsione circa il probabile esito della causa e, di conseguenza, valutare l'opportunità di raggiungere un accordo, rinunciando al processo.

D'altra parte, anche in caso di insuccesso della conciliazione, il procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. offre indubbiamente maggiori utilità al danneggiato rispetto al tentativo obbligatorio di mediazione: come innanzi osservato, infatti, la relazione tecnica del consulente non resterà inutilizzata, potendo essere acquisita nel successivo giudizio di merito ai sensi dell'art. 696 *bis*, comma 5°, c.p.c.<sup>38</sup>.

### 5. Le modalità del procedimento ex art. 696 bis c.p.c.

Il legislatore ha delineato il tentativo obbligatorio di conciliazione sul modello dell'art. 696 *bis* c.p.c. integrando la disciplina con alcune disposizioni contenute negli artt. 8 e 15 l. 24/2017.

Nulla dispone l'art. 696 *bis* c.p.c. sulla forma e sul contenuto della domanda introduttiva. Tuttavia, si deve ritenere applicabile l'art. 693 c.p.c., seppure non espressamente richiamato, nella parte in cui prescrive che l'istanza debba essere proposta nella forma del ricorso al giudice competente secondo i criteri ordinari previsti dal codice di procedura civile<sup>39</sup>. L'istanza di consulenza tecnica preventiva può essere presentata, in assenza di disposizioni contrarie, anche al Giudice di pace, qualora la controversia

<sup>38</sup> In termini, v. CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., p. 768; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 436. Sul rapporto tra le due condizioni 'alternative' di procedibilità, v., anche, AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., § 5; BERNARDI, *La conciliazione*, cit., p. 115.

Spesso la giurisprudenza di merito si è espressa in favore dell'acquisizione nel giudizio di merito della relazione dell'esperto nominato in sede di mediazione, riconducendola alla categoria delle c.d. prove atipiche: cfr. Trib. Roma 16 luglio 2015 (ord.), in <<https://www.adrintesa.it/>>; Trib. Roma 9 aprile 2015 (ord.), in <<https://www.cameradimediazione-nazionale.it/>>; Trib. Parma 13 marzo 2015 (ord.), in <<http://www.adrintesa.it/>>; Trib. Roma 17 marzo 2014 (ord), in <<http://www.diritto24.ilssole24ore.com/>>.

<sup>39</sup> Cfr. C. BESSO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Le recenti riforme del processo civile*, II, diretto da Chiarloni, Zanichelli Bologna, 2007, p. 1327; CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 280.

appartenga per valore alla sua competenza<sup>40</sup>.

Il ricorso deve contenere l'indicazione degli elementi necessari all'individuazione della successiva domanda di risarcimento. Sicché il danneggiato deve fornire «l'esposizione sommaria delle domande e delle eccezioni» cui la consulenza tecnica è strumentale (nell'eventualità in cui le parti non riescano a conciliarsi e venga disposta l'acquisizione della relazione peritale al successivo giudizio di merito)<sup>41</sup>.

Il giudice così può valutare in via preventiva l'utilità dell'indagine tecnica al fine dell'accertamento e della determinazione del danno da responsabilità sanitaria nonché in vista della soluzione concordata della controversia.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento della consulenza tecnica preventiva si applica la disciplina contenuta negli artt. da 191 a 197 c.p.c., in quanto compatibili, per espresso rinvio dell'art. 696 *bis*, comma 6°, c.p.c.

Completano la disciplina prevista dall'art. 696 *bis* c.p.c. specifiche disposizioni dettate nella l. 24/2017 in virtù della qualificazione della consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità.

In particolare, i profili esaminati dalla normativa speciale in materia di responsabilità sanitaria sono:

- a) l'obbligo di partecipazione delle parti al procedimento e le misure sanzionatorie (art. 8, comma 4°);
- b) la qualificazione dei consulenti tecnici (art. 15);
- c) la durata del procedimento e le conseguenze processuali per l'inoservanza del termine (art. 8, comma 3°).

Dall'inequivoco tenore letterale della normativa, sembrerebbe che il giudice abbia l'obbligo di disporre l'espletamento della consulenza tecnica preventiva, senza effettuare alcuna valutazione prognostica riguardo all'ammissibilità e rilevanza del mezzo. Se si ammettesse questa interpretazione, si correrebbe, però, il rischio di esperire inutilmente la consulenza tecnica preventiva nel caso in cui la stessa non sia determinante ai fini della definizione della controversia ovvero il giudice escluda, nel corso del giudizio di merito, l'ammissibilità e rilevanza del mezzo istruttorio.

Si deve preferire, pertanto, la possibilità che il giudice valuti l'ammissibilità e la rilevanza della consulenza tecnica assunta in via preventiva ai

---

<sup>40</sup> Una simile conclusione, sebbene deroghi alla regola generale di cui all'art. 669 *ter* c.p.c., che esclude la competenza in materia cautelare del Giudice di pace, deriva da una interpretazione analogica dell'art. 696 c.p.c. che consente al Giudice di pace di concedere la misura cautelare dell'accertamento tecnico preventivo.

<sup>41</sup> Cfr. V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, Giuffrè Milano, 2012, p. 1097; F. COSSIGNANI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Zanichelli Bologna, 2013, p. 731.

fini della soluzione della controversia, in quanto idonea ad assorbirne tutti i profili tecnici in funzione dell'accertamento del danno. Ove il giudice respinga l'istanza *ex art. 696 bis c.p.c.*, resta salva per la parte la possibilità di ricorrere in alternativa al procedimento di mediazione<sup>42</sup>.

### *5.1. L'obbligo di partecipazione delle parti al procedimento e misure sanzionatorie. Rinvio*

L'art. 8, comma 4°, l. 24/2017 impone la partecipazione obbligatoria di tutte le parti al procedimento di consulenza tecnica preventiva, «comprese le imprese di assicurazione di cui all'art. 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla». La sanzione per la mancata partecipazione sarà la condanna, con il provvedimento che definisce il giudizio, delle parti che non abbiano partecipato alle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, e, quindi, pur se vittoriosa, oltre ad una pena pecuniaria equitativamente determinata dal giudice in favore della parte che è comparsa alla conciliazione<sup>43</sup>.

L'individuazione delle parti obbligate a partecipare al procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* riguarda tutti i soggetti coinvolti dall'azione risarcitoria che il danneggiato intende promuovere e, possono essere la struttura sanitaria, l'esercente la professione sanitaria, tanto l'una quanto l'altro, nonché la compagnia di assicurazione, in virtù anche della nuova azione diretta, nel qual caso si ritiene necessaria anche la partecipazione degli assicurati<sup>44</sup>.

Scopo dell'obbligo di partecipazione è quello, già sperimentato nell'ambito della mediazione obbligatoria, di coinvolgere effettivamente tutte le parti interessate – anche attraverso la presenza personale<sup>45</sup> – per

<sup>42</sup> Cfr. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., § 2.1.

<sup>43</sup> Per un'ampia analisi delle misure sanzionatorie previste dall'art. 8 l. 24/2017, si rinvia a V. GIUGLIANO, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza*, in *questo volume*, p. 167. Per un confronto con il più tenue regime sanzionatorio previsto per la mancata partecipazione al procedimento di mediazione, v. G. RICCI, *La mediazione*, in *questo volume*, p. 131.

<sup>44</sup> Cfr. CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., p. 763; COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., § 2.4.

<sup>45</sup> Nel senso che le parti debbano partecipare personalmente al tentativo di conciliazione, v. CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *op. cit. ult. cit.*; PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., pp. 464-465; VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie*

agevolare la definizione consensuale della controversia.

A questo proposito sembra, pertanto, doverosa una notazione.

Ciò potrebbe dar vita ad un'equivoca disparità di trattamento tra il procedimento di consulenza tecnica preventiva disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c. e quello esperito *ex art.* 8, l. 24/2017.

Nel procedimento *ex art.* 696 *bis* c.p.c., infatti, nessun disvalore viene attribuito alla condotta della parte che non abbia volontariamente presenziato ad esso.

La contumacia della parte non impedisce al giudice di disporre l'assunzione della consulenza tecnica preventiva<sup>46</sup> e non esclude né il regolare espletamento delle indagini tecniche e la possibilità per il consulente di tentare la conciliazione della lite o di proporre soluzioni transattive<sup>47</sup>, né l'acquisizione della relazione peritale nel successivo giudizio di merito e la sua utilizzabilità nei confronti del resistente non costituitosi<sup>48</sup>.

Nel procedimento instaurato ai sensi dell'art. 8, l. 24/2017, è, invece, previsto un sistema sanzionatorio estremamente rigido per l'omessa partecipazione della parte al procedimento. Tali sanzioni sono collegate esclusivamente alla diserzione del tentativo di conciliazione, a prescindere dalla eventuale sussistenza di giustificati motivi e dall'esito della controversia<sup>49</sup>.

---

*di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., § 2. Non escludono che la partecipazione delle parti possa avvenire anche a mezzo di difensore munito di procura speciale, DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., p. 5; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., pp. 438-439. Per la prassi diffusa in giurisprudenza di sostenere la necessità della partecipazione personale delle parti alla mediazione, v. Trib. Vasto 6 dicembre 2016 (ord.), in «Foro it.», 2017, 3, I, p. 1091, con nota di M. BRUNIALTI; Trib. Pavia 14 settembre 2015 (ord.), in <<http://www.giustiziacivile.com/>>, 20 novembre 2015, con nota di R. MASONI; Trib. Modena 2 maggio 2016 (ord.), in <<https://www.iusexplorer.it/>>.

<sup>46</sup> COSSIGNANI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, cit., p. 732; PISANU, *Tentativo di conciliazione e sanzioni processuali correlate*, cit., p. 109; Trib. Arezzo 9 marzo 2010, in «Giur. merito», 2011, p. 103. *Contra* Trib. Milano, 30 giugno 2011, in «Foro it.», 2012, I, col. 1605; Trib. Milano 13 aprile 2011, in <<https://www.iusexplorer.it/>>.

<sup>47</sup> Cfr. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 283, nota 49. Diversa l'opinione, invece, di TASSONE, *Note minime in tema di nuovo accertamento tecnico preventivo e di consulenza preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., p. 149, secondo cui l'espletamento della consulenza tecnica preventiva sarebbe precluso dalla mancata costituzione in giudizio della controparte, che sottraendosi volontariamente al procedimento, «non manifesta alcuna volontà in senso conciliativo».

<sup>48</sup> In tale ultimo senso, v. Trib. Arezzo 13 gennaio 2011, in <<https://www.iusexplorer.it/>>.

<sup>49</sup> DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., pp. 5-6; RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?* cit., p. 9; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale*

## 5.2. La nomina del consulente tecnico

Considerata la particolare natura delle situazioni tutelate e spesso la complessità delle cause di risarcimento del danno in materia di responsabilità sanitaria, il legislatore ha dedicato una disciplina specifica – ad integrare quella prevista in generale per il consulente tecnico di cui agli artt. 191-197 c.p.c. – dedicata all'individuazione dei soggetti cui affidare l'incarico della consulenza tecnica, sia nel corso del giudizio di merito, sia nel corso dell'espletamento del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*

L'art. 15, l. 24/2017 detta i criteri di scelta del consulente tecnico relativi *a)* alle modalità per la nomina; *b)* alla tipologia della specializzazione riferita alla professione sanitaria; *c)* alle competenze ed alla esperienza professionale richieste.

Con l'obiettivo di assicurare un'elevata qualificazione del consulente tecnico, la norma prevede che nell'ambito dei giudizi che riguardano la responsabilità sanitaria, l'incarico per l'espletamento della consulenza tecnica sia conferito ad un collegio – così dispone l'art. 15, comma 4°, l. 24/2017 – composto da un medico specializzato in medicina e legale e da uno o più medici specialisti nella materia, che siano in possesso di specifica e pratica conoscenza dell'oggetto della controversia.

La scelta dei consulenti avviene «tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3», vale a dire tra i consulenti tecnici che siano iscritti negli albi presso il Tribunale ai sensi dell'art. 13 disp. att. c.p.c. e che non siano in situazioni di conflitto di interessi nel procedimento interessato o in altri connessi.

E ciò sia per la consulenza tecnica assunta nell'ambito del giudizio di merito sia per la consulenza tecnica assunta in via preventiva.

Con specifico riferimento al procedimento introdotto ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c., sono richieste poi espressamente ai consulenti tecnici nominati in questa sede «adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi»<sup>50</sup>. Tale disposizione, se verrà attuata, esigerà che la scelta dei consulenti tecnici nel procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* avvenga non solo sulla base delle competenze specialistiche nella materia medico-sanitaria, ma altresì sulla base

---

*sanitaria*, cit., p. 440.

<sup>50</sup> Con particolare riferimento alle specifiche competenze, anche nell'ambito della conciliazione, richieste al consulente nominato nel procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*, cfr. AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., § 4, nota 15; RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?* cit., p. 9; ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 437.

delle capacità conciliative e sulla conoscenza delle tecniche di mediazione, con conseguente valorizzazione delle finalità deflattive dell'istituto<sup>51</sup>.

A completare il quadro della elevata qualificazione necessaria allo svolgimento dell'incarico peritale, in una materia in cui la soluzione delle questioni tecniche può essere idonea a definire la controversia, l'art. 15 l. 24/2017, contiene delle prescrizioni, ai commi 2° e 3°, che integrano quelle di cui all'art. 13 disp. att. c.p.c.

Innanzitutto, prevede che negli albi dei consulenti ivi disciplinati siano «indicate e documentate le specializzazioni degli esperti in medicina» e sia specificata, in sede di revisione, l'esperienza professionale maturata dagli stessi, «con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati».

Inoltre, impone che tali albi siano aggiornati ogni cinque anni, al fine di garantire un'equa e opportuna rappresentanza di esperti, non solo in materia medico-legale, ma anche in tutte le altre discipline specialistiche relative alle professioni sanitarie, in modo da poter scegliere l'esperto cui conferire l'incarico alla stregua della natura della controversia e, quindi, della disciplina coinvolta nel procedimento.

### *5.3. La durata del procedimento. Natura, decorrenza e conseguenze dell'inservanza del termine*

Il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* ha un termine di durata massima fissato normativamente, che la lettera dell'art. 8, comma 3°, l. 24/2017, qualifica espressamente come perentorio.

La disposizione in parola prevede, infatti, che «entro il termine perentorio di sei mesi» sia raggiunta la conciliazione ovvero sia concluso il procedimento di consulenza tecnica preventiva.

Il *dies a quo* del termine di durata del procedimento comincia a decorrere dal deposito del ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.*

Ciò premesso, la prima notazione riguarda la scelta non solo di prescrivere il termine per la conclusione del procedimento, ma altresì di

---

<sup>51</sup> Sul punto, v. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 280, secondo cui un migliore funzionamento dell'istituto poteva discendere dalla scelta di consulenti tra soggetti che oltre alle competenze tecniche specifiche per risolvere le questioni controverse, fossero dotati di un'adeguata preparazione nelle tecniche di conciliazione, così da favorire la definizione consensuale della controversia; ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., p. 411, testo e nota 46, che lamentava la ridotta capacità persuasiva del perito per la mancanza di una specifica formazione al ruolo conciliativo.

prevederne la perentorietà.

Invero, si tratta di una previsione piuttosto discutibile e fonte di ambiguità, dal momento che la previsione sembra poter giustificarsi con riferimento ad indagini peritali relativamente semplici oppure alla disponibilità delle parti a collaborare in vista della conciliazione.

Ma la stessa previsione sembra irragionevole, invece, nelle ipotesi di controversie particolarmente complesse sia per la specializzazione e la professionalità richiesta ai consulenti ai fini dell'accertamento dei fatti sia per la particolare difficoltà delle indagini e valutazioni tecniche demandate al consulente sia, infine, per la pluralità di soggetti coinvolti e per il grado di conflittualità delle parti, che potrebbero adottare una condotta processuale incompatibile con la volontà di raggiungere un accordo. Non vi è, quindi, in tal caso alcuna ragione per fissare un termine – peraltro improrogabile – di durata massima del procedimento che non tenga conto della specialità della materia sanitaria e della specificità del caso concreto, ragioni per cui, invece, potrebbe risultare assolutamente inadeguato<sup>52</sup>.

Sotto altro profilo, l'art. 8, comma 3°, l. 24/2017 non precisa alcunché in ordine alle conseguenze derivanti dall'inosservanza del termine semestrale ivi menzionato rispetto alla validità dell'attività compiuta. Dispone, infatti, che «ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile» (cfr. *infra* par. 6).

La disposizione riferisce soltanto alla condizione di procedibilità una ricaduta del decorso del termine, che rende procedibile la domanda giudiziale, già presentata o da proporre.

Sembra, quindi, che l'unica conseguenza che possa derivare dal fallimento della conciliazione o dalla mancata conclusione del procedimento di consulenza tecnica preventiva nel termine perentorio di sei mesi riguardi il funzionamento della condizione di procedibilità, nel senso di ritenere avverata la condizione una volta scaduto il termine e le parti libere di instaurare o proseguire l'azione risarcitoria.

Nessuna ricaduta è, invece, espressamente prevista in termini di inefficacia o invalidità degli accertamenti compiuti o della relazione depositata dopo la scadenza del termine.

<sup>52</sup> AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., § 4; DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., p. 4; nonché ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., pp. 437-438, che sottolinea come questo termine, durante il quale la parte non può comunque proporre la domanda giudiziale, potrebbe risolversi «in perdita secca», qualora il giudice ritenga di non dover acquisire la consulenza ovvero di disporre la rinnovazione.

Sulla questione si fronteggiano due contrapposte posizioni.

Secondo una prima tesi, l'inosservanza del termine perentorio comporta l'inutilizzabilità degli accertamenti compiuti dopo i sei mesi e ancor più della relazione depositata dopo tale termine; il che renderebbe necessaria la rinnovazione della consulenza tecnica nel giudizio di merito, con aggravio di costi per il danneggiato e allungamento dei tempi processuali<sup>53</sup>.

Secondo altra tesi, che appare più coerente non solo con le finalità proprie del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*, ma anche con la specifica tipologia delle controversie soggette a tale condizione di procedibilità, il protrarsi del procedimento di consulenza tecnica preventiva oltre il termine perentorio non si riflette sulla validità dell'attività espletata successivamente alla scadenza. Pertanto, l'attività svolta, ancorché dopo i sei mesi, nell'ambito della consulenza tecnica preventiva tra le medesime parti potrà essere comunque utilizzata nel successivo giudizio di merito<sup>54</sup>.

## 6. Gli esiti del procedimento. La mancata conciliazione

Il procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.* può sortire un esito negativo, nel caso di fallimento della conciliazione.

Ai sensi dell'art 8, comma 3°, l. 24/2017 «ove la conciliazione non riesca [...], la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro 90 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».

In questo caso, si intende comunque assolta la condizione di procedibilità e la domanda giudiziale diventa procedibile; il danneggiato ha l'onere, ai fini della salvezza degli effetti della domanda, di instaurare il giudizio risarcitorio nelle forme del rito sommario *ex art. 702 bis c.p.c.* entro il termine di novanta giorni dal deposito della relazione.

Riguardo agli effetti della domanda, la genericità della formula normativa

<sup>53</sup> In tal senso, v. VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., § 3.

<sup>54</sup> In tal senso, v. AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., § 4; RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?* cit. p. 10; nonché DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., p. 5, secondo cui la relazione del consulente, depositata dopo la scadenza del termine di sei mesi stabilito dall'art. 8, comma 3°, l. 24/2017, sia «legittimamente inquadrabile tra le prove atipiche e, dunque, liberamente valutabile dal giudice».

dell'art. 8 l. 24/2017 sembra intendere che al deposito del ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.* siano riconducibili gli stessi effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale<sup>55</sup>.

Per quanto la questione non sia di chiara evidenza, si può ritenere che, sulla scorta del regime ammesso – pur se non univocamente – per i procedimenti cautelari, l'istanza di consulenza tecnica preventiva sia idonea a produrre l'effetto interruttivo della prescrizione (quinquennale o decennale), mentre non operi l'effetto impeditivo della decadenza<sup>56</sup>, qualora vi possano essere controversie in materia di responsabilità sanitaria soggette a termini di decadenza.

Se la conciliazione non riesce, il consulente provvede a depositare la relazione nella cancelleria del giudice competente.

Una volta instaurato il giudizio secondo le modalità del rito sommario di cognizione disciplinato dall'art. 702 *bis c.p.c.* ciascuna parte può chiedere che la relazione peritale sia acquisita agli atti del giudizio di merito, a norma dell'art. 696 *bis*, comma 5°, c.p.c.<sup>57</sup>

Sulle modalità di ingresso della consulenza tecnica assunta ai sensi dell'art. 696 *bis c.p.c.* nel successivo giudizio di merito, la dottrina non è concorde.

Un primo orientamento ritiene che, anche in assenza di espressa previsione, si possa dar luogo all'applicazione dell'art. 698, comma 3°, c.p.c.: l'acquisizione della relazione del consulente tecnico sarebbe subordinata oltre che all'istanza della parte, anche alla preventiva verifica, da parte del giudice del merito, della

---

<sup>55</sup> Osserva PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, cit., pp. 456-457, che mentre l'art. 8 l. 24/2017 si riferisce genericamente agli effetti della domanda, includendo evidentemente anche gli effetti processuali, l'art. 5, comma 6°, d.lgs. 28/2010 prevede che la domanda di mediazione fa salvi gli effetti della prescrizione e della decadenza. Cfr. anche COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., § 2.2.

<sup>56</sup> In tal senso, v. COSSIGNANI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, cit., p. 686. *Contra* CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., p. 764, secondo cui «il beneficio della conservazione si apprezzerà con riferimento all'effetto impeditivo della decadenza (ove questa si dia in tali ipotesi di responsabilità medico-sanitaria) piuttosto che a quello interruttivo della prescrizione». Sul tema v., ampiamente, T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in «Riv. dir. proc.», 2013, pp. 45 e segg.

<sup>57</sup> In tal senso, CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., p. 765; ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 438.

ammissibilità e rilevanza della prova assunta in via preventiva<sup>58</sup>.

Diversamente, una opposta opinione afferma che l'acquisizione della relazione al successivo processo non soggiaccia ad alcun preliminare controllo da parte del giudice.

Infatti, si ritiene che sia sufficiente la sola previsione contenuta nell'art. 696 *bis* c.p.c. che esige, ai fini dell'acquisizione dell'elaborato peritale al processo di merito, la sola richiesta della parte interessata<sup>59</sup>.

A tal proposito, va rilevato che proprio nel caso in cui l'espletamento della consulenza tecnica preventiva non conduca alla soluzione concordata della lite, ossia non consegua il primario fine conciliativo, allora sembri risorgere l'altra «anima» della consulenza, quella di strumento istruttorio anticipato<sup>60</sup>.

### *6.1. Applicazione del rito sommario di cognizione ex art. 702 bis e segg. c.p.c. Rinvio*

Come emerge dal testo della riforma, l'intenzione del legislatore è stata quella di privilegiare per le controversie di risarcimento del danno in materia di responsabilità sanitaria l'applicazione del rito sommario di cognizione<sup>61</sup>, di cui – rinviando la trattazione analitica in altra parte del presente volume<sup>62</sup> – merita qui fare menzione per ragioni di completezza.

L'art. 8, comma 3°, l. 24/2017 ha, infatti, previsto che l'insuccesso della conciliazione ovvero la mancata conclusione del procedimento nel termine di sei mesi dal deposito del ricorso – introduttivo del procedimento *ex art. 696 bis* c.p.c. – rendono procedibile la domanda, che deve

---

<sup>58</sup> In tal senso, v. BESSO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 1343; CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 286; TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in «Riv. dir. proc.», 2010, p. 818 e seg.

<sup>59</sup> Così PANZAROLA, sub *art. 696 bis*, cit., pp. 301 e segg.

<sup>60</sup> Cfr. PANZAROLA, *op. cit.*, p. 306, secondo cui la relazione del consulente recupera con pienezza la sua natura istruttorie una volta che la conciliazione non sia riuscita; nonché, sulla duplice natura della consulenza tecnica preventiva nella quale convivono la funzione conciliativa e la funzione di ausilio istruttorio del futuro (ed eventuale) giudizio di merito, v. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis tra mediation e anticipazione della prova*, cit., p. 410; A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit. 2010, p. 807.

<sup>61</sup> Secondo DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, cit., p. 5, questa «predilezione» del legislatore per il rito sommario sembra sostenuta dall'esigenza di contrazione dei tempi processuali.

<sup>62</sup> Sulla trattazione delle controversie relative al risarcimento del danno nelle forme del rito sommario *ex art. 702 bis* c.p.c., si rinvia a G. PARISI, *Le forme del giudizio*, in *questo volume*, p. 151.

essere proposta nelle forme del rito sommario di cui all'art. 702 *bis* c.p.c.

Inoltre, la proposizione del ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c. entro novanta giorni dal deposito della relazione del consulente o dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi previsto per la conclusione del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. produce la salvezza degli effetti della domanda.

### 7. La conciliazione. Forma, contenuto e regime dell'accordo

In caso di successo del tentativo di conciliazione non vi sono ostacoli ad ammettere l'integrale applicazione dell'art. 696 *bis* c.p.c. Dell'accordo raggiunto, il consulente tecnico provvede a redigere processo verbale, che a seguito di omologazione del giudice, acquista efficacia di titolo esecutivo sia per far luogo all'espropriazione forzata e all'esecuzione in forma specifica (comma 3°) sia per iscrivere ipoteca giudiziale (comma 4°)<sup>63</sup>.

Ad accrescere le finalità conciliative e deflattive dell'istituto, concorre poi la previsione del beneficio fiscale di cui all'art. 696 *bis*, comma 4°, c.p.c. che potrebbe sollecitare le parti, magari propense a raggiungere un accordo, ad approfittare dell'incentivo dell'esenzione dall'imposta di registro del verbale di conciliazione, indipendentemente dal valore dell'accordo raggiunto.

Ai fini dell'omologazione del verbale di conciliazione, si ritiene necessaria la verifica della regolarità formale dell'atto, attraverso un controllo estrinseco dell'accordo conciliativo e delle sottoscrizioni dei soggetti coinvolti nel procedimento di composizione della lite.

Il giudice deve poi effettuare un controllo sul rispetto dei limiti oggettivi della conciliazione, accertando che la conciliazione, documentata nel verbale, rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 8 l. 24/2017, ossia che la consulenza tecnica preventiva sia esperita ai fini del «risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria». Inoltre, deve verificare che le rispettive prestazioni riconosciute dalle parti nell'accordo non siano contrarie all'ordine pubblico<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> In argomento, v. PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, cit., pp. 462-463, che limita il ruolo del giudice alla omologazione del verbale di conciliazione; BESSO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 1339 e segg.; CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, p. 284 e seg.; PANZAROLA, sub art. 696 bis, cit., pp. 284 e segg.; A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., pp. 816-817.

<sup>64</sup> Applicando analogicamente il regime previsto per l'art. 696 *bis* c.p.c. (cfr. CUOMO ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., p. 285; PANZAROLA, sub art. 696 bis, cit., p. 293, secondo cui, il giudice ha «un potere di controllo in sede di omologa», piuttosto che un dovere), nel caso in cui il riscontro giudiziale

### *Abstract*

L'art. 8 l. n. 24/2017 ha introdotto per tutte le controversie civili di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria un'ipotesi di giurisdizione condizionata da esercitarsi nelle forme del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale alternativa alla mediazione obbligatoria di cui all'art. 5, comma 1° *bis*, d.lgs. 28/2010.

Si analizzano i profili processuali del nuovo 'filtro' obbligatorio all'azione risarcitoria nella prospettiva di strumento di conciliazione della controversia concorrente con la mediazione obbligatoria.

### *Nota biografica*

Mara Adorno è avvocato e dottore di ricerca in Tutela dei diritti e Ordinamento giudiziario presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro". È autore di numerosi articoli e note a sentenza pubblicati in opere collettanee e sulle principali riviste scientifiche italiane in tema di tutela giurisdizionale dei diritti e ADR.

---

abbia esito negativo, si può ammettere che il giudice possa negare l'omologazione della conciliazione, pronunciando un decreto di rigetto dell'esecutorietà del relativo verbale. Nel senso che, ove sia dichiarata l'esecutorietà del verbale di conciliazione di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., che abbia ad oggetto un diritto estraneo a quelli indicati nella norma, il relativo decreto sia un provvedimento «abnorme», impugnabile con ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., v. PANZAROLA, *op. cit.*, p. 292.

# Giulia Ricci

## *La mediazione*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Le parti del procedimento di mediazione. – 4. Instaurazione del procedimento. – 4.1. Fase preliminare. – 4.2. Prosecuzione del procedimento. – 4.3. La nomina di mediatori ausiliari e di esperti iscritti all'albo dei consulenti tecnici presso i tribunali. – 4.4. Conclusione del procedimento di mediazione. – 5. Instaurazione del processo. Il rito applicabile. – 5.1. Improcedibilità della domanda per mancato o incompleto esperimento del procedimento di mediazione. – 5.2. Procedibilità della domanda. Incidenza del principio di riservatezza sull'istruzione probatoria.

### *1. Premessa*

Nel disegno di legge C-259 anteriore all'approvazione definitiva, il testo dell'art. 8, comma 2°, escludeva espressamente l'applicabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 5, comma 1°bis, d. lgs. 28/2010* alle controversie di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria<sup>1</sup>.

Nel testo dell'art. 8, l. 8 marzo 2017, n. 24 è stata invece inaspettatamente confermata l'applicazione della mediazione obbligatoria per le controversie interessate dalla riforma, quale condizione di procedibilità alternativa all'esperimento della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*<sup>2</sup>. Come si preciserà nel corso della trattazione, l'inserimento *in extremis* della mediazione obbligatoria pone alcune questioni di coordinamento con la disciplina contenuta nell'art. 8, l. 24/2017, dedicata prevalentemente alla consulenza tecnica preventiva (v. *infra* § 5.1).

Relativamente all'alternativa tra le procedure di conciliazione, è prevedibile che il danneggiato valuti, in primo luogo, le diverse finalità perseguite dagli istituti di cui all'art. 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017: la procedura *ex art. 696 bis c.p.c.* coordina la finalità conciliativa con quella di

---

<sup>1</sup> 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, Giappichelli, Torino, 2017, p. 435, nota che la sovrapposizione si sarebbe comunque determinata nel caso in cui le parti avessero stipulato una convenzione di mediazione *ex contractu*, parimenti obbligatoria.

<sup>2</sup> Per cui si rinvia a M. ADORNO, *Il nuovo filtro dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in *questo volume*.

conservazione della prova in funzione del giudizio di merito, mentre il procedimento di mediazione tende esclusivamente alla conciliazione delle parti e non ha risvolti sull'istruzione probatoria del procedimento giudiziale, se non in senso limitativo (v. *infra* § 5.2).

Per tale motivo, sulla scelta tra la consulenza tecnica preventiva e la procedura di mediazione incideranno il grado di complessità della controversia concretamente insorta e la specializzazione tecnica richiesta ai fini dell'accertamento dei fatti<sup>3</sup>; l'oggetto della contestazione, che può riguardare la sussistenza o soltanto il *quantum* del credito risarcitorio<sup>4</sup>, nonché il grado della conflittualità tra le parti, che può in alcuni casi annullare le prospettive di conciliazione.

## 2. Ambito di applicazione

Il tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art.* 8, l. 24/2017 è disciplinato tramite il rinvio all'art. 5, comma 1° *bis*, d. lgs. 28/2010. Tale disposizione, introdotta dall'art. 84, comma 1°, lett. b), d. leg. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, prevede l'esperimento obbligatorio del tentativo di conciliazione nelle controversie di risarcimento del danno derivante da «responsabilità medica e sanitaria»<sup>5</sup>. La prima questione che si pone all'interprete è coordinare

<sup>3</sup> È dunque ipotizzabile la scelta della mediazione obbligatoria, ad esempio, nelle controversie insorte per la violazione della disciplina del consenso informato, v. Cass. 10 settembre 1999, n. 9617, in «Contratti», 2000, p. 397; v. ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 436; C. CONSOLO - P. BERTOLLINI - A. BUONAFEDE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corriere giur.», 2017, p. 767; F. ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, in «Resp. civ.», 2012, pp. 739 ss.; M. MARINARO, *La mediazione delle controversie risarcitorie: i danni da responsabilità medico-sanitaria*, in *Responsabilità medico-sanitaria e mediazione delle controversie. Dal diritto alla salute al diritto alla giustizia*, Aracne Roma, 2012, pp. 52 ss.

<sup>4</sup> Si ricorda infatti che talvolta la giurisprudenza ha ritenuto inammissibile il mezzo *ex art.* 696 *bis* c.p.c. ove «sussista radicale e profondo contrasto fra le parti sull'esistenza stessa del credito, prima ancora che sulla sua quantificazione, e [...] tale accertamento richieda indagini complesse non solo in fatto ma anche in diritto. Ciò in quanto non è possibile demandare la risoluzione di siffatte questioni al consulente tecnico», v. Trib. Roma 26 marzo 2015, in «Resp. civ. e prev.», 2015, 4, pp. 1298 ss.; *contra* Trib. Verona 14 gennaio 2016, <<https://www.iusexplorer.it/>>; M. VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in <<http://www.ilprocessocivile.it/>>, 14 marzo 2017, § 1.

<sup>5</sup> Mentre l'originaria formulazione dell'art. 5, comma 1° d. lgs. 28/2010 si riferiva esclusivamente alla responsabilità medica; tuttavia si era diffusa l'interpretazione, maggiormente

tale rinvio con l'art. 8, comma 1°, l. 24/2017, che delinea l'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria in relazione alle controversie derivanti da «responsabilità sanitaria».

La giurisprudenza ha distinto la responsabilità medica dalla responsabilità sanitaria, riconducendo alla prima categoria le fattispecie di risarcimento del danno derivante dall'esecuzione della prestazione medica e dal contatto sociale del sanitario con il paziente, e alla seconda il danno imputabile alla struttura sanitaria inadempiente alle obbligazioni derivanti dal c.d. contratto di ospedalità<sup>6</sup>.

L'interpretazione sistematica dell'art. 8, l. 24/2017 induce a comprendere nell'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria (in alternativa alla consulenza tecnica preventiva) entrambe le forme di responsabilità considerate dall'art. 5, comma 1° *bis*, d. lgs. 28/2010. Si consideri infatti che l'art. 12, l. 24/2017, che disciplina l'azione diretta del danneggiato verso l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria, fa «salve le disposizioni di cui all'art. 8», con conseguente applicazione della condizione di procedibilità. Poiché in tale giudizio è prevista la partecipazione necessaria del sanitario assicurato, si ritiene che, *a fortiori*, l'esperimento del procedimento di mediazione costituisca condizione di procedibilità (in alternativa alla procedura di consulenza tecnica preventiva) anche per la domanda risarcitoria proposta dal danneggiato nei confronti del sanitario medesimo.

Può dunque affermarsi che il danneggiato, che non intenda instaurare la procedura di consulenza tecnica preventiva, sia tenuto ad avviare il procedimento di mediazione nei confronti *i*) della struttura sanitaria *ex art. 7*, comma 1°, l. 24/2017, *ii*) dell'esercente la professione sanitaria *ex art. 7*, comma 3°, l. 24/2017, o *iii*) dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria *ex art. 12*, l. 24/2017<sup>7</sup>.

Secondo la prevalente giurisprudenza di merito, la condizione di procedibilità va inoltre applicata alla domanda di risarcimento del danno

---

rispettosa del canone di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, nel senso dell'estensione della mediazione obbligatoria alle controversie per responsabilità sanitaria in senso stretto, v. R. BARBERIO, E. DE MASI, A. SIROTTI GAUDENZI, *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 148 ss.

<sup>6</sup> *Ex multis* cfr. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, in «Resp. civ.», 2010, p. 665; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in «Resp. civ.», 2010, pp. 101 ss.

<sup>7</sup> Nell'ambito delle controversie tra le parti indicate, si ritiene che la condizione di procedibilità vada soddisfatta anche se il danneggiato propone domanda di condanna generica, poiché il riferimento di cui all'art. 8, comma 1° l. 24/2017 alla «controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria» non sembra porre limitazioni in tal senso, v. A. BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*, in < <http://www.ridare.it/>>, 7 aprile 2017, § 1.

proposta in via riconvenzionale, per il principio di parità di trattamento tra le parti<sup>8</sup>. Per le controversie in materia sanitaria, ciò comporta che quando il paziente è convenuto in giudizio dal sanitario, ad esempio per inadempimento di un'obbligazione contrattuale relativa ad una prestazione sanitaria, e ritiene di aver subito un danno dalla stessa prestazione, la domanda riconvenzionale di risarcimento è improcedibile se non è preceduta da una delle procedure di cui all'art. 8, l. 24/2017.

I primi commentatori hanno evidenziato che, in tal caso, la procedura obbligatoria di mediazione potrebbe sovrapporsi alla negoziazione assistita ex art. 3, comma 1°, d. leg. 132/2014 convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, ove la domanda di pagamento avanzata dal medico non superi la somma di cinquantamila euro<sup>9</sup>.

Diversamente, è espressamente escluso il cumulo tra le procedure di mediazione obbligatoria (o di consulenza tecnica preventiva) e la procedura di negoziazione assistita relativamente alla medesima domanda di risarcimento del danno ex artt. 8, comma 2°, l. 24/2017 e 3, comma 1° (e comma 3°), d. leg. 132/2014.

Tra le azioni disciplinate dalla l. 24/2017, si ritengono escluse dall'ambito di applicazione della condizione di procedibilità le azioni di rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti del sanitario di cui all'art. 9, trattandosi del regresso tra coobbligati solidali cui sia imputabile la responsabilità per il medesimo fatto dannoso e non di controversie sul risarcimento del danno da responsabilità sanitaria<sup>10</sup>.

È inoltre esclusa dall'applicazione della mediazione obbligatoria ex art. 5, comma 4°, d. lgs. 28/2010 l'azione di risarcimento del danno esercitata nel processo penale (lett. g)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Trib. Bari 28 novembre 2016 (ord.), in <<http://www.eclegal.it/>>, 16 maggio 2017; Trib. Verona 12 maggio 2016 (ord.), in <<http://www.ilcaso.it/>>; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in <<http://www.judicium.it/>>, 21 marzo 2011, § 2. In senso contrario si sono espressi Trib. Palermo 27 febbraio 2016, e Trib. Reggio Calabria 22 aprile 2014, entrambe in <<https://www.101mediatori.it/>> e la prevalente dottrina, tra cui A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in «Foro it.», 2010, V, coll. 145 ss.; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in «Giusto proc. civ.», 2011, p. 341 ss.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 292.

<sup>9</sup> VACCARI, *L'ATP obbligatoria nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., § 1.

<sup>10</sup> C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, pp. 770 ss.

<sup>11</sup> Osserva BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*,

### 3. Le parti del procedimento di mediazione

Quando il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda, al procedimento di mediazione devono partecipare i soggetti titolari della legittimazione ad agire e a contraddire nel relativo giudizio. Va peraltro precisato che, al fine della procedibilità della domanda, è sufficiente che tali soggetti siano informati dell'instaurazione del procedimento di mediazione tramite la comunicazione di cui all'art. 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010.

Il danneggiato può dunque proporre istanza di mediazione nei confronti della struttura sanitaria o dell' esercente la professione sanitaria, se intende richiedere il risarcimento *ex art. 7, l. 24/2017*, ovvero nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o di quella che presta copertura assicurativa al sanitario, se intende richiedere il risarcimento direttamente all'impresa di assicurazione *ex art. 12, l. 24/2017*. In quest'ultimo caso, poiché l'art. 12, comma 4°, l. 24/2017 qualifica litisconsorte necessario il soggetto assicurato, la partecipazione di questo si impone anche nella procedura stragiudiziale che condiziona la procedibilità della domanda.

Nel caso in cui il procedimento di mediazione sia instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o dell' esercente la professione sanitaria, non è invece necessaria la partecipazione della relativa impresa di assicurazione. In mancanza di espressa disposizione in tal senso, si ritiene infatti inapplicabile al procedimento di mediazione l'art. 8, comma 4°, l. 24/2017, che impone la partecipazione delle imprese assicuratrici al procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*

Va però considerato che la partecipazione dell'impresa assicuratrice può incidere notevolmente sull'esito positivo della conciliazione, in quanto l'assicurazione che non abbia partecipato alla procedura può rifiutarsi di rivalere l'assicurato o pagare l'indennizzo al terzo danneggiato *ex art. 1917, comma 2°, c.c.*<sup>12</sup>. Per tale motivo, quando il contratto di assicurazione contiene un patto di gestione della lite esteso alla fase di mediazione, l'assicurato deve provvedere ad informare l'impresa di assicurazione dell'instaurazione della procedura stragiudiziale; in mancanza, si ritiene onere dell'organismo di mediazione adito favorire la partecipazione al

---

cit., § 2 l'opportunità di estendere tali limiti all'esperibilità della consulenza tecnica preventiva.

<sup>12</sup> F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Zanichelli Bologna, 2013, p. 172; M. HAZAN, D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 448 ss.; C. CARRESE, A. CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria: aggiornato al c.d. decreto del fare*, Altalex Milanofiori Assago, 2014, pp. 94 ss.

procedimento dell'impresa di assicurazione, provvedendo ad informarla o invitando le parti a farlo<sup>13</sup>.

Quanto alle modalità di partecipazione al procedimento, a fronte di un orientamento giurisprudenziale secondo cui è sempre necessaria la partecipazione personale dei soggetti coinvolti<sup>14</sup>, altra parte della giurisprudenza ammette, nelle controversie di natura patrimoniale, che la parte rilasci apposita procura speciale a terzi o allo stesso avvocato, dotando tali soggetti della rappresentanza sostanziale esercitabile nel procedimento di mediazione<sup>15</sup>.

In caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo di una delle parti, il mediatore deve farne menzione nel verbale di cui all'art. 11, comma 4°, d. lgs. 28/2010. Nel giudizio di merito successivamente instaurato, la mancata partecipazione al procedimento di mediazione determina a carico della parte inerte le conseguenze di cui all'art. 8, comma 4° *bis*, d. lgs. 28/2010, inerenti sia la valutazione di tale comportamento come argomento di prova *ex art.* 116, comma 2°, c.p.c.<sup>16</sup>, sia la condanna al pagamento di una somma pari al contributo unificato a favore del bilancio dello Stato<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> HAZAN, ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., pp. 235 ss. Disposizioni in tal senso sono previste nelle «Linee Guida per la gestione della mediazione a fini conciliativi in materia assicurativa» elaborate dall'Associazione Nazionale delle Imprese Assicuratrici (ANIA); similmente cfr. le «Linee guida sulla mediazione obbligatoria in tema i responsabilità medica» emanate dalla Direzione Generale Sanità della Regione Lombardia; cfr. CARRESE, CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria: aggiornato al c.d. decreto del fare*, cit., p. 94.

<sup>14</sup> Trib. Vasto 9 marzo 2015, in «Corriere giur.», 2016, p. 1083; Trib. Siracusa 17 gennaio 2015, in <http://www.mcmmediazione.com/>; Trib. Firenze 19 marzo 2014, in <<https://www.iusexplorer.it/>>.

<sup>15</sup> Trib. Treviso 25 maggio 2017 in <<https://www.pluris-CEDAM.utetgiuridica.it/>>; Trib. Verona 28 settembre 2016, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>.

<sup>16</sup> Nel senso che la mancata comparizione nel procedimento di mediazione non può costituire argomento a fondamento della decisione, v. Trib. Roma-Ostia 5 luglio 2012, in <<http://www.101mediatori.it/>>; v. M.A. LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in <<http://www.judicium.it/>>, 1° ottobre 2012, pp. 7 ss.; cfr. M. BOVE, *Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in *ibid.*, 25 gennaio 2012, p. 4, per cui tale sanzione costituisce un rinvio «all'arbitrio del giudice». Per ulteriori approfondimenti sugli argomenti di prova si rinvia a G. RUFFINI, *Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2004, pp. 1329 ss.

<sup>17</sup> Sulle sanzioni pecuniarie si rinvia a V. GIUGLIANO, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza*, in *questo volume*.

#### 4. Instaurazione del procedimento di mediazione

Il procedimento di mediazione si instaura tramite il deposito dell'istanza presso la segreteria di un organismo di mediazione iscritto nel registro ministeriale. La scelta dell'organismo di mediazione deve rispettare la competenza per territorio di cui all'art. 4, comma 1° d. lgs. 28/2010, individuata nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia<sup>18</sup>.

Relativamente alla competenza per materia, si ricorda che l'art. 7, comma 2°, lett. d) ed e), d.m. 180/2010 prevede che ciascun organismo può limitare la propria attività di mediazione in specifiche materie chiaramente individuate<sup>19</sup> (v. *infra* § 4.3).

L'istanza di mediazione deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa ex art. 4, comma 2°, d. lgs. 28/2010. Si ritiene tuttavia che l'istanza di mediazione possa limitarsi ad indicare genericamente la controversia, considerata l'eventualità di successivi ampliamenti o variazioni dell'oggetto del procedimento, purché questo sia almeno identificabile al momento dell'instaurazione della procedura<sup>20</sup>.

Peraltro, poiché l'esperimento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, è necessario che il giudice accerti la corrispondenza tra la controversia dedotta in giudizio e quella per cui si è svolto il procedimento di mediazione. A tal fine, si ritiene che il confronto vada svolto tra il contenuto dell'atto con cui è proposta la domanda giudiziale (determinato dagli artt. 163 e 702 *bis* c.p.c.) ed il contenuto del verbale di mancata conciliazione, dal quale deve risultare compiutamente individuata la controversia per cui si è svolto il procedimento di mediazione<sup>21</sup>.

Al momento del deposito dell'istanza presso la segreteria dell'organismo, sorge in capo a questo l'obbligo di svolgere la procedura di mediazione, salvo che ricorra giustificato motivo per rifiutare ex art. 9, d. m. 180/2010; dallo stesso giorno inizia a decorrere il termine di durata massima di tre mesi del

<sup>18</sup> Si ritiene che il luogo di competenza dell'organismo corrisponda all'intero circondario del tribunale, v. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 251; nel rispetto della competenza per territorio, in caso di deposito di più domande inerenti la medesima controversia l'art. 4, comma 1° d. lgs. 28/2010 prevede il criterio della prevenzione.

<sup>19</sup> Salvo gli organismi dotati di competenza limitata a determinate materie, quali, ad esempio, gli organismi che gestiscono i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. o la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

<sup>20</sup> M. BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, CEDAM, Assago, 2011, p. 164.

<sup>21</sup> ID., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 164.

procedimento *ex art.* 6, comma 1°, d. lgs. 28/2010.

Il deposito dell'istanza va inoltre comunicato alle altre parti, unitamente al provvedimento con cui è fissata la data del primo incontro; la comunicazione è effettuata con ogni mezzo «anche ad opera dell'istante» *ex art.* 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010<sup>22</sup>. Ciò comporta, in mancanza di ulteriori previsioni in ordine alle modalità della comunicazione, che ciascun organismo può prevedere nel proprio regolamento che la comunicazione avvenga anche tramite raccomandata a.r. o posta elettronica certificata. In secondo luogo, si ritiene che l'onere della comunicazione gravi sull'organismo di mediazione, ma, considerato l'interesse dell'istante alla produzione degli effetti sostanziali della domanda di mediazione (di cui si dirà a breve) non può escludersi che egli stesso provveda alla comunicazione, a prescindere dall'avvenuta fissazione del primo incontro<sup>23</sup>.

L'art. 5, comma 6°, d. lgs. 28/2010 prevede che, dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione interrompe la prescrizione ed impedisce la decadenza.

Per quanto riguarda l'interruzione della prescrizione, è indubbia l'efficacia interruttiva istantanea *ex art.* 2943 c.c., mentre si dubita dell'efficacia sospensiva, poiché nel procedimento di mediazione non è rinvenibile un momento assimilabile al passaggio in giudicato della sentenza di cui all'art. 2945, comma 2°, c.c.<sup>24</sup>. Secondo una diversa interpretazione, tale analogia è individuabile nel momento del deposito del verbale di mancata conciliazione *ex art.* 11, d. lgs. 28/2010, e si afferma che da tale momento decorre nuovamente il termine di prescrizione, salvo il verificarsi di un nuovo periodo di interruzione-sospensione quando sia proposta la domanda giudiziale<sup>25</sup>.

Quanto all'impedimento della decadenza, precisa l'art. 5, comma 6°, d. lgs. 28/2010 che tale effetto può prodursi una sola volta, e, in caso di

<sup>22</sup> Ma, nel senso che gli effetti sulla prescrizione e la decadenza si producono dal momento della ricezione della comunicazione all'altra parte, v. la Relazione illustrativa al d. lgs. 28/2010, *sub art.* 5, comma 6°.

<sup>23</sup> CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., pp. 258 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in <<http://www.judicium.it/>>, 29 aprile 2010, pp. 18 ss.; A.D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo civile*, in *La nuova mediazione civile e commerciale*, a cura di A. MAIETTA, CEDAM, Padova, 2014, pp. 197 ss.

<sup>24</sup> CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 257; G. MINELLI, *sub art. 5*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. BOVE, cit., p. 204; G. IMPAGNATELLO, *La domanda di mediazione: forma contenuto ed effetti*, in «Giusto proc. civ.», 2011, pp. 8 ss.

<sup>25</sup> P. NELA, *Il procedimento*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. BESSO, Giappichelli, Torino, 2010, p. 272.

fallimento della mediazione, dal momento del deposito del verbale di mancata conciliazione inizia a decorrere un nuovo termine di decadenza, che si ritiene della stessa durata del primo.

Nella fase di instaurazione rileva inoltre l'art. 13, l. 24/2017, che pone a carico della struttura sanitaria o della sua impresa di assicurazione, o dell'impresa di assicurazione del sanitario, l'onere di comunicare al sanitario l'avvio del procedimento di mediazione da parte del danneggiato, con invito a parteciparvi; tale adempimento è previsto a pena di inammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9, l. 24/2017<sup>26</sup>.

#### 4.1. Fase preliminare

Nel procedimento di mediazione assume autonoma rilevanza lo svolgimento del primo incontro, che determina la procedibilità della domanda giudiziale ed è gratuito per le parti ex artt. 5, comma 2° bis e 17, comma 5° ter, d. lgs. 28/2010<sup>27</sup>.

L'art. 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010 prevede che il responsabile dell'organismo di mediazione presso cui è stata depositata l'istanza «designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda»<sup>28</sup>.

Se le parti si presentano al primo incontro, il mediatore deve illustrare la funzione e le modalità di svolgimento della procedura ed invitarle ad esprimersi sulla possibilità di iniziare (*rectius* proseguire<sup>29</sup>) il procedimento.

Sin dal primo incontro, la mancata presentazione di una parte senza giustificato motivo determina a suo carico le conseguenze di cui all'art. 8, comma 4° bis, d. lgs. 28/2010 (v. *supra* § 3)<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*, cit., § 1, secondo cui se «si conclude con la transazione, questa non avrà efficacia verso il condebitore solidale che non abbia partecipato o non vi abbia aderito ex art. 1304 c.c., dunque l'azione di regresso potrà spiegarsi nei limiti di quanto riconosciuto in sede di mediazione».

<sup>27</sup> A seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272, in «Giur. It.», 2013, 4, pp. 893 ss. e delle modifiche apportate con il d. leg. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

<sup>28</sup> Secondo l'opinione prevalsa in dottrina, il termine di trenta giorni si riferisce all'attività di fissazione della data del primo incontro, che può invece svolgersi oltre tale termine, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 379; G. MINELLI, *sub art. 8*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 224.

<sup>29</sup> CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 280.

<sup>30</sup> Con sostanziale annullamento degli effetti della gratuità del primo incontro nei confronti della parte che non vi ha partecipato, cfr. EAD., *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., pp. 121 ss.

Nel caso in cui nessuna delle parti si presenti al primo incontro, la condizione di procedibilità della domanda giudiziale non è soddisfatta e, al fine del relativo accertamento, si ritiene che il mediatore debba redigere un verbale in cui attesta il mancato svolgimento dell'incontro<sup>31</sup>.

#### 4.2. *Prosecuzione del procedimento*

Dopo lo svolgimento del primo incontro, la prosecuzione del procedimento si articola in incontri successivi che si svolgono senza formalità, durante i quali il mediatore ascolta le parti, congiuntamente o singolarmente, e si adopera al fine di farle pervenire alla conciliazione.

A tal fine, quando lo ritiene opportuno il mediatore può disporre che gli incontri si svolgano attraverso mezzi di comunicazione a distanza *ex artt.* 3, comma 4°, d. lgs. 28/2010 e 7, comma 4°, d. m. 180/2010, o tramite sedute separate, come si desume dall'art. 9, comma 2°, d. lgs. 28/2010.

La riservatezza delle parti nel procedimento di mediazione è tutelata dall'art. 9, d. lgs. 28/2010, che impone a tutti coloro «che prestano la loro opera o servizio nell'organismo o nell'ambito del procedimento» di non divulgare all'esterno informazioni acquisite e dichiarazioni rese nel corso del procedimento. Se gli incontri si svolgono per sedute separate, il dovere di riservatezza riguarda anche le dichiarazioni rese in tali sessioni, salvo il consenso del dichiarante.

Allo stesso fine, l'art. 10, d. lgs. 28/2010 prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione ed il segreto professionale del mediatore, con conseguente limitazione dell'attività probatoria nel procedimento giudiziale eventualmente instaurato in seguito al fallimento della mediazione (v. *infra* § 5.2).

#### 4.3. *La nomina di mediatori ausiliari e di esperti iscritti all'albo dei consulenti tecnici presso i tribunali*

In materia di responsabilità sanitaria può emergere la necessità che il mediatore possieda una competenza tecnica specifica, anche al fine di redigere una proposta conciliativa coerente con l'accertamento e la quantificazione del danno.

Come anticipato, l'art. 7, d. m. 180/2010 prevede la facoltà di ciascun organismo di redigere «separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche»<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> EAD., *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 284.

<sup>32</sup> In forza del rinvio di cui all'art. 16, comma 2° d. lgs. 28/2010 per l'istituzione di sepa-

Quando l'organismo adito non offre tale possibilità, la soluzione alle carenze tecniche del mediatore è offerta dall'art. 8, commi 1° e 4°, d. lgs. 28/2010.

La prima disposizione prevede che il mediatore può nominare uno o più mediatori ausiliari, che soddisfino la competenza tecnica richiesta dalla specificità tecnica o dalla complessità delle questioni inerenti la controversia<sup>33</sup>. Il mediatore ausiliario (o co-mediatore) affianca senza sostituire il mediatore principale sia nell'attività di assistenza delle parti che nella formulazione della proposta di conciliazione<sup>34</sup>.

In alternativa, l'organismo di mediazione può avvalersi del personale di altri organismi di mediazione, quando tra questi sia intercorso un accordo in tal senso, anche per singoli affari di mediazione *ex art.* 7, comma 2°, lett. c), d. m. 180/2010.

Quando non sussistano le condizioni per procedere alla nomina di mediatori ausiliari, o la complessità della controversia richieda l'esperimento di perizie tecniche, l'art. 8, comma 4°, d. lgs. 28/2010 prevede che il mediatore può avvalersi degli esperti iscritti negli albi dei consulenti presso il tribunale<sup>35</sup>. Tale possibilità va considerata come residuale rispetto alla prima opzione, in quanto la nomina dei consulenti tecnici, diversamente dalla nomina dei mediatori ausiliari, comporta un aumento dei costi della mediazione a carico delle parti<sup>36</sup>. Per tale motivo è opportuno che la scelta del mediatore di nominare consulenti tecnici sia condivisa dalle parti; in caso contrario, può ritenersi legittimo il rifiuto delle parti di proseguire la procedura di mediazione come previsto dall'art. 3.3 del Codice europeo di condotta per mediatori<sup>37</sup>.

---

rate sezioni del Registro degli organismi per la trattazione di questioni inerenti specifiche competenze «anche in materia di consumo e internazionali»; cfr. CARRESE, CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria*, cit., pp. 80 ss.

<sup>33</sup> Nel senso che le stesse parti potrebbero indicare tale opportunità, ma la decisione della nomina spetterebbe comunque al mediatore *ex art.* 7, comma 5 d. m. 189/2010, CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 276.

<sup>34</sup> DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 377.

<sup>35</sup> Gli albi indicati vengono aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire una rappresentanza qualificata di esperti nelle discipline specialistiche dell'area sanitaria, v. art. 13 r. d. 18 dicembre 1941, n. 1368, recante disposizioni di attuazione del codice di procedura civile.

<sup>36</sup> Secondo le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi a questi spettanti previste dal regolamento di procedura dell'organismo *ex art.* 8, comma 4° d. lgs. 28/2010, v. G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in «Soc.», 2010, p. 629.

<sup>37</sup> Nel caso in cui l'organismo abbia predeterminato l'ambito della propria attività *ex art.*

Quando il mediatore ha provveduto alla nomina di un esperto *ex art. 8*, comma 4°, d. lgs. 28/2010, si ritiene esteso all'attività di consulenza tecnica il principio di informalità che caratterizza la mediazione, salvo il necessario rispetto delle garanzie del contraddittorio<sup>38</sup>. Ne deriva che alle parti dev'essere consentito partecipare alle operazioni peritali, eventualmente con l'assistenza di propri consulenti tecnici.

Si ritiene che l'esperto che ha «prestato la propria opera [...] nell'ambito del procedimento di mediazione» sia soggetto al dovere di riservatezza rispetto ad informazioni acquisite e dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento *ex art. 9*, d. lgs. 28/2010<sup>39</sup>.

#### 4.4. Conclusione del procedimento di mediazione

L'esito della mediazione va documentato per iscritto mediante redazione di un apposito processo verbale, che il mediatore deve tempestivamente depositare presso la segreteria dell'organismo *ex art. 11*, comma 5°, d. lgs. 28/2010. Il deposito del verbale di mancata conciliazione determina la decorrenza del termine di decadenza *ex art. 5*, comma 6°, d. lgs. 28/2010.

L'esito positivo della mediazione può derivare *i)* dall'accordo amichevole tra le parti o *ii)* dall'adesione delle parti alla proposta del mediatore, che può essere formulata spontaneamente dal mediatore prima di dichiarare il fallimento della mediazione, o su richiesta delle parti in qualsiasi momento del procedimento. In ogni caso il verbale di conciliazione dev'essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale «certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere» *ex art. 11*, comma 3°, d. lgs. 28/2010.

L'accordo di conciliazione costituisce un atto di autonomia privata avente natura negoziale e riconducibile alla categoria dei contratti di composizione delle controversie, avente «forza di legge tra le parti» *ex art. 1372 c.c.*<sup>40</sup>.

---

7, comma 2° d. m. 180/2010 si ritiene operante un vero e proprio «divieto di assumere incarichi in materie diverse da quelle enumerate», v. CARRESE, CIMMINO, *La mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria*, cit., p. 82.

<sup>38</sup> ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, a cura di R. TISCINI, Giuffrè, Milano, 2012, p. 162.

<sup>39</sup> D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in <<http://www.judicium.it/>>, 5 luglio 2010, § 3; M. ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, cit., p. 170; M. BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in «Giust. civ.», 2011, II, pp. 495 ss.; sulla questione dell'utilizzabilità in giudizio della relazione dell'esperto, v. *infra* § 5.2.

<sup>40</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 32 ss.; sulla

L'art. 12, d. lgs. 28/2010 riconosce a tale accordo l'efficacia di «titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale»<sup>41</sup>.

Nelle controversie in materia sanitaria va in particolar modo precisato che l'accordo di conciliazione non è opponibile a terzi non intervenuti nel relativo procedimento.

Ciò comporta, in primo luogo, che il danneggiato, che abbia raggiunto la conciliazione con uno dei condebitori solidali, non può far valere la transazione nei confronti di coloro che non hanno partecipato alla stipula dell'accordo né vi hanno aderito successivamente *ex art.* 1304 c.c. Di conseguenza, se il condebitore solidale che ha sottoscritto il verbale di conciliazione risulta insolvente, il danneggiato può agire nei confronti degli altri soltanto dopo essersi munito di un titolo nei suoi confronti<sup>42</sup>, attraverso l'instaurazione di nuova procedura conciliativa *ex art.* 8, l. 24/2017 ed eventualmente l'esercizio delle azioni di cui agli artt. 7 o 12, l. 24/2017.

L'esito negativo del procedimento di mediazione può invece risultare *i)* dalla mancata partecipazione di una delle parti al procedimento, *ii)* dalla volontà concorde delle parti di non proseguire la mediazione, manifestata nella fase preliminare di cui all'art. 8, comma 1°, d. lgs. 28/2010 o nei successivi incontri, o *iii)* dalla mancata adesione di una delle parti alla proposta del mediatore.

In ogni caso, anche il verbale di mancata conciliazione «è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere» *ex art.* 11, comma 4°, d. lgs. 28/2010. Nel verbale va inoltre specificato il motivo del fallimento della conciliazione, in particolare quando si tratti della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento; nel caso *sub iii)*, il verbale deve contenere «l'indicazione della proposta»<sup>43</sup>.

---

possibilità che l'accordo di conciliazione abbia ad oggetto una transazione o un negozio di accertamento, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 457 ss.

<sup>41</sup> Si ritiene dunque suscettibile di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c., v. C. MANDRIOLI, A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 205 ss.

<sup>42</sup> HAZAN, ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., p. 236.

<sup>43</sup> Omettendo però l'indicazione dei motivi della proposta stessa, v. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., § 5; N. SOLDATI, *Tecniche e strumenti per il procedimento di mediazione*, <<http://www.gruppo24ore.ilsole24ore.com/>>, 2011, p. 208.

### 5. *Instaurazione del processo. Il rito applicabile*

In caso di fallimento della mediazione, il danneggiato può proporre domanda giudiziale di risarcimento del danno contro il soggetto che ha partecipato o è stata chiamato a partecipare alla procedura stragiudiziale, esercitando le azioni di cui agli artt. 7 o 12, l. 24/2017.

Si ritiene che il danneggiato possa scegliere se instaurare il procedimento secondo il rito ordinario con atto di citazione *ex art.* 163 c.p.c. o il rito sommario con ricorso *ex art.* 702 *bis* c.p.c., quando la causa sia attribuita alla cognizione del tribunale in composizione monocratica e richiede un'istruzione sommaria<sup>44</sup>.

Emerge dunque una vistosa differenza nel rito applicabile al procedimento giudiziale a seconda che l'instaurazione sia preceduta dalla procedura di consulenza tecnica preventiva o dalla procedura di mediazione *ex art.* 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017.

L'art. 8, comma 3°, d. lgs. 28/2017 prevede infatti che quando «la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi», l'instaurazione del procedimento giudiziale avvenga tramite «il ricorso di cui all'articolo 702-*bis* del codice di procedura civile», e che gli effetti della domanda sono salvi se tale ricorso è depositato «entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio». La disposizione così formulata si ritiene inapplicabile al procedimento giudiziale instaurato in seguito al fallimento del procedimento di mediazione.

Va infatti precisato che i riferimenti al termine perentorio di «sei mesi» per la conclusione della procedura e al deposito di una «relazione» sono estranei al procedimento di mediazione disciplinato dal d. lgs. 28/2010, il cui termine di durata è fissato in «tre mesi» (art. 5, comma 6°) e che si conclude con un «verbale» di mancata o raggiunta conciliazione (art. 11). Al dato letterale si aggiunge la *ratio* della previsione del rito sommario di cui all'art. 8, l. 24/2017, che appare strettamente connessa alla funzione *latu sensu* probatoria e anticipatoria della consulenza tecnica preventiva<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 769; M. RUVOLO, S. CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in <<http://www.questionegiustizia.it/>>, 11 aprile 2017; per approfondimenti si rinvia a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. IV, pp. 386 ss.

<sup>45</sup> Per approfondimenti, v. G. PARISI, *Le forme del giudizio di merito*, e ADORNO, *Il nuovo filtro dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, entrambi in questo volume.

### 5.1. *Improcedibilità della domanda per mancato o incompleto esperimento del procedimento di mediazione*

Instaurato il giudizio nel rito prescelto dal danneggiato, vanno considerate tre ipotesi in relazione alla procedibilità della domanda:

- i)* che la condizione di procedibilità non sia stata soddisfatta ma sia stato avviato un procedimento di mediazione<sup>46</sup>;
- ii)* che la condizione di procedibilità non sia stata soddisfatta, in quanto il danneggiato non ha instaurato alcun procedimento ex art. 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017;
- iii)* che la condizione di procedibilità sia stata soddisfatta ed il procedimento di mediazione si sia concluso negativamente (v. infra § 5.2)<sup>47</sup>.

In ogni caso, l'improcedibilità della domanda può essere rilevata d'ufficio dal giudice o eccepita dal convenuto non oltre la prima udienza ex art. 5, comma 1°*bis*, d. lgs. 28/2010.

Nel caso *sub i)* deve ricordarsi che la condizione di procedibilità «si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo» a norma dell'art. 5, comma 2°*bis*, d. lgs. 28/2010. Ciò comporta che l'ipotesi *sub i)* può concretamente verificarsi soltanto nel caso in cui l'istante abbia avviato la mediazione successivamente o contestualmente rispetto alla proposizione della domanda giudiziale e l'organismo di mediazione indichi per lo svolgimento del primo incontro una data successiva a quella fissata per la prima udienza di comparizione di cui all'art. 183 c.p.c.<sup>48</sup>.

In tal caso, l'art. 5, comma 1°*bis*, d. lgs. 28/2010 dispone che il giudice deve fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6, d. lgs. 28/2010, consentendo alle parti di concludere il procedimento di mediazione, anche limitatamente al primo incontro, e soddisfare la condizione di procedibilità.

Decorso il termine fissato per la prosecuzione del giudizio, se il giudice accerta che la mediazione si è conclusa, il vizio di (temporanea) improcedibilità della domanda è sanato con efficacia *ex tunc*<sup>49</sup>.

Se invece il giudice accerta che le parti non hanno provveduto a concludere il procedimento di mediazione, disertando entrambe (v. *supra* § 4.1) il

<sup>46</sup> O che sia stato iniziato un procedimento di consulenza tecnica preventiva, ipotesi per cui si rinvia a ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in questo volume.

<sup>47</sup> V. *sub* nota precedente.

<sup>48</sup> CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 157.

<sup>49</sup> Cass. 13 aprile 2017, n. 9557 (ord.), in <<http://www.ilcaso.it/>>; DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 280.

primo incontro, si ritiene che il giudice debba dichiarare l'improcedibilità della domanda, con chiusura in rito del processo<sup>50</sup>. Resta salva la riproponibilità della stessa domanda previa instaurazione di una procedura di conciliazione *ex art. 8*, commi 1° e 2°, l. 24/2017.

Anche nel caso *sub ii)* l'improcedibilità «deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza» *ex art. 8*, comma 2°, l. 24/2017, ma il rilievo dell'improcedibilità ha conseguenze differenti.

L'art. 5, comma 1°*bis*, d. lgs. 28/2010 dispone che il giudice, se rileva che il procedimento di mediazione non è stato esperito, «fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6, [...] assegnando contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione».

Tuttavia l'art. 8, comma 2°, l. 24/2017 non considera tale eventualità e prevede che «il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile non è stato espletato [...] assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva».

Sembra che il difetto di coordinamento tra le due disposizioni derivi dall'introduzione *in extremis* della mediazione obbligatoria nell'art. 8, l. 24/2017, inserendo un succinto rinvio all'art. 5, comma 1°*bis*, d. lgs. 28/2010 nel corpo di una disposizione interamente dedicata alla disciplina della consulenza tecnica preventiva.

La difformità tra le due previsioni genera incertezza sulla modalità in cui deve provvedere il giudice quando rileva l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento di uno dei due procedimenti previsti dall'art. 8, commi 1° e 2°, l. 24/2017. In particolare, va chiarito se il giudice debba fissare la data per la prosecuzione del giudizio rispettando il termine di durata massima di tre mesi del procedimento di mediazione, oppure se debba assegnare alle parti il termine di quindici giorni per il deposito dell'istanza di consulenza tecnica preventiva.

Nel rispetto del tenore letterale dell'art. 8, l. 24/2017 si propende per la seconda soluzione. Nel caso in cui il danneggiato proponga la domanda senza

<sup>50</sup> Trib. Siena 25 giugno 2012, in <<https://www.mcmmediazione.com/>>; Trib. Lamezia Terme 22 giugno 2012, in <<https://www.101mediatori.it/>>; v. LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, cit., p. 22; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Cacucci Bari, 2017, pp. 26 ss. Per altri, anche se le parti non hanno concluso il procedimento di mediazione nel termine assegnato, l'improcedibilità della domanda è sanata alla data fissata dal giudice per la prosecuzione, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 280.

aver previamente instaurato una delle due procedure conciliative, diventa dunque obbligatorio l'espletamento della consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis c.p.c.*<sup>51</sup>

### 5.2. *Procedibilità della domanda. Incidenza del principio di riservatezza sull'istruzione probatoria*

Nel caso in cui la condizione di procedibilità sia soddisfatta ed il procedimento di mediazione si sia concluso con esito negativo, anche a seguito del differimento dell'udienza (v. *supra* § 5.1), il giudizio si svolge nelle forme del rito scelto dal danneggiato, salva la possibilità per il giudice di disporre il mutamento del rito *ex artt. 183 bis e 702 ter, comma 3°*, c.p.c.<sup>52</sup>.

Va considerata l'incidenza del principio di riservatezza nel procedimento di mediazione sull'istruzione probatoria nel giudizio «avente il medesimo oggetto anche parziale».

In primo luogo, si estende a tale giudizio il dovere di riservatezza del mediatore e di chiunque abbia prestato la propria opera nell'ambito del procedimento *ex art. 9, d. lgs. 28/2010*, relativo alle «dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo». Ciò è confermato dall'*art. 10, comma 1°*, d. lgs. 28/2010, che esclude l'utilizzabilità in giudizio delle medesime dichiarazioni e informazioni, salvo il consenso della parte dichiarante o da cui le informazioni provengono; sono inoltre inammissibili la prova testimoniale ed il giuramento decisivo aventi ad oggetto il contenuto di tali dichiarazioni e informazioni.

La *ratio* della disposizione è impedire che in sede processuale sia riprodotto, in qualsiasi modo, il contenuto delle informazioni emerse in sede di mediazione. L'ambito di applicazione del divieto va tuttavia precisato.

In primo luogo, il divieto di riproduzione non può tradursi in una limitazione generalizzata del diritto alla prova; per tale motivo alle parti è consentito provare con qualsiasi mezzo di prova i fatti allegati a fondamento della domanda o delle eccezioni, anche quando gli stessi sono già emersi nel procedimento di mediazione<sup>53</sup>.

Ciò che non può riprodursi in sede giudiziale, nemmeno sotto forma di testimonianza o giuramento, è il fatto che determinate dichiarazioni o

<sup>51</sup> CONSOLO - BERTOLLINI - BUONAFEDE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione» nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., pp. 762 ss.

<sup>52</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pp. 98 ss., e vol. IV, pp. 393 ss.

<sup>53</sup> Prospettandosi altrimenti la violazione dell'*art. 24 Cost.*, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 419; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 316.

informazioni siano state rese o acquisite nel procedimento di mediazione<sup>54</sup>.

In secondo luogo, il riferimento alla prova testimoniale e al giuramento decisorio ha posto l'alternativa tra l'interpretazione in senso tassativo o estensivo dell'inammissibilità.

L'interpretazione in senso tassativo dell'indicazione dei mezzi di prova inammissibili *ex art. 10, comma 2°*, d. lgs. 28/2010 deriva da un'esigenza di bilanciamento tra la tutela della riservatezza nell'attività di mediazione e la tutela del diritto alla prova in sede giurisdizionale. Ne deriva che, fatta eccezione per la testimonianza ed il giuramento decisorio, dovrebbero ammettersi i mezzi di prova aventi ad oggetto il contenuto di dichiarazioni ed informazioni acquisite in sede di mediazione; si ritiene ammissibile, a titolo di esempio, l'ordine di esibizione di documenti della cui esistenza la parte sia venuta a conoscenza solo in sede di mediazione o formati eventualmente nel corso del procedimento<sup>55</sup>.

Secondo una diversa opinione, per garantire l'effettività del principio di riservatezza si impone l'interpretazione estensiva dell'inammissibilità *ex art. 10, comma 1°*, d. lgs. 28/2010, relativa a qualsiasi mezzo di prova volto a dimostrare che determinate dichiarazioni o informazioni siano state rese o acquisite nel procedimento di mediazione; oltre all'ordine di esibizione di documenti, l'inammissibilità viene dunque estesa all'interrogatorio formale, finalizzato a provocare la confessione giudiziale, e al deferimento del giuramento suppletorio<sup>56</sup>.

In ogni caso, la violazione del divieto di utilizzabilità, tramite riproduzione in giudizio del contenuto delle informazioni e dichiarazioni acquisite in sede di mediazione, comporta che il giudice non può valutare le stesse al fine di decidere sulla controversia, anche se sono state acquisite tramite un mezzo di prova astrattamente ammissibile in base ai parametri di cui agli artt. 2721 ss. c.p.c.<sup>57</sup>

Il regime dell'inutilizzabilità è peraltro disponibile dalle parti, per cui viene meno se la parte dichiarante o da cui proviene l'informazione presta il consenso all'utilizzazione in giudizio *ex art. 10, comma 1°*, d. lgs. 28/2010. Nel caso in cui il consenso all'utilizzazione non sia manifestato espressamente, sorge il dubbio se il giudice possa rilevare d'ufficio la violazione del

<sup>54</sup> EAD., *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 316.

<sup>55</sup> E. D'ALESSANDRO, *Inutilizzabilità ex lege delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione ed accordi processuali sulla prova: convivenza possibile?*, in «Giusto proc. civ.», 2012, pp. 1035 ss.; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 316.

<sup>56</sup> DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 425 ss.; NELA, *Il procedimento*, cit., p. 291; BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, cit., p. 495.

<sup>57</sup> CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 314; per approfondimenti cfr. MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pp. 288 ss.

divieto di riproduzione<sup>58</sup>.

L'art. 10, comma 2°, d. lgs. 28/2010 completa la disciplina prevedendo che il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto di dichiarazioni e informazioni rese o acquisite nel procedimento di mediazione dinanzi all'autorità giudiziaria o davanti ad altra autorità. Si precisa che la facoltà di astensione e l'opponibilità del segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p. e le garanzie di libertà del difensore *ex art.* 103 c.p.p., richiamate dalla disposizione in esame, riguardano ipotesi ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 10, comma 1°, d. lgs. 28/2010, in cui la prova testimoniale è in ogni caso inammissibile.

Da ultimo, va segnalata la questione dell'applicabilità dell'art. 10, comma 1°, d. lgs. 28/2010 alla relazione dell'esperto nominato dal mediatore *ex art.* 8, comma 4°, l. 24/2017.

Come anticipato (v. *supra* § 4.3), l'esperto è tenuto a non divulgare le informazioni acquisite e le dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento di mediazione *ex art.* 9, d. lgs. 28/2010<sup>59</sup>. Rigorosamente interpretata, la previsione determina l'inutilizzabilità in giudizio delle informazioni provenienti dal consulente tecnico, acquisite tramite la deposizione testimoniale di questo o la produzione della relazione tecnica redatta in sede di mediazione<sup>60</sup>.

D'altra parte, considerando le esigenze di economia processuale e di riduzione dei costi del processo, è diffuso l'orientamento della giurisprudenza di merito che ammette la produzione della relazione dell'esperto riconducendola alla categoria delle prove c.d. atipiche<sup>61</sup>, la cui attendibilità e utilizzabilità sono valutate dal giudice caso per caso<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Propendono per la soluzione affermativa quanti ritengono che il principio di riservatezza garantisca un'esigenza di carattere generale, v. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 423; cfr. anche O. DESIATO, *Mediatore, organismi di mediazione, enti di formazione*, in *Corso di mediazione civile e commerciale*, cit., p. 108.

<sup>59</sup> ID., *Mediatore, organismi di mediazione, enti di formazione*, cit., p. 110; ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, cit., p. 170.

<sup>60</sup> DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 400; ADORNO, *L'avvocato, il consulente tecnico e il mediatore ausiliario*, cit., p. 170; BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., § 4.

<sup>61</sup> Trib. Roma 4 aprile 2016, in <<https://www.mondoadr.it/>>; Trib. Roma 17 marzo 2015, in <<https://www.mcmmediazione.com/>>; Trib. Roma 9 aprile 2015, in <<https://www.iusexplorer.it/>>; Trib. Parma 13 marzo 2015 (ord.) in <<https://www.aequitasadr.eu/>>; CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, cit., p. 279; ZUMPARO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, cit., p. 437.

<sup>62</sup> Per approfondimenti si rinvia a MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pp. 187 ss.

*Abstract*

Il contributo affronta le principali questioni processuali poste dalla previsione del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda inerente controversie in materia di responsabilità sanitaria, di cui all'art. 8, comma 2°, l. 24/2017.

*Nota biografica*

Giulia Ricci è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e diritto privato per l'Europa –Diritto processuale civile, presso l'Università degli Studi Roma Tre.

È autrice di pubblicazioni su diverse riviste scientifiche italiane.

## Giacinto Parisi

### *Le forme del giudizio di merito*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito applicativo del procedimento «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°. – 2.1. (Segue) ... a seconda dell'azione civile esperita. – 2.2. (Segue) ... a seconda della procedura conciliativa promossa prima dell'instaurazione del giudizio. – 3. Il giudice competente e l'errore sul rito. – 4. L'idoneità del procedimento «sommario» alla trattazione delle controversie in materia di responsabilità sanitaria. – 5. I provvedimenti adottabili dal giudice all'esito del giudizio. Rinvio. – 6. Conclusioni.

#### *1. Premessa*

Tra le novità introdotte dalla l. 24/2017 nell'ambito della disciplina processuale delle controversie civili «in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», appare senz'altro meritevole di specifica analisi la disposizione contenuta nell'art. 8, comma 3°, la quale individua quale rito *ad hoc* per la trattazione delle cause relative al risarcimento del danno il procedimento di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c.<sup>1</sup>.

L'obiettivo perseguito dal legislatore con tale intervento è evidentemente quello di ridurre i tempi del processo di merito, le cui lungaggini sono tanto più gravi ove si consideri che nelle controversie in esame viene in rilievo una condotta lesiva del diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost.<sup>2</sup>.

Come si vedrà, la disciplina dettata dall'art. 8, comma 3°, presenta tuttavia diversi profili di criticità sia di carattere ermeneutico – *in primis*, proprio con riferimento all'ambito applicativo del nuovo procedimento introdotto – sia in relazione alla effettiva utilizzabilità del rito «sommario» per la trattazione delle controversie in esame, le quali necessitano – intuitivamente – di «un'istruzione non sommaria»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> 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, Giappichelli, Torino, 2017, p. 438, parla di «rito sommario di cognizione ... *ex lege*, anziché a scelta dell'attore».

<sup>2</sup> M. HAZAN, S. CENTONZE, *Responsabilità medica: al via la nuova legge sul rischio clinico e la sicurezza delle cure*, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>, 20 marzo 2017.

<sup>3</sup> Tra i primi commenti alla riforma, è già stato osservato che la «scelta» per il procedimento

Per convincersi della fondatezza del rilievo da ultimo svolto, è sufficiente compiere una rapida rassegna della giurisprudenza di merito edita: in tutti i casi in cui un giudizio in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie è stato introdotto con le forme del ricorso di cui all'art. 702 *bis* c.p.c., il giudice ha poi disposto, all'esito della prima udienza, il mutamento del rito in quello ordinario<sup>4</sup>.

Al fine di formulare una valutazione sui contenuti della riforma nella parte *de qua*, si potrebbero poi esaminare, oltre alle criticità del rito «sommario» speciale disciplinato dall'art. 8, comma 3°, le (ancora) numerose questioni che si agitano nella dottrina e nella giurisprudenza circa taluni aspetti del rito «sommario» codicistico introdotto dalla l. 69/2009, sulle quali si ritiene tuttavia sufficiente rinviare ai numerosi contributi in materia pubblicati negli ultimi anni<sup>5</sup>.

---

sommario di cognizione appare «incomprensibile, perché lo stesso risultato si sarebbe raggiunto con meccanismi meno complessi e semplicemente onerando la parte di presentare una mera istanza di prosecuzione del giudizio» instaurato ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c., «che poi il giudice avrebbe potuto – come oggi possibile in via generale – trasformare eventualmente in rito sommario di cognizione» (in tal senso, A. BERNARDI, *La conciliazione*, in *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di L. Benci et al., Quotidiano Sanità edizioni, Roma, 2017, p. 118).

Critiche all'applicazione del procedimento sommario di cognizione per le controversie inerenti alla responsabilità dei professionisti esercenti professioni sanitarie erano state invero espresse già nel corso della discussione del d.d.l. da parte del relatore di minoranza, on. Andrea Colletti. (<[http://www.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0038020.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0038020.pdf)>, spec. p. 11).

<sup>4</sup> Cfr. Trib. Trento 20 marzo 2017, in <<http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/main.html>>; Trib. Livorno 22 febbraio 2017, in <<https://www.iusexplorer.it/>>; Trib. Pisa 4 gennaio 2017, *ibid.*; Trib. Milano 26 febbraio 2016, in <<http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/main.html>>; Trib. Milano 21 maggio 2015, *ibid.*; Trib. Roma 9 aprile 2015, in <<https://www.iusexplorer.it/>>; Trib. Bologna 24 marzo 2015, *ibid.*; Trib. Bologna 4 marzo 2014, *ibid.*

Secondo A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 101, «è facile presumere che, pur se introdotto con le forme del procedimento sommario di cognizione, il giudizio sia destinato, in sede di prima udienza, ad essere sottoposto al mutamento d'ufficio nel rito ordinario di cognizione».

<sup>5</sup> Sul procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c. la bibliografia è vastissima. Tra i contributi monografici più recenti si segnalano A. TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2016; M. CATALDI, *Il procedimento sommario di cognizione*, Utet Giuridica, Torino, 2013; P. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2011, mentre, per ulteriori riferimenti, si rinvia a C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2016<sup>25</sup>, p. 396.

## 2. L'ambito applicativo del procedimento «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°

Come anticipato, un primo ordine di dubbi interpretativi posti dalla disciplina dettata dall'art. 8, comma 3°, attiene all'ambito applicativo del rito «sommario».

A tale proposito, occorre innanzitutto verificare:

- (i) a quali azioni civili promuovibili in relazione ad una fattispecie che involga una responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie si applichi il rito in esame; e
- (ii) se le forme attraverso cui deve svolgersi il giudizio di merito mutino a seconda che sia stata preventivamente esperita una delle due condizioni di procedibilità indicate dall'art. 8, comma 2°, ossia l'accertamento tecnico preventivo con finalità conciliativa ex art. 696 bis c.p.c. ovvero la mediazione ex d. lgs. 28/2010<sup>6</sup>.

### 2.1. (Segue) ... a seconda dell'azione civile esperita

Al fine di esaminare il profilo accennato *sub (i)*, pare utile muovere dal comma 1° dell'art. 8 l. 24/2017, secondo cui «[c]hi intende esercitare un'azione *innanzi al giudice civile* relativa a una *controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria* è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente» (corsivo aggiunto).

La predetta disposizione, nell'individuare la condizione di procedibilità che, in alternativa alla mediazione ex d. lgs. 28/2010, deve essere assolta prima dell'instaurazione del giudizio di merito nelle forme di cui al 3° comma dell'art. 8, chiarisce innanzitutto che il predetto procedimento si applica solamente là dove la domanda sia proposta dinanzi al giudice civile.

Argomentando *a contrario*, pare dunque agevole concludere nel senso per cui il rito «sommario» in esame – e, invero, l'intera disciplina di cui all'art. 8 l. 24/2017 – non si applica ovviamente allorquando l'azione civile venga esercitata nell'ambito di un giudizio penale, ai sensi degli artt. 74 e segg. c.p.p.<sup>7</sup>.

In secondo luogo, il tenore letterale della medesima norma dovrebbe indurre a delimitare l'ambito applicativo dell'art. 8, comma 3°, solamente

<sup>6</sup> Sulle condizioni di procedibilità da assolvere prima di instaurare (eventualmente) il giudizio di merito si rinvia a M. ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, e G. RICCI, *La mediazione*, entrambi in questo volume, pp. 105 e 131.

<sup>7</sup> ZUMPAÑO, *Profili processuali*, cit., p. 435; G. DI MARCO, S. CAMPIDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>, 3 maggio 2017.

alle azioni che attengono *stricto sensu* al «risarcimento del danno»<sup>8</sup>, che il danneggiato può promuovere nei confronti del soggetto esercente la professione sanitaria ovvero della struttura sanitaria ovvero ancora dell'assicurazione<sup>9</sup>.

Per converso, sarebbero quindi da escludere dall'ambito applicativo dell'art. 8, comma 3°, le ulteriori azioni civili che, pur disciplinate nella medesima l. 24/2017, non hanno tale oggetto, ossia l'azione di rivalsa della struttura sanitaria (art. 9)<sup>10</sup>, l'azione di rivalsa dell'assicurazione (art. 12, comma 3°), l'azione surrogatoria dell'assicurazione (art. 9), e, infine, l'azione di regresso del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria (art. 14, comma 2°, lett. d)<sup>11</sup>.

Le predette azioni, con cui si ambisce all'accertamento del dovere di corrispondere il risarcimento in capo al soggetto che abbia recato pregiudizio al paziente con la propria condotta dolosa o colposa, hanno un diverso contenuto sostanziale rispetto a quelle assoggettate alla disciplina del rito «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°, e potranno essere conosciute dal giudice nelle forme del giudizio ordinario di cognizione, di cui agli artt. 163 e segg. c.p.c.<sup>12</sup>.

Fermo quanto precede, sembra inoltre ragionevole escludere dall'ambito di applicazione del rito «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°, anche quelle fattispecie in cui, nel corso del giudizio introdotto dal medico o dalla struttura sanitaria per ottenere il pagamento del compenso, la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria venga dedotta a fondamento di

---

<sup>8</sup> Così C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2017, p. 768.

Il ragionamento svolto nel testo deve poi essere esteso specularmente all'azione di accertamento negativo che il soggetto (asseritamente) danneggiante o civilmente responsabile potrebbe avere interesse a proporre al fine di ottenere una decisione che dichiari definitivamente l'assenza di ogni sua responsabilità o che gliene riconosca una di minore entità (in tal senso, ZUMPANO, *Profili processuali*, cit., p. 439, nt. 14).

<sup>9</sup> In tal senso, G. SPINA, *Il nuovo regime processuale della responsabilità sanitaria 2017: schemi e prime considerazioni*, in <<http://www.lanuovaproceduracivile.com>>, 1° marzo 2017, che giunge a tale conclusione facendo leva sull'*incipit* dell'art. 12 l. 24/2017 («Fatte salve le disposizioni dell'articolo 8»).

Sulla disciplina dell'azione diretta nei confronti dell'assicurazione di cui all'art. 12 l. 24/2017 si rinvia a F. COSSIGNANI, *L'azione diretta*, in *questo volume*, p. 25.

<sup>10</sup> Su cui si veda G. RICCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*, in *questo volume*, p. 59.

<sup>11</sup> Per un'analisi delle azioni esperibili da parte dell'impresa assicurativa e del Fondo di garanzia sia consentito rinviare a G. PARISI, *Le azioni esperibili dalle imprese assicurative e dal Fondo di garanzia*, in *questo volume*, p. 69.

<sup>12</sup> Ovvero del rito «sommario» di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c., che resta alternativo a quello ordinario nelle materie di competenza del tribunale in composizione monocratica.

un'eccezione o di una domanda riconvenzionale<sup>13</sup>.

Come si è detto e come si vedrà meglio *infra*, l'art. 8, comma 3°, correla infatti l'ambito applicativo del rito in esame alla proposizione di un procedimento di accertamento tecnico preventivo disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c. prima della proposizione del giudizio di merito: nell'ipotesi sopra delineata, l'eccezione e la domanda riconvenzionale del danneggiato sono invece – per definizione – proposte nell'ambito di un giudizio già instaurato.

## 2.2. (Segue) ... a seconda della procedura conciliativa promossa prima dell'instaurazione del giudizio

Occorre poi valutare se l'art. 8 introduca ulteriori limitazioni all'utilizzabilità del rito «sommario» speciale a seconda che, prima dell'instaurazione del giudizio di merito:

- (a) sia stata esperita una condizione di procedibilità, ovvero, più specificatamente;
- (b) sia stato depositato un ricorso *ex art. 696 bis* c.p.c. o presentata un'istanza di mediazione *ex d. lgs. 28/2010*.

Con riferimento alla situazione individuata nella precedente lettera (a), merita osservare che il meccanismo processuale di cui all'art. 8, comma 3°, appare *prima facie* congegnato affinché il giudizio di merito si svolga nelle forme del procedimento «sommario» solamente nelle ipotesi in cui sia stata preventivamente assolta una (particolare) condizione di procedibilità della domanda.

In tal senso sembra propendere l'*incipit* del più volte citato comma 3° dell'art. 8, il quale dispone che «[o]ve la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se [...] è depositato [...] il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile»<sup>14</sup>.

Inoltre, l'art. 8, comma 2°, terzo periodo, prevede che l'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento di (almeno) una delle due

<sup>13</sup> Cfr. DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica*, cit., i quali esaminano tale questione sotto il profilo dell'obbligo per il giudice di merito di fissare un termine per l'esperimento del procedimento di accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis* c.p.c. nel caso in cui la responsabilità del sanitario sia fatta valere in via di eccezione o mediante proposizione di domanda riconvenzionale da parte del danneggiato.

<sup>14</sup> Secondo M.L. MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria. Guida operativa alla riforma Gelli* (L. 8 marzo 2017, n. 24), La Tribuna, Piacenza, 2017, p. 36, tale condizione di procedibilità si deve ritenere assolta anche se il ricorso *ex art. 696 bis* c.p.c. sia dichiarato inammissibile.

condizioni di procedibilità debba essere rilevata, su istanza di parte o d'ufficio dal giudice, «non oltre la prima udienza», vale a dire entro l'udienza di comparizione e trattazione di cui all'art. 183 c.p.c.

Conseguentemente, si deve ritenere che, nell'ipotesi in cui non sia stata assolta alcuna condizione di procedibilità prima dell'introduzione della domanda di merito, il danneggiato possa agire (anche) attraverso le forme del procedimento ordinario di cognizione<sup>15</sup>, fatta salva la possibilità per il giudice di disporre il mutamento del rito, ai sensi dell'art. 183 *bis* c.p.c.<sup>16</sup>, una volta che una delle parti abbia provveduto a depositare il ricorso di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., come stabilito dall'art. 8, comma 2°, ultimo periodo, l. 24/2017 (cfr. *infra* § 3).

Passando dunque ad esaminare l'ulteriore questione indicata *sub* (b), la quale attiene alle forme che deve assumere l'eventuale giudizio di merito a seconda della condizione di procedibilità esperita prima della proposizione della domanda giudiziale, ancora una volta è la lettera del comma 3° sopra citato a fornire preziose indicazioni all'interprete.

La norma è infatti chiaramente modellata sulla base dell'*iter* procedimentale dell'accertamento tecnico preventivo con finalità conciliative di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.<sup>17</sup> e, quindi, dovrebbe ritenersi che il rito «sommario» sia applicabile solamente nell'ipotesi in cui il giudizio di merito sia preceduto dall'esperimento di tale condizione di procedibilità.

Prova di ciò è innanzitutto la circostanza per cui la procedibilità della domanda (che deve essere proposta nelle forme del ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c.) è subordinata al fallimento della conciliazione o alla mancata conclusione del procedimento entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, dove tali termini sono evidentemente correlati all'introduzione del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.

Inoltre, la salvezza degli effetti della domanda è fatta discendere dalla proposizione del ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c. entro il termine di novanta

<sup>15</sup> In senso contrario, M. RUVOLO, S. CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in <<http://www.questionegiustizia.it/>>, 11 aprile 2017, che ritengono che il giudizio di merito debba essere trattato sempre attraverso le forme del procedimento sommario di cognizione, anche se instaurato prima del deposito del ricorso *ex* art. 696 *bis* c.p.c. o contestualmente ad esso.

<sup>16</sup> Sull'art. 183 *bis* c.p.c. si rinvia, per tutti, a R. MARTINO, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in «Riv. dir. proc.», 2015, p. 919.

<sup>17</sup> In tal senso anche MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 769, il quale fa tuttavia leva su argomenti diversi da quelli esposti nel testo. Nello stesso senso, cfr. R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in «Riv. dir. proc.», 2017, p. 1212.

giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine di sei mesi fissato per la conclusione del procedimento: anche in questa ipotesi è palese il riferimento alla disciplina dell'accertamento tecnico preventivo e, per converso, l'estraneità di tale scansione procedimentale alla disciplina della mediazione, che non si conclude con il deposito di una relazione, ma, al più, di un verbale che certifica l'esito negativo del tentativo di mediazione, ai sensi dell'art. 11 *ex d. lgs. 28/2010*, nonché ha, ai sensi dell'art. 6 del medesimo d. lgs., una durata inferiore ai sei mesi<sup>18</sup>.

Oltre che da un'interpretazione letterale del comma 3° dell'art. 8, la soluzione ermeneutica sopra suggerita pare essere peraltro supportata da due ulteriori ordini di considerazioni.

Innanzitutto, è già stato evidenziato dai primi commentatori della riforma che la possibilità di esperire la mediazione quale condizione di procedibilità in luogo del procedimento di accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis c.p.c.* è stata introdotta 'a sorpresa' nell'ambito dell'ultimo passaggio parlamentare del d.d.l. Gelli-Bianco<sup>19</sup>, senza che si sia tuttavia proceduto ad un intervento di coordinamento della norma, che era stata originariamente pensata per un meccanismo procedimentale che prevedeva quali unici 'snodi' l'accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis c.p.c.* e il procedimento sommario di cognizione *ex artt. 702 bis e segg. c.p.c.*<sup>20</sup>.

Si può dunque ritenere che, come si è già detto, fosse intenzione del legislatore limitare l'applicabilità del procedimento sommario alle controversie precedute dall'esperimento del procedimento di accertamento tecnico *ex art. 696 bis c.p.c.*<sup>21</sup>, senza estendere tale previsione ai giudizi (eventualmente) introdotti dopo il fallimento del tentativo di mediazione *ex d. lgs. 28/2010*.

Inoltre, come si avrà modo di evidenziare nel successivo § 4, lo svolgimento del giudizio di merito secondo le forme del rito «sommario» è concretamente possibile soltanto nelle ipotesi in cui l'accertamento tecnico preventivo si sia concluso con il deposito della relazione da parte del perito, mentre, negli altri casi, il giudice sarà (quasi) sempre tenuto a disporre il

<sup>18</sup> Così RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge*, cit.; HAZAN, CENTONZE, *Responsabilità medica*, cit.

<sup>19</sup> In tal senso RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge*, cit.

<sup>20</sup> ZUMPANO, *Profili processuali*, cit., pp. 435-436.

<sup>21</sup> In senso contrario, BERNARDI, *La conciliazione*, cit., p. 117, che sembra invece ritenere sempre applicabile il rito «sommario» speciale, a prescindere dalla condizione di procedibilità preventivamente esperita.

mutamento del rito, richiedendo la causa «un'istruzione non sommaria»<sup>22</sup>.

Da ciò ne consegue che, nelle controversie in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria, l'esperimento del procedimento di mediazione non è idoneo a sottrarre dette cause dall'ambito di applicabilità del procedimento ordinario di cognizione: il giudizio di merito potrà dunque essere introdotto – senza limiti temporali – nelle forme di cui agli artt. 163 e segg. c.p.c.<sup>23</sup>.

### 3. Il giudice competente e l'errore sul rito

Circoscritto dunque l'ambito applicativo del rito «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°, alle sole controversie promosse dal danneggiato dinanzi al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria dopo l'instaurazione del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., è ora necessario esaminare le problematiche relative alla fase introduttiva del giudizio di merito<sup>24</sup>.

Più in particolare, occorre, in primo luogo, stabilire se la domanda sia

---

<sup>22</sup> Merita in ogni caso evidenziare che, talvolta, è stata ammessa l'acquisizione nel giudizio di merito delle perizie svolte nell'ambito di una procedura di mediazione, soprattutto là dove la nomina del consulente non era stata disposta direttamente dal mediatore per sopperire ad una sua mancanza di competenza tecnica specifica, ma era stata chiesta dalle parti (Trib. Roma 16 luglio 2015, in <<https://www.iusexplorer.it/>>; Trib. Roma 9 aprile 2015, cit.; Trib. Parma 13 marzo 2015, in <<http://www.adrmaremma.it/news276.pdf>>; Trib. Roma 17 marzo 2014, in <<http://giustiziacivile.com/>>, 30 novembre 2015). Anche la giurisprudenza poc'anzi richiamata ha però (quantomeno implicitamente) riconosciuto che vi è una intrinseca differenza tra questo genere di pareri e la consulenza tecnica disposta dal giudice (ZUMPANO, *Profili processuali*, cit., p. 436).

<sup>23</sup> Cfr. la precedente nt. 12. Nello stesso senso, M. RODOLFI, *Tentativo obbligatorio di conciliazione*, in *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge "Gelli-Bianco"*, a cura di F. Martini e M. Rodolfi, Giuffrè, Varese, 2017, p. 53; RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge*, cit., secondo i quali «nell'ipotesi in cui la condizione di procedibilità sia soddisfatta attraverso il ricorso alla mediazione il paziente-attore potrebbe conservare, in un'ottica di strategia difensiva, la possibilità di usufruire di due riti a scelta: il rito sommario di cognizione ovvero quello ordinario».

<sup>24</sup> Si rammenta poi che, ai sensi dell'art. 13 l. 24/2017, le strutture sanitarie e sociosanitarie, nonché le imprese di assicurazione che prestano copertura assicurativa alle prime ovvero all'esercente la professione sanitaria sono tenute a comunicare al medesimo professionista, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, l'avvenuta instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti da parte del danneggiato, pena l'inammissibilità delle azioni di rivalsa che intendano eventualmente proporre: sul punto sia consentito rinviare a PARISI, *Le azioni esperibili*, cit., p. 72.

proponibile nelle forme del rito «sommario» speciale dinanzi al solo tribunale in composizione monocratica, come previsto dall'art. 702 *bis* c.p.c., ovvero anche dinanzi al Giudice di pace, là dove la controversia rientri nella competenza per valore di quest'ultimo ufficio giudiziario<sup>25</sup>.

Tale problematica viene in rilievo in quanto l'art. 8, comma 3°, prevede che il ricorso introduttivo del giudizio di merito debba essere depositato «presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1»<sup>26</sup> (vale a dire l'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.), il quale può essere instaurato anche presso il Giudice di pace, dinanzi al quale non trova però normalmente applicazione il rito «sommario» codicistico<sup>27</sup>.

A fronte dell'inequivoco tenore letterale della normativa in esame, la quale costituisce evidentemente *lex specialis* rispetto al disposto di cui all'art. 702 *bis* c.p.c., si dovrebbe tuttavia ritenere che la normativa del codice di procedura civile sia derogata e, quindi, che il giudizio di merito debba svolgersi nelle forme di cui all'art. 8, comma 3°, anche ove competente a conoscere della domanda di merito sia il Giudice di pace<sup>28</sup>.

Ciò posto, occorre poi interrogarsi su quali siano le conseguenze dell'errore sul rito (e, quindi, sulla forma introduttiva del giudizio di merito) compiuto dalla parte che intenda ottenere il risarcimento del danno subito: più in particolare, detta ipotesi si verifica qualora il procedimento di merito da svolgersi nelle forme del rito «sommario» speciale venga introdotto mediante notificazione di un atto di citazione *ex art.* 163 c.p.c.

<sup>25</sup> Tale problema interpretativo era stato peraltro già segnalato nel corso dei lavori parlamentari, senza che, tuttavia, sia stato apportato alcun intervento correttivo prima dell'approvazione definitiva del testo del d.d.l.: cfr. «Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 2224-A», in <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00993896.pdf>>, p. 13.

<sup>26</sup> Secondo RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge*, cit., tale previsione è volta a garantire «unitarietà alla vicenda processuale» e ad assicurare «anche maggiore linearità nei rapporti tra quesiti formulati, risposte del consulente e decisione finale».

<sup>27</sup> Cass. 11 novembre 2011, n. 23691, in «Giur. it.», 2012, p. 2105.

Il d. lgs. 150/2011 ha invece introdotto varie ipotesi in cui il procedimento «sommario» speciale di cui all'art. 3 del medesimo decreto trova applicazione dinanzi al Giudice di pace: sul punto, si rinvia a A. CARRATA, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 45.

<sup>28</sup> Così G. BUFFONE, *Un ruolo centrale per la consulenza tecnica preventiva*, in «Guida al dir.», 2017, fasc. 15, pp. 81-82. In senso contrario, per l'utilizzabilità del rito in esame nelle sole controversie rientranti nella competenza del tribunale, MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria*, cit., p. 36; RODOLFI, *Tentativo obbligatorio*, cit., p. 53, secondo cui, ove adito con ricorso *ex art.* 702 *bis* c.p.c., il Giudice di pace dovrà «disporre il mutamento del rito (da sommario ad ordinario) e procedere quindi secondo quanto dispongono gli artt. 320 e ss. c.p.c.».

Tale questione può essere in effetti esaminata sotto un duplice profilo, attenendo, da un lato, alla fase introduttiva del processo, con particolare riferimento al rispetto del termine decadenziale di cui all'art. 8, comma 3°, e, dall'altro lato, ai poteri esercitabili in corso di causa da parte del giudice di merito dinanzi al quale il procedimento sia stato introdotto con forme scorrette.

Per quanto riguarda specificamente il primo profilo sopra menzionato, merita evidenziare che secondo l'art. 8, comma 3°, cit. «la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato [...] il ricorso di cui all'art. 702-bis del codice di procedura civile».

Nonostante la norma poc'anzi richiamata sembri ricondurre la procedibilità della domanda di merito originariamente proposta<sup>29</sup> ovvero la salvezza degli effetti dell'istanza proposta *ante causam* ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c. esclusivamente al deposito di un ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c.<sup>30</sup>, si dovrebbe ritenere che la parte non incorra nella decadenza ivi contemplata se, pur avendo erroneamente introdotto il giudizio tramite la notifica alla controparte di un atto di citazione, abbia poi proceduto al deposito in cancelleria del medesimo atto nel rispetto del termine stabilito dalla norma (novanta giorni).

Tale conclusione è infatti coerente con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità<sup>31</sup>, secondo la quale, in caso di errore sulle forme dell'atto introduttivo, si realizzerebbe una sanatoria della «citazione purché questa risulti non solo notificata, ma anche depositata in cancelleria nel termine perentorio di legge»: ciò in quanto il vizio che caratterizza(va) l'atto dovrebbe ritenersi sanato per l'avvenuto raggiungimento dello scopo da esso perseguito, ai sensi dell'art. 156, comma 3°, c.p.c.

Volgendo invece ad esaminare il secondo profilo che caratterizza la questione, nell'ipotesi in cui sia stato erroneamente instaurato un giudizio ordinario di cognizione, ad avviso di chi scrive, il giudice di merito non può disporre automaticamente la conversione del rito ai sensi dell'art. 183

<sup>29</sup> È in questo senso che andrebbe infatti interpretato l'inciso «la domanda diviene procedibile» contenuto nell'art. 8, comma 3°, cit.: cfr. BERNARDI, *La conciliazione*, cit., p. 117.

<sup>30</sup> Per un dubbio di legittimità costituzionale della norma così interpretata, v. CARRATTA, *Le più recenti riforme*, cit., p. 101.

<sup>31</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2014, n. 2907, in «Riv. dir. proc.», 2014, p. 1199; Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2013, n. 22848, in «Foro it.», 2013, I, col. 3101. In dottrina, tra i contributi più recenti sul punto, si vedano M. LUPANO, *Sull'introduzione del processo secondo un modello formale errato*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2015, p. 121; R. POLI, *Le Sezioni Unite sul regime del ricorso proposto erroneamente al posto della citazione e viceversa*, in «Riv. dir. proc.», 2014, p. 1201.

*bis* c.p.c., ma deve procedere in tal senso solo una volta che abbia valutato concretamente la complessità della lite e dell'istruzione probatoria<sup>32</sup>.

Tale conclusione è giustificata, in primo luogo, dal rispetto del principio di economia processuale, sulla cui base non avrebbe senso ipotizzare una situazione in cui il giudice sia tenuto a mutare obbligatoriamente il rito da ordinario a sommario e, poi, ove ritenga necessaria «un'istruzione non sommaria», a disporre un nuovo mutamento di rito di segno opposto, ai sensi dell'art. 702 *ter*, comma 3°, c.p.c.<sup>33</sup>.

Si consideri poi che la l. 24/2017 non ha introdotto un rito «sommario» normativamente imposto (a differenza di quanto fatto, ad esempio, dal d. lgs. 150/2011), sicché la valutazione circa l'idoneità del predetto procedimento alla trattazione delle controversie in esame deve ritenersi rimessa ad una concreta valutazione del giudice, secondo le regole ordinariamente applicabili.

Ciò significa quindi che là dove la parte ritenga che la controversia richieda ragionevolmente «un'istruzione non sommaria» potrebbe autonomamente decidere di instaurare il giudizio di merito nelle forme del rito ordinario, con conseguente aggiramento del testo dell'art. 8, comma 3° e dell'intenzione del legislatore.

#### *4. L'idoneità del procedimento «sommario» alla trattazione delle controversie in materia di responsabilità sanitaria*

L'ultima parte dell'art. 8, comma 3°, l. 24/2017, prevedendo che, a seguito della proposizione del ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c., «il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti» e «si applicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile», reca una succinta disciplina della fase della trattazione del giudizio di merito.

Avendo il legislatore compiuto un richiamo integrale alle norme di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c., per le questioni che si pongono in relazione allo svolgimento del procedimento, ai possibili provvedimenti adottabili dal giudice, alla fase istruttoria, a quella decisoria e, infine, ai mezzi di

<sup>32</sup> La norma da ultimo citata dovrebbe poi ritenersi analogicamente applicabile anche là dove l'errore sul rito sia stato compiuto dinanzi al Giudice di pace: la speciale applicazione del procedimento sommario dinanzi a quest'ultimo ufficio giudiziario deve infatti necessariamente comportare l'applicazione di tutte le norme ad esso connesse, anche contenute al di fuori degli artt. 702 *bis*-702 *quater* c.p.c., che dettano una disciplina specifica del predetto rito.

<sup>33</sup> In senso conforme, RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge*, cit., secondo i quali il legislatore non si sarebbe nemmeno posto il problema affrontato nel testo.

impugnazione esperibili, non resta che rinviare alle analisi svolte sul punto dalla copiosa letteratura in materia<sup>34</sup>.

In questa sede pare invece maggiormente utile soffermarsi su due aspetti, strettamente connessi tra di loro, che caratterizzano precipuamente la disciplina dell'art. 8, comma 3°: segnatamente, da un lato, l'idoneità del rito «sommario» speciale alla trattazione delle controversie in materia di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, e, dall'altro lato, le ipotesi in cui il giudice adito con ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c. debba disporre il mutamento di rito in quello ordinario ai sensi dell'art. 702 *ter*, comma 3°, c.p.c.<sup>35</sup>.

Innanzitutto, merita osservare che, come emerge dalla lettera della prima parte dell'art. 8, comma 3°, il legislatore ha ritenuto di applicare il rito «sommario» speciale in tutti i casi in cui non sia intervenuta la conciliazione delle parti all'esito del procedimento *ex art. 696 bis* c.p.c. ovvero là dove quest'ultimo non si sia concluso nel termine perentorio di sei mesi.

La *ratio* sottesa a tale scelta legislativa si incentra evidentemente sulla circostanza per cui, pur non essendo intervenuta la conciliazione tra le parti, ciascuna di esse, ai sensi dell'art. 696 *bis*, comma 5°, c.p.c., possa chiedere che la relazione resa dal perito all'esito del procedimento di istruttoria preventiva venga acquisita agli atti del processo instaurato ai sensi dell'art. 702 *bis* c.p.c.<sup>36</sup>, con conseguente ipotetica superfluità di una significativa istruzione della causa da parte del giudice di merito<sup>37</sup>.

Tale ragionamento non è tuttavia a perfetta tenuta, in quanto può accadere che:

- (i) la relazione non venga depositata prima dell'udienza di comparizione

<sup>34</sup> Per una rapida ricognizione, nonché per ulteriori rinvii bibliografici, si veda MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., pp. 402-408.

<sup>35</sup> La possibilità che il giudizio, introdotto nelle forme del rito «sommario», prosegua successivamente nelle forme del rito ordinario di cognizione, è stata espressamente contemplata anche nell'ambito dei lavori preparatori, ove si legge che, nell'ipotesi in cui «ravvisi (in base alle difese svolte dalle parti) l'esigenza di un'istruzione non sommaria», il giudice possa fissare «con ordinanza non impugnabile, l'udienza per il procedimento ordinario di cognizione»: cfr. «Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 2224-A», in <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00993896.pdf>>, pp. 12-13. Per l'applicabilità dell'art. 702 *ter* c.p.c. al rito in esame, v. CARRATTA, *Le più recenti riforme*, cit., p. 101.

<sup>36</sup> Sulla duplice funzione conciliativa e di ausilio istruttorio nel (futuro ed eventuale) giudizio di merito della consulenza tecnica preventiva, si veda A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis tra mediation e anticipazione della prova*, in «Corr. giur.», 2006, p. 410.

<sup>37</sup> ZUMPANO, *Profili processuali*, cit., p. 438; RUVOLO, CIARDO, *Approvata la nuova Legge*, cit., i quali osservano che «il legislatore ha previsto il ricorso al rito sommario di cognizione dopo l'ATP in quanto l'atto istruttorio fondamentale è stato già effettuato».

- delle parti<sup>38</sup>, in cui la causa può essere potenzialmente decisa con ordinanza, ai sensi dell'art. 702 *ter*, comma 5°, c.p.c.; ovvero
- (ii) le medesime parti non chiedano, ai sensi dell'art. 696 *bis*, comma 5°, c.p.c., l'acquisizione della perizia nell'ambito del giudizio di merito, e, ogni caso, anche qualora ciò avvenga,
  - (iii) il giudice decida comunque di disporre l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio (anche in via integrativa<sup>39</sup>) sui fatti di causa, ovvero l'assunzione di mezzi di prova costituendi (ad esempio, la prova testimoniale)<sup>40</sup>.

Nelle ipotesi sopra indicate, anche alla luce di quella che è stata la prassi seguita negli ultimi anni dalla giurisprudenza di merito<sup>41</sup>, si dovrebbe ragionevolmente ritenere che la controversia necessiti di «un'istruzione non sommaria» e, per converso, che il giudice sia tenuto a disporre, con ordinanza non impugnabile, il mutamento del rito da sommario ad ordinario, ai sensi dell'art. 702 *ter*, comma 3°, c.p.c.<sup>42</sup>.

Non si ignora poi che, secondo una parte della dottrina, la necessità di

<sup>38</sup> Segnala questa anomalia N. TODESCHINI, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla "Balduzzi"*, in <<http://www.quotidianogiuridico.it/>>, 1° marzo 2017. Secondo DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica*, cit., sarebbe «ragionevole assumere che l'elaborato peritale depositato posteriormente alla consumazione del termine di sei mesi prescritto dal terzo comma non sia *inutiliter data*, ma sia legittimamente inquadrabile tra le prove atipiche e, dunque, liberamente valutabile dal Giudice, congiuntamente agli altri elementi ritualmente acquisiti nel corso del processo».

<sup>39</sup> Così DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica*, cit.

<sup>40</sup> Per la disciplina dei mezzi di prova nell'ambito della l. 24/2017 si rinvia a G. AMMASSARI, *Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità e l'efficacia delle prove*, e S. CALVIGIONI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, entrambi in *questo volume*, pp. 185 e 203

<sup>41</sup> Sul punto si rinvia alle pronunce richiamate nella precedente nt. 4, tra cui si segnalano, in particolare, Trib. Pisa 4 gennaio 2017, cit., la quale, nell'esplicitare le motivazioni sottese al mutamento di rito disposto ai sensi dell'art. 702 *ter*, comma 3°, c.p.c., ha affermato che «nel caso di specie, trattandosi di domanda risarcitoria fondata su una negligente conduzione dell'intervento chirurgico cui è stata sottoposta la signora H., il giudizio necessitava di una consulenza medico legale, con un'istruzione complessa ed articolata incompatibile con i tempi brevi che connotano il rito sommario», e Trib. Bologna 4 marzo 2014, cit., in cui il giudice ha disposto il mutamento di rito da sommario ad ordinario nonostante fosse stata acquisita agli atti del giudizio la relazione depositata nell'ambito del procedimento di accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis* c.p.c. precedentemente instaurato (e ciò non aveva peraltro impedito che venisse disposto anche l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio).

<sup>42</sup> Così ZUMPANO, *Profili processuali*, cit., p. 438. Per tale possibilità, si vedano anche C. CONSOLO - P. BERTOLLINI - A. BUONAFEDE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corr. Giur.», 2017, p. 765.

disporre l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio o l'assunzione di un mezzo di prova costituenda non comporti di per sé il mutamento del rito da sommario ad ordinario<sup>43</sup>; al contempo è difficile immaginare che, a fronte di una disciplina che non contiene alcuna specifica indicazione sul punto – salvo esprimere una sorta di 'preferenza' per l'introduzione del giudizio di merito attraverso le forme del rito «sommario»<sup>44</sup> –, l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza che si è occupata delle controversie che concernono la responsabilità di un esercente la professione sanitaria possa repentinamente mutare.

Ma se così è, non resta allora che prendere atto della sostanziale residualità del rito «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°, e del sostanziale fallimento del tentativo del legislatore di semplificare le forme processuali del giudizio di merito.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si deve infatti ritenere che le controversie in esame potrebbero essere trattate nelle forme del rito «sommario», ove applicabile, solamente nelle ipotesi in cui il giudice ritenga di fondare *in toto* la propria decisione sulla relazione del perito resa all'esito del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. ovvero la causa abbia ad oggetto solamente la risoluzione di questioni di diritto non complesse<sup>45</sup>.

Si potrebbe dunque concludere, riprendendo il titolo di una nota commedia shakespeariana: *much ado about nothing?*

##### 5. I provvedimenti adottabili dal giudice all'esito del giudizio. Rinvio

L'art. 8, comma 4°, l. 24/2017 ha poi introdotto alcuni speciali poteri che il giudice può esercitare all'esito del giudizio di merito e di cui – essendo trattati più analiticamente in altra parte del presente volume<sup>46</sup> – merita dare qui brevemente conto per ragioni di completezza.

Più in particolare, la norma da ultimo citata prevede che, in caso di pronuncia di accoglimento della domanda del danneggiato, là dove l'assicurazione

<sup>43</sup> Per tutti, M. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c.*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 29 aprile 2010, p. 11.

<sup>44</sup> DI MARCO, CAMPIDELLI, *Responsabilità medica*, cit., riferiscono di una «predilezione del legislatore per la trattazione delle cause di responsabilità sanitaria con il rito sommario di cognizione».

<sup>45</sup> Si pensi, ad esempio, alle controversie relative alla mancata prestazione del consenso informato.

<sup>46</sup> Per un'analisi delle misure di deterrenza introdotte nell'ambito della l. 24/2017 si rinvia a V. GIUGLIANO, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza*, in *questo volume*, p. 167.

non abbia formulato nell'ambito del procedimento conciliativo un'offerta transattiva, il giudice sia tenuto a trasmettere all'Istituto per Vigilanza sulle Assicurazioni copia della decisione per gli adempimenti di propria competenza.

Inoltre, in caso di mancata partecipazione di una parte al procedimento conciliativo, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio e indipendentemente dal suo esito, deve condannare la stessa al pagamento delle spese di consulenza e di lite, nonché alla corresponsione in favore della parte comparsa alla conciliazione di una sanzione pecuniaria, la quale deve essere determinata in via equitativa.

## 6. Conclusioni

Pare innegabile che la disciplina del giudizio di merito per le controversie civili in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie dettata dalla l. 24/2017 presenti numerosi profili critici derivanti, da un lato, dalle lacune della normativa in esame e, dall'altro, dalla limitata utilizzabilità del rito «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°, per la trattazione delle controversie in materia di responsabilità sanitaria.

Occorrerà tuttavia attendere i primi interventi della giurisprudenza di merito per sapere se il rito avrà un utilizzo effettivo ovvero, finendo per esprimere una mera 'preferenza' del legislatore per l'introduzione del procedimento di merito nelle forme di cui agli artt. 702 *bis* c.p.c., l'intervento legislativo in questione sarà meramente da annoverarsi quale ulteriore tentativo (peraltro, in specie, non particolarmente riuscito) di «sommarrizzazione»<sup>47</sup> del processo civile di cognizione<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Per tutti, sulla «sommarrizzazione» del processo civile, si vedano S. PAPARO ET AL., *Intervento di «pronto soccorso» per un processo (... un po' più ...) civile*, in «Foro it.», 2017, V, col. 208; B. CAPPONI, *A prima lettura sulla delega legislativa al governo «per l'efficienza della giustizia civile»*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2014, p. 361; A. PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in «Foro it.», 2007, V, col. 44.

Si veda inoltre il d.d.l. AS 2284 («Delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile»), approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2016 con AC 2953 e attualmente all'esame del Senato della Repubblica, il quale prevede l'estensione generalizzata del processo sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c.: <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00967078.pdf>>, p. 13.

<sup>48</sup> Come osservato in sede di commento all'art. 1 *ter*, l. 89/2001, introdotto dalla l. 208/2015, n. 208, «il legislatore mostra di riporre [ndr una crescente fiducia] in questa tecnica processuale sempre più spesso invocata come panacea per l'endemica lentezza della risposta giurisdizionale» (M. NEGRI, *Legge di Stabilità 2016: modifiche alla L. n. 89/2001, c.d. Legge Pinto*, in «Corr. giur.», 2016, p. 8).

### *Abstract*

La l. 24/2017 ha individuato il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* e segg. c.p.c. quale rito *ad hoc* per la trattazione nel merito delle domande promosse al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie. Tale scelta si espone a diverse considerazioni critiche in ragione sia dei molteplici problemi interpretativi lasciati irrisolti dal legislatore, sia della limitata utilizzabilità del procedimento «sommario» per la trattazione delle controversie in esame.

### *Nota biografica*

Giacinto Parisi è avvocato del Foro di Roma e dottorando di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi Roma Tre. Collabora con un primario studio legale romano, occupandosi principalmente di contenzioso civile, anche dinanzi a collegi arbitrali. È autore di numerosi commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati sulle più note riviste scientifiche italiane.

Valeria Giugliano

*Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza*

SOMMARIO: 1. Condanna alle spese e pena pecuniaria per la mancata partecipazione alla consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°): premessa e ambito di applicazione – 1.1. La condanna alle spese di consulenza e di lite – 1.2. La condanna ad una pena pecuniaria – 3. La segnalazione all'IVASS (art. 8, comma 4°) – 4. La sanzione professionale per il medico condannato al risarcimento (art. 9, comma 5°) – 5. La decadenza dall'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa (art. 13).

*1. Condanna alle spese e pena pecuniaria per la mancata partecipazione alla consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°): premessa e ambito di applicazione*

La mancata partecipazione al procedimento di conciliazione è fonte, a norma dell'art. 8, comma 4°, l. 8 marzo 2017, n. 24, di sanzioni inedite ed incisive. Prevedendo a carico dell'assente l'attribuzione delle spese di conciliazione e di lite e l'ulteriore irrogazione di una pena pecuniaria, il legislatore mira ad incentivare – *rectius*, a rendere obbligatoria – la partecipazione alla fase conciliativa, che è condizione di procedibilità della domanda di risarcimento<sup>1</sup>. La norma dispone infatti che la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva è «obbligatoria per tutte le parti», «comprese le imprese di assicurazione di cui all'art. 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla». In caso di mancata partecipazione (sul caso di mancata formulazione dell'offerta v. *infra*, § 3), il giudice, «con il provvedimento che definisce il giudizio»<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Sulle caratteristiche generali del tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 8 l. 24/2017, si rinvia a M. ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in *questo volume*.

<sup>2</sup> Per un'analisi delle caratteristiche del giudizio di merito all'esito del quale saranno adottabili i provvedimenti qui esaminati, si rinvia a G. PARIS, *Le forme del giudizio di merito*, in *questo volume*, anche per le considerazioni sulla delimitazione dell'ambito applicativo della disposizione alla sola controversia innanzi al giudice civile che abbia ad oggetto il risarcimento del danno e non alle ulteriori azioni disciplinate dalla medesima l. 24/2017.

condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione.

Il legislatore, come accade di sovente, sceglie dunque la tecnica di spingere all'esperienza del tentativo teso a comporre la controversia con l'utilizzo di sanzioni, e non con la previsione di incentivi, ad esempio fiscali, o con una disciplina premiale delle spese<sup>3</sup>. La misura rientra peraltro tra quelle volte ad incentivare l'utilizzo del mezzo in quanto tale, più che l'esito positivo della procedura conciliativa<sup>4</sup>.

L'introduzione di sanzioni per persuadere la parte ad utilizzare lo strumento alternativo di risoluzione delle controversie è espressamente contemplata dalla direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008, la quale all'art. 5, comma 2°, lascia impregiudicata «la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 219 ss., rileva infatti che l'orientamento della condotta delle parti potrebbe avvenire anche con la tecnica opposta a quella qui adottata, ossia con misure premiali per l'agire virtuoso, sebbene nel nostro ordinamento una tale soluzione sia meno utilizzata. Nella mediazione civile e commerciale disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ad esempio, l'art. 20 prevede un credito d'imposta che compensi parzialmente i costi sopportati per accedere alla procedura. L'a. prefigura anche l'ipotesi di una riduzione dei tributi gravanti su chi ricorre al processo solo dopo aver constatato il fallimento delle strade alternative. Ancora, segnala che in altri ordinamenti europei sono state adottate misure per rendere più conveniente anche dal punto di vista del difensore la scelta di conciliare rispetto a quella di agire in giudizio.

<sup>4</sup> Per fare un esempio, la norma di cui all'art. 13 d.lgs. 28/2010, pur rientrando nella *ratio* di generale disfavore del legislatore per l'atteggiamento non collaborativo delle parti, è volta a stimolare l'esito positivo della mediazione, in quanto presuppone la formulazione della proposta conciliativa. L'art. 13 era stato dichiarato incostituzionale in via consequenziale a seguito della declaratoria di incostituzionalità della mediazione obbligatoria da parte di Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in «Foro it.» 2013, I, p. 1091, con nota di R. ROMBOLI. Successivamente, è stato ripristinato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. con mod. in l. 9 agosto 2013, n. 98.

<sup>5</sup> Sulla portata di tale disposizione v. anche la recentissima Corte giust. 14 giugno 2017, caso C-75/16 (ECLI:EU:C:2017:457), <<https://www.eclegal.it>>, con nota di M. Ragni, *Le condizioni di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea della mediazione obbligatoria nelle controversie interne dei consumatori*, la quale ha stabilito che la direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, non è compatibile con una normativa nazionale che preveda che le parti non possano ritirarsi da una procedura di mediazione se

È comunque opportuno svolgere una breve analisi sulla compatibilità della nuova previsione con l'ordinamento italiano, prendendo in esame le peculiari caratteristiche della misura: anzitutto relativamente al suo ambito di applicazione; poi, separatamente, sulla specifica disciplina delle spese e della sanzione.

La disposizione attribuisce rilievo alla «mancata partecipazione» di una parte al solo «procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell'art. 15 della presente legge». Ciò induce a ritenere che le sanzioni previste accedano alla sola mancata partecipazione ad un procedimento instaurato *ex art. 696 bis c.p.c.*: ove le parti scelgano, invece di far precedere al giudizio di merito un tentativo di mediazione *ex d.lgs. 28/2010*<sup>6</sup> (alternativa prevista dallo stesso art. 8, comma 2°, l. 24/2017), troveranno applicazione le sanzioni, invero meno incisive, previste dallo stesso d.lgs. 28/2010. Ciò potrebbe aprire la strada ad una poco giustificabile disparità di trattamento tra istituti che dovrebbero apparire, se non equivalenti, quantomeno astrattamente percorribili in base ad una valutazione della controversia del caso concreto che si vuol conciliare e del tipo di «aiuto alla conciliazione» che si vuole ricevere. La scelta di esperire la consulenza tecnica preventiva anziché la mediazione diviene così foriera di non poche conseguenze all'esito del giudizio di merito per la parte che non ha partecipato alla fase conciliativa, e che dunque non ha scelto il mezzo: le sanzioni per la mancata collaborazione alla procedura *ex art. 696 bis c.p.c.* sono economicamente ben più importanti rispetto a quelle previste per la non cooperazione alla mediazione. Alla parte attiva converrà allora scegliere la prima, per tentare la massima coercizione alla collaborazione; la parte resistente, ove si veda notificare il decreto *ex art. 696 bis c.p.c.*, dovrà ben valutare le conseguenze della mancata comparizione, più di quanto non accada ricevendo un invito alla mediazione.

Riguardo al momento processuale nel quale procedere all'irrogazione della condanna, il dato testuale («con il provvedimento che definisce il giudizio») fuga i dubbi che erano emersi in relazione alla condanna alla pena pecuniaria nella mediazione<sup>7</sup>.

---

non dimostrino l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione.

<sup>6</sup> Sull'assolvimento della condizione di procedibilità del giudizio di merito con la mediazione nell'ambito della responsabilità sanitaria, si rimanda a G. RICCI, *La mediazione*, in *questo volume*.

<sup>7</sup> In particolare, si richiamano Trib. Termini Imerese 28 maggio 2012, in <<https://www.ilcaso.it>>; Trib. Mantova 22 dicembre 2015, in <<https://www.ilcaso.it>> e Trib. Vasto 6 dicembre 2016, in <<https://www.judicium.it>>, sulla possibilità che la sanzione *ex art. 4-bis*

Entrambe le misure (condanna alle spese di consulenza e di lite e ulteriore sanzione pecuniaria), poi, sono agganciate alle medesime condizioni applicative: l'infrazione, d'ufficio, appare automatica, conseguendo *ipso iure* alla mancata partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva. Non c'è spazio, cioè, stando alla lettera della norma, per tener conto dell'eventuale sussistenza di un giustificato motivo per mancata partecipazione né per dosare la misura in rapporto ad una eventuale soccombenza all'esito del giudizio di merito né – sembra – alcuno spazio residuo per una qualsivoglia valutazione discrezionale del giudice che ne consideri l'opportunità o addirittura l'iniquità.

Se si volesse tentare di spiegare la draconiana impostazione del legislatore, potrebbe ricorrersi alle statistiche fornite periodicamente dal Ministero della Giustizia<sup>8</sup>: nelle procedure di mediazione con oggetto «risarcimento danni da responsabilità medica» solo il 38% degli aderenti compaiono, risultando ultime per partecipazione degli aderenti solo davanti ai contratti assicurativi, con il 14,6% di aderenti comparsi.

### *1.1. Condanna alle spese di consulenza e di lite*

Come si è anticipato, secondo la lettera della legge la condanna alle spese di consulenza e di lite dovrebbe conseguire automaticamente alla mancata partecipazione alla fase conciliativa. Restano irrilevanti, dunque: (a) l'eventuale contumacia anche nel giudizio ordinario, ossia un comportamento di totale inerzia e non soltanto un disinteresse rivolto alla fase di conciliazione; (b) la soccombenza nel giudizio di merito; (c) l'eventuale presenza di un giustificato motivo per l'assenza.

Relativamente al primo profilo, può anzitutto sottolinearsi che la disciplina della contumacia adottata dal nostro ordinamento non presenta alcun carattere sanzionatorio, assumendo anzi una connotazione protettiva<sup>9</sup>. Né,

d.lgs. 28/2010 sia irrogabile anche in corso di causa, alla prima udienza o comunque in un momento temporalmente antecedente rispetto alla pronuncia del provvedimento definitivo del giudizio. La dottrina invece ritiene prevalentemente che la condanna vada pronunciata al momento della decisione, come capo accessorio della sentenza finale: cfr. A.D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo civile*, in *La nuova mediazione civile e commerciale*, a cura di A. Maietta, CEDAM, Padova, 2014, pp. 230 ss; M.A. LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in <<http://www.judicium.it>>; R. MASONI, *La mediazione nel processo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 168.

<sup>8</sup> Si fa riferimento alle statistiche sulla mediazione civile relative al periodo 1° gennaio – 31 dicembre 2016. I dati sono diffusi dal Ministero della Giustizia e tutti disponibili all'indirizzo <<http://bit.ly/2u49nBH>>.

<sup>9</sup> L'ordinamento si preoccupa, infatti, di ridurre, nei limiti del possibile e del giusto, il

peraltro, è ammesso dalla giurisprudenza che il contegno del contumace possa essere valutato *ex art. art. 116 c.p.c.*<sup>10</sup>: si è più volte affermato, infatti, che «il contegno delle parti», per il quale il giudice è abilitato a trarre elementi indiziari di giudizio, non è un comportamento generico, come quello del convenuto che non si costituisce in giudizio, ma è una condotta qualificata che, posta in relazione con il fatto da provare, è di per sé idonea a rafforzare il convincimento già raggiunto attraverso la valutazione degli altri elementi acquisiti al medesimo processo. In altre parole, non è mai l'inerzia generica ad essere ricollegata a conseguenze negative, ma, semmai, un comportamento specifico, insito nel compimento di specifici atti. Lascia dunque perplessi l'ipotesi che la parte contumace, non presente alla fase conciliativa ma nemmeno nel giudizio, possa essere automaticamente condannata alle spese a prescindere da ogni valutazione di opportunità da parte del giudice o, quantomeno, della soccombenza: in sostanza, dalla mancata partecipazione ad un procedimento che prevede la consulenza tecnica preventiva quale obbligatoria derivano conseguenze più gravi che se un identico fenomeno si verificasse all'interno del processo<sup>11</sup>.

È, poi, dalla lettera della norma («indipendentemente dall'esito del giudizio») che discende l'irrelevanza della individuazione della parte vittoriosa. La disciplina delle spese del giudizio, dunque, qualora una parte sia stata assente alla procedura conciliativa, prescinde dal principio della soccombenza<sup>12</sup>.

Le deroghe espresse al principio di soccombenza note all'ordinamento sono perlopiù giustificabili in forza del concorrente principio di causalità<sup>13</sup>.

---

pregiudizio che, in linea di fatto, può derivare dalla mancata partecipazione al processo: cfr. C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 350 ss e ivi riferimenti.

<sup>10</sup> Su cui espressamente Cass. 29 marzo 2007, n. 7739, in «Foro it. Mass.», 2007, p. 756, la quale ha affermato che, a differenza di quanto previsto in altri paesi, il nostro ordinamento giuridico non ricollega effetti automatici alla mancata costituzione in causa della parte.

<sup>11</sup> Nel comma 4-*bis* dell'art. 8, d.lgs. 28/2010, su cui v. ampiamente *infra* nel testo, la multa prevista è, al contrario, irrogabile alla sola parte «costituita»: ciò è indice della volontà legislativa di sanzionare solo la parte che ha mostrato un comportamento divergente tra la fase di mediazione e il processo, non quella che sia rimasta inattiva in entrambi i contesti: V.R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli Torino, 2011, p. 300.

<sup>12</sup> Quale primo effetto distorsivo di una tale previsione, si potrebbe anzitutto individuare un incentivo al comportamento abusivo di chi si assuma – infondatamente – danneggiato e coltivi l'azione risarcitoria sperando nell'inerzia della controparte al solo fine di conseguire la rifusione dei costi di consulenza e di lite, nonché il pagamento della pena pecuniaria.

<sup>13</sup> Per indicazioni sul rapporto tra principio di soccombenza e principio di causalità, ove quest'ultimo attribuisce rilevanza all'elemento soggettivo, risalendo al fatto causativo del

La norma introdotta dalla legge in commento non è infatti connotata dalla *ratio* che ha ispirato la seconda parte del novellato primo comma dell'art. 91 c.p.c., introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, la quale, generalizzando un meccanismo già introdotto per le controversie in materia societaria dall'art. 16, comma 2°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (contestualmente abrogato dalla stessa l. n. 18 giugno 2009, n. 69), prevede che, in caso di accoglimento della domanda in misura non superiore ad una proposta conciliativa, il giudice condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese giudiziali maturate dopo la formulazione della proposta. Analoga soluzione è adottata dall'art. 13, comma 1°, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28<sup>14</sup>, ove si consente di condannare alle spese (e ad una sanzione pecuniaria, alla quale si farà nuovamente cenno in seguito) maturate successivamente alla formulazione della proposta la parte che abbia rifiutato una proposta conciliativa «quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta». Qualora il provvedimento non corrisponda alla proposta, prosegue il 2° comma dell'art. 13, il giudice potrà soltanto escludere la ripetizione delle spese per l'indennità corrisposta al mediatore, ma soltanto per «gravi ed eccezionali ragioni» e indicando «esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente»<sup>15</sup>.

---

giudizio e identificando quale onerata la parte che, avendo causato determinati costi, è tenuta a sopportarli, per tutti v. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Foro italiano, Roma 1935, pp. 264 ss., CARNELUTTI, *Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese*, in «Riv. dir. proc.», 1956, p. 41. Alcuni interpreti sostengono il superamento della tradizionale teoria, di derivazione chiovendiana, della soccombenza quale criterio d'individuazione del soggetto a carico del quale sono posti i costi del processo, a favore di una più severa ricostruzione del regime delle spese in termini di strumento sanzionatorio e non più semplicemente indennitario. Ciò alla luce delle nuove indicazioni emergenti, sia pure indirettamente, dagli eventi informativi in tema di spese (cfr. F. CORDOPATRI, *Un principio in crisi: victus victori*, in «Riv. dir. proc.», 2011, pp. 265 ss.; *contra* sul punto della modifica apportata dalla riforma del 2009, C. CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Ipsoa, Milano, p. 28). Sul generale tema delle spese, v. più di recente M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, cit.

<sup>14</sup> La disposizione, dichiarata costituzionalmente illegittima in via consequenziale dalla nota sentenza della Corte costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272, cit. alla luce dell'illegittimità per eccesso di delega dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010, è stata poi ripristinata dalla l. n. 98/2013, di conversione del d.l. 69/2013.

<sup>15</sup> La possibilità, per la parte vittoriosa, di recuperare le spese sostenute per la mediazione obbligatoria si è già attestata in giurisprudenza: si veda in particolare Trib. Modena 9 marzo 2012, n. 479, in «Guida al dir.», 2012, 39, p. 73: «stante la riconducibilità eziologica del procedimento di composizione della lite all'inadempimento del convenuto, in forza del principio di causalità le spese sostenute per l'obbligatoria mediazione sono

Una simile soluzione si rinviene altresì nella disciplina dell'impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ove l'art. 7, comma 8°, l. 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dall'art. 1, comma 40°, l. 28 giugno 2012, n. 92 ha stabilito che la condotta tenuta dalle parti in sede di tentativo obbligatorio di conciliazione rileva ai fini della pronuncia sulle spese, oltre che per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 7°, l. 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni. Anche qui, è senz'altro prevista un'attività valutativa del giudice sulla condotta delle parti, la quale, per determinare l'inflizione della condanna, dovrà necessariamente assumere un connotato negativo.

Nelle disposizioni ora citate, la deroga al principio di soccombenza si fonda piuttosto esplicitamente sul principio di causalità, in quanto è la parte che ha rifiutato la proposta che ha reso necessaria la prosecuzione del processo. E ove la causalità non sia così evidente – perché il contenuto della proposta non corrisponde *in toto* al provvedimento – il giudice dovrà compiutamente dare conto delle eccezionali ragioni che l'abbiano determinato ad onerare di parte delle spese la parte vittoriosa.

Altrove, nell'ordinamento, al mero fatto della mancata partecipazione si richiede di aggiungere l'assenza di una giustificazione, affinché il giudice possa trarne conseguenze all'esito del giudizio di merito.

Ciò si riscontra nell'ipotesi di mancata partecipazione della parte alla mediazione: l'art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. 28/2010<sup>16</sup> prevede che il giudice potrà trarne argomenti di prova ai sensi degli artt. 116, 2° comma, c.p.c. (e condannare ad una pena pecuniaria), ma solo se manchi un «giustificato motivo»<sup>17</sup> per la non collaborazione alla fase conciliativa.

Con il discorso sinora svolto, si spera di aver messo in luce come, nel quadro dei principi operanti nel nostro ordinamento, una disciplina delle spese siffatta non possa che lasciare perplessi. Ossia, delle due l'una: o non c'è il giustificato motivo di assenza dalla procedura conciliativa (o si

---

recuperabili dal vincitore, in quanto esborsi (art. 91 c.p.c.)». In seguito il principio è stato esteso anche alla mediazione volontaria: v. Trib. Milano 21 luglio 2016, n. 9205, in <<https://www.eclegal.it>>, con nota di G. PARISI.

<sup>16</sup> La disposizione, che costituiva il comma 5° dell'art. 8, dichiarata costituzionalmente illegittima in via consequenziale dalla nota sentenza della Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, cit. alla luce dell'illegittimità per eccesso di delega dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010, è stata poi ripristinata quale comma 4-*bis* dalla l. n. 98/2013, di conversione del d.l. 69/2013.

<sup>17</sup> Sul significato del requisito del «giustificato motivo», *ex multis*, v. M. BOVE, *Sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione*, in <<https://www.judicium.it>>. Risulta peraltro quantomeno dubbia l'eventuale estensione dell'applicabilità di una simile nozione ad un procedimento, come quello di consulenza tecnica preventiva, regolato dal codice di rito.

è rifiutata una proposta conciliativa rivelatasi poi ragionevole) e allora si può prescindere dall'esito del giudizio in virtù del principio di causalità<sup>18</sup>; oppure non può non applicarsi il principio della soccombenza.

Può dirsi allora che vi sono profili per dubitare della costituzionalità di siffatta norma, in relazione agli artt. 24 e 113 Cost., poiché essa, qualora applicata letteralmente, finisce per sanzionare, molto pesantemente, un comportamento, anche della parte vittoriosa, che di per sé potrebbe non avere nessun connotato negativo, minando il diritto di difesa. La Corte costituzionale, a questo proposito, ha riconosciuto esplicitamente che è il principio di soccombenza ad assicurare al vincitore una completa tutela giurisdizionale dei propri diritti<sup>19</sup>; dall'altro lato, ha affermato la legittimità delle disposizioni che, pur sempre nel rispetto dei principi di ragionevolezza e uguaglianza, prescindano dalla regola della soccombenza, ma soltanto qualora si avverta l'esigenza primaria di tutelare i soggetti economicamente e socialmente più deboli<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Per una coerente applicazione di quanto osservato in un caso di responsabilità sanitaria, cfr. Trib. Roma 23 giugno 2016, in <<https://www.iusexplorer.it>>. La pronuncia condanna la casa di cura, tenendo conto, nella determinazione dell'ammontare dei compensi, della condotta processuale censurabile tenuta dalla stessa che non ha partecipato senza alcuna ragione alla mediazione disposta dal giudice, ed ha compensato le spese nei confronti della compagnia assicuratrice pur nel rigetto della domanda di garanzia. La compagnia assicuratrice aveva infatti posto in essere una condotta processuale ingiustificata e renitente, non presentandosi in mediazione nonostante l'ordine del giudice. Considera inoltre la gravità di tale condotta renitente dell'assicurazione, la cui assenza era stata causa primaria del fallimento del percorso di mediazione: infatti, in assenza del chiamato in causa (garante) non si vede come si sarebbe potuto raggiungere un accordo valido ed efficace. L'assicurazione, attesa l'ingiustificatezza dell'assenza viene quindi condannata al pagamento di una somma pari al contributo unificato, mentre «solo in virtù della mancata soccombenza» non viene condannata *ex art.* 96, 3° comma c.p.c., per una condotta sicuramente censurabile sotto il profilo della mancata ottemperanza all'ordine del giudice di partecipare alla mediazione demandata. Il Tribunale afferma infatti che, mentre il distinguo tra condanna al pagamento del contributo unificato ed esonero dalla condanna per responsabilità aggravata ha una precisa ragione d'essere nella legge (art. 96, comma 3°, c.p.c.) che prevede e postula la soccombenza del soggetto che ha posto in essere la condotta censurabile alla stregua di tale norma, l'art. 8, comma 4-*bis* del d.lgs. 28/10 che con perfetta simmetria con la natura dell'istituto della mediazione ne prescinde: lì, si dice, «la valutazione della ingiustificatezza della condotta (consistente nella mancata partecipazione alla mediazione) infatti non attiene al merito, o in altre parole, alla ragione o al torto della parte».

<sup>19</sup> Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 303, in «Foro it.», 1987, I, col. 671, con nota di A. PROTO PISANI.

<sup>20</sup> Come nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali o assistenziali: l'esenzione della condanna alle spese è volta ad incentivare la proposizione della domanda, su

Nel caso dell'art. 8 l. 24/2017, solo parzialmente l'intento del legislatore può rinvenirsi nel favorire il danneggiato, che potrebbe risultare la parte debole del processo rispetto a disinteressate (o colpevolmente inerti) strutture sanitarie o imprese assicurative, che nella prassi sono causa del naufragio di molti tentativi di mediazione. L'obiettivo primario del legislatore è in realtà una partecipazione leale e propositiva di tutte le parti alla procedura, per favorire una risoluzione del conflitto nella sede non contenziosa/mediazione, in modo da alleggerire gli eccessivi carichi giudiziari. Dunque, l'espressa deroga alla regola generale *victus victori* non sembra in effetti controbilanciata da un'equa e ragionevole considerazione degli interessi coinvolti così come indicati dalla Corte costituzionale e probabilmente pone il rischio di una violazione dell'art. 24 Cost.

### 1.2. *La condanna ad una pena pecuniaria*

Quanto detto, riguardo alla ripartizione delle spese di lite e alla compatibilità della disposizione con i principi in materia adottati dall'ordinamento italiano.

È possibile, invece, svolgere qualche ulteriore considerazione in merito alla natura della sanzione pecuniaria prevista in coda all'ultimo comma dello stesso art. 8, il quale dispone che «il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione».

L'istituto del trattamento punitivo riservato a chi non tiene determinati comportamenti prescritti dall'ordinamento, già ampiamente noto agli ordinamenti anglosassoni, si sta recentemente diffondendo anche nel nostro paese.

La norma riecheggia infatti, da un lato, la nota e sperimentata previsione dell'art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. 28/2010<sup>21</sup>; dall'altro, la clausola

---

cui Corte cost. 26 luglio 1979, n. 85, in «Resp. civ. e prev.», 1979, p. 708.

<sup>21</sup> Il c.d. decreto del fare (d.l. 69/2013, conv. con mod. in l. 98/2013) ha, con questa disposizione, ripristinato il 5° comma aggiunto dal d.l. 13 agosto 2011, n. 212, convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011, n. 148, che, prima della dichiarazione di incostituzionalità consequenziale di cui si è detto, aveva provveduto ad irrigidire le sanzioni in caso di mancata partecipazione al procedimento. Cfr. D. DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 382 ss.; G. FANELLI, «*Interferenze*» ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» e la legge n. 98/2013, in <<https://www.judicium.it>>. In precedenza, v. M. BOVE, *Le sanzioni*

generale introdotta all'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. da parte della l. 18 giugno 2009, n. 69<sup>22</sup> (che ha generalizzato nell'ordinamento processuale il rimedio che era già previsto dall'ultimo comma dell'art. 385 c.p.c.), cui fa riferimento anche l'art. 4, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, come convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, a mente del quale il mancato riscontro all'invito alla stipula della convenzione di negoziazione assistita può essere valutato dal giudice anche ai fini dell'art. 96 c.p.c. Ancora, per un parallelismo con il processo amministrativo, l'art. 41 d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, ha aggiunto la previsione per cui «in ogni caso, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati».

Le differenze sono peraltro rilevanti rispetto a ciascuna di queste figure, fermo solo l'evidente carattere sanzionatorio della previsione.

La sanzione pecuniaria, corrispondente all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio, di cui all'8, comma 4-*bis*, d.lgs. 28/2010 è riservata alla sola parte costituita; è condizionata all'assenza di un «giustificato motivo» per la mancata partecipazione e prevede la corresponsione della somma a favore dell'erario. Si osserva che qui una discrezionalità del giudice si ritrova nella valutazione del «giustificato motivo»<sup>23</sup>, il quale, non riscontrato, condurrà automaticamente all'applicazione della sanzione; inoltre, a differenza di quanto potrebbe accadere applicando l'art. 8 l. 24/2017, rende più conveniente per la parte restare contumace anche nel successivo giudizio, poiché la sanzione può colpire solo la parte costituita. È assente, infine, dalla previsione che si commenta, la possibilità, pur prevista nello stesso d.lgs. 28/2010, per il giudice di valutare il comportamento della parte in mediazione alla stregua di un argomento di prova *ex art.* 116, 2° comma, c.p.c.

La condanna di cui all'art. 96, ultimo comma, c.p.c. ha in comune con quella in esame la circostanza che il versamento della somma sia a favore della controparte. Per il resto, se ne discosta alquanto: il giudice, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91 c.p.c., può condannare anche d'ufficio il

---

per la mancata cooperazione in mediazione, in <<https://www.judicium.it>>.

<sup>22</sup> Su cui v. G. SCARSELLI, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009, n. 69). Le modifiche in tema di spese*, in «Foro it.», 2009, V, col. 258, e G. DE MARZO, *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in «Foro it.», 2009, V, col. 397.

<sup>23</sup> Il legislatore ha quindi introdotto un elemento di flessibilità e ragionevolezza, come osservato da A. SANTI, *Commento all'art. 8, d.lgs. n. 28/2010*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, CEDAM, Padova, 2011, p. 245.

soccombente al pagamento in favore dell'avversario di una somma equitativamente determinata. Essa presuppone anzitutto la soccombenza<sup>24</sup>; poi, si ritiene – e non è di poco conto – sia necessario un comportamento comunque elusivo e distortivo da parte del soccombente<sup>25</sup>: sicché la disposizione assume un'efficacia deterrente. La formulazione scarna ha richiesto un'elaborazione sulla necessità di riscontrare l'effettiva ricorrenza dell'elemento soggettivo della condotta, come previsto dai commi 1° e 2° dello stesso art. 96, ossia mala fede o colpa grave<sup>26</sup>, a meno di interpretare la norma come un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

È questa la tesi che potrebbe recuperarsi per colorare anche l'art. 8, comma 4°, l. 24/2017 di un riferimento all'elemento soggettivo della parte non comparsa alla conciliazione, che dovrebbe caratterizzarsi quantomeno da colpa (grave o lieve) a meno di sconfinare, come già evidenziato per la condanna per le spese, in una responsabilità oggettiva da inerzia.

Sulla valutazione equitativa richiesta dall'art. 8, comma 4°, l. 24/2017, si può infine ritenere che la quantificazione della sanzione potrà involgere (a) il valore della causa; (b) il peso economico dei soggetti (c) la durata che ha avuto il processo<sup>27</sup>. I criteri utilizzati dovrebbero comunque emergere dalla motivazione. Potrebbero peraltro qui riproporsi i dubbi di legittimità costituzionale già avanzati sull'analoga previsione dell'art. 96, comma 3°, c.p.c., nella parte in cui conferisce al giudice un'assoluta discrezionalità nella determinazione

<sup>24</sup> Cass. 14 aprile 2016, n. 7409, in «Foro it. Mass.», 2016, col. 266, ha affermato che la responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. integra una particolare forma di responsabilità processuale a carico della parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, sicché non può farsi luogo all'applicazione della norma quando non sussista il requisito della totale soccombenza per essersi verificata soccombenza reciproca.

<sup>25</sup> Sulla correlazione tra l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. e i comportamenti riconducibili al c.d. abuso del processo, v. M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè Milano, 2012, pp. 85 ss; M. GIORGETTI, *art. 96 c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile* a cura di A. Saletti, B. Sassani, Utet Giuridica, Torino, 2009, p. 57. V. anche P. PORRECA, *L'art. 96 3° comma tra ristoro e sanzione*, in «Foro it.», 2010, I, coll. 2245 ss.

<sup>26</sup> La tesi è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità a partire da Cass. 30 novembre 2012, n. 21570, in «Danno e resp.», 2013, p. 299, con nota di G. VANACORE. Si veda di recente Cass. 19 aprile 2016, n. 7726, in «Foro it. Mass.», 2016, col. 274, la quale precisa altresì che ai fini dell'applicabilità dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., la mala fede o la colpa grave devono coinvolgere l'esercizio dell'azione processuale nel suo complesso, e non singoli aspetti di essa, cosicché possa considerarsi meritevole di sanzione l'abuso dello strumento processuale in sé, anche a prescindere dal danno procurato alla controparte e da una sua richiesta, al fine di contemperare le esigenze di deflazione del contenzioso pretestuoso con la tutela del diritto di azione, suscettibile di essere irragionevolmente leso da danni punitivi non proporzionati.

<sup>27</sup> Come proposti da G. SCARSELLI, cit., p. 258.

dell'importo della condanna, omettendo di fissarne alcun limite<sup>28</sup>.

Appare, in conclusione, evidente che il legislatore abbia inteso – più o meno consapevolmente – andare oltre le sanzioni già presenti nell'ordinamento, introducendo una misura a carattere spiccatamente e puramente punitivo. Non sembrano infatti riproducibili in questa sede le considerazioni che avevano portato una parte della giurisprudenza ad attribuire natura risarcitoria all'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.<sup>29</sup>, né in senso contrario depone la circostanza per cui la sanzione sia posta a favore della controparte e non, come nel citato art. 13 d.lgs. 28/2010, a beneficio dell'erario.

A tal proposito è importante richiamare la pronuncia della Corte costituzionale del 23 giugno 2016, n. 152<sup>30</sup>. La pronuncia in esame ha considerato infatti di carattere sanzionatorio la norma di cui all'art. 96, comma 3°, c.p.c. e, sotto l'aspetto dell'individuazione del beneficiario della somma nella controparte anziché nell'erario, non ha rilevato una manifesta irragionevolezza od arbitrarietà tale da indurre ad una pronuncia di illegittimità costituzionale. In particolare, la Corte ha ritenuto che la motivazione che abbia indotto il legislatore a porre «a favore della controparte» la previsione di condanna della parte soccombente al «pagamento della somma» sia stata «plausibilmente ricollegabile all'obiettivo di assicurare una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflattivo apprestato da quella condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico». Ha rinvenuto, poi, una concorrente finalità indennitaria nei confronti della parte vittoriosa. Il discorso, che tende a ricondurre la norma ad un ambito pubblicistico, consentendo di ricostruirla come una vera e propria sanzione e non come un risarcimento privatistico, sebbene il legislatore abbia deciso che debba beneficiarne la controparte, è certamente esportabile anche in questa sede.

Infine, la disposizione può essere letta anche alla luce della recentissima

---

<sup>28</sup> In particolare da G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Cacucci, Bari, 2015, p. 317.

<sup>29</sup> Cfr. Trib. Oristano ord. 17 novembre 2010, in «Foro it.», 2011, I, coll. 2200 ss. e in dottrina G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, cit.. Sulla natura sanzionatoria, comunque, è intervenuta più volte la Suprema Corte: da ultimo, Cass. 8 febbraio 2017, n. 3311, in «Foro it. Mass.», 2017, p. 120, la quale ha affermato che l'art. 96, 3° comma, c.p.c. prevede una vera e propria pena pecuniaria, indipendente sia dalla domanda di parte, sia dalla prova del danno causalmente derivato dalla condotta processuale dell'avversario.

<sup>30</sup> In «Foro it.» 2016, I, col. 2639, con nota di E. D'ALESSANDRO; in <<https://www.eclegal.it>>, con nota di S. NICITA.

pronuncia delle Sezioni Unite<sup>31</sup> in tema di *punitive damages* (*exemplary damages* nel Regno Unito), figura che ricorre nell'esperienza giuridica dei paesi anglosassoni, i quali consistono in una sanzione, comminata dalla sentenza di condanna, che superi di molto la quantificazione dei danni effettivamente patiti dal risarcito. Nell'esperienza anglosassone, la funzione compensativa del risarcimento è in questi casi posta in secondo piano, poiché il comportamento del trasgressore risulta particolarmente odioso, in quanto doloso, oltraggioso ovvero caratterizzato da un grave pregiudizio sociale: la funzione del danno punitivo può definirsi più «punitiva-sanzionatoria» che «preventiva-deterrente», in quanto il comportamento si è già verificato e la misura viene inflitta in base ad una valutazione insindacabile della giuria, senza alcuna valutazione prognostica, ma soltanto al fine di punire il danneggiante<sup>32</sup>. La tesi dell'incompatibilità di siffatta sanzione con il sistema italiano poteva dirsi preferita<sup>33</sup> sino appunto alla pronuncia della Suprema Corte, la quale, sollecitata ad un ripensamento del costante orientamento<sup>34</sup>, ha rilevato che, data la ormai rilevante presenza nel nostro

<sup>31</sup> Cass. sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in «Guida al dir.», 2017, fasc. 31, p. 111: «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

<sup>32</sup> Nel sistema statunitense l'istituto è applicato anche in materia di *breach of contract*, ossia di responsabilità contrattuale: v. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali – disgorgement v. punitive damages*, Cacucci, Bari, 2012.

<sup>33</sup> V. ad esempio P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in «Corr. giur.», 2009, p. 525; G. CAMPEIS, - P. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in «Foro pad.», 2002, p. 533; G. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in «Riv. dir. int. proc.», 2002, p. 977; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di punitive damages con il diritto europeo della responsabilità civile*, in «Europa dir. priv.», 1999, p. 479; A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in «Riv. dir. int. proc.», 1993, p. 867; V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai punitive damages di common law*, in «Giur. it.», 1985, IV, col. 12.

<sup>34</sup> Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in «Giur. it.», 2007, p. 2724 con nota di V.

ordinamento di misure di carattere sanzionatorio, non è in linea di principio esclusa la riconoscibilità della sentenza straniera che commini danni punitivi per incompatibilità con l'ordine pubblico italiano – come si era sempre sostenuto: occorre però che essa sia prevista, nell'ordinamento straniero, da basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi.

### 3. Segnalazione all'IVASS (art. 8, comma 4°)

Ancora nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione, per le imprese assicuratrici lo stesso comma 4° dell'art. 8 della legge in commento prevede, oltre all'obbligo di partecipare<sup>35</sup>, un più penetrante obbligo di formulare un'offerta di risarcimento, ovvero di comunicare i motivi per cui ritenga di non formularla, entro la fine del procedimento di consulenza tecnica preventiva. In caso ciò non avvenga, copia dell'eventuale pronuncia a favore del danneggiato sarà trasmessa all'Istituto di Vigilanza sulle Assicurazioni.

La misura, se da un lato non appare così stringente nel costringere l'assicurazione a partecipare attivamente alla procedura di conciliazione, dall'altro rischia di accentuare uno dei punti deboli dell'istituto di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., ossia la carenza di riservatezza.

---

TOMARCHIO, *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in «Giust. civ. Mass.», 2012, p. 139. Il ripensamento del costante orientamento è stato suggerito dall'ordinanza interlocutoria Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, in «Foro it.», 2016, I, col. 1973, con nota di E. D'ALESSANDRO; la corte, con Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *id.*, 2017, I, coll. 2613 ss., con note di E. D'ALESSANDRO, R. PARDOLESI – A. PALMIERI, R. SIMONE, P.G. MONATERI, ha espresso il principio di diritto nell'interesse della legge, affermando che «Posto che la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria, non può ritenersi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, dovendosi comunque verificare, ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera che statuisca in tal senso, che essa sia stata resa nell'ordinamento d'origine su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi».

<sup>35</sup> Sulla particolare importanza della partecipazione delle compagnie assicurative ai fini della efficacia della mediazione, in quanto le stesse, «potendo manifestare in quella sede la disponibilità a risarcire il danno subito dal paziente, inevitabilmente assumono un ruolo determinante per l'esito del procedimento», v. M. RAGNI, *La mediazione nel sistema sanitario regionale alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale* in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, p. 590.

La citata segnalazione può rientrare, in un'ottica più ampia, nella generale tendenza ad attribuire un ruolo di vigilanza alle autorità amministrative indipendenti anche nell'ambito di controversie fra privati. In questa prospettiva particolarmente efficaci sono risultate le segnalazioni previste per i settori bancari e finanziari alla Banca d'Italia e alla CONSOB, in particolare dal TUB (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modifiche e integrazioni) e dal TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e all'Autorità nazionale anticorruzione (artt. 80 e 213, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Per i primi due, peraltro, la presenza delle autorità di vigilanza è determinante nei rispettivi settori considerando gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie di fronte agli organismi istituiti presso le stesse (si veda l'Arbitro bancario e Finanziario istituito presso la Banca d'Italia in attuazione del disposto dell'art. 128-bis del TUB introdotto dalla l. 262/2005; la costituzione da parte della CONSOB dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016).

#### 4. *Sanzione professionale per il medico condannato al risarcimento (art. 9, comma 5°)*

L'art. 9 della l. 24/2017, disciplinando l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa<sup>36</sup>, al comma 5°, prevede 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». L'accertamento del dolo o della colpa grave dell'esercente la professione sanitaria in strutture pubbliche conduce così all'applicazione di una peculiare sanzione, per la quale la condanna è equiparata ad una sanzione disciplinare, che impedirà, per i tre anni successivi al passaggio in giudicato della sentenza, la progressione di carriera nella struttura pubblica.

La misura ricorda le sanzioni previste dal d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, art. 41, per il datore di lavoro che violi i divieti di discriminazioni posti dallo stesso testo unico<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Per un approfondimento delle quali si rimanda, rispettivamente, a G. RICCI e E. BERTILLO, in *questo volume*, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria e L'azione di responsabilità amministrativa*.

<sup>37</sup> Per il quale «Ogni accertamento di atti, patti o comportamenti discriminatori ai sensi degli articoli 25 e 26, posti in essere da soggetti ai quali siano stati accordati benefici ai sensi delle vigenti leggi dello Stato, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti

### 5. *La decadenza dall'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa (art. 13)*

Per esigenze di completezza, si cita<sup>38</sup> la preclusione *latu sensu* sanzionatoria posta dall'art. 13 della legge in commento. La norma dispone infatti che, in difetto della comunicazione all'esercente la professione sanitaria relativamente a: (a) l'instaurazione dell'azione di risarcimento basata sulla sua responsabilità, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo o (b) l'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, da parte delle strutture sanitarie e sociosanitarie di cui all'art. 7, comma 1, e delle imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti dei soggetti di cui all'art. 10, commi 1 e 2, l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa sarà colpita da inammissibilità (si segnala che nel disegno di legge 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, di cui all'atto Camera 3868/XVII, trasmesso al Senato il 30 ottobre 2017 (1324/XVII/S), art. 11, comma 1°, lett. d), il termine di dieci giorni previsto dalla norma di cui si riferisce è sostituito da un termine di quarantacinque giorni).

#### *Abstract*

Il contributo si propone di analizzare, in un'ottica trasversale, le misure sanzionatorie e di deterrenza previste dalla l. 24/2017, poste a presidio dell'effettività degli strumenti apprestati dalla disciplina. In particolare, si sofferma sulla condanna alle spese di consulenza e di lite prevista dal comma 4° dell'art. 8 della legge, in seguito alla mancata partecipazione di una parte alla consulenza tecnica preventiva prevista come obbligatoria; sulla natura della sanzione pecuniaria da infliggere alla medesima condizione; sulle sanzioni nei confronti delle compagnie assicurative e dell'esercente la professione sanitaria.

---

all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o forniture, viene comunicato immediatamente dalla direzione provinciale del lavoro territorialmente competente ai Ministri nelle cui amministrazioni sia stata disposta la concessione del beneficio o dell'appalto. Questi adottano le opportune determinazioni, ivi compresa, se necessario, la revoca del beneficio e, nei casi più gravi o nel caso di recidiva, possono decidere l'esclusione del responsabile per un periodo di tempo fino a due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto».

<sup>38</sup> Per ogni più compiuta analisi sulla questione si rinvia, in *questo volume*, a G. RICCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria* e E. BERTILLO, *L'azione di responsabilità amministrativa*.

*Nota biografica*

Valeria Giugliano è avvocato e dottoranda di ricerca in diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Milano. Si occupa in particolare di diritto processuale civile europeo e di contenzioso in materia di diritto industriale. È autrice di diversi commenti a provvedimenti giudiziari su riviste scientifiche italiane.



SEZIONE III

L'ISTRUZIONE PROBATORIA



Ginevra Ammassari

*Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità  
e l'efficacia delle prove*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione giurisprudenziale dell'onere della prova in tema di responsabilità medica – 2. L'accertamento del nesso causale tra presunzioni giurisprudenziali e prossimità della prova – 3. Il diritto delle prove nella l. 24/2017: accesso, efficacia e limiti all'utilizzo.

*1. L'evoluzione giurisprudenziale dell'onere della prova in tema di responsabilità medica*

Nell'adottare la medesima prospettiva diacronica già impiegata nel corso della presente indagine, occorre rilevare che all'evoluzione subita – e ripercorsa nell'introduzione – dalla natura della responsabilità dell'operatore sanitario corrisponde lo speculare mutamento degli orientamenti giurisprudenziali in ordine alla ripartizione degli oneri probatori.

Procedendo con ordine, sino agli anni settanta del secolo scorso, la dimostrazione della colpa del medico, del nesso eziologico e del danno lamentato, gravava unicamente sul paziente; tale ripartizione del carico probatorio, oltre ad essere pienamente coerente al combinato disposto degli artt. 2043 e 2697 c.c., risentiva altresì della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, al tempo applicata in tema di responsabilità sanitaria<sup>1</sup>.

Come anticipato, tale impostazione subisce, negli anni ottanta, una parziale erosione: sulla scorta del disposto dell'art. 2236 c.c., la giurisprudenza di legittimità<sup>2</sup> elaborò una distinzione ulteriore che, fondata sul grado di difficoltà tecnica connotante la prestazione sanitaria eseguita, condiziona la ripartizione del relativo onere probatorio; in ipotesi di interventi di facile

<sup>1</sup> Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in «Giur. it.», 1977, I, 1, col. 1980; 18 giugno 1975, n. 2439, *id.*, 1976, I, 1, col. 953, con nota di C. LEGA; 13 ottobre 1972, n. 3044, in «Foro it.», 1973, I, coll. 1170; 15 dicembre 1972, n. 3616, *id.*, 1973, I, coll. 1474; 9 marzo 1965, n. 375, *id.*, 1965, I, coll. 1039; 28 aprile 1961, n. 961, in «Giur. it.», 1962, I, 1, p. 1248, con nota di C. LEGA. In dottrina, sul tema, cfr. V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in «Contr. e impr.», 2016, p. 456.

<sup>2</sup> Così Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in «Giur. it.», 1979, col. 953.

esecuzione, operava, infatti, un meccanismo presuntivo che, in applicazione della regola di matrice anglosassone *res ipsa loquator*, esigeva dal professionista (così come dalla struttura sanitaria) la prova contraria o liberatoria<sup>3</sup> della propria responsabilità.

Tale orientamento, impostosi per oltre trent'anni, subì un ulteriore correttivo nel 2001<sup>4</sup>, adeguandosi al regime della ripartizione degli oneri probatori elaborato dalle sezioni unite in tema di responsabilità contrattuale che, in applicazione della teoria del contatto sociale, operò *de plano* anche con riferimento alla responsabilità sanitaria<sup>5</sup>.

In particolare, nell'affermare il principio di persistenza del diritto desumibile, tra gli altri, dallo stesso art. 2697 c.c., la Corte richiedeva al creditore che avesse agito in giudizio<sup>6</sup> la sola prova della fonte, legale o negoziale, del rapporto obbligatorio e, ritenendo sufficiente la semplice allegazione dell'inadempimento – che, dunque, si presume – onerava il debitore della dimostrazione dell'avvenuto adempimento o, in alternativa e in ossequio al principio di prossimità della prova<sup>7</sup>, dell'evento imprevedibile e non

<sup>3</sup> Quest'ultima si traduce, nell'elaborazione giurisprudenziale successiva, nella dimostrazione del singolo fattore eziologicamente rilevante nella causazione del danno; così Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in «Danno e resp.», 1999, p. 779, con nota di R. DE MATTEIS; 15 gennaio 1997, n. 364, in «Foro it.», 1997, I, coll. 771; 16 novembre 1993, n. 11287, in «Rep. Foro it.» 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 115; 1° febbraio 1991, n. 977, in «Giur. it.», 1991, p. 1379. In dottrina, critici a tale impostazione, che espone il professionista al rischio delle concause ignote, R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2007, p. 448; P. PROTO PISANI, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, in G. Vettori, *Il danno risarcibile*, CEDAM, Padova, 2004, p. 1390; U. IZZO, *Il danno da contagio post-trasfusionale come danno evidenziale? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in «Danno e resp.», 2001, p. 249.

<sup>4</sup> Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

<sup>5</sup> Per una prima applicazione in questa sede cfr. Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in «Danno e resp.», 2005, p. 45, con note di M. FEOLA e G. NOCCO; 21 giugno 2004, n. 11488, 28 maggio 2004, n. 10297 e 19 maggio 2004, n. 9471, tutte in «Danno e resp.», 2005, p. 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS.

<sup>6</sup> Al fine di ottenere, indistintamente, l'adempimento, la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno, tanto in ipotesi di inadempimento che in quella di inesatto adempimento. In dottrina, per una critica all'adozione del regime descritto con riferimento a quest'ultima fattispecie, v. I. PAGNI, *Le interferenze*, in *Tratt. del Contratto*, diretto da V. Roppo, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 892; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2004, p. 644; G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in «Riv. dir. civ.», 2002, p. 707; G. MARICONDA, *op. ult. cit.*, p. 1569, i quali rilevano che il creditore, nell'allegare la difettosa esecuzione della prestazione, elide, di fatto, l'operatività della presunzione in ordine all'inadempimento.

<sup>7</sup> Sul quale v. *infra*, p. 192.

imputabile che l'avesse impedito, il quale esclude la sussistenza della colpa.

L'assetto descritto trova conferma in una pronuncia<sup>8</sup> di poco successiva alle citate S.U. che, nel rintracciare il fondamento sistematico dello stesso, afferma la consustanzialità dei rimedi disposti dall'art. 1453 c.c. alla genesi della fattispecie obbligatoria<sup>9</sup>.

A causa della complessità dell'analisi che eventuali classificazioni dogmatiche richiederebbero<sup>10</sup>, in questa sede occorre unicamente constatare che, in ragione della struttura composita, seppur funzionalmente unitaria<sup>11</sup>, connotante il rapporto obbligatorio, coesistono, in seno a quest'ultimo, tanto il diritto alla prestazione principale che ulteriori diritti potestativi di carattere strumentale<sup>12</sup>.

In tale prospettiva, l'inadempimento non esplica una funzione costitutiva ulteriore rispetto alla genesi del rapporto obbligatorio<sup>13</sup> e, dunque, non necessita di prova, rilevando, al contrario, la dimostrazione dell'adempimento, che rappresenta il fatto estintivo delle pretese creditorie azionate e che grava sul debitore in ossequio al disposto dell'art. 2697 c.c.<sup>14</sup>.

Il consolidamento di tale regime suscita, nel dibattito relativo alla responsabilità sanitaria, un rinnovato interesse in ordine alla definizione del *thema probandum* e al contenuto della prova liberatoria richiesta al professionista,

<sup>8</sup> Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in «Giur. it.», 2002, p. 1836.

<sup>9</sup> Precisa la Corte che, in tal senso, si legittima l'uniformità del regime probatorio descritto, poiché, anche in ipotesi di inesatto adempimento, il creditore denuncia un'unica doglianza: la difformità della condotta debitoria al programma negoziale che si assume violato.

<sup>10</sup> Sul punto, si segnala A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti – Studi*, Jovene, Napoli, 2003, p. 197, il quale definisce i rimedi giurisdizionali in termini di diritti potestativi.

<sup>11</sup> In tal senso L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1072.

<sup>12</sup> Tale impostazione non rappresenta affatto una novità: infatti, già la dottrina processualcivilistica del secolo scorso aveva affermato che i diritti di azione ex art. 1453 c.c., nell'accedere al contenuto originario dell'obbligazione, sorgono contestualmente a quest'ultima, così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1923, p. 157; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. Dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, XV, fasc. 2, Utet Giuridica, Torino, 1952.

<sup>13</sup> Costituendo, infatti, una mera occasione per l'esercizio delle azioni disciplinate dall'art. 1453 c.c., così G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale – tra regole deontologiche, negoziali e legali*, CEDAM, Padova, 2008, p. 182.

<sup>14</sup> V. M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in «Riv. dir. civ.», 1994, p. 567, il quale sostiene altresì che l'affermazione dell'inadempimento non integri un'autonoma allegazione rispetto a quella degli elementi di fatto sussumibili dalla fattispecie genetica dell'obbligazione.

inevitabilmente condizionata dalle allegazioni del paziente<sup>15</sup>.

Tanto premesso, a seguito del citato intervento delle sezioni unite, il paziente era tenuto a fornire la prova del solo contatto sociale e poteva limitarsi ad allegare l'inesattezza dell'esecuzione della prestazione sanitaria ad opera del professionista, spettando a quest'ultimo la dimostrazione di aver tenuto una condotta conforme alla specifica diligenza professionale richiesta dall'art. 1176, 2° comma, c.c.

L'impostazione descritta fu rivista a distanza di pochi anni.

La Suprema Corte<sup>16</sup>, ai fini dell'applicazione del citato regime probatorio, non ha richiesto l'allegazione di un aggravamento patologico, ritenendo integrato l'inadempimento anche qualora l'intervento eseguito non abbia apportato miglioramenti alla condizione di salute del paziente: tale risultato, infatti, rappresenta l'esito scontato della prestazione sanitaria resa in adozione della dovuta diligenza ad opera del professionista.

Tale prospettiva, anticipando in parte la svolta che troverà definitivo

<sup>15</sup> Sulla relazione tra prova e allegazione, che non è possibile approfondire in questa sede, v. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Giappichelli, Torino, 2002, cui si rinvia per i copiosi riferimenti bibliografici, nonché, nella dottrina più risalente, F. CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in «Riv. dir. proc.», 1960, p. 648; ID., *La prova civile*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 21, che, nell'affermare l'implicazione tra tali istituti, nega l'autonomia dell'onere di allegazione rispetto a quello probatorio; sul tema, si segnalano, altresì, le opposte opinioni S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in Scritti in onore di E. Fazzalari, vol. III, Giuffrè, Milano, 1993, p. 35 e E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in «Riv. dir. proc.», 1960, p. 450.

Il fondamento normativo, seppur indiretto, dell'onere di allegazione è tradizionalmente ricondotto al 3° comma dell'art. 163 c.p.c. che, al n. 4 e in combinato disposto con l'art. 164, comma 4°, c.p.c., impone all'attore di allegare specificamente i fatti costitutivi posti a fondamento del diritto azionato cui, altrimenti, consegue la nullità dell'atto di citazione. Sul punto, si è però sostenuto che, la possibile sanatoria di tale nullità, traducendosi nell'assenza di una sanzione irreversibile, confermerebbe la stessa impossibilità di declinare l'attività allegatoria in termini di onere, così R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in «Riv. dir. civ.», 1957, p. 420; critico a tale impostazione S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1987, p. 112, il quale desume la sussistenza di un autonomo onere di allegazione dalle conseguenze riconducibili al mancato soddisfacimento di quest'ultimo, ovvero, al rigetto nel merito della domanda proposta. Sul tema cfr. altresì A. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in «Contr. e impr.», 2002, p. 1005; G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1992, p. 835, secondo i quali tale funzione si traduce nel carattere necessariamente specifico e adeguatamente circostanziato delle allegazioni attoree.

<sup>16</sup> Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

compimento solo un anno più tardi, tradisce un *favor* manifesto nei confronti del paziente, cui il regime probatorio impostosi nel 2001 attribuiva (comunque e in ossequio all'assetto tradizionalmente adottato in tema di responsabilità contrattuale) la dimostrazione del nesso causale e, dunque, del danno subito<sup>17</sup>.

Nel 2008 si assiste ad mutamento radicale, giacché le S.U.<sup>18</sup>, nel pronunciarsi specificamente sul tema, hanno affermato che il paziente, una volta soddisfatto l'onere di allegazione relativo all'inadempimento qualificato – in quanto tale astrattamente idoneo alla produzione del danno<sup>19</sup> – non è tenuto all'ulteriore dimostrazione del nesso eziologico sussistente tra questo e la condotta del medico; opera, dunque, una presunzione duplice che, in adozione del criterio probabilistico, investe tanto la colpevolezza della condotta del medico, ritenuta causa efficiente del pregiudizio lamentato, che il danno stesso, anch'esso presunto nell'*an*.

Tale impostazione, nell'interpretazione giurisprudenziale in rassegna, trova il proprio fondamento nella distinzione tra l'onere probatorio relativo alla causalità materiale e alla causalità giuridica<sup>20</sup>, che si traduce nella

<sup>17</sup> In tal senso, v. Cass. 24 maggio 2006, n. 12362, «Rep. Foro it.», 2006, voce *Professioni intellettuali*, n. 196; 19 aprile 2006, n. 9085, *id.*, 2006, voce *cit.*, n. 194; 11 novembre 2005, n. 22894, *id.*, 2005, voce *Sanità pubblica*, n. 668.

<sup>18</sup> Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*, la quale viene resa unitamente ad altre nove pronunce.

<sup>19</sup> Sul punto, si segnalano M. ROSSETTO, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in «Giust. civ.», 2010, p. 2218 e F. AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità medica*, in «Corr. giur.» 2011, p. 628, i quali rilevano che un'allegazione così generica rischia di compromettere il diritto di difesa della controparte; inoltre, A. BARBARISI, *op. ult. cit.*, p. 223, adombra la deriva di tale genericità che, in sede di consulenza tecnica d'ufficio, potrebbe condurre finanche a una *mutatio libelli*. In giurisprudenza si segnala la peculiare soluzione offerta da Trib. Milano 22 aprile 2008, in «Danno e resp.», 2008, p. 1265, con nota di R. BREDÀ e in «Giur. mer.», 2009, p., 98 ss., con nota di A. LEPRE che, nell'intento di neutralizzare i rischi connessi all'eccessiva genericità delle allegazioni attoree, scompone l'onere di allegazione e prova delle parti in diversi passaggi. Critico, in ogni caso, a tale impostazione G. ANZANI, *op. ult. cit.*, p. 230, il quale rileva che l'allegazione, seppur dettagliata, non equivale alla dimostrazione del fatto; sul punto v. ampiamente *infra*, p. 192 e ss.

<sup>20</sup> In dottrina cfr. M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in «Riv. crit. dir. priv.» 2006, p. 111, il quale, nel rilevare il carattere artificiale delle regole costruite intorno a tale nozione, sovente riconducibili a scelte di opportunità giuridica che attengono all'allocazione della responsabilità tra i soggetti agenti, afferma che, invero, oggetto di prova può essere esclusivamente la causalità materiale; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Giuffrè, Milano, 1999, p. 317; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1999,

scomposizione dell'accertamento del nesso causale in due fasi: mentre la prima attiene al rapporto naturalistico che intercorre tra il fatto illecito e il danno quale diretta conseguenza di quest'ultimo, la seconda involge la relazione causale sussistente tra il fatto medesimo e il pregiudizio subito, rilevando ai soli fini della determinazione del *quantum* risarcibile ex art. 1223 c.c.<sup>21</sup>

Pertanto, mentre al paziente è richiesta la sola prova dell'entità dei danni derivanti dal dedotto inadempimento, la dimostrazione dell'irrelevanza, sotto il profilo eziologico, di quest'ultimo grava sul professionista che, in alternativa, può fornire la prova contraria<sup>22</sup>.

Nell'interpretazione offerta dalla Corte, la presunzione del nesso di causalità materiale deriva altresì dalla diretta applicabilità, in tema di responsabilità medica, dell'art. 1218 c.c. che, recante un'apprezzabile differenza strutturale rispetto all'art. 2043 c.c.<sup>23</sup>, legittima il regime probatorio descritto.

---

p. 589. Nella dottrina più risalente v. P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 16; F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito dei limiti della responsabilità per danni)*, in «Foro it.», 1952, VI, coll. 97.

<sup>21</sup> Tale norma, secondo Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in «Corr. giur.», 2008, p. 35, con nota di C. BONA; 15 ottobre 1999, n. 11629, in «Foro it.», 2000, I, coll. 12177, con nota di E. SCONDITTI, determina l'estensione della responsabilità e, dunque, l'entità delle conseguenze risarcibili.

<sup>22</sup> In dottrina, hanno accolto con favore tale impostazione A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in «Giur. mer.», 2009, p. 114 e G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in «Obbl. e contr.», 2008, p. 396.

Contrari, invece, I. SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in *La responsabilità nei servizi sanitari*, a cura di M. Franzoni, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 117, il quale rileva che il nostro ordinamento, se presume, talvolta, la colpevolezza del danneggiante, non contempla l'operatività di meccanismi presuntivi in ordine al nesso di causalità, illegittimamente introdotta in via interpretativa dal giudice; in tal senso v. altresì S. PATTI, *Spunti di teoria generale sull'onere della prova (anche in relazione al diritto tributario)*, in «Obbl. e contr.», 2009, p. 682, nonché G. MONTANARI VERGALLO – P. FRATI – N.M. DI LUCA *L'accertamento del nesso eziologico nella responsabilità medica civile tra probabilità e presunzioni*, in «Riv. it. med. legale», 2010, p. 869, il quali rilevano come tale presunzione non operi nemmeno nell'ipotesi di responsabilità per esercizio di attività pericolosa ex art. 2050 c.c.; M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in «Resp. civ.», 2010, p. 669; M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, p. 2227.

<sup>23</sup> Sul punto, si è rilevato che, là dove sussista una dissociazione tra l'inadempimento e il danno, la necessità di accertare il rapporto di causalità materiale si pone altresì in tema di responsabilità contrattuale, così R. BORDON – S. ROSSI – L. TRAMONTANO *La nuova responsabilità civile, Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, in *Sistemi Giuridici* a cura di P. Cendon, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 228. Tale dissociazione emerge

Tale prospettiva, nell'accogliere l'interpretazione tradizionale del disposto dell'art. 2697 c.c., differenzia la disciplina applicabile in sede di ripartizione dell'*onus probandi* in ragione del titolo di responsabilità azionato.

Tuttavia, dall'analisi condotta emergono ulteriori argomenti che, spesi dalla stessa giurisprudenza di legittimità nel rintracciare il fondamento del regime probatorio descritto, consentono di sconfessare parzialmente tale conclusione: si pensi al principio di prossimità della prova, la cui applicabilità, prescindendo dall'astratta qualificazione del titolo di responsabilità, legittima l'adozione dei citati meccanismi presuntivi e, dunque, l'inversione dell'onere della prova.

Nelle pagine che seguono si procederà all'esame di tale principio che, rispondendo a valutazioni di opportunità di volta in volta imposte dall'istanza di tutela azionata, contribuisce a ridimensionare notevolmente la portata innovativa *prima facie* riconducibile al riconoscimento della natura extracontrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria disposta dalla l. 24/2017.

## 2. L'accertamento del nesso causale tra presunzioni giurisprudenziali e prossimità della prova

L'analisi dei meccanismi che hanno condotto alla parziale inversione dell'onere della prova in tema di responsabilità sanitaria rende necessaria una premessa di ordine sistematico.

L'art. 2697 c.c., modulato sulla bipartizione dei fatti giuridici, impone al giudice una regola di giudizio<sup>24</sup> e distribuisce il rischio della soccombenza

---

incontrovertibilmente nelle controversie relative alla mancata prestazione del consenso informato, ove il paziente, leso nel proprio diritto all'autodeterminazione di sé, non lamenta una violazione direttamente riconducibile all'inadempimento della prestazione resa dal professionista. La questione è specificamente affrontata da Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in «Nuova giur. civ. comm.», 2010, p. 783, con note di S. CACACE, e A. SCACCHI, la quale, sovvertendo la ripartizione del carico probatorio delineato dalle S.U. del 2008, richiede che il paziente dimostri, tramite l'articolazione di un giudizio controfattuale, la rilevanza eziologica dell'omissione informativa; ancora una volta, la Corte legittima l'operatività di un meccanismo presuntivo in tema di responsabilità sanitaria.

<sup>24</sup> In tal senso, la norma sarebbe espressione del divieto di *non liquet*, così L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 177; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in «Foro it.», 1994, coll. 82; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, CEDAM, Padova, 1966, p. 151. Tale rilievo costituisce altresì il fondamento della tesi che attribuisce natura processuale all'art. 2697 c.c.; al contrario i fautori della natura sostanziale della norma muovono dal presupposto che, nel disporre una regola di giudizio, questa incida sul contenuto della decisione,

processuale tra le parti<sup>25</sup>.

Tale ripartizione, nell'impostazione tradizionale che ritiene l'art. 2697 c.c. una norma in bianco<sup>26</sup>, non deriva da un criterio processuale<sup>27</sup>, bensì dalla stessa fattispecie sostanziale evocata in giudizio; in tal senso la norma in esame, determinando una semplificazione della fattispecie compiuta ai fini processuali<sup>28</sup>, costituisce una cerniera tra diritto sostanziale e processo<sup>29</sup>.

Tuttavia, quella che, recentemente, è stata definita in termini di crisi della fattispecie<sup>30</sup>, ha contribuito all'elaborazione di criteri alternativi (ma talvolta concorrenti<sup>31</sup>) che, applicabili in sede di distribuzione del carico probatorio tra le parti, integrano il disposto dell'art. 2697 c.c.: tra questi figura il principio di prossimità della prova, cui la dottrina maggioritaria attribuisce portata sussidiaria<sup>32</sup>.

Affermato nel 2006 dalle S.U. della Corte di cassazione<sup>33</sup>, tale principio, nel proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.

e non sul procedimento.

In giurisprudenza, v. Cass. 18 marzo 2003, n. 5484, in «Rep. Foro it.», 2004, voce *Provvedimento impugnabile*, coll. 62, la quale afferma che l'art. 2697 c.c. pone una regola di diritto sostanziale, la cui violazione determina *error in iudicando* censurabile ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.

<sup>25</sup> V. L. LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 265; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. XIII, Utet Giuridica, Torino, 1995, p. 72; S. PATTI, *Prove. Parte generale. Artt. 2697 – 2698 c.c.*, cit., p. 112; E. GRASSO, *La pronuncia d'Ufficio*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 1312; R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 67.

<sup>26</sup> L'espressione è di V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Utet Giuridica, Torino, 1966, p. 293; nello stesso senso L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 98. e R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 420.

<sup>27</sup> Così A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, p. 90.

<sup>28</sup> Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 67.

<sup>29</sup> Così, V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1961, p. 29.

<sup>30</sup> R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. N.1, Il Fatto, l'Atto, Il Negozio*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, Utet Giuridica, Torino, 2005, pp. 34 e 430; sul punto v. anche L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 270; M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 68; S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 141; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1974, p. 181, concordi nel rilevare l'inidoneità della sola regola dettata dall'art. 2697 c.c. a determinare la ripartizione dell'*onus probandi* in molteplici fattispecie sostanziali.

<sup>31</sup> In tal senso v. M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova, quindi...»*, in «Contr. e impr.», 2016, p. 360, il quale, nel passare in rassegna numerose pronunce, rileva come tale principio si ponga talvolta come *ratio decidendi* concorrente e/o alternativa alla motivazione che, sola, potrebbe sorreggere il *decisum*.

<sup>32</sup> Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 466.

<sup>33</sup> Cass. 7 aprile 2006, n. 141, cit.

2697 c.c.<sup>34</sup>, consente di ovviare alle difficoltà che l'impossibilità della prova pone all'esercizio di taluni diritti, garantendo altresì l'effettività del diritto di azione sancito dall'art. 24 Cost.<sup>35</sup>

Pertanto, l'adozione del citato principio, secondo cui il relativo onere probatorio incombe al soggetto nella cui sfera si è prodotto il fatto controverso, risponde, in applicazione del criterio di ragionevolezza, a valutazioni *latu sensu* equitative che emergono nel corso del singolo giudizio, garantendo, in ultimo, l'esigenza di tutela del soggetto più debole.

La *ratio testé* rilevata costituisce il medesimo fondamento di un meccanismo ulteriore<sup>36</sup> che, elaborato dalla giurisprudenza e tipizzato dalla dottrina<sup>37</sup>, consente, al pari del principio di vicinanza della prova, di distribuire il carico probatorio in deroga al criterio disposto dall'art. 2697 c.c.

Tale fenomeno, definito alla stregua di presunzioni giurisprudenziali, consiste nella manipolazione della distribuzione degli oneri della prova ad opera del giudice che, nel dispensare una parte dalla prova di taluni elementi costitutivi del fatto, impone alla controparte la dimostrazione della prova contraria<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> E, dunque, l'abbandono della precedente impostazione rigidamente legalista; l'espressione è di G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 466.

<sup>35</sup> In tal senso v. Corte cost. 21 aprile 2000, n. 114, in «Foro it.», 2000, I, coll. 1740, richiamata in motivazione dalle S.U., nonché 22 dicembre 1989, n. 568, *id.*, 1990, I, coll. 361. Al contrario, Corte cost. 4 marzo 1992, n. 79, *id.*, 1992, I, coll. 1347, con nota di G. PONZANELLI, afferma l'irrelevanza della sola difficoltà della prova, inidonea a legittimare l'inversione del relativo onere. Tra le norme costituzionali menzionate dalle S.U. nel corpo della pronuncia, figura altresì l'art. 111 Cost., il quale traspone l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale dal piano soggettivo e individuale a quello oggettivo e procedimentale, in tal senso v. E. CASTORINA, *Diritto alla prova e principi costituzionali*, in *Il Diritto privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, *Le prove*, Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 106.

<sup>36</sup> Così M. FACCIOLO, «Presunzioni giurisprudenziali» e responsabilità sanitaria, in «Contr. e impr.», 2014, p. 79.

<sup>37</sup> Il primo ad essersi occupato del fenomeno è G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in «Foro it.», 1971, V, coll. 177, cui si rinvia per la ricca rassegna giurisprudenziale ivi compiuta; *Id.*, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 135; sul punto cfr. altresì L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 322; M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile* a cura di M. Taruffo in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 254; *Id.*, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 233; *Id.*, *Presunzioni. I. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 3; PATTI, *op. ult. cit.*, p. 109; *Id.*, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2001, p. 87.

<sup>38</sup> In tal senso, le presunzioni giurisprudenziali non incidono sulla struttura della fattispecie

L'operatività di tale meccanismo presuntivo, affine alle c.d. prove *prima facie* di matrice tedesca<sup>39</sup>, muove dall'articolazione di un giudizio probabilistico fondato sulle massime di esperienza e, nel qualificare aprioristicamente il *factum probandi* in termini di normalità, contribuisce a fondare il relativo convincimento del giudice finanche in assenza di ulteriori elementi probatori; al contrario, al convenuto è richiesta una prova contraria che soddisfi, non il criterio probabilistico, ma quello di certezza, seppur processuale<sup>40</sup>.

In tal senso, le presunzioni giurisprudenziali si differenziano dalle presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* – che, peraltro, al contrario delle prime, sono oggetto di espressa previsione normativa – in quanto non attuano alcuna inferenza dal noto all'ignoto ma, in ragione della «mera ragionevolezza dell'ipotesi affermata»<sup>41</sup>, si risolvono nella presunzione di un fatto che, dunque, non viene affatto accertato dal giudice<sup>42</sup>; inoltre, nonostante traggano la propria ragion d'essere dall'esigenza di tutela connotante il caso concreto, le presunzioni giurisprudenziali trascendono le peculiarità della fattispecie cui si applicano e, aspirando al carattere di generalità e astrattezza<sup>43</sup>, consentono l'inversione, più o meno discrezionale, dell'onere probatorio tra le parti e si traducono, in ultimo, in un meccanismo di predeterminazione della soccombenza<sup>44</sup>.

Quest'ultimo rilievo legittima le critiche riservate dalla dottrina a tale fenomeno il quale, elaborato dalla giurisprudenza in assenza di qualsivoglia riscontro normativo che le attribuisca un potere discrezionale sul punto<sup>45</sup>, pone altrettante perplessità in ordine al rispetto del principio del contraddittorio: l'adozione di tali presunzioni emerge, infatti, all'esito del

---

sostanziale, giacché il fatto costitutivo non diviene, perciò solo, impeditivo, ma viene giudizialmente presunto, così G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 154.

<sup>39</sup> Disciplinate *ex § 292 ZPO*.

<sup>40</sup> V. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in «Riv. dir. civ.», 2013, p. 1266.

<sup>41</sup> G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 179.

<sup>42</sup> M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 3.

<sup>43</sup> PATTI, *op. ult. cit.*, p. 88.

<sup>44</sup> Così M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1992, p. 750.

<sup>45</sup> M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 233; nonché PATTI, *op. ult. cit.*, p. 89, il quale parla di indebita creazione di norme giuridiche. Analogamente, l'adozione di tale meccanismo presuntivo contravverrebbe il divieto di estensione analogica delle norme disciplinanti l'adozione delle presunzioni legali, tradizionalmente connotate dal carattere dell'eccezionalità, così G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 183; ID., *L'onere della prova*, cit., p. 111.

processo, se non direttamente in sentenza, e, dunque, preclude alla parte onerata della dimostrazione del fatto impeditivo l'efficace predisposizione della propria attività difensiva, soggetta, peraltro, alle stringenti preclusioni operanti nel nostro sistema processuale<sup>46</sup>.

Tuttavia, a dispetto di tali criticità, in dottrina non mancano voci che hanno accolto con favore l'adozione di tali meccanismi ad opera della giurisprudenza poiché improntati ad implementare la tutela della parte debole<sup>47</sup>.

In tal senso, il settore della responsabilità medica è emblematico<sup>48</sup>, giacché – si è già rilevato – l'assetto elaborato dalla giurisprudenza tradisce un *favor* manifesto nei confronti del paziente e conduce all'applicazione dei citati meccanismi presuntivi in ragione del principio di prossimità della prova che, sulla scorta della tecnicità e della discrezionalità connotante l'attività sanitaria, si ritiene a carico (in quanto appannaggio) del professionista.

Tale impostazione, già riscontrata nella pronuncia resa dalle sezioni unite in ordine alla presunzione del nesso causale che, in ragione del criterio di normalità, espone il professionista all'addebito delle cause ignote<sup>49</sup>, seppur non imputabili, emerge incontrovertibilmente nell'ipotesi di lacunosità della cartella clinica, in cui tale presunzione è tratta da un elemento negativo<sup>50</sup>.

Infatti, la dettagliata compilazione della cartella clinica, cui l' esercente la professione sanitaria è tenuto *ex lege*<sup>51</sup> costituisce un fattore dirimente nella valutazione della condotta di quest'ultimo secondo il criterio di diligenza disposto dal 2° comma dell'art. 1176 c.c., sicché l'eventuale violazione di tale adempimento consente di ritenere la sussistenza del nesso di causalità in via presuntiva; ragionando *a contrario*, tale inadempienza aggraverebbe

<sup>46</sup> Sul punto, cfr., nuovamente, M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 237, il quale rileva l'assenza, nel codice di rito, di un obbligo speculare a quello disposto dal 4° comma dell'art. 183 c.p.c. con riferimento alle questioni rilevabili *ex officio*.

<sup>47</sup> Cfr. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 89; critico, sul punto, M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 234.

<sup>48</sup> Cfr. sul punto G. ANZANI, *op. ult. cit.*, p. 230; M. FACCIOLI, *op. ult. cit.*, p. 80; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 258.

<sup>49</sup> In tal senso il medico viene assimilato a un garante della guarigione, giacché risponde in ragione della stessa impossibilità scientifica di accertare la causa delle conseguenze infauste cui hanno condotto le cure, così V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1269; A. BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in «Danno e resp.», 2012, p. 884; A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in «Contr.», 2008, p. 871.

<sup>50</sup> Specificamente sul tema si segnala V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1249.

<sup>51</sup> Originariamente a norma dell'art. 24, lett. e, r.d. 1631/1938, attualmente abrogato, ma confluito nell'art. 35 del d.p.c.m. 153/1986.

eccessivamente la posizione processuale del paziente che, in assenza degli elementi probatori utili alla dimostrazione della responsabilità del medico, vedrebbe pregiudicata *in nuce* la propria istanza di tutela<sup>52</sup>.

Sul punto si levano le critiche dottrinali più severe, in quanto l'impostazione descritta determina non solo la sovrapposizione di due diversi elementi strutturali integranti la responsabilità del professionista<sup>53</sup> (sia questa contrattuale o extracontrattuale) ma, in ultimo, la confusione tra prova e argomenti di prova<sup>54</sup>: l'incapacità di produrre in giudizio una cartella clinica diligentemente compilata, infatti, dovrebbe rilevare ai soli sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., contribuendo a fondare il convincimento del giudice in via esclusivamente sussidiaria.

Al riguardo si è sostenuto che, in alternativa all'adozione dei citati meccanismi presuntivi, dovrebbe gravare sul medico, ai sensi dell'art. 88 c.p.c., l'obbligo di produrre in giudizio una cartella clinica dettagliata, in quanto tale, idonea a garantire l'effettività del diritto di azione del paziente<sup>55</sup>; tali rilievi attengono, però, ad un profilo diverso e ulteriore, ovvero sia quello dell'accesso alle prove nel contenzioso relativo alla *medical malpractice* che, unitamente all'efficacia probatoria a queste riconducibili, costituisce l'oggetto del prossimo paragrafo.

---

<sup>52</sup> Cfr., di recente, Cass. 8 novembre 2016, n. 22639, in «Foro it.», 2017, I, coll. 963; nonché 26 gennaio 2010, n. 1759, in «Resp. civ.», 2010, pp. 592 e 665, con note di F. ZAULI e M. GORGONI.

<sup>53</sup> Ovverosia la colpa del soggetto agente e il nesso causale tra questa e il danno alla salute lamentato; Cfr. M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, p. 2227 il quale rileva che, secondo l'interpretazione in rassegna, il medico risponde del danno non perché l'ha effettivamente causato, ma in quanto sia incerto che l'abbia causato; G. MONTANARI VERGALLO – P. FRATI – N.M. DI LUCA, *op. ult. cit.*, p. 871 e V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1263.

<sup>54</sup> Cfr. Cfr. PATTI, *Prove. Parte generale. Artt. 2697 – 2698 c.c.*, cit., p. 63, nonché M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 754, il quale parla di “decisioni senza prove”.

<sup>55</sup> Così M. FACCIOLO, *op. ult. cit.*, p. 105; in tal senso le conclusioni dell'A. non si discostano da quelle raggiunte da M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit. p. 238, il quale rileva che le esigenze di tutela del soggetto debole ben potrebbero soddisfarsi attraverso la previsione di stringenti obblighi di *disclosure* e ordini di esibizione adeguatamente sanzionati in caso di inosservanza, così ovviandosi all'ulteriore pericolo costituito dalla violazione del dovere di imparzialità del giudice cui l'adozione di tali meccanismi presuntivi conduce, unitamente all'incertezza e all'imprevedibilità delle decisioni.

### 3. Il diritto delle prove nella l. 24/2017: accesso, efficacia e limiti all'utilizzo

Nel corpo della l. 24/2017 figurano diverse disposizioni dedicate alla disciplina delle prove, all'accesso e ai limiti all'utilizzo di queste ultime.

In primo luogo, l'art. 16, l. 24/2017<sup>56</sup>, nel precludere l'acquisizione in giudizio dei verbali e dei *report* elaborati all'esito dell'attività di *risk management* dettagliatamente disciplinata dagli artt. 1, 2 e 3 della riforma, esclude la rilevanza processuale di tali documenti che, dunque, non potranno costituire oggetto di ordini di ispezione né di esibizione ai sensi degli artt. 118 e 210 c.p.c.<sup>57</sup>

Inoltre, l'art. 9 disciplinante l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa, al 7° comma, introduce un'ulteriore limitazione, là dove dispone che il giudice non possa desumere argomenti di prova dalle risultanze istruttorie emerse all'esito del procedimento instaurato nei confronti della struttura sanitaria (o, ai sensi dell'art. 12, nei confronti dell'impresa assicuratrice), a meno che l'esercente la professione sanitaria non vi abbia preso parte<sup>58</sup>.

In ultimo, l'art. 4, comma 2°, l. 24/2017, nel tentativo di ovviare all'asimmetria informativa tra le parti del giudizio, impone alle strutture sanitarie<sup>59</sup>, siano queste pubbliche o private, di fornire agli aventi diritto la documentazione clinica relativa al paziente entro sette giorni dalla richiesta<sup>60</sup>; una disposizione analoga è specificamente dettata dal 4° comma dell'art. 12 che, in tema di azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione, garantisce il diritto di accesso di quest'ultima, dell'esercente

<sup>56</sup> Invero, la norma introduce una modifica all'art. 1, comma 539, lett. a, della l. 208/2015.

<sup>57</sup> Così G. MAISIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 770, il quale rileva come tale disposizione non incida direttamente sul diritto di accesso a tale documentazione; inoltre, l'A. assimila tale preclusione alle limitazioni disposte da taluni *statutes* americani alla *discovery* dei risultati raggiunti in sede di indagine interna ad opera delle aziende ospedaliere.

<sup>58</sup> Critica sul punto M.A. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a F. P. Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. BOVE, Giappichelli, Torino, 2017, p. 441.

<sup>59</sup> In deroga agli artt. 22 e ss. della l. 241/1990 relativi alla procedura di accesso agli atti amministrativi.

<sup>60</sup> Il successivo comma 3° del medesimo articolo dispone altresì che le strutture sanitarie procedano alla pubblicazione, sul proprio sito internet, dei dati relativi ai risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio, monitorati attraverso la citata attività di prevenzione del rischio sanitario. Sul punto cfr., nuovamente, G. MAISIERI, *op. ult. cit.*, p. 770 il quale, nel premettere l'irrilevanza probatoria di tali dati, adombra il rischio di indebiti condizionamenti nel convincimento del giudice.

la professione sanitaria e del paziente danneggiato alla documentazione sanitaria in possesso della struttura.

Tanto premesso, occorre soffermarsi sulla natura giuridica e sull'efficacia probatoria delle informazioni annotate nella cartella clinica che, analizzata nel precedente paragrafo in ordine alle conseguenze della sua incompletezza, costituisce il contenuto della citata documentazione sanitaria<sup>61</sup>.

Sotto il profilo ermeneutico, tale documento a formazione progressiva<sup>62</sup>, consta di una molteplicità di informazioni essenziali ai fini del giudizio, alcune provenienti dal paziente<sup>63</sup>, altre di competenza degli stessi operatori sanitari.

Quanto al valore probatorio di tali annotazioni, occorre rilevare che, attualmente, la giurisprudenza penale è orientata a qualificare la cartella clinica in termini di atto pubblico, in quanto tale assistito da fede privilegiata sino a querela di falso<sup>64</sup>.

Al contrario, in sede civile, la natura di tale documento è ancora dibattuta<sup>65</sup>: in ragione della citata complessità strutturale della cartella clinica, la giurisprudenza attribuisce un diverso valore probatorio alle singole informazioni ivi annotate<sup>66</sup>; così, mentre per quanto attiene ai dati oggettivi in esso raccolti, tale documento rileva in qualità di certificazione amministrativa<sup>67</sup>, in ossequio al principio secondo cui nessuno può preconstituire una

<sup>61</sup> In generale, sul tema, v. A. PALMIERI – S. MUCCI, *La cartella clinica*, Liviana, Padova, 1992, *passim*.

<sup>62</sup> Cfr. V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1253, nonché C. SARTORETTI, *La cartella clinica tra diritto all'informazione e diritto alla privacy*, in *Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2010, p. 585.

<sup>63</sup> Infatti, nella cartella clinica non confluiscono esclusivamente i dati relativi alla condizione di salute del paziente, ma anche le dichiarazioni anticipate di trattamento e il modulo relativo al consenso informato, della cui rilevanza giuridica si è già parlato nel primo paragrafo del presente capitolo.

<sup>64</sup> Così Cass. pen. 17 febbraio 2004, n. 19557, in «Foro it.», 2005, II, coll. 485; sul punto cfr. V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1254, che, tuttavia, rileva che nel nostro ordinamento ai medici non possa riconoscersi la qualifica di pubblico ufficiale.

<sup>65</sup> Sul tema cfr. D. FIORDALISI, *La cartella clinica e la responsabilità del medico*, in *Responsabilità civile e penale e cartella clinica nell'attività medica* a cura di E. Appendino – M. Calderaro – D. Fiordalisi – S. Gatto – V. Nizza, Giappichelli, Torino, 2006 e F. BUZZI – C. SCLAVI, *La cartella clinica: atto pubblico, scrittura privata o tertium genus?*, in «Riv. it. med. legale», 1997, p. 1164, i quali definiscono la cartella clinica in termini di 'certificazione sanitaria' riconducibile ad una categoria documentale autonoma.

<sup>66</sup> Lo evidenzia V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1254, cui si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. 12 maggio 2003, n. 7201, «Rep. Foro it.», 2003, voce *Prova civile in genere*, n. 33.

prova a proprio favore, i pareri diagnostici e terapeutici sono liberamente apprezzabili dal giudice ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.

Merita, poi, un approfondimento la rilevanza assunta dalla relazione del consulente tecnico nel contenzioso relativo alla *medical malpractice*, la cui trattazione impone la necessità di un coordinamento con la disciplina dettata dall'art. 8, l. 24/2017; infatti, la riforma, confidando nella portata deflattiva dell'istituto, introduce una condizione di procedibilità alla domanda giudiziale del paziente<sup>68</sup>, costituita dall'accertamento tecnico preventivo disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c.<sup>69</sup>.

Se la dottrina maggioritaria<sup>70</sup> è concorde nell'attribuire a tale istituto una funzione duplice, rilevando vuoi sotto il profilo conciliativo, vuoi quale strumento di anticipazione dell'istruttoria, occorre notare che, ove la proposta di composizione bonaria della lite redatta dal consulente non vada a buon fine, l'automatica acquisizione di tale relazione nel successivo giudizio di merito non è altrettanto scontata, sicché residua la necessità di valutarne preventivamente l'ammissibilità e, in ultimo, la rilevanza<sup>71</sup>.

Nonostante le criticità evidenziate, la valorizzazione di tale strumento ad opera del legislatore può salutarsi con (modesto) favore, se non altro poiché prende ufficialmente atto del carattere specialistico connotante il contenzioso relativo alla *medical malpractice*, il cui esito è prevalentemente rimesso all'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio.

Tuttavia, la centralità (fisiologicamente) assunta dall'accertamento tecnico

<sup>68</sup> Alternativa al preventivo espletamento della procedura di mediazione di cui agli artt. 9 e 10 del d.lgs. 28/2010; sul tema si rinvia a G. RICCI, *in questo volume*, p. 135.

<sup>69</sup> Su cui v. *infra*, M. ADORNO, *in questo volume*, p. 105. Tra i primi contributi si segnalano altresì C. CONSOLO – P. BERTOLLINI – A. BUONAFEDE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corr. Giur.», 2017, p. 762; M.A. ZUMPANO, *op. ult. cit.*, p. 433.

<sup>70</sup> Cfr. A. TEDOLDI, *La tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in «Riv. dir. proc.» 2010, p. 805; A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, in «Corr. Giur.», 2006, p. 405, A. PANZAROLA, *L'istruzione preventiva riformata*, in «Giusto proc. civ.» 2006, p. 83.

<sup>71</sup> In tal senso cfr. A. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 818 e A.A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 413, nonché l'opposta opinione di A. PANZAROLA, *op. ult. cit.*, p. 136 il quale, ferma la necessità di un'istanza di parte, conclude per la sussistenza di un automatismo nell'acquisizione di tale relazione, stante l'inapplicabilità all'istituto *de quo* del disposto dell'art. 698, commi 1 e 2, c.p.c., dettato per le sole prove preventive in senso stesso. Sul tema, in ordine allo specifico settore della responsabilità sanitaria, cfr., altresì, G. PARISI, *in questo volume*, p. 162. La medesima questione è affrontata, seppur con riferimento all'eventuale espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione in luogo dell'accertamento tecnico preventivo, da M.A. ZUMPANO, *op. ult. cit.*, p. 436.

in ordine alla colpa del professionista contribuisce, unitamente all'applicazione del principio di prossimità della prova in sede di ripartizione dell'*onus probandi* relativo al nesso di causalità, a stemperare notevolmente la rilevanza del mutamento del titolo di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria disposta dalla riforma.

In conclusione, l'espresso richiamo all'art 2043 c.c. rischia di spiegare la propria portata innovativa esclusivamente in ipotesi limite<sup>72</sup>, ovvero sia qualora, nel corso dell'istruttoria emergano fattori causali sconosciuti che, nonostante l'adozione della diligenza dovuta dal professionista ai sensi del 2° comma dell'art. 1176 c.c., abbiano cagionato il danno alla salute lamentato.

Sul punto sia consentito un ultimo rilievo: la diversa ripartizione del rischio delle concause ignote costituisce, nella teoria della responsabilità, il discrimine attraverso cui distinguere la responsabilità oggettiva da quella soggettiva che, a prescindere dalla natura contrattuale o aquiliana di quest'ultima, presuppone la colpa<sup>73</sup>; in tal senso, nel qualificare il titolo di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria in netta discontinuità con il passato, l'art. 7, l. 24/2017 – tacciata, per questo, di miopia<sup>74</sup> – introduce un prezioso argine alle derive interpretative cui la presunzione del nesso di causalità accolta dalla giurisprudenza ha condotto in tema di responsabilità medica<sup>75</sup>.

L'intento citato sembra però sconfessato dal successivo comma 4° del medesimo articolo che, nel valorizzare l'osservanza delle già citate buone pratiche e linee guida accreditate presso la comunità scientifica a scapito del criterio di diligenza soggettiva *ex art.* 1176, 2° comma, c.c.<sup>76</sup>, attua un'oggettivazione dell'attività sanitaria e, di conseguenza, della responsabilità connessa all'esercizio di quest'ultima.

---

<sup>72</sup> R. PARDOLESI, *op. ult. cit.* 265; M. HAZAN, *op. ult. cit.*, p. 83.

<sup>73</sup> Cfr., in tal senso, M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. della resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Giuffrè, Milano, 2010, p. 245; M. COMPARTI, *Fatti illeciti, le responsabilità oggettive*, in *Comm. Schlesinger, artt. 2049-2053*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 23.

<sup>74</sup> L. LAMBO, *op. ult. cit.*

<sup>75</sup> Peraltro in deroga alla disciplina codicistica in tema di responsabilità contrattuale.

<sup>76</sup> Si rinvia a S. CALVIGIONI, *in questo volume*, p. 203.

*Abstract*

Nel ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale e normativa subita dalla responsabilità sanitaria, l'elaborato predilige l'analisi dei profili attinenti alla ripartizione del relativo onere probatorio, così da offrire una ricognizione dei possibili esiti interpretativi cui si espone l'attuale regime di responsabilità delineato dalla l. 24/2017.

*Nota biografica*

Ginevra Ammassari è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e Diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

È autrice di note e commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati su riviste scientifiche italiane.



Simone Calvigioni

*Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*

SOMMARIO: 1. Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali nella responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. – 2. Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali nel processo civile. – 3. La quantificazione del danno. – 4. Segue: le tabelle di cui al codice delle assicurazioni private. – 5. Segue: il sindacato sulla quantificazione del danno (cenni sul giudizio di Cassazione).

*1. Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali nella responsabilità dell'esercente la professione sanitaria*

Secondo la definizione comunemente seguita, le linee guida mediche sono «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni di esperti, con lo scopo di aiutare i medici e i pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche<sup>1</sup>».

Negli ultimi decenni si è registrato un aumento significativo dei soggetti impegnati nell'elaborazione delle linee guida, il cui numero si è moltiplicato. Si è fatto notare, peraltro, che talvolta le linee guida (specialmente se elaborate nell'ambito di strutture sanitarie) sono finalizzate più al contenimento ed alla razionalizzazione delle risorse economiche profuse nell'esercizio della professione medica che non alla migliore cura del paziente (con le conseguenti ripercussioni sulla validità di tali linee guida ai fini dell'individuazione della corretta condotta che dovrebbe tenere l'esercente la professione sanitaria)<sup>2</sup>.

L'importanza delle linee guida, quindi, è andata progressivamente aumentando nell'ambito dei giudizi per l'accertamento di responsabilità degli operatori sanitari e l'attenzione della pratica forense nei confronti di

---

<sup>1</sup> M.J. FIELD-K.N. LOHR, *Guidelines for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, National Academy Press, Washington, DC, 1992.

<sup>2</sup> Cfr., in tema, S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*, in *La nuova responsabilità professionale sanitaria*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 38 ss.

tali strumenti (che storicamente rappresentato un punto di orientamento fondamentale per consulenti tecnici e periti nei giudizi civili e penali) è stata sempre elevata.

Con il d.l. 13 settembre 2012 n. 158, convertito in legge con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012 n. 189, c.d. Decreto Balduzzi, il legislatore ha espressamente attribuito un ruolo centrale alle linee guida mediche sia nell'ambito dell'accertamento della responsabilità penale, sia di quella civile. L'art. 3, 1° comma, del suddetto decreto prevedeva infatti che «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»<sup>3</sup>.

Con la l. 8 marzo 2017 n. 24, il legislatore ha disciplinato nuovamente la materia apportando novità di rilievo rispetto alla riforma di cui al d.l. 158/12. Anche nell'attuale assetto normativo, tuttavia, le linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali hanno mantenuto (o addirittura incrementato) il loro ruolo nell'ambito delle fattispecie di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, sia in ambito penale, sia in ambito civile<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Tra le numerosissime opere di commento ed analisi delle disposizioni del decreto Balduzzi, v. M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in «Danno e resp.», 2015, pp. 881 ss; P. PICCIALLI, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in «Contratto e impr.», 2015, pp. 560 ss.

<sup>4</sup> In particolare, l'art. 5, 1° comma, l. 24/17, stabilisce che l'esercente la professione sanitaria debba attenersi, nell'esecuzione delle sue prestazioni, «salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali». Il 3° comma del medesimo articolo stabilisce che «le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare [...] entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni». L'art. 6 della l. 24/17 introduce nel codice penale l'art. 590 *quinquies*, il quale prevede che, qualora i fatti relativi ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 siano stati commessi nell'esercizio

La disposizione specificamente dettata per disciplinare la responsabilità civile del medico, contenuta nell'art. 7, 3° comma, l. 24/17, stabilisce che «l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente<sup>5</sup>. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590 *sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge».

Dalla lettura delle disposizioni della l. 24/17 di riferimento si evince, in estrema sintesi, che: *a)* esiste oggi un sistema di accreditamento per i soggetti che possono stilare linee guida<sup>6</sup>; *b)* è stato istituito una sorta di catalogo ufficiale delle linee guida riconosciute, che deve essere reso pubblico<sup>7</sup>; *c)* è doveroso per l'esercente la professione sanitaria adeguare la propria condotta alle linee guida in tal modo riconosciute come valide; *d)* è altrettanto doveroso per l'esercente la professione sanitaria discostarsi dalle linee guida qualora le peculiarità del caso specifico lo richiedano; *e)* è doveroso, per l'esercente la professione sanitaria, seguire le buone pratiche clinico-assistenziali nel caso in cui non vi siano linee guida confacenti al caso tra quelle riconosciute<sup>8</sup>; *f)* l'aver correttamente seguito le linee

---

della professione sanitaria e «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».

<sup>5</sup> Per riferimenti in ordine della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria si rinvia a G. AMMASSARI, in *questo volume*, pp. 9 ss.

<sup>6</sup> Per delle considerazioni critiche sul tema v. C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24*, Milano, 2017, pp. 236 ss.; M. ALTOMARE et. al., *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge Gelli-Bianco*, in «Il Civilista», fasc. 98, Milano, 2017, pp. 22 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike Giuridica, Roma, 2017, 12.

In data 2 agosto 2017 il Ministero della Salute ha emanato, ai sensi dell'art. 5, l. 24/17, il Decreto che istituisce e regola l'elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie che avranno il compito di elaborare le linee guida cui gli esercenti le professioni sanitarie si devono attenere nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie. Il Decreto è consultabile al seguente link <<http://www.sanitainformazione.it/wp-content/uploads/2017/08/decreto.pdf>>.

<sup>7</sup> Per l'analisi del tema e di alcune problematiche ad esso connesse, v. S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *op. cit.*, pp. 48 ss.

<sup>8</sup> Sulle difficoltà che si incontrano nell'attribuzione di un significato chiaro e univoco all'espressione «buone pratiche clinico-assistenziali», v., *ex multis*, A. VALLINI, *L'art. 3 del*

guida riconosciute (nei casi in cui le peculiarità del caso non richiedevano di discostarsene<sup>9</sup>) è sufficiente ad escludere la punibilità per i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., ma non è (necessariamente) sufficiente ad escludere il sorgere dell'obbligazione risarcitoria in capo all'esercente la professione sanitaria<sup>10</sup>; g) il giudice è tenuto a modulare l'importo del

*“Decreto Balduzzi” tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazione testuali, dubbi di costituzionalità*, in «Riv. it. medicina legale», 2013, p. 742.

Una definizione di buone pratiche accolta in dottrina è quella che le descrive come «protocolli, schemi rigidi e predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico che descrivono le procedure alle quali l'operatore sanitario deve strettamente attenersi in una determinata situazione».

Sulla portata della categoria delle buone pratiche e sul rapporto tra tale categoria e quella delle linee guida, alla luce della legge Gelli, v., anche, G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, 15; S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *op. cit.*, 40 ss.; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ.», 2017, II, pp. 757 ss.

Il Ministero della Salute, con decreto del 29 settembre 2017, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 23 ottobre 2017, ha istituito, in applicazione dell'art. 3, l. 24/17, l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità. L'Osservatorio, tra le altre cose, «individua idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e per il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure da parte delle strutture sanitarie, nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie anche attraverso la predisposizione di linee di indirizzo; effettua, sulla base dei dati acquisiti dai Centri per la gestione del rischio sanitario, il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure a livello nazionale».

<sup>9</sup> Per delle riflessioni sul significato dell'inciso «salve le specificità del caso concreto», di cui all'art. 5, l. 24/17, v. G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, 21 ss., il quale si chiede se «il motivo idoneo a disattendere le linee guida o le buone pratiche (ossia la specificità del caso concreto) deve necessariamente essere di carattere clinico-anamnestico oppure può consistere anche in circostanze relative alle linee guida stesse (come la mancanza di aggiornamento o il contenuto economicistico) e all'organizzazione della struttura sanitaria (ad es. la presenza di macchinari inadatti rispetto all'attuazione di quelle linee guida)», e afferma che «poiché la funzione del richiamo degli artt. 5 e 6 alle 'specificità del caso concreto' consiste nel tutelare al meglio il diritto alla salute, appare logico che le circostanze idonee a determinare l'inosservanza delle linee guida siano non solo quelle clinico-anamnestiche, ma tutte quelle che mettono in pericolo tale valore costituzionalmente garantito».

<sup>10</sup> Al riguardo v. C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in <<http://bit.ly/2haFYVo>>, 7, secondo cui «quanto agli aspetti civilistici le modifiche sono di minore rilievo ma significative. Sia pure con una riformulazione delle norme rimane fermo il principio che l'esclusione della responsabilità penale – ai sensi dell'art. 590 *sexies* c.p. di nuova introduzione per avere, l'agente, agito con imperizia ma rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali – non comporta il venir meno della responsabilità civile».

Nello stesso senso cfr. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Seconda parte)*, in «Studium iuris», 2017, p. 785, cui si rinvia per altri riferimenti.

risarcimento dovuto dall' esercente la professione sanitaria avendo come punto di riferimento la condotta che avrebbe dovuto essere seguita in applicazione delle linee guida o delle buone pratiche adatte al caso, nonché il grado della sua colpa<sup>11</sup>; *h*) la possibilità di modulare il risarcimento dovuto ai sensi del punto precedente non si applica anche con riferimento all' obbligo risarcitorio della struttura sanitaria<sup>12</sup>; *i*) il legislatore ha chiaramente inteso ricondurre la responsabilità dell' esercente la professione sanitaria nell' ambito della responsabilità aquiliana (tranne nei casi in cui egli abbia concluso un contratto con il paziente).

Si evidenzia che la disposizione di cui all' art. 6, l. 24/2017, richiamata da quella di cui all' art. 7 in tema di responsabilità civile, limita l' operatività della causa di non punibilità dovuta al rispetto delle linee guida o delle buone pratiche ai casi in cui l' evento si sia verificato per imperizia dell' esercente la professione sanitaria<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> In particolare, la dottrina maggioritaria ritiene che anche alla luce della l. 24/17 il giudice sia tenuto a diminuire l' importo del risarcimento da corrispondere nel caso in cui il medico, pur avendo commesso un qualche errore fonte di responsabilità civile, si sia attenuto alle linee guida o buone pratiche adatte al caso. Si dubita, invece, che il giudice possa anche aumentare l' importo del risarcimento da corrispondere nel caso in cui la condotta del medico si discosti significativamente da quella che avrebbe dovuto essere tenuta e sia gravemente colposa. Tale ultima soluzione, tuttavia, non pare essere esclusa dalla lettera della legge, che si limita a stabilire che il medico debba calibrare la portata del risarcimento tenendo conto della condotta dell' esercente la professione sanitaria (e quindi anche della sua colpa). Nella ricostruzione della portata della disposizione potrà verosimilmente avere un ruolo importante la recente pronuncia delle Sezioni Unite che ha affermato il principio secondo cui l' istituto dei c.d. danni punitivi non è necessariamente contrario all' ordine pubblico ed ai principi del nostro ordinamento (v. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in <<http://bit.ly/2ygezYj>>).

Si veda, al riguardo, M. FACCIOLI, *op. ult. cit.*, p. 786, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. In particolare, per riferimenti sui c.d. danni punitivi si rinvia alla nota n. 32.

<sup>12</sup> In tal senso cfr., tra gli altri, G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, pp. 129 ss.; C. MASIERI, *op. cit.*, p. 762.

<sup>13</sup> In tal senso v., ad es., A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in «Contratti», 2017, p. 229; R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in «Foro it.», 2017, V, col. 161.

Per dei dubbi relativi alla ragionevolezza di tale approccio v. la nota n. 35.

Si segnala, tuttavia, che spesso nella pratica non è facile distinguere nettamente i confini tra l' uno e l' altro tipo di colpa, tanto è vero che anche la giurisprudenza, tenuto conto di ciò, ha talvolta inteso limitare l' importanza della distinzione al fine di privilegiare la ragionevolezza della decisione. Con riferimento alla disciplina di cui al decreto Balduzzi, v., ad es., Cass. 9 ottobre 2014, n. 47289, in <<http://bit.ly/2hb1bBf>>, in cui si legge che «non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell' agente sia quello della diligenza».

Risulta quindi evidente la centralità assunta dalle linee guida nell'attuale assetto della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, in quanto esse (così come le buone pratiche, nei casi in cui non vi siano linee guida validate adatte al caso specifico) rilevano sia ai fini del giudizio sull'*an* della responsabilità, sia ai fini della determinazione del *quantum debeatur*<sup>14</sup>. Inevitabilmente, quindi, anche la difesa delle parti non potrà fare a meno di confrontarsi con esse. Verosimilmente l'individuazione della linea guida e della buona pratica di riferimento dovrà essere effettuata prima dell'instaurazione della causa, al fine di individuare la condotta che avrebbe dovuto essere tenuta, che andrà poi confrontata con quella effettivamente tenuta anche per l'allegazione e l'addebito della colpa dell'esercente la professione sanitaria. Buona parte della partita (*id est*, dell'esito delle controversie risarcitorie per responsabilità sanitaria) si giocherà quindi già sul terreno della individuazione della linea guida o della buona pratica confacente al caso. È inevitabile che un ruolo fondamentale sarà giocato (come di regola nella cause per l'accertamento della responsabilità sanitaria) dai consulenti tecnici<sup>15</sup>.

La novella legislativa sopra riportata pone diversi interrogativi; in questa sede si limiterà l'indagine soltanto ad alcuni di essi. Si tenterà in particolare di capire in che modo le linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali entrino nel processo; in che modo il rispetto (o il mancato rispetto) delle linee guida o delle buone pratiche adeguate al caso concreto incida sul *quantum* dell'obbligazione risarcitoria; quali sono gli strumenti processuali per compiere il controllo sulla valutazione del giudice di prime cure in ordine alla quantificazione del danno.

---

Nella dottrina cfr. C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica. Le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in <<http://bit.ly/2w981az>>, 12 ss., il quale, nel compiere un'analisi della l. 24/17 riguardante il profilo della responsabilità penale, effettua delle riflessioni sul tema della distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza che paiono utili anche ai fini della responsabilità civile.

<sup>14</sup> V., sul punto, M. FACCIOLI, *op. ult. cit.*, pp. 786-787.

G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, p. 9, sostiene che per costituire un valido punto di riferimento, anche nel giudizio civile, la linea guida o la buona pratica clinico-assistenziale debba essere «consolidata e pubblicata» anteriormente alla condotta dell'esercente la professione sanitaria.

<sup>15</sup> Sull'importanza assunta dalla consulenza tecnica di ufficio nelle cause per responsabilità medica, e sui limiti in cui la decisione di merito che alla relazione del consulente d'ufficio aderisca può essere censurata in sede di legittimità, v., tra le più recenti, Cass., ord. 25 luglio 2017, n. 18358, in <[www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it)>.

## 2. Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali nel processo civile

La questione relativa alle modalità di ingresso delle linee guida e delle buone pratiche nel processo civile va risolta anche affrontando il tema della ripartizione dell'onere della allegazione e della prova nei giudizi per responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, il tema del valore e dell'efficacia del meccanismo di riconoscimento e pubblicazione c.d. ufficiale delle linee guida introdotto dalla l. 24/17, il tema del ruolo del giudice e dei suoi (eventuali) poteri nella valorizzazione delle linee guida, nonché quello relativo al ruolo dei consulenti tecnici di ufficio e della loro facoltà di selezionare autonomamente le linee guida o le buone pratiche cui fare riferimento.

Partendo dalla ripartizione dell'onere della prova (e della allegazione) relativa ai fatti rilevanti nell'ambito della fattispecie della responsabilità medica<sup>16</sup>, occorre ricordare che, come accennato sopra, la l. 24/2017 ha espressamente collocato la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (salvo il caso in cui un contratto sia stato concluso con il paziente<sup>17</sup>), mentre la responsabilità della struttura sanitaria rimane di natura contrattuale.

Nelle cause per responsabilità extracontrattuale è l'attore stesso ad avere l'onere di allegare e provare, di regola, tutti gli elementi della fattispecie, e quindi la condotta, l'evento, il nesso di causalità ed anche il dolo o la colpa del danneggiante.

Nelle cause per responsabilità contrattuale promosse dal danneggiato, invece, è il danneggiante/inadempiente ad avere l'onere di allegare e provare il fatto che l'inadempimento da cui è derivato il danno non è a lui imputabile, non essendo egli passibile di rimprovero neanche a titolo di colpa.

Secondo il paradigma della responsabilità extracontrattuale sarebbe dunque il paziente danneggiato (che agisce contro il medico) a dover allegare e provare, tra le altre cose, la condotta tenuta dall'esercente la professione sanitaria, quella che avrebbe dovuto essere tenuta (secondo la linea guida precedentemente individuata o buona pratica clinico-assistenziale di riferimento), e quindi la colpa dell'esercente stesso, consistente nella negligenza, imprudenza o imperizia tenute nell'esercizio dell'attività<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Su cui si veda, più diffusamente, G. AMMASSARI, in *questo volume*, pp. 10 ss.

<sup>17</sup> L'esempio ricorrente nella dottrina che si è occupata della questione riguarda il rapporto tra chirurgo estetico ed il suo paziente, che di solito è regolato da un contratto. Per delle riflessioni e degli esempi sul tema v. M. BOMBELLI-G. CASPANI-M. IATO, *La riforma della responsabilità sanitaria*, Keyeditore, Frosinone, 2017, pp. 76 ss.

<sup>18</sup> Diverse pronunce della Cassazione penale, nel vigore del decreto Balduzzi, hanno

Con riferimento all'imperizia, in particolare, sarebbe il danneggiato ad avere l'onere di allegare e provare che l'esercente la professione sanitaria avrebbe dovuto seguire una determinata linea guida (compresa tra quelle riconosciute ed inserite nell'apposito elenco ufficiale) o una determinata buona pratica clinico-assistenziale, e provare che ciò non è avvenuto nel caso di specie (o non è avvenuto correttamente), con conseguente produzione del danno<sup>19</sup>.

L'attività difensiva dell'esercente la professione sanitaria volta a dimostrare che la linea guida o la buona pratica indicata dal danneggiato è stata invece seguita correttamente, ovvero che è stata seguita una diversa linea guida o buona pratica confacente al caso di specie, pare quindi configurare l'esercizio di una mera difesa.

Nell'ambito della responsabilità contrattuale, invece, l'esercente la professione sanitaria avrebbe l'onere di allegare e provare di avere seguito correttamente la linea guida o la buona pratica adeguata al caso concreto, al fine di dimostrare che il danno non è a lui imputabile<sup>20</sup>.

---

affermato che l'onere dell'allegazione della linea guida di riferimento incombe in capo all'esercente la professione sanitaria che chiede l'applicazione della causa di esonero della responsabilità di cui all'art. 3, d.l. 158/12. Tale allegazione sarebbe necessaria per «consentire al giudice di verificare: a) la correttezza e l'accreditamento presso la comunità scientifica delle pratiche mediche indicate dalla difesa; b) l'effettiva conformità ad esse della condotta tenuta dal medico nel caso in esame» (così Cass. 18 dicembre 2014, n. 21243, in <<http://bit.ly/2uHF5CW>>; cfr., anche, Cass. 9 ottobre 2015, n. 40708, in <<http://bit.ly/2tLYjKo>>). Sostiene che tale approdo sia valido, in ambito penale, anche con riferimento alle disposizioni della l. 24/17, G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, p. 8. Non si rinvencono pronunce dei giudici civili aventi analogo tenore, ma l'allegazione della linea guida di riferimento nell'atto introduttivo, unitamente all'allegazione della condotta tenuta, appare importantissima ai fini della necessaria chiarezza e completezza dell'atto stesso, e quindi ai fini della soddisfazione del requisito di cui al n. 4 dell'art. 163 c.p.c., richiamato dall'art. 702 *bis* c.p.c.

Cfr., anche, S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *op. cit.*, p. 81.

Sull'onere della prova nella responsabilità medica v., anche, A. BARBARISI, *op. cit.*, p. 217 ss.

<sup>19</sup> Si veda, sul punto, G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, p. 25, secondo cui «se l'interpretazione dell'art. 7 sposterà sul paziente l'onere di provare la colpa del professionista, considerare la violazione delle linee guida ex art. 5 come colpa specifica consentirebbe di limitarsi a dimostrare la differenza tra condotta indicata nella linea guida e quella tenuta in concreto; mentre sarebbe il sanitario a dover provare che le specifiche circostanze del caso clinico rendevano necessario discostarsi dalle linee guida», ma poi sembra escludere che la violazione delle linee guida dia luogo a colpa specifica (cfr. p. 28).

Per un riferimento alla colpa specifica cfr., anche, M. ALTOMARE et. al., *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge Gelli-Bianco*, in «Il Civilista», 2017, fasc. 98, p. 22.

<sup>20</sup> Sul tema cfr. M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in «Danno e resp.», 2017, p. 279, il quale afferma che «laddove sussistano e siano credibili linee guida, queste siano il presupposto per l'assolvimento dell'onere della prova sul punto dell'adempimento

Tali attività difensive dovrebbero svolgersi, ai sensi dell'art. 8, 3° comma, l. 24/17, secondo i tempi e con le modalità di cui al rito che il legislatore ha prescritto per la trattazione delle cause relative alla responsabilità sanitaria, ossia con le forme del rito sommario di cognizione, di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.<sup>21</sup>

La concentrazione che caratterizza la fase introduttiva di tale rito, con le sue rigide preclusioni, impone quindi alle parti di svolgere pienamente le proprie difese e di effettuare le proprie produzioni e richieste istruttorie nel ricorso introduttivo e nella comparsa di costituzione e risposta, salva comunque la facoltà per il giudice di disporre poi una consulenza tecnica (o una nuova consulenza tecnica, rispetto a quella eventualmente già svolta in fase stragiudiziale), che, come noto, assume rilevanza fondamentale nei giudizi per responsabilità medica, sia in ordine all'*an*, sia in ordine al *quantum debeatur*.

La dottrina, tuttavia, anche sulla base dell'analisi della prassi, evidenzia come nella pratica, in questa materia, la ripartizione dell'onere della allegazione e della prova della linea guida o della buona prassi che avrebbe dovuto essere seguita, nonché della condotta effettivamente tenuta dall'esercente la professione sanitaria, appare sfumata e non così rigida come in altri settori dell'ordinamento<sup>22</sup>.

È infatti valorizzato il ruolo che assume la consulenza tecnica di ufficio (imprescindibile nelle cause per responsabilità sanitaria) nella selezione delle linee guida o buone pratiche che avrebbero dovuto essere seguite e nella ricostruzione della condotta effettivamente tenuta, nonché nell'eventuale quantificazione del grado e della misura in cui la condotta tenuta si sia discostata da quella che avrebbe dovuto essere seguita<sup>23</sup> (valutazione

---

esatto dell'obbligazione, tanto nell'ipotesi in cui siano state seguite pedissequamente, quanto nell'ipotesi in cui siano state derogate. Del resto se c'è una linea guida o una buona pratica accreditata dalla comunità scientifica significa che una *best practice* è stata riconosciuta, sicché è opportuno che sia il professionista a dover spiegare perché non l'ha osservata, accollandosi così il rischio di non rispondere a quel canone di perizia e di diligenza che l'esecuzione della sua prestazione richiede. Qui si tratta di prova della perizia, della diligenza e della prudenza richieste da parte del professionista e non già applicazione di un evanescente principio di vicinanza della prova».

<sup>21</sup> Sul tema si rinvia a G. PARISI, in *questo volume*, pp. 151 ss.

<sup>22</sup> Sul rapporto tra onere probatorio e consulenza tecnica di ufficio si veda B. RADOS-P. GIANNINI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 33 ss.

<sup>23</sup> Si veda, al riguardo, M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 273, secondo cui «nel corso del tempo, si è affinata una prassi che, quand'anche la prova della colpa debba incombere alla vittima, la sua oggettivazione porta a spostare la formazione sulla consulenza tecnica. Al riguardo c'è chi ha parlato di "vicinanza della prova", che tenderebbe a spostare l'onere dalla vittima al

importantissima anche ai fini della modulazione del risarcimento).

Una parte della dottrina, commentando la l. 24/2017, ha anche valorizzato il riconoscimento ministeriale dei soggetti abilitati a produrre valide linee guida, nonché l'istituzione del «Sistema nazionale per le linee guida (SNLG)» (nel quale dovranno confluire ed essere raccolte e pubblicate le linee guida riconosciute come valide e da seguire), per sostenere che oggi le linee guida sarebbero entrate nel sistema delle fonti del diritto, con la conseguenza che la loro conoscenza ed il loro impiego rientrerebbe nella sfera dei doveri del giudice, a prescindere dalle allegazioni delle parti<sup>24</sup>. Tale soluzione, che avrebbe dei riflessi anche sulla sindacabilità della decisione di merito nel giudizio di legittimità (su cui v. *infra*, § 5), pare tuttavia eccessiva. Da un lato, infatti, la circostanza secondo cui sia stato istituito un meccanismo di riconoscimento e catalogazione delle linee guida non pare di per sé sufficiente a conferirgli dignità di fonte del diritto; dall'altro lato, l'individuazione delle linee guida o delle buone pratiche adatte al caso di specie non può prescindere dal possesso di un sapere altamente specialistico nella materia medica, che soltanto il consulente tecnico può avere.

Seppure sia vero e fisiologico che un ruolo centrale nell'individuazione della linea guida o della buona pratica che avrebbe dovuto essere seguita e nella ricostruzione della condotta tenuta spetti alla consulenza tecnica

---

medico; chi ha ragionato nei termini di una oggettivazione della colpa verso la perizia, il cui accertamento non può prescindere da uno studio peritale; chi più radicalmente ha concluso che è tempo di spostare il consulenza tecnica dagli strumenti di ausilio del giudice ai mezzi di prova in senso tecnico. Resta il fatto che in concreto la distinzione fra i due regimi dell'onere della prova tende a diminuire nella prassi, per via delle dinamiche che si creano nel processo». Cfr., anche, M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in «Danno e resp.», 2017, p. 83; L. MATTINA, «Legge Balduzzi»: *diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*, *id.*, 2015, p. 68.

<sup>24</sup> Si veda M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 278, secondo cui «le linee guida, altrimenti intese anche come regola dell'arte medica, sono sempre entrate nel processo civile o penale, attraverso il lavoro del consulente tecnico d'ufficio, come ho già ricordato; sebbene egli fosse libero di farvi o di non farvi richiamo, nonostante la mancanza di una precisa prova sulla loro esistenza fornita dalla parte. Ora il giudice è chiamato a darvi applicazione poiché, con qualche approssimazione, si può dire *iura novit curia*. In concreto, il richiamo effettuato dalla legge ad una norma diversa da quella del sistema delle fonti del diritto attrae quest'ultima e la colloca ad un grado che non potrebbe avere. Per effetto della l. in commento, la linea guida formalmente entra nel sistema delle fonti del diritto, sostanzialmente conserva una cogenza e un'efficacia diversa da quella di qualsiasi altra norma di diritto positivo, sia per efficacia che per origine».

Per delle considerazioni simili cfr. M. ALTOMARE et. al., *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge Gelli-Bianco*, *cit.*, p. 22.

di ufficio (nel contraddittorio fondamentale con le difese tecniche delle parti), occorre tenere nella dovuta considerazione, da un lato, il fatto che ciò non esclude l'operatività del principio dell'onere della prova inteso come regola di giudizio in base alla quale decidere la controversia (a prescindere da come i fatti e le prove siano entrati nel processo) e, dall'altro lato, la necessità che sia rispettato pienamente il diritto di difesa della parte nei cui confronti è rivolta la domanda risarcitoria.

Appare quindi necessario, a tal fine, che la domanda non sia eccessivamente vaga, generica e totalmente priva di riferimenti alla condotta tenuta ed a quella che avrebbe dovuto essere tenuta<sup>25</sup>, nonché di mezzi di prova a sostegno delle allegazioni fattuali, altrimenti il convenuto non saprebbe come orientare la propria difesa (e la eventuale consulenza tecnica d'ufficio rischierebbe di assumere carattere esplorativo)<sup>26</sup>. D'altra parte, appare pure difficile ed inopportuno imbrigliare l'opera dei consulenti tecnici di ufficio alle allegazioni delle parti, dovendo anche i tecnici nominati dal giudice essere liberi di valutare il caso in scienza e coscienza per fornire poi la relazione.

Al riguardo, quindi, sembra importante ed utile anche per la precisione nella formulazione della domanda ed ai fini della garanzia di un adeguato rispetto per i diritti della difesa, la fase stragiudiziale che necessariamente deve essere svolta prima dell'instaurazione della lite, stante la condizione di procedibilità rappresentata alternativamente dallo svolgimento di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art. 696 *bis* c.p.c.<sup>27</sup>, oppure della mediazione ex d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28<sup>28</sup>.

Nell'ottica del necessario rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova, nell'ambito del processo per responsabilità dell'esercente la professione sanitaria regolato dalle disposizioni di cui agli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c., sarà poi fondamentale il ruolo delle difese affidate ai consulenti tecnici di parte (sia nel corso del processo stesso, qualora venga disposta una consulenza tecnica di ufficio, sia prima del processo, nella fase stragiudiziale che si svolge con le forme della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 *bis* c.p.c., ovvero con le forme della mediazione obbligatoria).

Sarà infatti fondamentale l'opera del consulente di parte nell'orientare anche il consulente tecnico di ufficio nella scelta della linea guida o della

<sup>25</sup> Si tenga presente la necessità che l'atto introduttivo del giudizio soddisfi i requisiti di cui all'art. 163 c.p.c., ivi compreso quello di cui al 3° comma, n. 4.

<sup>26</sup> Cfr., al riguardo, B. RADOS-P. GIANNINI, *op. cit.*, p. 36.

<sup>27</sup> Su cui si rinvia a M. ADORNO, in *questo volume*, pp. 105 ss.

<sup>28</sup> Su cui si rinvia a G. RICCI, in *questo volume*, pp. 131 ss.

buona pratica di riferimento, nella individuazione delle peculiarità del caso concreto, nonché nella ricostruzione e valutazione della condotta (e della eventuale colpa dell'esercente la professione sanitaria).

Buona parte del diritto di difesa e del rispetto del principio del contraddittorio, nei processi per responsabilità medica, pare dunque affidato al dialogo tra consulenti del giudice e consulenti di parte, a maggior ragione alla luce delle recenti riforme legislative, che hanno accresciuto il ruolo delle linee guida e delle buone prassi.

I consulenti del giudice, quindi, devono più che mai avere una preparazione specialistica, essere avvezzi alle dinamiche del processo e sensibili al rispetto dei principi che lo governano; anche in ragione di ciò il legislatore della riforma ha dedicato uno specifico articolo della legge (cfr. art. 15, l. 24/17) alla descrizione delle caratteristiche che i consulenti del giudice devono possedere per essere nominati<sup>29</sup>.

### 3. La quantificazione del danno

Un aspetto centrale della disciplina della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria è quello relativo al prescritto dovere del giudice di tenere conto della condotta dell'esercente la professione ai sensi dell'articolo 5 della l. 24/17 e dell'articolo 590 *sexies* c.p. nella determinazione del *quantum debeatur*.

Il giudice, quindi, potrà e dovrà condannare l'esercente la professione sanitaria ad un risarcimento anche inferiore a quello che garantirebbe l'integrale ristoro dei danni patiti dal paziente, se la condotta del danneggiante è stata orientata dalla linea guida o dalla buona pratica clinico-assistenziale adeguata al caso specifico.

Seppure, come detto, la dottrina maggioritaria appare contraria, potrebbe sostenersi che valga anche l'opposto, ossia che il medico potrebbe essere condannato a corrispondere un *surplus* rispetto a quello che sarebbe l'integrale ristoro del danno, nel caso in cui la sua condotta si sia discostata significativamente dalla linea guida o buona pratica che avrebbe

<sup>29</sup> Sul punto cfr. C. MASIERI, *op. cit.*, p. 766, secondo cui «in conformità con l'art. 191, 2° comma, c.p.c., l'art. 8, 4° comma, della novella – facendo rinvio all'art. 15 – impone al giudice la nomina di almeno due consulenti, ossia 'un medico specializzato in medicina legale e (...) uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento', i quali inoltre dovranno essere 'in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi'».

dovuto essere seguita (e sia quindi ravvisabile una colpa grave)<sup>30</sup>.

L'art. 7, 3° comma, l. 24/17, infatti, dispone genericamente che «il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria [...]».

Pare quindi che il legislatore abbia inteso valorizzare anche in sede civile le modalità della condotta, nonché il grado e l'intensità della colpa, ai fini della quantificazione del risarcimento da corrispondere al paziente danneggiato (oltre che al fine di decidere in ordine all'*an debeatur*), sulla falsariga di quanto avviene ai sensi dell'art. 133 c.p. ai fini della commisurazione della pena da infliggere in concreto al reo<sup>31</sup>.

L'eventuale possibilità di condannare l'esercente la professione sanitaria alla corresponsione di un risarcimento anche maggiore rispetto all'effettiva entità del danno subito da paziente richiama il tema dei c.d. danni punitivi, che non è possibile affrontare compiutamente in questa sede e sul quale si è già formata una rilevante mole di studi che si inserisce nell'attualissimo dibattito relativo alla funzione della responsabilità civile in generale, ai quali si rinvia<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Cfr., sul punto, le riflessioni di M. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in «Nuova giur. civ.», 2014, II, pp. 108 ss., il quale ha escluso che possa darsi luogo all'aumento del risarcimento in caso di colpa grave, ma sul presupposto secondo cui i c.d. danni punitivi non fossero compatibili con il nostro ordinamento (presupposto che appare quanto meno da ridiscutere alla luce del recente arresto di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in <<http://bit.ly/2vgezYj>>).

Si interroga sulla questione anche G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, p. 128 ss., il quale, pur portando argomenti a favore della tesi che consente la modulazione del risarcimento anche in aumento, esclude che ciò sia possibile, facendo leva sulla lettera della legge che non autorizza espressamente un tale aumento e sulla *ratio* complessiva della riforma, che è volta a limitare la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria e l'importo dei risarcimenti.

Cfr., anche, G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in <<http://giustiziacivile.com/danno-e-responsabilita/editoriali/vaghi-appunti-sulla-riforma-della-responsabilita-sanitaria>>, il quale afferma che la legge Gelli ha introdotto una fattispecie di danno «de-punitivo» e riflette sulla possibilità che ai sensi della stessa legge si dia luogo ad un aumento del risarcimento in caso di colpa grave.

<sup>31</sup> Commentando la simile disposizione di cui all'art. 3, d.l. 158/12, M. FACCIOLO, *op. ult. cit.*, pp. 106 ss., dà conto del fatto che una parte della dottrina ne ha limitato l'ambito di operatività alla quantificazione del solo danno morale, sul presupposto che per le altre voci di danno debba valere il principio dell'integralità del risarcimento; sul punto cfr., anche, G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, p. 131.

<sup>32</sup> Cfr. S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *op. cit.*, p. 83 ss., che si è occupato del tema con specifico riferimento alla responsabilità medica; in generale, *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in «Corriere giur.», 2016, p. 912; S. BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro*

Con riferimento alla modulazione del risarcimento c.d. al ribasso, la dottrina ha evidenziato, sulla scorta della giurisprudenza anche costituzionale, che il c.d. principio dell'integralità del risarcimento non trova copertura costituzionale, sicché è astrattamente possibile prevedere che, ricorrendo determinati presupposti, espressione di interessi meritevoli di tutela, la legge possa accordare al danneggiato un ristoro inferiore al danno patito<sup>33</sup>.

Una disposizione del genere di quella di cui all'art. 7, 3° comma, l. 24/17, peraltro, era già presente nel decreto Balduzzi, come accennato sopra.

La necessità di graduare la colpa, poi, può ricondurre alla classica distinzione tra colpa grave e colpa lieve ed alle ricadute che tale distinzione ha sulle obbligazioni del prestatore d'opera ex art. 2236 c.c. Potrebbe quindi assumere nuovamente una qualche rilevanza (magari nell'ottica della modulazione del risarcimento, se non anche dell'*an debeat*) l'elaborazione teorica e giurisprudenziale relativa a tale disposizione, ancorché la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria sia oggi qualificata espressamente come di tipo extracontrattuale<sup>34</sup>.

Occorrerà attendere l'opera della giurisprudenza per sapere se e come la novità legislativa in commento sarà assimilata dal sistema e per sapere se e come i problemi anche pratici da essa posti verranno superati<sup>35</sup>.

---

*solo cautelativo?*, in «Giur. it.», 2017, p. 1359; P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile*, in «Corriere giur.», 2012, pp. 1068 ss.; ID., *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in «Seminari di diritto privato comparato», a cura di P. Pardolesi, Cacucci Editore, Bari, 2011, p. 59; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in «Foro it.», 2007, I, col. 1461; ID., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in «Riv. dir. civ.», 1983, I, p. 435; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai 'punitive damages' di 'common law'*, in «Giur. it.», 1985, IV, col. 12.

Si veda, oggi, Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in «Foro it.», 2017, I, col. 2613, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*; P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, che ha affermato il principio secondo cui l'istituto dei c.d. danni punitivi non contrasta necessariamente con i principi dell'ordine pubblico.

<sup>33</sup> Cfr., al riguardo, G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2006, pp. 67 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, pp. 130 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>34</sup> Sul tema si rinvia, comunque, a G. AMMASSARI, in *questo volume*, pp. 16 ss.

<sup>35</sup> La dottrina non ha peraltro mancato di individuare un profilo di possibile irragionevolezza della legge Gelli dovuta al fatto che «i sanitari che procurano un danno con imperizia grave, ma attenendosi alle linee guida e alle buone pratiche adeguate al caso concreto, avranno diritto

Merita particolare attenzione una delle questioni problematiche che l'applicazione della novella potrebbe portare con sé, ossia quella relativa alle modalità concrete di esercizio del potere di modulare il risarcimento da parte del giudice ed ai mezzi processuali per il controllo di tale potere.

Quanto alla prima questione, ancora una volta pare fondamentale l'opera del consulente tecnico di ufficio, che nel contraddittorio con i consulenti di parte deve individuare la condotta che avrebbe dovuto essere tenuta in base alle caratteristiche del caso concreto ed alle linee guida o alle buone pratiche di riferimento, nonché la condotta che è stata concretamente seguita, per poi indicare se ed in che misura quest'ultima si sia discostata dalla prima, nonché il grado di addebitabilità della condotta al convenuto e di colpevolezza dell'esercente la professione sanitaria.

Andrà quindi ponderato anche il grado di responsabilità, ossia della colpa dell'esercente la professione sanitaria. Su tale valutazione non potranno non pesare, ad esempio, il grado di difficoltà delle cure da prestare e l'eventuale presenza e qualità di opinioni discordanti nella letteratura scientifica sulle tecniche e le modalità di cura che avrebbero dovute essere seguite<sup>36</sup>.

Acquisiti tali elementi, nonché individuata l'entità del risarcimento che sarebbe dovuto al danneggiato sulla base dell'effettivo pregiudizio subito (e quantificato facendo riferimento alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, ai sensi dell'art. 7, 4° comma, l. 24/17, su cui v. *infra*, § 4), pare quindi che la concreta determinazione del risarcimento da corrispondere da parte dell'esercente la professione

---

ad una riduzione del risarcimento [...]. Mentre i professionisti che, per errore determinato da colpa lieve, applicano regole cautelari inadeguate rispetto alla situazione dello specifico paziente, dovranno risarcire integralmente [il danno]» (così G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, 133). Dubbi analoghi potrebbero porsi anche qualora dovesse ritenersi che la modulazione del risarcimento possa essere effettuata soltanto in relazione alla colpa per imperizia e non anche sulla base del diverso grado che può assumere la colpa per negligenza o imprudenza (il che potrebbe rappresentare un ulteriore elemento di irragionevolezza).

Si può notare che parte della dottrina mostra scetticismo nei confronti della modulazione del risarcimento al di là dall'effettivo danno patito e sostiene che la logica della legge «non è di declassare il risarcimento all'indennizzo, e neppure procede verso il danno punitivo. Semplicemente il legislatore tende a far leva sulla finalità preventiva della responsabilità civile, operando un correttivo sul risarcimento. Finora questa tecnica non ha sortito effetti tangibili, non mi risulta che il decreto Balduzzi abbia avuto applicazioni su questo punto. Tale uso del risarcimento non appartiene alla nostra tradizione, addirittura quando il risarcimento è stato sostituito dall'indennizzo (penso all'art. 2045 o all'art. 2047, comma 2, c.c.) non mi risulta che si siano formati significativi orientamenti» (così M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 274).

<sup>36</sup> Per delle riflessioni relative alla presenza di più linee guida o buone pratiche relative ad una determinata fattispecie v. G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, pp. 47 ss.

sanitaria sia rimessa alla discrezionale ed equa valutazione del giudice, che opererà la modulazione.

Non può sfuggire il rischio connesso allo spazio di discrezionalità lasciato al giudicante, che potrà tradursi in trattamenti diversi per casi analoghi.

Quanto ai mezzi per sindacare l'esercizio di tale potere, si rinvia al § 5.

#### 4. *Segue: le tabelle di cui al codice delle assicurazioni private*

L'art. 7, 4° comma, l. 24/17, stabilisce che «il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo»<sup>37</sup>.

Una disposizione simile era presente anche nel d.l. 158/12 (cfr. art. 3, 3° comma) ed è quindi stata già oggetto delle attenzioni della dottrina, che non ha risparmiato le sue critiche<sup>38</sup>.

In particolare, seppure pare apprezzabile in linea generale l'intento di stabilire normativamente parametri per la quantificazione dei danni alle persone che siano uniformi e vincolanti su tutto il territorio nazionale, sono state mosse alcune obiezioni nel caso di specie, in quanto, tra le altre cose, è parso quanto meno poco opportuno attribuire al governo il potere di stabilire i parametri per la quantificazione dei danni provocati nell'esercizio dell'attività sanitaria, in quanto la maggior parte delle strutture sanitarie che erogano prestazioni nel nostro Paese sono pubbliche<sup>39</sup>. Si è quindi evidenziato che il soggetto tenuto a risarcire i danni non dovrebbe stabilire i parametri sulla base dei quali liquidare i danni stessi, in quanto la parte debole, ossia il paziente danneggiato, potrebbe farne le spese.

<sup>37</sup> Per la considerazione secondo cui tale disposizione è «chiaramente indirizzata a ridurre l'ammontare dei risarcimenti», v. G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, p. 71.

<sup>38</sup> Cfr., ad es., M. FACCIOLI, *op. ult. cit.*, pp. 104 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *op. cit.*, pp. 133 ss.

<sup>39</sup> Evidenzia tale problema C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24*, cit., p. 230.

Per altre critiche sollevate nei confronti della disposizione in commento, v. M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte)*, cit., p. 787.

Si consideri, peraltro, che una uniformità su tutto il territorio nazionale nella liquidazione dei danni alla persona dovrebbe già essere stata raggiunta a prescindere dall'adozione delle tabelle di cui al codice delle assicurazioni private. La Corte di cassazione, infatti, ha stabilito che debbano essere applicate in tutti i tribunali d'Italia le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale elaborate dal Tribunale di Milano, salvo il potere/dovere del giudice di discostarsi dalle tabelle in ragione delle caratteristiche del caso specifico, purché sulla base di adeguata motivazione<sup>40</sup>. L'uniformità di trattamento nell'intera penisola dovrebbe quindi essere già stata raggiunta per opera dell'intervento nomofilattico della Suprema Corte.

Nelle more dell'adozione della tabella per la liquidazione del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 138 cod. assicurazioni private da parte dell'autorità governativa competente, quindi, il riferimento è rappresentato dalle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano.

L'iter logico che dovrà essere seguito dal giudicante nella quantificazione del danno pare quindi il seguente: il giudice, una volta quantificato il danno effettivamente subito dal paziente sulla base dei parametri contenuti nelle tabelle, procederà a modulare il risarcimento da corrispondere ai sensi dell'art. 7, l. 24/17, facendo riferimento alla condotta tenuta dal medico ed alla misura della sua colpa, avendo come parametro di riferimento il rispetto delle linee guida o buone pratiche di riferimento (ed utilizzando come necessario supporto le risultanze della consulenza tecnica di ufficio).

Sulla sindacabilità della statuizione relativa al *quantum debeat* si rinvia al paragrafo successivo.

---

<sup>40</sup> Cfr., tra le più recenti, Cass. 20 aprile 2017, n. 9950, in <<http://bit.ly/2uAcGmk>>, secondo cui «il danno alla salute, temporaneo o permanente, in assenza di criteri legali va liquidato in base alle cosiddette tabelle diffuse dal tribunale di Milano, salvo che il caso concreto presenti specificità, che il giudice ha l'onere di rilevare, accertare ed espone in motivazione, tali da consigliare o imporre lo scostamento dai valori standard»; cfr., anche, Cass. 20 aprile 2016, n. 7766, in «Foro it.», 2016, I, col. 2055, con nota di A. PALMIERI. In tema v., con specifico riferimento al disposto della legge Gelli, S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *op. cit.*, p. 85.

Cfr., anche, L. BIARELLA, *Le tabelle del Tribunale di Milano: vocazione nazionale per la liquidazione del danno alla persona*, in «Studium iuris», 2017, pp. 267 ss.

5. *Segue: il sindacato sulla quantificazione del danno (cenni sul giudizio di Cassazione)*

A parte l'ovvia riformabilità piena della decisione del giudice di prime cure nel giudizio di appello, occorre domandarsi quali siano i margini per la sindacabilità della decisione di merito relativa alla determinazione del *quantum debeatur* in sede di legittimità ed in particolare i margini per la sindacabilità della selezione ed applicazione delle linee guida e delle buone pratiche (si tenga presente che anche la questione relativa all'*an debeatur* è legata alla selezione ed all'applicazione delle linee guida e delle buone pratiche).

In tale indagine rilevano, da un lato, la giurisprudenza formatasi sulla sindacabilità della quantificazione del danno operata con riferimento alle tabelle elaborate dai tribunali (su cui v. i riferimenti di cui alla nota n. 40), e, dall'altro lato, il disposto della novella normativa, sia per quanto riguarda la prescrizione relativa al riconoscimento ufficiale delle linee guida ed alla loro catalogazione, sia per quanto riguarda il riferimento alle tabelle di cui al codice delle assicurazioni private.

Come visto sopra, la giurisprudenza di legittimità è orientata nel senso che le tabelle per il risarcimento del danno non patrimoniale elaborate dal Tribunale di Milano debbano essere assunte come modello a livello nazionale, fermo restando il potere/dovere del giudice di merito di adeguare l'importo del risarcimento alle caratteristiche del caso concreto, anche discostandosi (purché motivatamente) dalle tabelle stesse.

Tale soluzione dovrebbe garantire una certa uniformità dei risarcimenti al livello nazionale, nell'ottica del rispetto del principio di uguaglianza, ed allo stesso tempo evitare standardizzazioni eccessive, che sacrificerebbero la giustizia del caso concreto.

È pertanto auspicabile che un margine di discrezionalità e di manovra sia lasciato al giudice anche qualora questi sarà chiamato ad applicare le tabelle approvate dal Governo (che quindi assurgeranno al rango di fonti del diritto).

In ottica rimediabile, pare quindi che l'eventuale violazione delle tabelle ministeriali potrebbe essere censurabile in Cassazione come violazione di legge. Le tabelle ministeriali rappresenterebbero, infatti, una fonte normativa secondaria richiamata da una fonte di rango primario.

Quanto all'errore di giudizio che dovesse riguardare la selezione o l'applicazione delle linee guida o delle buone pratiche, errore che può rilevare anche in riferimento al *quantum* del risarcimento, riflettendosi sulla modulazione di esso (in diminuzione, secondo l'opinione maggioritaria,

oppure anche in aumento), pare che esso rappresenti un vizio attinente al merito della decisione, o meglio un errore attinente al giudizio relativo al fatto, come tale non sindacabile in sede di legittimità (oggi anche più di ieri, considerata la riforma dell'art. 360, 1° comma, effettuata con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134<sup>41</sup>).

Non è mancato, d'altra parte, chi ha inteso valorizzare la circostanza secondo cui le linee guida debbano oggi ricevere una sorta di validazione ufficiale, per essere poi inserite in un pubblico elenco, al fine di ricondurle nel catalogo delle fonti del diritto<sup>42</sup>.

Una simile soluzione, tuttavia, riguarderebbe soltanto i casi in cui l'intervento sanitario fosse coperto da una linea guida validata, mentre non si adatterebbe ai casi in cui il parametro per la valutazione della condotta e della colpa dell'esercente la professione sanitaria fosse da individuarsi in una buona pratica.

Su tale piano, quindi, si creerebbe una disparità di trattamento che appare irragionevole.

Seppure alla soluzione sopra prospettata vada riconosciuto il merito di ampliare (almeno nei casi suddetti) le maglie di accesso al giudizio di legittimità, essa non pare completamente convincente.

Il fatto che il legislatore abbia previsto un procedimento di validazione e raccolta delle linee guida non pare sufficiente ad elevare le stesse a norme di diritto, considerato anche che la selezione della linea guida o della buona pratica necessita l'esercizio di competenze tecnico-scientifiche e non è paragonabile all'opera di sussunzione di un fatto sotto una norma di diritto chiara e predefinita. Se una tale soluzione fosse accolta, peraltro, sarebbe acuito il problema segnalato da più parti, secondo cui l'eccessiva vincolatività delle linee guida rischia di imbrigliare la libertà dell'esercente la professione sanitaria, nonché

---

<sup>41</sup> Sui riflessi della riforma dei motivi di ricorso per cassazione v., *ex multis*, C. DI IASI, *Il sindacato della Cassazione sulla motivazione*, pp. 380 ss., nonché R. RORDORF, *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, pp. 41 ss., entrambi in M. ACIERNO-P. CURZIO-A. GIUSTI, *La Cassazione civile*, Cacucci Editore, Bari, 2015; cfr., anche, L. PICCININNI, *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in «Riv. dir. proc.», 2013, pp. 407 ss.

<sup>42</sup> Si veda, al riguardo, M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 278, secondo cui «la legge in commento abbia [ha] modificato sul piano delle fonti, sicché certe regole che prima dovevano essere apprezzate nella verifica della colpa in senso soggettivo, ora siano [sono] diventate diritto positivo, a tutti gli effetti. Ciò comporta che l'errata qualificazione di una norma ivi contenuta o la sua inosservanza da parte del giudice del merito, legittima il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., come se si trattasse di una comune norma di diritto positivo».

l'evoluzione stessa della scienza e della pratica medica<sup>43</sup>.

Occorrerà quindi attendere l'elaborazione pretoria per sapere se e come nel giudizio di legittimità possa trovare posto la valutazione del giudizio riguardante la determinazione del *quantum debeat* nei procedimenti relativi alla responsabilità medica.

L'auspicio è quello che gli insegnamenti e gli equilibri raggiunti dalla giurisprudenza con molto sacrificio e fatica non vadano dispersi, e che quindi venga garantito il controllo del giudice della nomofilachia anche su tale fondamentale aspetto del giudizio di merito, magari facendolo rientrare comunque nel controllo relativo al rispetto delle norme di diritto e assumendo però come parametro le disposizioni di riferimento della l. 24/17, ovvero l'art. 1226 c.c.

Il giudizio di legittimità su tale questione pare comunque imprescindibile al fine di garantire il rispetto del principio di uguaglianza su tutto il territorio nazionale.

### *Abstract*

Si affrontano le questioni relative al ruolo delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali nell'ambito della responsabilità degli esercenti la professione sanitaria alla luce della l. 24/17, con particolare riferimento alle modalità di ingresso delle linee guida e delle buone pratiche nel processo civile, alla loro rilevanza ai fini del giudizio sull'*an* e sul *quantum debeat* ed al sindacato di legittimità relativo alla loro applicazione concreta.

### *Nota biografica*

Simone Calvigioni è dottorando di ricerca presso l'Università della Tuscia e avvocato del Foro di Civitavecchia; è autore di diversi articoli e note a sentenza pubblicati sulle principali riviste scientifiche italiane.

---

<sup>43</sup> Per analoghe considerazioni v. M. ALTOMARE et. al., *Responsabilità sanitaria: tutte le novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 22.

## Indice sommario

ANTONIO CARRATTA, GIORGIO COSTANTINO, GIUSEPPE RUFFINI, <i>Prefazione</i>	7
GINEVRA AMMASSARI, <i>Introduzione. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria</i>	9
1. <i>Rationes</i> e disciplina della riforma: il doppio regime di responsabilità. – 2. Il precedente assetto della responsabilità sanitaria: dal 'contatto sociale' alla l. 189/2012.	
SEZIONE I	
LE AZIONI	
FABIO COSSIGNANI, <i>L'azione diretta</i>	25
1. Premessa. – 2. L'obbligo di copertura assicurativa e l'azione diretta nel quadro della riforma. – 3. Ambito di applicazione dell'azione diretta <i>ex art.</i> 12. – 4. La legittimazione attiva. – 5. La legittimazione a contraddire. – 6. Il litisconsorzio necessario e facoltativo. – 7. L'inopponibilità delle eccezioni. – 8. Altre questioni processuali. Rinvio.	
GINEVRA AMMASSARI, <i>I criteri di competenza per le controversie instaurate dal paziente</i>	51
1. La (controversa) applicabilità della disciplina consumeristica al contenzioso in tema di <i>medical malpractice</i> .	
GIULIA RICCI, <i>L'azione di rivalsa della struttura sanitaria</i>	59
1. Premessa. – 2. Le parti. – 3. <i>An e quantum</i> della rivalsa. L'elemento soggettivo dell'esercente la professione sanitaria. – 4. Condizioni dell'azione di rivalsa. La comunicazione all'esercente la professione sanitaria. – 4.1. Ulteriori condizioni dell'azione e limiti del giudizio di rivalsa in caso di mancata partecipazione dell'esercente la professione sanitaria alla procedura giudiziale o stragiudiziale instaurata contro la struttura sanitaria. – 5. L'azione di rivalsa.	
GIACINTO PARISI, <i>Le azioni esperibili dalle imprese assicurative e dal Fondo di garanzia</i>	69
1. Premessa. – 2. L'azione surrogatoria dell'impresa di assicurazione (art. 9). Nozione. – 2.1. (Segue) Condizioni di ammissibilità e di proponibilità della domanda. – 2.2. (Segue) Le specificità della disciplina (anche in considerazione della partecipazione o meno al giudizio dell'esercente la professione sanitaria). – 3. L'azione di rivalsa dell'impresa di assicurazione (art. 12, comma 3°). – 4. L'azione di regresso del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria (art. 14, comma 2°, lett. d).	

1. Premessa: la responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria. – 2. La giurisdizione della Corte dei conti. – 3. Le parti del giudizio. – 4. I presupposti dell'azione. L'elemento oggettivo. – 4.1. L'elemento soggettivo. – 4.2. Il nesso causale. – 4.3. Il danno erariale. – 5. I rapporti tra il giudizio in sede contabile e quelli in sede civile e penale. L'efficacia del giudicato penale e del giudicato civile nei giudizi amministrativo-contabili. – 6. Il termine di prescrizione dell'azione.

## SEZIONE II

## LE CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ E LE FORME DEL PROCEDIMENTO

1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 696 bis c.p.c. – 3. La presentazione del ricorso come condizione di procedibilità. – 3.1. Mancato assolvimento della condizione di procedibilità e conseguenze processuali. – 4. Rapporto tra procedimento ex art. 696 bis c.p.c. e mediazione: la previsione di 'alternatività' tra i due strumenti conciliativi. – 5. Le modalità del procedimento ex art. 696 bis c.p.c. – 5.1. L'obbligo di partecipazione delle parti al procedimento e misure sanzionatorie. Rinvio. – 5.2. La nomina del consulente tecnico. – 5.3. La durata del procedimento. Natura, decorrenza e conseguenze dell'inosservanza del termine. – 6. Gli esiti del procedimento. La mancata conciliazione o la mancata conclusione del procedimento. – 6.1. L'applicazione del rito sommario di cognizione ex art. 702 bis ss. c.p.c. Rinvio. – 7. La conciliazione. Forma, contenuto e regime dell'accordo.

1. Premessa. – 2. Ambito di applicazione. – 3. Le parti del procedimento di mediazione. – 4. Instaurazione del procedimento. – 4.1. Fase preliminare. – 4.2. Prosecuzione del procedimento. – 4.3. La nomina di mediatori ausiliari e di esperti iscritti all'albo dei consulenti tecnici presso i tribunali. – 4.4. Conclusione del procedimento di mediazione. – 5. Instaurazione del processo. Il rito applicabile. – 5.1. Improcedibilità della domanda per mancato o incompleto esperimento del procedimento di mediazione. – 5.2. Procedibilità della domanda. Incidenza del principio di riservatezza sull'istruzione probatoria.

1. Premessa. – 2. L'ambito applicativo del procedimento «sommario» di cui all'art. 8, comma 3°. – 2.1. (Segue) ... a seconda dell'azione civile esperita. – 2.2. (Segue) ... a seconda della procedura conciliativa promossa prima dell'instaurazione del giudizio. – 3. Il giudice competente e l'errore sul rito. – 4. L'idoneità del procedimento «sommario» alla trattazione delle controversie in materia di responsabilità sanitaria. – 5. I provvedimenti adottabili dal giudice all'esito del giudizio. Rinvio. – 6. Conclusioni.

VALERIA GIUGLIANO, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza* 167

1. Condanna alle spese e pena pecuniaria per la mancata partecipazione alla consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°): premessa e ambito di applicazione – 1.1. La condanna alle spese di consulenza e di lite – 1.2. La condanna ad una pena pecuniaria – 3. La segnalazione all'IVASS (art. 8, comma 4°) – 4. La sanzione professionale per il medico condannato al risarcimento (art. 9, comma 5°) – 5. La decadenza dall'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa (art. 13).

### SEZIONE III L'ISTRUZIONE PROBATORIA

GINEVRA AMMASSARI, *Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità e l'efficacia delle prove* 187

1. L'evoluzione giurisprudenziale dell'onere della prova in tema di responsabilità medica – 2. L'accertamento del nesso causale tra presunzioni giurisprudenziali e prossimità della prova – 3. Il diritto delle prove nella l. 24/2017: accesso, efficacia e limiti all'utilizzo.

SIMONE CALVIGIONI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali* 205

1. Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali nella responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. – 2. Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali nel processo civile. – 3. La quantificazione del danno. – 4. Segue: le tabelle di cui al codice delle assicurazioni private. – 5. Segue: il sindacato sulla quantificazione del danno (cenni sul giudizio di Cassazione).

Indice sommario 225

Indice analitico, *a cura di G. Ammassari e S. Calvigioni* 229



## Indice analitico

(il numero arabo che segue la voce o la sottovoce indica la pagina o le pagine del volume)

*a cura di Ginevra Ammassari e Simone Calvigioni*

### ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO

- acquisizione della relazione nel giudizio di merito, 162, 199

### ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA (CONTRATTO DI), 13, 28 ss.

- analoghe misure, 30
- fattispecie, 31
- funzione sociale, 28
- pubblicità, 39

### AZIONE CIVILE

- condizione di ammissibilità, 63
- condizione di procedibilità (vedi anche la voce CONCILIAZIONE), 105, 110, 133 s., 137, 139 s., 145 s.
- condizione di proponibilità, 64, 66, 145
- decadenza, 64, 66
- onere di comunicazione, 63, 135, 138
- prescrizione, 66

### AZIONE DIRETTA

- ambito di applicazione, 31 ss., 39
- confessione, 44
- cumulo, 46
- eccezione di incompetenza, 44
- eccezioni (inopponibilità delle), 27, 34, 46 ss.
- fallimento dell'assicurato, 45
- legittimazione ad agire e contraddire, 36 ss.
- litisconsorzio (v. anche INTERVENTO IN CAUSA E LITISCONSORZIO), 28, 39 ss.
- non contestazione, 44 ss.
- responsabilità extracontrattuale dei medici strutturati, 32 ss., 40, 44

### AZIONE DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

- amministrazione danneggiata, 89
- colpa grave, 91
- danno erariale, 94

- dolo, 90
- elemento oggettivo, 90
- elemento soggettivo, 91
- esercente professione sanitaria, 88
- legittimato a contraddire, 88
- legittimato attivo, 87
- nesso causale, 93
- prescrizione, 100
- presupposti dell'azione, 90

#### AZIONE DI RIVALSA

- dell'impresa di assicurazione, 77
- legittimazione ad agire e contraddire, 60 ss.
- nell'ambito dell'azione diretta, 32, 34 ss., 40, 42, 43, 46
  - domanda riconvenzionale trasversale, 42
  - chiamata in causa del terzo, 34

#### AZIONE SURROGATORIA, 70

- condizioni di ammissibilità e proponibilità, 72
- indennizzo, 74
- prove, 76

#### BUONE PRATICHE CLINICO-ASSISTENZIALI

- allegazione delle, 209
- funzione delle, 204 s.
- prova delle, 209

#### COMPETENZA CIVILE (vedi anche la voce PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE)

- eccezione di incompetenza, 44
- territoriale esclusiva, 51 ss.

#### CONCILIAZIONE

- condizione di procedibilità, 105, 128, 131, 144 ss., 213
  - ambito applicativo, 107 ss.
  - assolvimento per mancata conciliazione, 126
  - assolvimento per mancata conclusione del procedimento, 125
  - consulenza tecnica preventiva, 105, 110, 119
  - mancato assolvimento e regime dell'improcedibilità, 111 ss.
  - presentazione del ricorso, 110 ss.
- efficacia esecutiva del verbale di, 129, 143,
- esito negativo, 126 ss., 143
- segreto professionale, 140, 148
- transazione, 64 s., 142

#### CONSULENZA TECNICA, 199, 209, 217

- consulenza tecnica preventiva
  - ambito applicativo, 107 ss.
  - acquisizione della relazione nel giudizio di merito, 127 ss.
  - conciliazione (vedi anche la voce CONCILIAZIONE), 129
  - condizione di procedibilità (vedi anche la voce CONCILIAZIONE), 105, 110, 119, 213
  - durata e inosservanza del termine, 124 ss.
  - mancata conciliazione (vedi anche la voce CONCILIAZIONE), 126 ss.
  - modalità di svolgimento, 119 ss.
  - obbligo di partecipazione delle parti, 121 ss.
  - spese della (vedi la voce SPESE)
  - sanzioni nella (vedi la voce SANZIONI)
- nomina del consulente tecnico, 123 s.

#### CONSUMATORE (FORO DEL), vedi la voce COMPETENZA CIVILE

#### DANNI CIVILI

- punitivi, 179 s., 215
- quantificazione, 12, 141, 190, 214, 218, 220
  - tabelle, 218 ss.
- risarcimento, 59, 66 s.

#### ESERCENTE PROFESSIONE SANITARIA

- nozione, 88
- rapporto di servizio, 88
- responsabilità del (vedi la voce RESPONSABILITÀ CIVILE)

#### FONDO DI GARANZIA PER I DANNI DERIVANTI DA RESPONSABILITÀ SANITARIA, 79

#### GIURISDIZIONE

- giurisdizione contabile, 85 ss.
  - autonomia della giurisdizione contabile, 96
  - prove assunte in diverso processo (valore), 96
  - rapporto tra giudicati, 98 ss.
  - rapporto tra giudizi, 96

#### IMPUGNAZIONI CIVILI

- impugnazioni, in generale, 220 ss.
- ricorso per cassazione, 220
- rimessione al primo giudice, 41, 45 s.
- opposizione di terzo, 46

#### INTERVENTO IN CAUSA E LITISCONSORZIO

- chiamata in causa, 34, 42, 66
- cumulo di cause, 41 ss., 46
  - scindibilità e inscindibilità, 42
- intervento volontario dell'esercente la professione sanitaria, 46
- litisconsorzio
  - facoltativo, 41, 42, 64, 66
  - fondamento, 35, 40
  - necessario, 28, 33, 35, 39, 135 ss.
  - nell'azione diretta, 28, 39 ss.
  - in sede di gravame, 43, 45
- rimessione al primo giudice (vedi la voce IMPUGNAZIONI CIVILI)
- opposizione di terzo (vedi la voce IMPUGNAZIONI CIVILI)
- separazione di cause, 68

#### IVASS

- segnalazione, 180 s.

#### LINEE GUIDA

- allegazione delle, 209
- elaborazione delle, 203
- funzione delle, 204 s.
- prova delle, 209
- Sistema Nazionale delle Linee Guida, 212

#### MEDIAZIONE (vedi anche la voce CONCILIAZIONE)

- condizione di procedibilità, 110 ss., 213
- rapporto con la consulenza tecnica preventiva, 114 ss.
- spese della (vedi la voce SPESE)
- sanzioni nella (vedi la voce SANZIONI)

#### OBBLIGAZIONI SOLIDALI

- adempimento, 64, 66
- diritto di regresso, 59, 67, 133 s.
- in genere, 59, 66
- transazione, 142

#### PROCEDIMENTO CIVILE

(vedi anche la voce PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE)

- atto introduttivo, 211, 213
- comparsa di costituzione, 211, 213
- contraddittorio, 64, 211
- contumacia, 170
- giudice (attribuzioni, poteri, doveri), 214

- onere della prova, 185 ss., 191 ss., 209 ss.
- onere di allegazione, 188, 209 ss.

#### PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE

- ambito applicativo, 128, 153, 155, 161
- competenza per materia e valore, 158
- effetti della domanda (salvezza degli), 126 ss., 129
- errore sul rito, 158
- fase introduttiva, 211
- fase istruttoria, 161
- mutamento di rito, 158, 162

#### PROFESSIONI SANITARIE (vedi anche la voce RESPONSABILITÀ CIVILE)

- personale dipendente, 61
- regime di libera professione intramuraria, 61, 62

#### PROVA CIVILE

(vedi anche le voci ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO, AZIONE SURROGATORIA e BUONE PRATICHE CLINICO-ASSISTENZIALI)

- accesso, 47, 197
- argomenti di prova, 65, 76, 196, 199
- assunzione, 65
  - delle buone pratiche clinico-assistenziali (vedi la voce BUONE PRATICHE CLINICO-ASSISTENZIALI), 209
  - delle linee guida (vedi la voce LINEE GUIDA), 209
- confessione, 44
- efficacia, 96, 198
- inutilizzabilità, 140, 148
- istruzione sommaria, 144, 161
- limiti all'utilizzo, 197
- onere della (vedi la voce PROCEDIMENTO CIVILE)
- ordine di esibizione, 48
- presunzione
  - della colpa, 186 ss.
  - del nesso causale, 189 ss., 195
  - giurisprudenziale, 194 ss.
- prossimità (principio di), 192 s.
- valutazione della, 76

#### RESPONSABILITÀ CIVILE

- buona fede oggettiva, 20
- colpa, 186 ss., 200, 209, 215
- condanna, quantificazione, 61
- contatto sociale, 17 ss.

- contrattuale ed extracontrattuale (concorso), 14 ss.
- contrattuale, 59, 133, 209
- dei medici strutturati, 32 ss., 40, 44
- dell'esercente la professione sanitaria, 11 s.
- della struttura sanitaria, 10 s.
- diligenza professionale, 188, 195, 200
- elemento soggettivo, 59, 62, 66
- extracontrattuale, 59, 133
  - condotta, 209, 214
- nesso di causalità, 189 ss., 195 ss.
- professionale, 18

#### RISERVATEZZA

- principio di, 140, 142

#### SANITÀ PUBBLICA E PRIVATA, 11, 54

#### SANZIONI

- per la mancata partecipazione alla consulenza tecnica preventiva (vedi anche la voce SPESE), 121 ss., 167 ss., 175 ss.
- per la mancata partecipazione alla mediazione (vedi anche la voce SPESE), 167 ss., 175 ss.
- professionali per il medico, 181

#### SPESE (vedi anche la voce SANZIONI)

- nella consulenza tecnica preventiva, 167 ss., 170 ss.
- nella mediazione, 167 ss., 170 ss.
- responsabilità aggravata, 176

