



Judicium

il processo civile in Italia e in Europa

Rivista trimestrale

giugno 2018

2

Diretta da:

*B. Sassani • F. Auletta • A. Panzarola • S. Barona Vilar • P. Biavati • A. Cabral • G. Califano
D. Dalfino • M. De Cristofaro • G. Della Pietra • F. Ghirga • A. Gidi • M. Giorgetti • A. Giussani
G. Impagnatiello • G. Miccolis • M. Ortells Ramos • F. Santangeli • R. Tiscini*

In evidenza:

La composition non juridictionnelle des différends dans le droit italien: médiation et négociation assistée

Bruno Sassani

La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24

Roberta Tiscini, Alessio Bonafine

Impugnazione di delibere societarie e successione nel diritto controverso

Luigi De Propris

I "ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito" e la proponibilità, da parte dell'attore, dell'istanza ex art. 41

Ignazio Zingales

Controversie in materia di liquidazione degli onorari degli avvocati: il rito ex art. 14 d. lgs.150/2011 è esclusivo e si applica anche a contestazioni che investono l' «an debeatur» o

Monica Lolli

Tutela cautelare e consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite nelle controversie sulla responsabilità sanitaria

Paola Licci

La cancellazione della società dal registro delle imprese: l'effetto interruttivo e la sorte delle "mere pretese" e dei "crediti illiquidi"

Veronica Proietti

Saggi

BRUNO SASSANI, <i>La composition non juridictionnelle des différends dans le droit italien: médiation et négociation assistée</i>	p. 117
ROBERTA TISCINI, ALESSIO BONAFINE, <i>La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24</i>	» 127
LUIGI DE PROPRIIS, <i>Impugnazione di delibere societarie e successione nel diritto controverso</i>	» 153

Giurisprudenza commentata

Cass., SS.UU., 10 febbraio 2017, n. 3557, con nota di IGNAZIO ZINGALES, <i>I “ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito” e la proponibilità, da parte dell’attore, dell’istanza ex art. 41, primo comma, c.p.c.</i>	» 165
Cass., SS.UU., 23 febbraio 2018, n. 4485, con nota di MONICA LOLLÌ, <i>Controversie in materia di liquidazione degli onorari degli avvocati: il rito ex art. 14 d. lgs.150/2011 è esclusivo e si applica anche a contestazioni che investono l’«an debeatur»</i>	» 179
Trib. Frosinone, 18 ottobre 2017, con nota di PAOLA LICCI, <i>Tutela cautelare e consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite nelle controversie sulla responsabilità sanitaria</i>	» 219
Trib. Napoli, 06 marzo 2018, n. 2262, con nota di VERONICA PROIETTI, <i>La cancellazione della società dal registro delle imprese: l’effetto interruttivo e la sorte delle “mere pretese” e dei “crediti illiquidi”</i> .*	» 237

* Lavori sottoposti a revisione esterna.

Tribunale di Frosinone, ord. 18 ottobre 2017, *Presidente e Relatore Sordi*

Responsabilità sanitaria – Condizioni di procedibilità – Consulenza tecnica preventiva – Tutela cautelare – Accertamento tecnico preventivo.

1. L'art. 8 l. n. 24 del 2017 deve essere interpretato nel senso che, in mancanza dell'esperimento del tentativo di conciliazione ivi previsto, non è impedita la concessione di misure cautelari. Tuttavia, considerata l'analogia tra la misura cautelare prevista dall'art. 696 c.p.c. e quella stabilita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale dall'art. 8 l. n. 24 del 2017, non v'è ragione per interpretare tale ultima norma nel senso che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione in esso previsto non impedisca la proponibilità del ricorso per l'accertamento tecnico sulla persona di cui all'art. 696 c.p.c.

2. Nondimeno, posta l'analogia tra la misura dell'art. 696 c.p.c. e quella dell'art. 696 *bis* c.p.c., il giudice non dovrà dichiarare improcedibile la domanda di accertamento tecnico non preceduta dall'esperimento della consulenza tecnica preventiva dell'art. 8 l. n. 24 del 2017, ma potrà considerare il ricorso proposto ai sensi dell'art. 696 c.p.c. come se fosse stato proposto ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c., attribuendo di conseguenza poteri conciliativi al consulente.

(*Omissis*)

1. Il ricorso in questione è stato proposto nella vigenza della l. n. 24 del 2017 che, com'è noto, ha dettato, tra l'altro, disposizioni in materia di controversie di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria.

In particolare, l'art. 8 di detta legge prevede, quale condizione di procedibilità della domanda di risarcimento di tale danno, la proposizione di un ricorso ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c. ovvero l'esperimento del procedimento di mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 1 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010.

L'attuale ricorrente, invece, ha proposto ricorso per accertamento tecnico ai sensi dell'art. 696 c.p.c. sulla correttezza delle cure sanitarie ricevute ed occorre pertanto verificare se una simile azione sia o meno soggetta alla condizione di procedibilità introdotta dal citato art. 8 della l. n. 24 del 2017.

In effetti, tale disposizione, contrariamente a quanto previsto da altre norme che disciplinano analoghe condizioni di procedibilità di domande giudiziali (v., ad esempio, proprio l'art. 5 d.lgs. n. 28/2010, al co. 3), non fa espressamente salva la possibilità per la parte di richiedere la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, riferendo la

condizione di procedibilità, in generale, a qualsiasi «azione innanzi al giudice civile».

2. Ora, com'è noto, quello previsto dall'art. 696 c.p.c. è uno dei tanti mezzi attraverso i quali l'ordinamento attua la tutela cautelare dei diritti, tutela che, è appena il caso di ricordarlo, è costituzionalmente imposta dal principio di efficacia della tutela giurisdizionale desumibile dall'art. 24 della Carta fondamentale.

È parimenti agevole richiamare il consolidato insegnamento dei giudici delle leggi secondo il quale, seppure è in generale consentito al legislatore ordinario di imporre alle parti l'adempimento di oneri che, condizionando la proponibilità dell'azione, ne comportino il differimento, è però necessario che gli stessi siano giustificati da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia e che, anche ove ricorrano tali presupposti, il legislatore osservi il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa (v., per tutte, di recente, Corte cost. n. 98 del 2014).

Con specifico riferimento alla tutela cautelare, la Corte costituzionale ha affermato, con riferimento alla previsione dell'ormai abrogato art. 412

bis c.p.c. in materia di controversie di lavoro secondo cui il mancato espletamento dell'ivi prescritto tentativo di conciliazione non precludeva la concessione di provvedimenti cautelari, che quella previsione dovesse essere intesa nel senso che «un istituto di generale applicazione in ogni controversia di lavoro (il tentativo obbligatorio di conciliazione) si arresta in presenza di un'istanza cautelare, prevalendo – sulle altre perseguite dal legislatore – le esigenze proprie della tutela cautelare» (sentenza n. 199 del 2003). In termini più generali, la stessa Corte ha riconosciuto, sia pure incidentalmente, che, per i procedimenti cautelari «l'esclusione dalla soggezione al tentativo di conciliazione si correla alla stessa strumentalità della giurisdizione cautelare» (sentenza n. 276 del 2000) rispetto alla effettività della tutela dinanzi al giudice. Infatti, la tutela cautelare, in quanto diretta ad evitare che sia vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale (sentenza n. 190 del 1985), anche indipendentemente da una previsione espressa.

Nella più recente sentenza n. 403 del 2007, i giudici delle leggi hanno espressamente affermato che «a simili enunciazioni non può non riconoscersi portata generale, ove si tenga conto della identità degli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti in tutte le procedure rispetto alle quali è prescritto l'obbligatorio tentativo di conciliazione. Esse risultano, d'altra parte, anche coerenti con l'affermazione che non contrasta con il diritto di azione di cui all'art. 24 della Costituzione la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione, in quanto essa è finalizzata ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo (sentenza n. 276 del 2000). Detto interesse svanisce in riferimento all'azione cautelare, proprio in considerazione delle particolari esigenze che si vogliono tutelare con i procedimenti cautelari, esigenze che richiedono una risposta immediata. Non può, infatti, ritener-

si che il tentativo obbligatorio di conciliazione, se considerato condizione di procedibilità anche per l'azione cautelare, assicuri un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguibile mediante tale forma di protezione».

E, sulla base delle considerazioni appena riportate, la sentenza del 2007 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto ad una norma (l'art. 1, co. 11, l. n. 249 del 1997) che, proprio come quella che qui interessa, nell'introdurre una condizione di procedibilità (nella fattispecie, il preventivo esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione) rispetto a certe categorie di controversie (quelle tra utenti, o categorie di utenti, e un soggetto autorizzato o destinatario di licenze), non contempla alcuna eccezione per i ricorsi di natura cautelare. La Corte, infatti, sottolineando anche come la lettera della disposizione censurata non sia preclusiva di una sua interpretazione costituzionalmente orientata e che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità debbono essere interpretate in senso non estensivo, ha ritenuto che l'art. 1, co. 11, citato debba essere interpretato nel senso che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione di provvedimenti cautelari.

Le stesse argomentazioni possono ripetersi con riferimento all'art. 8 l. n. 24 del 2017, con l'aggiunta che nella fattispecie la lettera della disposizione, non solamente non impedisce che ad essa sia attribuito un significato che la renda conforme alla Costituzione, ma, anzi, contiene un riferimento che avvalorà, sul piano sistematico, l'interpretazione secondo cui essa non impedisce la concessione della tutela cautelare in caso di mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle forme da essa previste. Infatti, come già ricordato, la parte interessata ad esercitare un'azione di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria può soddisfare la condizione di procedibilità imposta dalla norma del 2017 anche sperando il provvedimento di mediazione previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 e tale norma, come si è pure già segnalato,

prevede invece espressamente, al comma 3, che «Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari».

Conclusivamente sul punto, ritiene il Tribunale che l'art. 8 l. n. 24 del 2017 debba essere interpretato nel senso che, in mancanza dell'esperimento del tentativo di conciliazione ivi previsto esso non impedisce la concessione di misure cautelari.

3. Peraltro la fattispecie che qui ci occupa presenta la particolarità dell'analogia tra la misura cautelare e urgente invocata dalla parte attrice (accertamento tecnico *ex art. 696 c.p.c.*) e il contenuto dell'onere imposto alla stessa parte dal citato art. 8, quale condizione di procedibilità (ricorso ai sensi dell'art. 696 *bis c.p.c.*). In particolare, ai fini del discorso che si sta svolgendo, è particolarmente rilevante il fatto che anche mediante il procedimento *ex art. 696 bis* la parte può soddisfare quell'interesse ad un'urgente verifica delle condizioni e dello stato della persona asseritamente danneggiata dall'esercente la professione sanitaria, alla cui tutela è diretto l'art. 696.

Si tratta allora di stabilire se, con specifico riferimento al particolare mezzo di tutela cautelare rappresentato dall'accertamento tecnico sulla persona dell'istante di cui all'art. 696 c.p.c., il fatto che l'attività al cui svolgimento l'art. 8 condiziona l'esercizio dell'azione di risarcimento consente anche il rapido accertamento delle condizioni del soggetto danneggiato consenta di escludere la necessità di quell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma che, come si è visto, comporta, in presenza di esigenze cautelari, il sacrificio dell'interesse di carattere generale a fondamento della condizione di procedibilità di cui si tratta (interesse che non è quello di deflazionare il contenzioso in sede giudiziaria in materia – considerato che l'onere imposto alla parte ben si può risolvere comunque nella promozione di un procedimento giudiziario – ma quello di anticipare, sempre e comunque, quel momento dell'accertamento da parte di soggetti terzi muniti di esperienza tecnica in materia – v. art. 15 della

stessa l. n. 24 del 2017 – che è spesso decisivo in controversie del genere, onde agevolare la definizione transattiva della vertenza).

In altri termini, per poter ritenere che il principio costituzionale della necessaria effettività della tutela giurisdizionale imponga di ritenere escluso anche il ricorso *ex art. 696* dall'operatività della condizione di procedibilità di cui all'art. 8 l. n. 24 del 2017 bisognerebbe dimostrare che la necessità di ricorrere al procedimento contemplato da quest'ultima norma sacrifichi qualche interesse di rango costituzionale della parte.

Non ritiene il Tribunale che ciò sia sostenibile.

In effetti, seppure il procedimento previsto dal menzionato art. 8 è destinatario di alcune disposizioni speciali rispetto alla generale disciplina codicistica della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi, quelle particolarità non sono tali da compromettere la speditezza dell'accertamento tecnico necessaria a salvaguardare le esigenze cautelari della parte danneggiata.

Precisamente, non è certamente lesiva di tali esigenze la previsione di un termine perentorio semestrale previsto per la conclusione del procedimento (art. 8 co. 3), previsione che, in realtà, ha il solo effetto di rendere procedibile l'azione in via ordinaria, non anche quella di rendere *tamquam non esset* l'attività processuale svolta, in sede di procedimento *ex art. 696 bis*, dopo la scadenza del termine (onde l'accertamento tecnico compiuto dopo il decorso di sei mesi dalla presentazione del ricorso conserva comunque l'efficacia di cui all'art. 696 *bis*, quinto comma, così come l'eventuale conciliazione perfezionata dopo la scadenza del semestre è sicuramente utile ai sensi del terzo comma dello stesso art. 696 *bis*).

Analogamente, l'obbligo di partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva previsto «per tutte le parti» dal comma 4 dell'art. 8 non produce il rischio di un ritardo nell'esecuzione dell'accertamento tecnico. Al riguardo merita di essere chiarito che non è nella disposizione in questione che è rinvenibile la disciplina relativa all'individuazione delle parti che debbono necessariamente essere convenute in giudizio nelle

controversie in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria. Tale individuazione, invece, va condotta secondo i principi generali del contraddittorio (che impone che siano convenute in giudizio le parti contro le quali si propongono le domande, risarcitorie o di garanzia) e secondo le regole speciali dettate dall'art. 12 della l. n. 24 del 2017, si badi bene, solamente per l'ipotesi dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria (vale a dire che il litisconsorzio necessario tra la compagnia di assicurazione e il soggetto assicurato è imposto dall'art. 12, co. 4, solamente nel caso in cui il danneggiato agisca direttamente nei confronti della compagnia, non anche nel caso in cui la parte agisca contro la struttura sanitaria o contro l'esercente la professione sanitaria).

Quindi il significato dell'art. 8, co. 4, non è quello di dettare disposizioni in tema di litisconsorzio necessario, bensì quello di prevedere, a carico delle parti che, secondo le regole dettate da altre norme, debbono essere convenute in giudizio, un "obbligo" di partecipazione al (e, cioè, di costituzione nel) procedimento di consulenza tecnica preventiva, obbligo la cui inosservanza è sanzionata con la condanna al pagamento delle spese processuali (indipendentemente dall'esito del giudizio) e di una pena pecuniaria in favore della parte comparsa. Inoltre, la norma stabilisce che le imprese di assicurazione convenute in giudizio (sempre sulla base di altre norme: art. 106 c.p.c. o art. 12 l. n. 24 del 2017) abbiano l'ulteriore obbligo di formulare un'offerta o di comunicare i motivi per i quali non intendano formularla; obbligo la cui inosservanza può dar luogo a provvedimenti da parte dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni cui il giudice è tenuto a trasmettere copia della sentenza.

Pertanto, come si vede, nel caso in cui il danneggiato intenda proporre azione contro la struttura sanitaria o l'esercente la professione sanitaria, il procedimento *ex art. 8* non determina alcun aggravio processuale idoneo a ritardare l'esecuzione dell'accertamento tecnico; così come, nel

caso invece in cui egli – quando sarà possibile (art. 12, co. 6, l. n. 24 del 2017) – volesse agire direttamente contro la compagnia assicuratrice, la necessità di convenire in giudizio la struttura o l'esercente la professione sanitaria si porrebbe anche in sede di procedimento *ex art. 696* c.p.c.

Analogamente, le speciali regole in materia di consulenti tecnici d'ufficio dettate dall'art. 15 della legge del 2017 si debbono ritenere applicabili anche nei procedimenti cautelari in materia di responsabilità sanitaria.

In definitiva, dunque, non può sostenersi che l'esclusione della possibilità, per chi lamenti un danno da responsabilità sanitaria, di ricorrere direttamente allo speciale mezzo di tutela cautelare disciplinato dall'art. 696 pregiudichi l'effettività della tutela giurisdizionale in materia e, pertanto, non v'è ragione per interpretare l'art. 8 l. n. 24 del 2017 nel senso che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione in esso previsto non impedisca la proponibilità del ricorso per l'accertamento tecnico sulla persona di cui all'art. 696.

Si potrebbe obiettare che, alla luce di una simile conclusione, nel caso in cui sussista l'urgenza di cui all'art. 696, alla parte sarebbe preclusa la possibilità di ricorrere all'alternativo procedimento di mediazione *ex art. 5* d.lgs. n. 28 del 2010. Infatti essa, per sventare il rischio dell'irrimediabile pregiudizio nel ritardo, dovrebbe necessariamente proporre il ricorso di cui all'art. 696 *bis*, non potendo, quindi, tentare il componimento della lite in sede di mediazione, contrariamente a quanto è invece possibile in generale (cioè in mancanza di ragioni di urgenza).

Non ritiene il giudice che una simile conseguenza della tesi qui accolta sia tale da pregiudicare la razionalità complessiva del sistema delineato dal legislatore. Infatti, ammettere che il danneggiato possa presentare un ricorso ai sensi dell'art. 696 senza aver esperimento il tentativo di conciliazione imposto dall'art. 8 l. n. 24 del 2017, se, da un lato, sarebbe certamente coerente con i principi costituzionali in materia di tutela processuale cautelare, dall'altro presenterebbe il non irrilevante inconveniente per la parte di dover poi

comunque soddisfare la condizione di procedibilità di cui al suddetto art. 8, con la conseguenza che essa sarebbe tenuta a svolgere due procedimenti (prima quello *ex art. 696 c.p.c.*, poi uno dei due previsti dall'art. 8 l. n. 24 del 2017), mentre, seguendo l'impostazione qui propugnata, le sarà sufficiente un solo adempimento, con contestuale piena salvaguardia anche delle esigenze cautelari.

4. All'udienza dell'8 settembre 2017, parte ricorrente ha chiesto, in via subordinata, che il Giudice consideri l'atto introduttivo quale istanza ai sensi dell'art. 696 *bis*.

Le argomentazioni sopra svolte circa i rapporti tra il procedimento *ex art. 696* e quello *ex art. 696 bis* nell'ambito della disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 8 della l. n.

24 del 2017 consentono di valutare tale istanza in senso favorevole alla parte.

Il presente ricorso, infatti, presenta tutti i requisiti di un ricorso *ex art. 696 bis*, contenendo esaurienti indicazioni circa: la domanda risarcitoria che la parte intende proporre nel giudizio ordinario, i motivi di fatto e di diritto sui quali si basa il tipo di accertamento tecnico richiesto e l'oggetto dello stesso.

Il mancato riferimento al potere del consulente tecnico di tentare la conciliazione della lite non impedisce, evidentemente, che l'ausiliario del giudice possa (e debba) esercitare tale attività, una volta che l'atto introduttivo sia, come nella fattispecie, convertito in ricorso *ex art. 696 bis*.

(*Omissis*)

Tutela cautelare e consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite nelle controversie sulla responsabilità sanitaria

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La consulenza tecnica preventiva come condizione di procedibilità. – 3. Tutela cautelare e condizioni di procedibilità. – 4. Idoneità della consulenza tecnica preventiva a soddisfare esigenze cautelari. – 5. Consulenza tecnica preventiva e accertamento tecnico preventivo.

Il lavoro esamina i rapporti tra la consulenza tecnica preventiva dell'art. 696 *bis* c.p.c., posta come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie in tema di responsabilità sanitaria, e la speciale misura cautelare dell'accertamento tecnico preventivo dell'art. 696 c.p.c.

The paper examines the relations between the preventive technical advice (art. 696 bis), indicated as a condition of procedure in health responsibilities judgments, and the preventive expert technical testimony proceedings (art. 696), that is a protective measure.

1. Premessa.

Il caso sottoposto all'esame del Tribunale di Frosinone rappresenta uno dei primi provvedimenti di applicazione della l. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. legge Gelli-Bianco, di riforma della disciplina sostanziale e processuale della responsabilità sanitaria. In particolare, il provvedimento annotato esamina natura e funzione delle condizioni di procedibilità poste dalla legge per la proposizione della domanda giudiziale in *subiecta materia* e i loro rapporti con la tutela cautelare e, più nello specifico, i rapporti tra la consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi *ex art. 696 bis* c.p.c. e l'accertamento tecnico preventivo *ex art. 696* c.p.c.

In un giudizio promosso per ottenere il risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria, il danneggiato proponeva preventivamente un ricorso per accertamento tecnico preventivo, ai sensi dell'art. 696 c.p.c., sulla correttezza delle cure sanitarie ricevute, senza esperire la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, prevista dalla legge come condizione di procedibilità per l'azione per responsabilità medica.

Due le questioni poste all'attenzione del giudice della cautela: la prima se in mancanza dell'esperimento della condizione di procedibilità sia possibile ottenere la concessione di un provvedimento cautelare e, segnatamente, un accertamento tecnico preventivo; la seconda è se il ricorso per accertamento tecnico possa considerarsi come una domanda di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis* c.p.c., così che al consulente nominato

per svolgere i rilievi tecnici in via cautelare possano attribuirsi funzioni conciliative, non previste nel procedimento *ex art. 696 c.p.c.*

2. La consulenza tecnica preventiva come condizione di procedibilità.

Partendo dalla prima questione, il Tribunale di Frosinone si trova ad affrontare l'esame di una domanda cautelare per accertamento tecnico non preceduta da un tentativo di conciliazione e si pone il dubbio se una simile azione sia o meno soggetta alle condizioni di procedibilità poste dall'art. 8 della l. 24/2017.

Ai sensi dell'art. 8 cit. chi intende esercitare un'azione per risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria davanti al giudice civile è tenuto preliminarmente a proporre ricorso *ex art. 696 bis c.p.c.* ovvero a presentare istanza di mediazione ai sensi dell'art. 5 co. 1 *bis* del d.lgs. 28/2010. Consulenza tecnica preventiva e mediazione si pongono quindi come condizioni di procedibilità alternative per promuovere un'azione risarcitoria per responsabilità medica¹.

V'è da dire che, in assenza di espresso richiamo alla mediazione ad opera dell'art. 8 cit., essa avrebbe comunque costituito condizione di procedibilità nella materia in esame, posto che è proprio l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 a prevedere che il tentativo di mediazione sia obbligatorio nelle controversie per responsabilità sanitaria².

Quanto allo svolgimento dei procedimenti posti come alternativamente obbligatori, tale l'art. 8 cit., il quale si limita a rinviare alle discipline previste dal d.lgs. 28/2010 e dall'art. 696 *bis* c.p.c., salvo che per la determinazione della durata massima della procedura e per l'individuazione dei soggetti che devono partecipare alla consulenza tecnica preventiva,

¹ La scelta per una condizione di procedibilità piuttosto che di proponibilità della domanda giudiziale è senz'altro da condividere dal momento che consente di superare i dubbi di illegittimità costituzionale della norma, per violazione dell'art. 24 Cost., non diversamente da quanto è già avvenuto in passato per altre forme di conciliazione preventiva obbligatoria imposte per legge (v. *infra* nota 10.). Ed invero, la condizione di procedibilità integra un presupposto processuale la cui mancanza è sanabile con efficacia retroattiva; essa non impedisce l'instaurazione del giudizio, bensì nega la possibilità che il processo prosegua verso la meta naturale che è la decisione di merito. La condizione di proponibilità deve invece sussistere al momento della proposizione della domanda, non potendo utilmente sopravvenire e non consentendo quindi una sanatoria con efficacia retroattiva. Sulla illegittimità del tentativo obbligatorio di conciliazione posto come condizione di ammissibilità della domanda – in relazione al processo tributario – v. Corte cost. 16 aprile 2014, n. 98, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 813, con nota di SANDULLI. Sulla conformità della condizione di procedibilità ai principi costituzionali, v. LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, 68 s.; ID., *Il tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav* 1999, 378.

² Tuttavia, nel d.d.l. approvato alla Camera il 28 gennaio 2016 si era previsto di rendere inapplicabile l'art. 5 d.lgs. 28/2010 per la materia di responsabilità medica – al pari della negoziazione assistita, tuttora esclusa – così che l'unica condizione di procedibilità per le controversie in esame potesse divenire la consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi. Nei successivi passaggi parlamentari, invece, è venuta meno l'esclusività dell'art. 696 *bis* c.p.c. che ora concorre con la mediazione obbligatoria, con funzione deflattiva e conciliativa. Sull'iter parlamentare e sulle ragioni della originaria esclusione v. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria*, in *Giust. Proc. civ.*, 2017, 656-657; ZUMPARO, *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 Bove; Torino, 2017, 431. Critici verso la scelta di conservare la mediazione come condizione di procedibilità nelle controversie in esame CONSOLO, BERTOLINI, 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, VI, 767; ID., in *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, coordinato da Consolo, Torino, 2018, 35 ss.; DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 1200 ss.

visto che il comma 4 dell'art 8 cit. stabilisce che essa sia obbligatoria "per tutte le parti", incluse le compagnie di assicurazione.

Per il resto, l'art. 8 individua regole di coordinamento tra la fase conciliativa obbligatoria (mediazione e consulenza tecnica preventiva) e il giudizio di merito per l'ipotesi di fallimento (o del mancato esperimento) del procedimento preventivo.

Ne consegue che per ogni ulteriore profilo occorrerà avere riguardo alla disciplina contenuta nell'art. 696 *bis* c.p.c. e nel d.lgs. 28/2010.

Così, con riferimento alla consulenza tecnica preventiva, quanto alle modalità di proposizione dell'istanza, alle funzioni conciliative del consulente e all'efficacia dell'eventuale accordo, l'art. 8 cit. non introduce nulla di nuovo rispetto a quanto già previsto all'interno del codice di rito all'art. 696 *bis* c.p.c.

La novità è invece certamente rappresentata dal fatto che il procedimento di consulenza tecnica preventiva, rimasto intatto nella sua disciplina, sia divenuto una condizione di procedibilità per le controversie in materia di responsabilità sanitaria.

Quella di introdurre un filtro di accesso alla giustizia affidato ad un tecnico esperto della materia è scelta che non è nuova al nostro ordinamento posto che già con l'art. 38 d.l. n. 98/2011, convertito con l. 111/2011, modificato dalla l. n. 183/2011, era stato introdotto nel processo assistenziale l'art. 445 *bis* c.p.c., disciplinante l'accertamento tecnico preventivo obbligatorio.

Si tratta di un istituto che si inserisce in una serie di disposizioni finalizzate ad accelerare e ridurre il contenzioso in materia previdenziale, introducendo un filtro preliminare alla proposizione dei ricorsi in materia di invalidità civile, imponendo l'obbligo di promuovere un accertamento tecnico preventivo delle condizioni sanitarie costituenti presupposto della pretesa che si intende fare valere³. Per tale procedimento, poi, l'art. 445 *bis* c.p.c. rinvia proprio all'art. 696 *bis* c.p.c., in quanto compatibile, per l'individuazione delle regole procedurali.

Ecco perciò che la consulenza tecnica preventiva già costituiva modello sperimentato quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per controversie caratterizzate da particolare tecnicismo, ora adottato anche nelle controversie sanitarie dalla l. 24/2017.

L'art. 8 l. 24/2017 (che rinvia all'art. 696 *bis* c.p.c.) come l'art. 445 *bis* c.p.c. (che rinvia, anch'esso, all'art. 696 *bis* c.p.c.) mirano a consentire che liti, il cui unico punto controverso è costituito da un elemento di fatto che può essere accertato solo attraverso consulenza tecnica, siano risolte preventivamente evitando l'instaurazione di un contenzioso. In altre parole, quando il processo a cognizione piena è finalizzato unicamente all'espletamento della consulenza medico-legale, la consulenza tecnica preventiva dell'art. 8 cit. e l'accertamento tecnico preventivo dell'art. 445 *bis* c.p.c. aspirano ad anticipare l'esito del giudizio

³ Sull'art. 445 *bis* c.p.c. sia consentito rinviare a LICCI, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie previdenziali: l'occasione mancata per l'ottenimento rapido di un titolo esecutivo?*, in *Riv. es. forz.*, 2012, 97 ss.; ID., *Commento sub art. 445 bis c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 2013, 854 ss. c.p.c.; BATTAGLIA, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2016, 80 ss.; FRABASILE, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*; MONTELEONE, *Il recente art. 445 bis c.p.c. tra antinomie sistemiche e prospettive razionalizzanti*, *ibid.*; COSSIGNANI, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2013, 629 ss.; SFERRAZZA, *Le novità della Manovra economica 2011 sul contenzioso in materia di previdenza ed assistenza*, *IG*, 2011, 995 ss.; DALFINO, *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011.

di merito, consentendo altresì alle parti in conflitto di formulare una prognosi sulle *chances* di successo in sede di cognizione ordinaria, eventualmente dissuadendole dall'instaurarla⁴.

Deve però precisarsi che, benché l'intento deflattivo sia comune a entrambi i procedimenti, solo quello dell'art. 696 *bis* c.p.c. – e per converso quello dell'art. 8 l. 24/2017 – ha anche finalità conciliative. Difatti, mentre l'art. 445 *bis* c.p.c. mira a risolvere preventivamente la controversia attraverso un accertamento tecnico che potrà essere contestato dall'istante o omologato dal giudice (in mancanza di dissenso)⁵, l'art. 696 *bis* c.p.c. tende in prima battuta alla conciliazione della lite⁶.

Non a caso, infatti, nella disciplina sulla responsabilità medica, la consulenza tecnica preventiva è posta sullo stesso (alternativo) piano della mediazione civile: sono ambedue procedimenti diretti a deflazionare il contenzioso giudiziario, cercando di risolvere anticipatamente e consensualmente la controversia, evitando il ricorso alla tutela giurisdizionale dichiarativa⁷.

Analoga funzione conciliativa non è invece prevista nell'art. 445 *bis* c.p.c. il quale, pur rinviando all'art. 696 *bis* c.p.c. per l'individuazione della disciplina procedimentale, risulta incompatibile con lo svolgimento di attività di mediazione da parte del consulente nominato dal giudice⁸.

⁴ TISCINI, BONAFINE, *La consulenza tecnica preventiva quale condizione di procedibilità nei giudizi risarcitori da responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24*, in questo numero della *Rivista*, 147, osservano come, sotto il profilo del procedimento, l'art. 8 cit. e l'art. 445 *bis* c.p.c. siano perfettamente sovrapponibili sotto molteplici profili di disciplina, eccezion fatta per le regole di competenza. Sui rapporti tra art. 445 *bis* c.p.c. e art. 8 l. 24/2017 v. PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di Gelli, Hazan, Zorzit, Milano, 2017, 455; COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it, pag. 5.; ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17*, in *Riv. Arb.*, 2018, 100 ss.

⁵ Nelle ipotesi in cui l'accertamento compiuto dal tecnico non è accettato dagli interessati, il procedimento dell'art. 445 *bis* c.p.c. cede il passo al processo a cognizione piena atteso che "la parte che abbia dichiarato di contestare le conclusioni del consulente tecnico dell'ufficio deve depositare, presso il giudice di cui al 1° co., entro il termine perentorio di trenta giorni dalla formulazione della dichiarazione di dissenso, il ricorso introduttivo del giudizio, specificando, a pena di inammissibilità, i motivi della contestazione". V. LICCI, *Commento*, cit., 878.

⁶ Sulla primaria funzione conciliativa dell'art. 696 *bis* c.p.c. v. ADORNO, *Il nuovo "filtro" dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in *I Profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di De Santis, Roma, 2017, 115.

⁷ Sebbene con le dovute differenze, giacché la consulenza tecnica preventiva non esaurisce i suoi scopi nel perseguimento di soluzioni conciliative, a differenza di quanto avviene per la mediazione. D'altra parte, la relazione che il consulente peritale redige verrà poi, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, e su richiesta anche solo di una parte, acquisita nel successivo giudizio di merito. Non accadrà invece altrettanto né per la consulenza tecnica svolta in mediazione, né per l'attività svolta dal mediatore che, al più, potrà confluire in una proposta. Sulle differenti funzioni e struttura di mediazione e consulenza tecnica preventiva v. ANSANELLI, *Struttura e funzione della consulenza tecnica preventiva*, in *Gius. proc. civ.*, 2018, 170, 171; ADORNO, *op. ult. cit.*, 115 ss.; DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 258; TRISORIO LIUZZI, *La riforma*, cit., 664.

⁸ Le norme sul tentativo di conciliazione svolto dal consulente sono di dubbia applicazione all'accertamento ex art. 445 *bis* c.p.c. per due diverse ragioni. La prima, si fonda sul dato letterale degli artt. 696 *bis* e 445 *bis* c.p.c.; la seconda sulla natura dei diritti oggetto del procedimento ex art. 445 *bis* c.p.c. Quanto al primo aspetto, l'art. 445 *bis* c.p.c. rinvia all'art. 696 *bis* non tanto per individuare tutte le regole del procedimento, quanto per stabilire come il giudice debba procedere («Il giudice procede a norma dell'articolo 696 *bis* codice di procedura civile, in quanto compatibile»). Ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c. la funzione conciliativa è attribuita non al giudice, né è delegata dal giudice al consulente tecnico. Pertanto il rinvio all'art. 696 *bis* c.p.c. non può estendersi anche al tentativo di conciliazione. Il consulente nella procedura ex art. 445 *bis* c.p.c. è chiamato solo ad accertare la sussistenza del requisito sanitario del richiedente senza poter ricercare composizioni della lite. Spetterà poi alle parti accettare o meno le risultanze della consulenza senza che ciò comporti disposizione del diritto. La seconda ragione per cui appare dubbia l'applicazione delle norme sul tentativo di conciliazione ex art. 696 *bis* c.p.c. si fonda sulla indisponibilità dei diritti nella materia previdenziale.

3. Tutela cautelare e condizioni di procedibilità.

Si è detto che, in punto di disciplina sul procedimento, l'art. 8 l. 24/2017 si limita a rinviare rispettivamente all'art. 696 *bis* c.p.c., per la consulenza tecnica preventiva, e al d.lgs. 28/2010, per la mediazione.

In prima battuta è a tali norme che occorre fare riferimento per comprendere se la condizione di procedibilità sia esclusa tutte le volte nelle quali l'istante, trovandosi esposto ad un pericolo correlato al ritardo nella tutela, voglia agire per chiedere un provvedimento cautelare.

Per la mediazione, l'art. 5 co. 3 d.lgs. 28/2010 stabilisce che, in ogni caso, lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari. Il comma 4 aggiunge poi che la condizione di procedibilità non opera quando la parte interessata voglia proporre ricorso per una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c.⁹.

Ne consegue che il mancato esperimento del tentativo di mediazione non impedisce la concessione di misure cautelari.

Come osserva il Tribunale di Frosinone nel provvedimento annotato, manca nell'art. 8 l. 24/2017 e nella disciplina dell'art. 696 *bis* c.p.c. una norma equivalente al co. 3 dell'art. 5 d.lgs. 28/2010 che faccia espressamente salva la facoltà di richiedere la concessione dei provvedimenti cautelari e urgenti, riferendo l'art. 8 cit. la condizione di procedibilità più in generale a qualsiasi azione innanzi al giudice civile.

Di qui le perplessità poste dal giudice di merito in ordine alla possibilità di concedere prima dell'espletamento della condizione di procedibilità un provvedimento cautelare.

Tuttavia, pur in mancanza di espressa indicazione normativa a riguardo, due sono le ragioni che, come afferma correttamente il tribunale, militano in favore della concessione di provvedimenti cautelari *ante causam*, quando si intenda proporre un'azione di responsabilità sanitaria sottoposta a condizione di procedibilità¹⁰.

La prima risiede nel generale principio enunciato dalla Corte costituzionale secondo cui al legislatore ordinario è consentito introdurre forme di giurisdizione condizionata purché gli oneri attribuiti alle parti non impediscano o rendano troppo difficoltoso l'accesso alla giustizia¹¹.

⁹ In altre parole, nelle materie in cui la mediazione è obbligatoria, e al di fuori di quelle per responsabilità medica in cui mediazione e consulenza tecnica preventiva concorrono, la condizione di procedibilità stabilita dall'art. 5 d.lgs. 28/2010 non opera se la parte voglia proporre una istanza *ex art.* 696 *bis* c.p.c. Il d.lgs. 28/2010, dopo la riforma attuata dall'art. 84, comma 1, lett. d), d. l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, sembra perciò equiparare, quantomeno in punto di inoperatività della condizione di procedibilità, la consulenza tecnica preventiva ai provvedimenti cautelari. Tuttavia si vedrà *infra* che all'art. 696 *bis* c.p.c. non è attribuibile una natura *stricto sensu* cautelare.

¹⁰ Sulla possibilità che, ricorrendone gli estremi, possa essere concessa la tutela cautelare indipendentemente dalla proposizione dell'istanza di conciliazione tecnica preventiva, v. OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in *www.judicium.it*.

¹¹ In tal senso, con riferimento alla conciliazione lavoristica obbligatoria, così come modificata dal d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, e dall'art. 19 d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387, v. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276 in *Mass. giur. lav.*, 2000, 1098, con nota di TISCINI; in *Giust. civ.*, 2000, I, 2499, con nota di BRIGUGLIO; in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1219, con nota di CONTE (sul tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità nel rito del lavoro, si veda LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, cit., 375 ss.; NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007; PANZAROLA, voce *Conciliazione*, *Diritto processuale civile*,

Tanto imporrebbe quindi di garantire sempre l'accesso alla tutela cautelare nonché a tutti i provvedimenti urgenti, in grado di soddisfare con celerità le esigenze di tutela¹².

In altri termini, in presenza di esigenze cautelari – particolari – non altrimenti soddisficibili, occorre sempre sacrificare l'interesse di carattere generale a fondamento della condizione di procedibilità, con la conseguenza che, nel concorso tra una forma di conciliazione obbligatoria preventiva e l'interesse ad ottenere un provvedimento cautelare e urgente, deve essere garantita la prevalenza di quest'ultimo.

La seconda ragione che, pur nel silenzio della legge, spinge per l'esclusione dell'operatività della condizione di procedibilità quando si voglia ottenere un provvedimento cautelare e urgente, risiede nel fatto che la parte interessata a promuovere un'azione di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria può soddisfare la condizione preventiva obbligatoria imposta per legge anche ricorrendo al procedimento di mediazione. Per esso, l'art. 5 d.lgs. 28/2010 garantisce sempre la possibilità di assicurarsi la concessione di provvedimenti cautelari, di talché, prima di esperire il tentativo conciliativo, la parte interessata potrà ottenere la tutela urgente se ne ricorrono i presupposti.

Ne consegue che, essendo mediazione e consulenza tecnica preventiva condizioni di procedibilità alternative, è sufficiente avere riguardo a quanto stabilito nell'art. 5 per comprendere se prima del ricorso a una delle vie conciliative obbligatorie sia possibile ottenere un provvedimento cautelare.

4. Idoneità della consulenza tecnica preventiva a soddisfare esigenze cautelari.

Acclarato che il mancato esperimento delle condizioni di procedibilità stabilite dall'art. 8 l. 24/2017 non impedisce la concessione di provvedimenti cautelari, il Tribunale di Frosinone si interroga sulla possibilità di destinare al provvedimento di istruzione preventiva dell'art. 696 c.p.c. un trattamento distinto rispetto alle altre cautele.

Postilla di aggiornamento, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, VIII, 3 ss.; TISCINI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, in *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di Perone-Sassani, Padova, 1999, 23 ss.; ID., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, III, 1087 ss.; ID., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro ed il procedimento di ingiunzione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 295 ss.; TRISORIO LUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 948 ss.; VERDE, *I processi a rito differenziato*, Bologna 2010, 321 ss.). Cfr. Corte cost. 30 novembre 2007, n. 403, in *Giur. it.*, 2008, 1099 con nota di GUARNIER, sul tentativo di conciliazione obbligatorio nelle controversie tra utenti e società di telecomunicazione. Per converso, è da ritenersi illegittima la limitazione all'accesso alla tutela cautelare. Così Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881, con nota di PROTO PISANI; *ibid.*, con nota di ROMANO.

¹² All'uopo, all'alba dell'entrata in vigore del d.lgs. 5/2010, si è discusso se rientrasse o meno tra i procedimenti sottratti al preventivo obbligo di esperimento del tentativo di conciliazione la conciliazione tecnica preventiva, la cui natura cautelare, come si dirà *infra*, andrebbe esclusa. Tuttavia, il procedimento dell'art. 696 bis c.p.c., pur non richiedendo la sussistenza del *periculum in mora* per la sua concessione, è idoneo a soddisfare con urgenza e celerità la richiesta di tutela dell'istante. Il che, probabilmente, ha indotto il legislatore con le successive modifiche dell'art. 5 d.lgs. 28/2010 (ad opera del d.l. 69/2013) ad inserire anche l'art. 696 bis c.p.c. tra i procedimenti che non richiedono il previo esperimento del tentativo di mediazione. Prima della modifica del comma 4 del d.lgs. 28/2010 v. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, 165; CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo*, 140 ss.; CESARETTI, *Inapplicabilità delle norme di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 in caso di domanda giudiziale per una ctu preventiva*, in *Giur. Merito*, 2012, 855.

In particolare, partendo dall'idea che accertamento tecnico preventivo e consulenza tecnica preventiva siano provvedimenti caratterizzati da forti analogie, si domanda se le ragioni che solitamente inducono a ritenere ammissibili i provvedimenti cautelari anche a condizioni di procedibilità non espletate sussistano parimenti in presenza di un ricorso *ex art. 696 c.p.c.*

Come già detto *supra*, quando si scontrano l'esigenza cautelare con l'interesse generale deflattivo consacrato nella condizione di procedibilità imposta *ex lege*, quest'ultimo soccombe tutte le volte in cui per espletare previamente il tentativo di conciliazione si debba sacrificare un interesse di rango costituzionale. In altri termini, non deve essere sottoposta a tentativo obbligatorio l'istanza che ha come fine quello di ottenere una misura cautelare: la *ratio* dell'esclusione sta nell'evitare che il filtro conciliativo costituisca ostacolo all'effettività della tutela giurisdizionale cosicché l'interesse generale alla composizione preventiva della lite svanisce di fronte all'azione cautelare che consente il soddisfacimento immediato, non altrimenti conseguibile.

Per converso, quindi, quando il risultato cui tende la misura cautelare sia ugualmente raggiungibile attraverso l'attuazione della condizione di procedibilità, quest'ultima non dovrebbe essere sacrificata.

Resta perciò da comprendere se la domanda per accertamento tecnico preventivo miri ad un risultato ugualmente ottenibile attraverso la consulenza tecnica preventiva, per capire se esso possa essere concesso prima dello svolgimento della procedura dell'art. 696 *bis* c.p.c. o se, invece, la sua concessione sia preclusa dall'esistenza di una condizione di procedibilità.

Cominciamo col dire che l'art. 696 *bis* c.p.c. non condivide, almeno stando ai presupposti stabiliti dalla legge per la sua concessione, la natura cautelare dell'art. 696 c.p.c. Alla consulenza tecnica preventiva può infatti accedersi al di fuori di ragioni di urgenza, ovvero senza necessità di allegare la sussistenza di un *periculum in mora*, che invece rappresenta condizione necessaria ma non sufficiente per la concessione delle misure cautelari. Tanto perché l'art. 696 *bis* c.p.c. prevede che l'espletamento della consulenza tecnica possa aver luogo "anche" al di fuori delle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 696 c.p.c.

Tale ultima norma richiama, appunto, tra i requisiti di ammissibilità della misura di istruzione preventiva, il *periculum in mora*, stabilendo che l'accertamento tecnico possa essere concesso quando sia fatta valere da chi agisce in via cautelare "l'urgenza" della verifica tecnica.

Non è invece esplicitamente previsto, né dall'art. 696 c.p.c. né dall'art. 696 *bis* c.p.c., che debba aversi una delibazione sul *fumus boni iuris*, accertamento che, tuttavia, nell'una come nell'altra misura, deve essere verificato seppure con minor rigore rispetto agli altri provvedimenti cautelari¹³. Non può infatti escludersi – con riferimento alla consulenza tecnica preventiva – che il giudice, prima di accogliere la richiesta, debba interrogarsi sulla fondatezza del diritto sostanziale del quale si chiederà tutela nel futuro ed eventuale giudizio di merito. Allo stesso modo, nel caso di ricorso *ex art. 696 c.p.c.*, il giudice dovrà

¹³ V. LUISO, *Diritto processuale*, cit., IV, 271.

valutare la rilevanza della prova che si chiede di acquisire preventivamente rispetto alla domanda che si proporrà nel futuro giudizio di cognizione¹⁴.

Pertanto, sotto il profilo delle condizioni per la concessione dei provvedimenti di cui agli artt. 696 e 696 *bis* c.p.c., la differenza tra l'accertamento tecnico preventivo e la consulenza tecnica preventiva consiste nella non necessaria allegazione (e prova) della sussistenza di una urgenza di provvedere per la seconda, che, invece, è indispensabile per il primo. Il che è argomento che induce ad escludere che la consulenza dell'art. 696 *bis* abbia natura cautelare¹⁵ 16.

Tuttavia, sebbene priva di natura cautelare, non può negarsi che la conciliazione tecnica preventiva possa essere idonea a soddisfare esigenze cautelari, non troppo diversamente da quanto avviene quando venga proposto ricorso per accertamento tecnico preventivo.

Benché infatti l'art. 696 *bis* c.p.c. possa essere richiesto “anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696”, ovvero anche in assenza del *periculum in mora*, nulla toglie che alla consulenza tecnica preventiva possa farsi ricorso per accertare e determinare i crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito quando sussistano ragioni di urgenza che non consentano alla parte interessata di procrastinare i tempi dell'accertamento tecnico. Se può essere concesso “anche” al fuori delle condizioni di urgenza, allora significa che non è necessario allegare la sussistenza del *periculum in mora* per la sua ammissibilità, ma non è pure vero che in presenza di una situazione di pericolo la consulenza non possa essere domandata.

In altri termini, pur non avendo natura cautelare, l'art. 696 *bis* c.p.c. è strumento astrattamente capace di assolvere a finalità cautelari. Il che lo renderebbe, su un piano teorico, perfettamente alternativo all'accertamento tecnico preventivo dell'art. 696 c.p.c.

Guardando infatti all'ambito applicativo delle due disposizioni, quando si voglia accertare in via anticipata e urgente (in presenza di un pericolo di pregiudizio nel ritardo anche per l'eventuale irripetibilità dell'accertamento tecnico) cause ed entità del danno lamentato¹⁷, il ricorrente potrebbe certamente proporre ricorso *ex art.* 696 c.p.c. ma, al contempo,

¹⁴ Sul punto v. PANZAROLA, *Commento sub art. 696 e 696 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, I, Padova, 2007, 294 ss., il quale osserva che “il presupposto del *fumus* dovrà essere valutato nel caso di specie con minore rigore del consueto, magari come «non manifesta infondatezza» della pretesa azionata. Ma se ne dovrà sempre e comunque tenere conto, ad esempio in punto di scrutinio delle condizioni della azione «concreta»”.

¹⁵ Sulla natura della consulenza tecnica preventiva v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto, PANZAROLA, *L'istruzione preventiva riformata*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, I, 112. In giurisprudenza, sulla natura non cautelare del provvedimento *ex art.* 696 *bis* v. T. Milano, 10 marzo 2011, in *Giur. dir. ind.*, 2011, 873; T. Siracusa, 14 giugno 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2863; *contra* T. Pisa, 03 agosto 2011, in *Giur. merito*, 2012, 1081, con nota di MASONI.

¹⁶ Tuttavia si segnala che Cass. SS.UU. 20 giugno 2007, n. 14301, in *Giur. It.*, 2007, 2525, con nota di MASONI, escludendo la suscettibilità del provvedimento che ammette la consulenza a ricorso straordinario in Cassazione, a regolamento preventivo di giurisdizione, nonché a regolamento di competenza (in ragione della non definitività della misura) ne riconosce il carattere provvisorio e strumentale, inserendola a pieno, al di là della collocazione codicistica, tra i provvedimenti di istruzione preventiva. Con essi infatti condivide, a detta del giudice di legittimità, la natura cautelare. Tale condivisione potrebbe pertanto condurre ad una estensione del reclamo anche alla consulenza ai fini conciliativi, in applicazione del principio enunciato da Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, in *Riv. dir. proc.*, 2009, con nota di LICCI. Contrario all'esperibilità del reclamo cautelare avverso il provvedimento che nega la consulenza tecnica preventiva dell'art. 696 *bis* c.p.c., stante la sua natura non cautelare, è T. Mantova 3 luglio 2008.

¹⁷ Dopo la riforma del 2005, l'art. 696 c.p.c. può essere utilizzato non solo per fotografare lo stato dei luoghi ma anche per compiere valutazioni in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto della verifica. Il che, sotto l'aspetto dell'attività in concreto espletata dal consulente, assimila l'accertamento dell'art. 696 c.p.c. a quello dell'art. 696 *bis* c.p.c.

il suo interesse a ottenere in tempi rapidi una valutazione tecnica potrebbe essere pienamente soddisfatto anche attraverso l'art. 696 *bis* c.p.c.

D'altra parte, quanto ai tempi per l'ottenimento della tutela rapida, non ci sembra che l'art. 696 *bis* c.p.c. ne richieda un allungamento rispetto a quanto previsto dell'art. 696 c.p.c.

In entrambi i casi, infatti, il giudice è tenuto a verificare – sebbene con meno rigore – la sussistenza del *fumus boni iuris*, esaminando in particolare quale sia la domanda di merito (e i fatti costitutivi sui quali posa) e quali siano i profili che con la consulenza si intendono provare.

Né può dirsi – come osserva il Tribunale di Frosinone – che l'attività conciliativa costituisca un rallentamento nell'ottenimento della tutela, giacché il consulente tenta la conciliazione dopo aver compiuto gli accertamenti e, dove questa non riesca, deposita la relazione peritale. Ne consegue che l'urgenza di ottenere l'accertamento tecnico viene immediatamente soddisfatta e non risulta sacrificata dall'attribuzione al consulente di funzioni conciliative in aggiunta a quelle tecniche.

La funzione conciliativa sebbene esaltata dal legislatore che ha introdotto l'art. 696 *bis* c.p.c., e maggiormente evidenziata dall'art. 8 della l. 24/2017, si muove congiuntamente alla funzione di istruzione probatoria attribuita alla consulenza tecnica preventiva.

D'altronde lo scopo deflattivo dell'istituto si realizza non tanto attraverso la conciliazione quanto invece grazie all'anticipazione della perizia che consente alle parti di svolgere una valutazione prognostica sull'esito dell'eventuale giudizio di merito, così dissuadendole dall'instaurarlo.

Non può quindi negarsi che l'art. 696 *bis* c.p.c. sia in grado, né meno né più dell'art. 696 c.p.c., di soddisfare l'interesse alla verifica urgente delle condizioni e dello stato della persona danneggiata dall'esercente la professione sanitaria.

5. Consulenza tecnica preventiva e accertamento tecnico preventivo.

Se quindi la consulenza tecnica preventiva è idonea a soddisfare le esigenze cautelari alle quali è funzionale l'accertamento tecnico preventivo, non può ammettersi – secondo la pronuncia in commento – una deroga all'operatività della condizione di procedibilità quando si voglia ottenere un provvedimento *ex art.* 696 c.p.c.

Il Tribunale di Frosinone osserva che la scelta di far prevalere l'interesse alla tutela cautelare sull'interesse generale a fondamento della condizione di procedibilità è da escludersi quando con l'onere preventivo imposto alla parte è possibile realizzare i medesimi scopi ottenibili per mezzo delle cautele. Se, infatti, l'interesse generale cui è preordinato il procedimento preventivo obbligatorio dell'art. 8 cit. è al contempo quello di deflazionare il contezioso e di anticipare l'accertamento tecnico, non esistono ragioni per escluderne l'operatività quando la parte abbia motivi di urgenza che le impongano di chiedere una anticipazione di consulenza tecnica.

Conclude perciò il tribunale che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 8 cit. impedisce la proponibilità del ricorso per accertamento tecnico sulla persona ai sensi dell'art. 696 c.p.c.

Non esisterebbero all'interno della l. 24/2017 ragioni ostative a tale interpretazione, posto che la previsione di un termine di durata stabilito per il procedimento dell'art. 8 cit. non è incompatibile con eventuali ragioni di urgenza.

Ed invero, il termine è stabilito solo al fine di determinare il momento a partire dal quale la domanda diviene procedibile se la procedura dell'art. 696 *bis* c.p.c. non si è ancora conclusa. Non rappresenta invece un momento prima del quale non è possibile ottenere l'accertamento sicché la sua previsione è perfettamente conciliabile con l'esigenza di ottenere una verifica tecnica in tempi brevi. Allo stesso tempo non è un termine che, se superato, rende l'accertamento compiuto invalido o inefficace, restando la relazione peritale sempre valida e utilizzabile nell'eventuale futuro giudizio di merito¹⁸.

Non è neppure da ostacolo all'interpretazione prospettata la previsione che nel procedimento dell'art. 8 cit. sia richiesta la partecipazione di "tutte le parti" comprese le imprese di assicurazione¹⁹ (che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla), visto che tale estensione soggettiva del procedimento non determinerebbe un aggravio dei tempi per l'ottenimento della tutela né un incombenza più gravoso per l'istante rispetto a quello che dovrebbe svolgere con un ricorso *ex art.* 696 c.p.c.

D'altronde, i soggetti che devono necessariamente partecipare al procedimento dell'art. 696 *bis* c.p.c. sono gli stessi che dovrebbero essere coinvolti nella procedura dell'art. 696 c.p.c., con la conseguenza che esperire l'uno o l'altra, in punto di ampliamento soggettivo del giudizio, risulta irrilevante.

Alla luce di tali considerazioni non vi sarebbe alcun sacrificio all'effettività della tutela giurisdizionale cautelare ove si escludesse la possibilità di ricorrere all'accertamento tecnico dell'art. 696 c.p.c. in favore dell'espletamento della condizione di procedibilità dell'art. 696 *bis* c.p.c. È anche vero, peraltro, che non vi è una incompatibilità ontologica tra i procedimenti cautelari e la via conciliativa, configurandosi, al più, una incompatibilità tecnica tra la tutela d'urgenza e l'obbligatorietà preventiva della conciliazione che impedirebbe o renderebbe più gravoso l'esercizio della tutela cautelare²⁰. Il che potrebbe consentire di negare la tutela urgente in favore di un procedimento conciliativo idoneo a soddisfare anche le esigenze cautelari.

¹⁸ V. ADORNO, *op. cit.*, 125; COREA, *op. cit.*; TISCINI, BONAFINE *op. loc. cit.*

¹⁹ Secondo TRISORIO LIUZZI, *La riforma*, cit., 668, la presenza necessaria delle imprese assicurative è subordinata alla comunicazione dell'apertura del procedimento *ex art.* 696 *bis* c.p.c. ad opera del soggetto assicurato (danneggiato o responsabile). Concorda con la posizione espressa dall'A. il Tribunale di Frosinone con la pronuncia in commento nella parte in cui precisa che l'individuazione delle parti che devono necessariamente essere coinvolte nel procedimento *ex art.* 696 *bis* non sono individuate dall'art. 8 cit., che si limita a introdurre la condizione di procedibilità. Le parti necessarie vanno individuate secondo "i principi generali del contraddittorio (che impone che siano convenute in giudizio le parti contro le quali si propongono le domande, risarcitorie o di garanzia) e secondo le regole speciali dettate dall'art. 12 della l. n. 24 del 2017, si badi bene, solamente per l'ipotesi dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria (vale a dire che il litisconsorzio necessario tra la compagnia di assicurazione e il soggetto assicurato è imposto dall'art. 12, co. 4, solamente nel caso in cui il danneggiato agisca direttamente nei confronti della compagnia, non anche nel caso in cui la parte agisca contro la struttura sanitaria o contro l'esercente la professione sanitaria)".

²⁰ Così TISCINI, *La mediazione civile*, cit., 169, 170.

Deve tuttavia osservarsi che, sebbene tale interpretazione sia astrattamente concepibile, dal punto di vista concreto, si potrebbe prestare a conseguenze più dannose rispetto ai benefici che da questa opzione ermeneutica deriverebbero.

Ove, infatti, come afferma il Tribunale di Frosinone, dal mancato esperimento del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 8 cit. prima della proposizione del ricorso *ex art.* 696 c.p.c., si facesse derivare l'improcedibilità della domanda cautelare di istruzione preventiva, l'effettività della tutela verrebbe illegittimamente sacrificata.

D'altra parte, però, la conseguenza del mancato rispetto del presupposto processuale è predeterminata dalla legge e consiste, appunto, nella impossibilità di giungere ad una decisione di merito (o, in questo caso, all'accoglimento della domanda cautelare); pertanto, ove si accettasse l'idea che una domanda di accertamento tecnico preventivo debba obbligatoriamente essere preceduta da una domanda di consulenza tecnica preventiva (o da una istanza di mediazione), la conclusione non potrebbe che essere, per l'ipotesi del mancato rispetto della condizione imposta *ex lege*, l'improcedibilità del ricorso cautelare.

Si tratta però di una costruzione che non è accoglibile.

In primo luogo, come si è visto *supra*, consulenza tecnica preventiva e accertamento tecnico preventivo sono entrambi procedimenti sommari con pari dignità, diversa natura e funzioni affini. Affermare che l'accertamento tecnico non è proponibile nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria sol perché lo scopo cui esso tende è ugualmente raggiungibile attraverso altro procedimento sommario, oltre a svuotare di significato il procedimento dell'art. 696 c.p.c., conduce a conseguenze abnormi per il soggetto che richiede tutela²¹.

Se l'ordinamento ha predisposto tante diverse forme di tutela sommaria, ognuna con propri scopi e ambiti applicativi, non può sanzionarsi con l'improcedibilità la scelta che il danneggiato compia in favore dell'uno o dell'altro procedimento, sol perché, avendo funzioni potenzialmente analoghe, la legge sembra offrire preferenza ad uno dei due.

È anche vero, però, che vista l'analogia tra le due misure, consentire che prima venga espletata la tutela dell'art. 696 c.p.c. e poi il procedimento dell'art. 696 *bis* c.p.c. potrebbe rivelarsi diseconomico, rappresentando quasi una duplicazione di tutela.

Occorre quindi ricercare un equilibrio tra la soluzione formale ma utilitaristica, che impedirebbe la concessione di due misure analoghe in sequenza (art. 696 c.p.c. e art. 696 *bis* c.p.c.) e l'opzione più garantista ma diseconomica e (forse) illogica che consentirebbe di ottenere un accertamento tecnico in funzione cautelare prima e un accertamento tecnico non cautelare con funzione conciliativa dopo.

A ben vedere, alla luce dei rapporti tra il provvedimento dell'art. 696 *bis* c.p.c. e dell'art. 696 c.p.c., è emerso che gli atti, pur formalmente distinti, nella sostanza possono consentire il raggiungimento dei medesimi scopi e, quantomeno nella materia in esame, sono fungibili²².

²¹ Obiettivo dell'interprete deve essere quello di evitare che meccanismi astrattamente funzionali a garantire la durata ragionevole del processo finiscano per complicare la vita dell'operatore piuttosto che semplificarla. Sul punto v. le osservazioni di TISCINI, *Prevalenza della sostanza sulla forma e sue recenti applicazioni*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 480.

²² Ciò che manca alla misura dell'art. 696 c.p.c. è l'attribuzione di poteri conciliativi al consulente, poteri che, tuttavia, il giudice potrebbe conferire all'atto della nomina del ctu.

Attribuire prevalenza alla forma prescelta, con conseguente declaratoria di improcedibilità per l'ipotesi di mancato preventivo esperimento della consulenza tecnica preventiva, significherebbe condannare l'errore della parte con conseguenze oltremodo negative.

Di qui l'opportunità – per non dire la necessità – di far leva sull'opzione sostanzialistica che consenta, in virtù della capacità dell'atto dell'art. 696 c.p.c. di raggiungere lo scopo dell'art. 696 *bis* c.p.c., di rimediare all'errore dell'istante nella scelta del mezzo di tutela²³.

Per questo motivo, come afferma il giudice frusinate, ove il ricorso per accertamento tecnico presenti tutti i requisiti previsti dalla legge anche per la consulenza tecnica preventiva, il tribunale potrà, attribuendo prevalenza alla sostanza dell'atto rispetto alla forma datale dalla parte, considerare l'atto introduttivo in ogni caso come una istanza *ex art. 696 bis* c.p.c.

Così ragionando, si finisce per attribuire alla consulenza tecnica preventiva un ruolo da protagonista su un duplice piano: tanto nella scelta della condizione di procedibilità per cui optare (tra mediazione o art. 696 *bis* c.p.c.) quanto sul piano dello strumento attraverso il quale compiere un accertamento tecnico preventivo. Ed invero, se attraverso il procedimento dell'art. 696 *bis* c.p.c. la parte riesce tanto a soddisfare la condizione di procedibilità quanto ad ottenere una consulenza in via d'urgenza, non v'è ragione per esperire la mediazione o per richiedere un accertamento *ex art. 696* c.p.c. A pena di duplicare inutilmente le istanze di tutela²⁴.

PAOLA LICCI

²³ Sul principio di prevalenza della sostanza sulla forma e sulle sue applicazioni, sebbene con riferimento agli atti del giudice, v. TISCINI, *op. ult. cit.*, 465 ss.

²⁴ La parte che volesse ottenere un accertamento tecnico *ex art. 696* c.p.c. dovrebbe infatti prima proporre istanza cautelare e poi espletare una delle condizioni di procedibilità dell'art. 8 cit.; mentre, seguendo la soluzione prospettata dal giudicante "le sarà sufficiente un solo adempimento, con contestuale piena salvaguardia anche delle esigenze cautelari".

