

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. 28/2010¹. 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

¹ 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)². 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 sanitaria³.

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’attore⁴.

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. 24/2017⁵.

² 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.

³ 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*.

⁴ 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.

⁵ 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 obbligatoria⁶.

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. 24/2017⁷, 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».

⁶ 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.

⁷ 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. 24/2017⁸.

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 penale⁹.

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)¹⁰.

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 riconvenzionale¹¹. 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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 obbligatoria¹².

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.

¹² 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 giudiziale¹³. 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 tecnica¹⁴.

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

¹³ 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.*

¹⁴ 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*¹⁵.

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 mediazione¹⁶.

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 parte¹⁷.

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

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

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 ommesso di promuovere il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*¹⁸

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 sé¹⁹ *sub a)* dell'istanza di consulenza tecnica preventiva;

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 procedimento²⁰.

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.*²¹.

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 domanda²².

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

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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.²³.

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)²⁴.

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

²³ 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.

²⁴ 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.²⁵ (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 strutturale²⁶.

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 mediazione²⁷, tali da dover escludere che possa

²⁵ 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.

²⁶ 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/>>.

²⁷ 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 contenziosa²⁸ e la conciliazione esperita in questa sede può essere qualificata come conciliazione giudiziale²⁹.

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 processo³⁰.

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 conciliazione³¹.

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 mediazione³². 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.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² 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»³³ e nei metodi di negoziazione³⁴.

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 controversia³⁵.

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

³³ 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.

³⁴ Cfr. F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in «Riv. dir. proc.», 2011, pp. 771 e segg.

³⁵ 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 parti³⁶.

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)³⁷.

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*

³⁶ 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.

³⁷ 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.³⁸.

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 civile³⁹. L'istanza di consulenza tecnica preventiva può essere presentata, in assenza di disposizioni contrarie, anche al Giudice di pace, qualora la controversia

³⁸ 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; ZUMPANO, *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.ilsole24ore.com/>>.

³⁹ 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 competenza⁴⁰.

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)⁴¹.

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

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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 mediazione⁴².

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 conciliazione⁴³.

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 assicurati⁴⁴.

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 personale⁴⁵ – per

⁴² Cfr. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, cit., § 2.1.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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 preventiva⁴⁶ 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 transattive⁴⁷, né l'acquisizione della relazione peritale nel successivo giudizio di merito e la sua utilizzabilità nei confronti del resistente non costituitosi⁴⁸.

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 controversia⁴⁹.

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/>>.

⁴⁶ 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/>>.

⁴⁷ 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».

⁴⁸ In tale ultimo senso, v. Trib. Arezzo 13 gennaio 2011, in <<https://www.iusexplorer.it/>>.

⁴⁹ 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»⁵⁰. 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.

⁵⁰ 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'istituto⁵¹.

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

⁵¹ 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 inadeguato⁵².

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.

⁵² 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 processuali⁵³.

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 merito⁵⁴.

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

⁵³ In tal senso, v. VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit., § 3.

⁵⁴ 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 giudiziale⁵⁵.

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 decadenza⁵⁶, 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.⁵⁷

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

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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 preventiva⁵⁸.

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 interessata⁵⁹.

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 anticipato⁶⁰.

6.1. L'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 cognizione⁶¹, di cui – rinviando la trattazione analitica in altra parte del presente volume⁶² – 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

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Così PANZAROLA, sub *art.* 696 *bis*, cit., pp. 301 e segg.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

⁶² 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°)⁶³.

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 pubblico⁶⁴.

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.