

GIUSEPPE OLIVIERI

LA CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA
E I RAPPORTI CON LA FASE A COGNIZIONE PIENA
(testo provvisorio)

1. – *Le condizioni di procedibilità della domanda. Ambito di applicazione.*

Secondo l'art. 8, 1° comma, l. 8 marzo 2017, n. 24, «*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*».

La norma – come l'art. 5, 1° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in tema di mediazione – contempla le controversie di *risarcimento del danno* da responsabilità sanitaria, sicché se ne è immaginata la non applicabilità quando l'azione fosse volta (soltanto) all'accertamento di quella responsabilità.

La conclusione non mi convince: l'accertamento della responsabilità sanitaria (in sé accertamento del fatto *condotta - nesso di causalità - evento*) in tanto è ammissibile in quanto si domandi l'accertamento del diritto di credito al relativo risarcimento, sicché rientra a pieno titolo nella previsione normativa in esame. Ritengo perciò che anche un'azione di mero accertamento della responsabilità sanitaria (*recte*: del credito risarcitorio) rientri nell'ambito operativo dell'art. 8, 1° comma*, dovendosi configurare quale azione di accertamento del credito risarcitorio.

L'art. 8, 1° comma, deve ritenersi applicabile anche quando l'azione tenda all'affermazione della *responsabilità sanitaria* (non per l'imperizia o imprudenza terapeutica, ma) per la violazione del dovere di ottenere dal paziente il *consenso informato* prima di praticare qualsiasi terapia o indagine diagnostica (*invasiva*). La mancanza del consenso costituisce – al pari dell'imperizia o imprudenza nella terapia – un fatto costitutivo del danno da responsabilità sanitaria.

Non avrei dubbi, infine, sull'obbligo della consulenza preventiva (o della mediazione) anche per le azioni risarcitorie dovute a trattamenti medici o chirurgici con finalità meramente estetiche. A parte la considerazione che anche tali pratiche debbano seguire regole e prassi sperimentate e note nella letteratura scientifica, è innegabile che il dovere del professionista sanitario (e, per la verità, non soltanto suo) sia *primum non nocere*.

La legge 24/2017 ha perciò confermato (vi erano state già inserite dall'art. 5, 1° comma, d.lgs. 28/2010) le azioni di risarcimento del danno da responsabilità medica nella *tutela giurisdizionale condizionata*, identificando la condizione di procedibilità nella preventiva proposizione del ricorso per la consulenza tecnica ai fini della composizione della lite (art. 696 *bis* c.p.c.). Peraltro, la norma è chiara nel limitare siffatta condizione alle azio-

* Gli articoli non seguiti da altra indicazione si riferiscono alla l. 8 marzo 2017, n. 24.

ni esercitate innanzi al *giudice civile*, con l'evidente esclusione dell'azione civile nel processo penale.

Lascerei fuori dall'operatività dell'art. 8 i procedimenti in materia di responsabilità sanitaria devoluti ad arbitri (in virtù di compromesso o di convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Questo non per l'*alterità* degli arbitri rispetto ai giudici civili – oramai la delimitazione del loro potere decisorio dà luogo a una questione di competenza – ma per l'incompatibilità delle condizioni di procedibilità (e perciò della tutela giurisdizionale differenziata) con finalità deflattive del contenzioso davanti all'a.g.o. col procedimento arbitrale

La condizione dell'art. 8 non è però esclusiva, l'azione essendo procedibile anche a seguito dell'esperimento del procedimento di mediazione (generale) regolato dall'art. 5, comma 1 *bis* del d.lgs. 28/2010.

Il ricorso alla consulenza tecnica di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. (o quello, in alternativa, alla mediazione) non ammettono per così dire *equipollenti*. In particolare la *negoziiazione assistita* (naturalmente sempre praticabile) non consente l'accesso diretto alla giustizia, dovendosi (in caso di esito negativo) in ogni caso chiedere la consulenza tecnica preventiva o la mediazione.

È questo – secondo me – il significato da attribuire alla singolare espressione, anche dal punto di vista sintattico (*in tali casi* mal si collega alle proposizioni precedenti), del terzo periodo dell'art. 8, 2° comma, relativa all'inapplicabilità della disposizione che pone la *negoziiazione assistita* quale condizione di procedibilità dell'azione di risarcimento del danno da circolazione dei veicoli e dei natanti.

Poiché le azioni di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria vanno (ora) individuate sulla base della legge 24/2017, le conclusioni raggiunte sulla necessità del ricorso alla consulenza preventiva varranno anche per l'obbligatorietà della mediazione.

Sono pertanto soggette alla consulenza preventiva (o alla mediazione) le azioni esercitate nei confronti della struttura e/o dello esercente la professione sanitaria (art. 7); le azioni dirette nei confronti della compagnia assicuratrice (art. 8); le azioni promosse a carico del Fondo di garanzia (art. 14, 7° comma).

Il problema non si pone per l'azione di responsabilità amministrativa conseguente all'accoglimento della domanda proposta nei confronti di una struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, giacché si tratta di azioni esercitate (non *innanzi al giudice civile*, ma) dal pubblico ministero presso la Corte dei conti e perciò innanzi a quella giurisdizione.

Nessun dubbio circa la non essenzialità (all'azione di rivalsa) della preventiva condizione di procedibilità, quando la rivalsa (esercitabile nei confronti del professionista dalla struttura sanitaria o sociosanitaria *privata*, dall'impresa assicuratrice della struttura o anche del professionista) sia azionata nello stesso giudizio promosso dal paziente per ottenere il risarcimento.

La medesima conclusione è valida anche per l'azione di rivalsa promossa in via autonoma nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, e-

esercitabile – a norma dell'art. 9, 1° e 2° comma – *in caso di dolo o colpa grave, «soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale»*. Si tratta infatti di una controversia sorta non fra danneggiato e responsabile, ma tra la compagnia assicuratrice e l'esercente la professione, in cui la *responsabilità sanitaria* costituisce una questione pregiudiziale di merito.

2. – *La consulenza preventiva e la mediazione.*

L'alternativa *consulenza tecnica in via preventiva – mediazione* solleva subito un (peraltro semplice) problema di coordinamento.

Innanzitutto, il rinvio alla mediazione regolata dall'art. 5, comma 1 *bis*, del d.lgs. 28/2010 impone la completa operatività della disciplina di quel procedimento, e perciò anche del termine di mesi 3 stabilito dall'art. 6 del citato decreto legislativo.

Il minor tempo massimo concesso (tre mesi in luogo di sei) rispetto alla consulenza appare del tutto razionale, visto che nella mediazione non possono esercitarsi le indagini necessarie alla consulenza tecnica.

Per spiegare analogie e differenze fra il procedimento di mediazione e la consulenza tecnica *compositiva* basterà considerare che la mediazione rappresenta un procedimento stragiudiziale, autonomo rispetto al giudizio di merito. La consulenza tecnica – come vedremo – rappresenta invece (almeno in via tendenziale) un subprocedimento (giudiziale) dell'unico procedimento destinato al risarcimento del danno conseguente alla responsabilità sanitaria.

La conclusione è imposta dalla salvezza degli effetti della domanda (sostanziali e processuali) prodotti dal ricorso per la consulenza fino al passaggio in giudicato del provvedimento che definisce il giudizio in caso di instaurazione del giudizio di merito nel termine stabilito dall'art. 8, 3° comma.

In caso di mediazione, l'effetto interruttivo permanente (ma non quello istantaneo) si esaurisce con la conclusione del procedimento.

Per quanto riguarda il procedimento, nella mediazione non opera (a differenza di quanto deve ritenersi per la consulenza) la sospensione feriale dei termini e – richiedendo la *mediazione sanitaria* specifiche competenze tecniche – se l'organismo di mediazione si avvalga di consulenti (art. 8, 1° comma, d.lgs. 28/2010), è opportuno che essi siano scelti secondo i criteri dettati dall'art. 15 della legge 24/2017.

La mancata partecipazione al procedimento di mediazione – anche in *materia sanitaria* – comporta, a norma dell'art. 8, comma 4 *bis*, d.lgs. 28/2010 la condanna dell'assente (senza giustificato motivo) al pagamento di una somma pari all'importo del contributo unificato dovuto per il giudizio e la possibile valutazione quale argomento di prova (a sfavore dell'assente) nel successivo giudizio.

L'alternativa mediazione - ricorso alla consulenza compositiva si ripercuote anche sul procedimento da instaurare in caso di mancato accordo.

Infatti, la disciplina dell'art. 8, 3° comma, che – mediante la salvezza degli effetti della domanda assicurata dalla tempestiva proposizione della domanda – *unifica* la consulenza preventiva al giudizio, imponendo il ricorso di cui agli articoli 702 ss. c.p.c., è indissolubilmente legata alla utilizzazione del procedimento regolato dall'art. 696 *bis* c.p.c. (che potrebbe rendere superflue ulteriori indagini tecniche).

Pertanto, se il danneggiato ha chiesto (non la consulenza preventiva, ma) la mediazione, sarà libero di scegliere fra le forme ordinarie di cui agli articoli 163 ss. c.p.c. e quelle del rito sommario di cognizione.

Ho peraltro la sensazione che l'attore – onerato della prova – abbia interesse a utilizzare il procedimento consulenza – rito sommario, visto che in appello potrà servirsi anche di nuove prove, purché *indispensabili* (possibilità negatagli nel rito ordinario), ed è noto che secondo la sentenza delle sezioni unite 4 maggio 2017, n. 10790, l'indispensabilità può essere considerata anche in caso di colpevole decadenza dalla prova in primo grado.

Naturalmente (soprattutto quando non sorga la necessità di prove testimoniali e la consulenza non si manifesti di estrema complessità) nulla impedisce al giudice di ordinare la conversione del rito ordinario in sommario, a norma dell'art. 183 *bis* c.p.c.

3. – Il procedimento di cui all'art. 696 bis c.p.c. È indubbio che il legislatore (art. 8) abbia voluto *in via preferenziale* disegnare il procedimento col quale si esercita l'azione per il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria come un *procedimento bifasico*, articolato nella fase della consulenza, cui – in caso di mancato accordo – segua il giudizio destinato a chiudersi con pronuncia sul diritto al risarcimento del danno idonea al giudicato sostanziale (e, prima ancora, a offrire un titolo esecutivo all'avente diritto).

L'art. 8 è chiaramente modellato sull'art. 445 *bis* c.p.c., che pure impone la previa consulenza nelle controversie (previdenziali) «*in materia d'invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno d'invalidità*», con l'opportuna esclusione dell'onere di contestazione delle conclusioni del c.t.

La scelta – sul piano sistematico e in funzione dell'economia processuale – mi pare razionale. Del resto, all'indomani dell'introduzione del rito sommario di cognizione, rilevavo come, nelle controversie in cui assumono valore più che decisivo le indagini tecniche, il rito sommario si coniugasse perfettamente col procedimento regolato dall'art. 696 *bis* c.p.c.

Nessun dubbio sulla legittimità costituzionale del dovere di far precedere la domanda dal ricorso ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c., trattandosi (art. 8, 2° comma) di una condizione di procedibilità (non di proponibilità) posta nell'interesse generale all'effettività della tutela giurisdizionale e che non ritarda notevolmente, né rende gravoso, il ricorso alla tutela giurisdizionale cognitiva.

A differenza di altre ipotesi di giurisdizione condizionata (perciò ho parlato di articolazione bifasica), anche il procedimento destinato a evitare la

controversia da decidere con efficacia di giudicato è affidato all'autorità giudiziaria ordinaria. La legge, anzi, s'è preoccupata di garantire l'identità del giudice del merito con quello della fase preventiva (cfr. art 8, 3° comma), da intendere non solo quale identità dell'ufficio giudiziario, essendo comunque opportuno assicurare l'identità personale del giudicante, vista l'interdipendenza delle due fasi.

Il procedimento inizia col ricorso presentato ai sensi dell'art. 693 c.p.c. al giudice *competente per il merito*, individuato secondo i normali criteri del valore (e perciò anche al giudice di pace) e territorio. Peraltro, c'è da confermare l'operatività del *foro del consumatore* quando non sia controversa la natura privatistica del rapporto paziente - struttura e/o professionista sanitario (e anche in talune ipotesi di esercizio *intramurario* della professione), secondo i principi da tempo enunciati dalla giurisprudenza.

Al deposito seguirà la designazione del magistrato incaricato il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, col termine per la notificazione del ricorso e del decreto, secondo lo schema consueto.

Escluderei la natura cautelare del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.: la sua praticabilità non esige il *periculum in mora* e la sua conclusione non ha contenuto conservativo, né anticipatorio. Si tratta di un procedimento sommario (con attività tipica e predefinita), con finalità di composizione della lite.

Poiché l'art. 696 *bis* c.p.c. non ha natura cautelare, la nomina del consulente o dei consulenti dovrà necessariamente avvenire a contraddittorio instaurato. Naturalmente, l'obbligo di proporre il ricorso a norma dell'art. 696 *bis* c.p.c. non impedisce – ricorrendone gli estremi – l'utilizzabilità dei procedimenti cautelari.

Sebbene non abbia natura cautelare, il rinvio operato dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. comporta (escluso comunque il reclamo) l'applicabilità delle norme dettate per il procedimento cautelare uniforme (articoli 669 *bis* ss. c.p.c.).

Il ricorso deve naturalmente contenere la domanda che s'intende proporre ai sensi dell'art. 702 *bis* c.p.c., domanda che potrà essere ampliata o modificata col successivo ricorso. Non potranno aggiungersi *domande nuove*: ove si verifichi questa eventualità, scatterà la (temporanea) improcedibilità, operativa soltanto per queste. Naturalmente, in caso d'inosservanza dell'ordine impartito dal giudice a norma dell'art. 8, 2° comma, ultima parte, la (parziale) improcedibilità si tramuterà in definitiva.

Si deve però precisare che la *novità* dovrà essere valutata alla stregua della distinzione fra *mutatio* ed *emendatio* elaborata da Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, secondo cui «*la modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (petitum e causa petendi), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali*».

Nella materia della responsabilità sanitaria l'art. 15 sembra contemplare necessariamente un incarico di consulenza collegiale, esigendo la presenza del medico legale e dello specialista nella disciplina rilevante per il procedimento in corso. La previsione non è però inderogabile, visto che il collegio (almeno nei casi meno complessi) potrà limitare la nomina a un solo consulente.

D'altra parte, la nomina del collegio di consulenti non è prevista a pena di nullità, né la relazione di un unico esperto la rende inidonea allo scopo (sia quale *consulenza percipiente* che *deducente*), che resta quello di fornire al giudice gli elementi necessari per accertare i fatti rilevanti per la decisione e quelli idonei a stabilire la presenza di una condotta imperita, imprudente o negligente. Si aggiunga che – operando il giudice quale *peritus peritorum* – l'accoglimento delle conclusioni formulate da un solo c.t.u. in luogo del collegio prescritto dall'art. 15 non rende per ciò solo la motivazione inadeguata (o addirittura mancante).

Poiché la consulenza concerne non solo il *quantum*, ma anche l'*an*, il giudice già in questa fase dovrà escludere la non manifesta inammissibilità o infondatezza della domanda: a esempio, se ritenga il credito risarcitorio prescritto, dovrà rigettare il ricorso per la nomina dei consulenti.

A ben guardare, la conclusione non pregiudica la parte. Posto che l'osservanza della condizione di procedibilità è assicurata dalla proposizione (e non dall'accoglimento) dell'istanza, il danneggiato potrà presentare il ricorso ai sensi dell'art. 702 *bis* c.p.c. e in quella sede, sollecitare la nomina dei consulenti tecnici e, quindi, la decisione con efficacia di giudicato sulla fondatezza dell'eccezione di prescrizione.

L'obbligatorietà della partecipazione alla consulenza *compositiva* (sicché è imposto l'*obbligo* di costituzione nel relativo procedimento) – volta a favorire la bonaria composizione della lite – è assicurata dalla sanzione della condanna, indipendente dall'esito del giudizio, alla pena pecuniaria a favore (non dell'erario, ma) della parte che abbia *partecipato* al procedimento. Non posso fare a meno di sottolineare la singolarità (secondo uno schema noto al processo di *common law*) di una sanzione a beneficio dell'altra parte.

Inoltre, la natura giudiziale del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. comporta che la mancata partecipazione possa essere utilizzata quale argomento di prova ai sensi dell'art. 116, 2 comma, c.p.c., assimilandosi così per questo aspetto alla mediazione.

Infine – ove il procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. si estingua o sia definito con un provvedimento di non luogo a provvedere (a esempio per la mancata notificazione del ricorso introduttivo) – la condizione di procedibilità non risulta verificata e l'azione eventualmente proposta a norma dell'art. 702 *bis* c.p.c. sarà (temporaneamente) improcedibile.

4. – Segue: *il legittimato passivo e l'avvenuta conciliazione.*

Nel procedimento regolato dall'art. 696 *bis* c.p.c. (e poi in quello eventuale e successivo promosso a norma dell'art. 7) la legittimazione passiva va attribuita alla struttura sanitaria o sociosanitaria che si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria (scelti o meno dal paziente, dipendenti o meno) e/o al sanitario ritenuti responsabili del danno subito.

Naturalmente, qualora il danneggiato intenda esercitare l'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice del professionista responsabile e/o della struttura di appartenenza, dovrà convenire già dalla fase preliminare la compagnia (o le compagnie) assicuratrice. Analogamente, per l'azione esercitata contro il Fondo di garanzia (art. 14) legittimato passivo sarà il Fondo, anche se per la precisa individuazione del soggetto da convenire bisognerà attendere il decreto del Ministro della salute previsto dall'art. 14, 2° comma, lett. *d*.

Nel caso di esercizio dell'azione diretta, sebbene l'art. 12, 4° comma, preveda il litisconsorzio necessario col professionista (o col responsabile della struttura) *nel giudizio* (di merito), non avrei dubbi circa il necessario coinvolgimento di questi ultimi fin dal procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. La mancata partecipazione in questa fase (e solo in questa fase) non comporta però alcuna nullità, né tantomeno la mancata realizzazione della condizione di procedibilità: i litisconsorti assenti nella consulenza preventiva potranno tuttavia validamente opporsi all'acquisizione della relazione agli atti del giudizio di merito.

L'espressione *struttura* va intesa come sintesi identificativa di un insieme del quale faccia parte qualsiasi organizzazione pubblica o privata, imprenditoriale o meno, unipersonale o societaria (di persone o di capitale), di associazione professionale, e non ha carattere innovativo, nel senso che per l'identificazione e la legittimazione processuale dovrà farsi capo alla relativa disciplina.

Il carattere innovativo dell'art. 7 sta invece nell'aver affermato la responsabilità della struttura per il solo fatto che in essa operi il sanitario, e nel settore privato, per il fatto che vengano effettuati pagamenti (ancorché limitati alla c.d. *prestazione alberghiera*) alla struttura. Mi sentirei di escludere soltanto l'ipotesi in cui il sanitario si limiti a utilizzare i locali – con regolare contratto – di proprietà della *struttura*.

La legittimazione passiva della struttura ricorre anche quando il danno sia stato prodotto dall'esercizio della libera professione *intramuraria*: ciò imporrà un maggiore controllo sull'attività svolta in siffatto regime.

È da ritenere opportuna – e perciò va ammessa – la chiamata dell'impresa assicuratrice fin dalla fase della consulenza in via preventiva: non solo questa partecipazione potrà favorire la composizione della lite, ma renderà la consulenza opponibile all'impresa nel successivo (eventuale) giudizio di merito.

Quanto affermato vale – cambiando quello che si deve – anche quando il paziente opti per l'azione diretta sancita dall'art. 12, giacché (operando il litisconsorzio necessario anche per il subprocedimento dedicato alla consulenza in via preventiva) il ricorso dovrà essere notificato (non solo all'im-

presa assicuratrice, ma) anche alla struttura e/o all'esercente la professione sanitaria.

Raggiunta, all'esito della consulenza preventiva, la conciliazione, il relativo verbale acquisterà efficacia esecutiva (e costituirà anche titolo per l'ipoteca giudiziale) a seguito di decreto emesso dal giudice a norma dell'art. 696 *bis*, 3° comma, c.p.c. Mancando nella legge 24/2017 disposizioni diverse, anche nella materia della responsabilità sanitaria il verbale di conciliazione sarà esente dall'imposta di registro a norma dell'art. 696 *bis*, 4° comma, c.p.c.

Il verbale di conciliazione – titolo esecutivo giudiziale – consente (avvenuto il risarcimento) l'esercizio dell'azione di rivalsa e (per l'evidente analogia) anche quella di surrogazione da parte della compagnia assicuratrice.

5. – *Il giudizio di merito successivo alla consulenza preventiva.*

A differenza della consulenza tecnica preventiva utilizzabile dalla parte prima di agire in giudizio tutte le volte in cui lo ritenga opportuno, la consulenza preventiva obbligatoria in materia di responsabilità sanitaria attribuisce il beneficio della salvezza degli effetti, sostanziali (interruzione istantanea e permanente della prescrizione) e processuali (art. 5 c.p.c., prevenzione), *prodotti dalla domanda*.

Il termine per il rilievo d'ufficio dell'incompetenza per valore è quello dell'udienza di comparizione delle parti, fissata a norma dell'art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c.; quello per l'eccezione d'incompetenza territoriale (derogabile, anche quando sia stato utilizzato il *foro del consumatore*, giacché la natura non cautelare del procedimento esclude l'applicazione dell'art. 28 c.p.c.) s'individua nella memoria prevista dall'art. 702 *bis*, 4° comma, c.p.c.

Pertanto – anche se l'eventualità è da ritenere poco frequente ove giudice della consulenza preventiva e giudice del merito s'identifichino anche nella persona del magistrato designato a norma dell'art. 669 *ter*, 4° comma, c.p.c. – può accadere che l'incompetenza per valore o per territorio del giudice adito ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c. sia rilevata soltanto nella fase di merito.

Ebbene, *l'unitarietà* del giudizio iniziato nel termine di novanta giorni – sancita dall'art. 8, 3° comma – comporterà la trasmigrazione della domanda ai sensi dell'art. 50 c.p.c. e, quindi, la salvezza (ai fini della procedibilità dell'azione) del procedimento preventivo. Spetterà poi al giudice competente valutare se utilizzare o meno la consulenza, redatta nello stesso processo davanti a un giudice incompetente,

Più delicato – anche se il principio della ragionevole durata del processo impone soluzioni non molto diverse – appare il problema che si presenta quando l'incompetenza del giudice davanti al quale è stata espletata la consulenza preventiva sia rilevata soltanto nella fase del merito, iniziata però dopo lo spirare del termine di 90 giorni.

La soluzione di continuità fra le fasi preventiva e di merito renderà la trasmigrazione operante soltanto per quest'ultima. L'interpretazione lette-

rale dell'art. 8, 1° comma – enfatizzando le parole *giudice competente* – sembrerebbe obbligare il giudice a ritenere insoddisfatta la condizione di procedibilità, con le conseguenze contemplate dall'art. 8, 2° comma.

Il giudice successivamente adito, pertanto, dovrebbe assegnare alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione dell'istanza per (la nuova) consulenza preventiva o per il suo completamento.

A mio avviso, però – se la consulenza fosse stata già espletata – il giudice del merito, ricevuta l'istanza, non è obbligato a rinnovare le operazioni peritali: trattandosi di una prova raccolta in altro giudizio fra le stesse parti, dovrà considerarla un argomento di prova (art. 310, 3° comma, c.p.c.) e, perciò, in base a essa, potrà esperire il tentativo di conciliazione di cui all'art. 185 *bis* c.p.c.

Ciò stabilito, essendo ormai il processo pervenuto alla fase di merito, appare contrario al principio della ragionevole durata disporre una nuova consulenza preventiva con finalità (esclusivamente) conciliativa: il giudice perciò potrà procedere direttamente agli atti d'istruzione ritenuti necessari.

Analoga risposta va data in caso di mancata conclusione della consulenza preventiva davanti al giudice poi dichiaratosi incompetente: la sua redazione è da ritenere *assorbita* dalla nomina di consulenti per il giudizio di merito.

A norma dell'art. 8, 3° comma, restano fermi gli effetti della domanda, prodotti (gli effetti processuali) dal ricorso di cui all'art. 696 c.p.c. o dalla sua notificazione alle altre parti (gli effetti sostanziali). È però necessario che l'istante depositi il ricorso contenente la domanda di merito – nelle forme dell'art. 702 *bis* c.p.c. – presso il giudice che ha trattato il procedimento nel termine di novanta giorni dal deposito della relazione dei consulenti tecnici ovvero dalla scadenza di quello di sei mesi dalla presentazione del ricorso *sommario*, qualora non sia stata ancora redatta la consulenza. Sebbene la legge lo espliciti soltanto per quello semestrale concesso per la chiusura del procedimento preventivo, anche il termine di 90 giorni deve considerarsi perentorio e, assumendo natura processuale, è soggetto alla sospensione feriale dei termini.

Il riferimento (non al giudice al quale è stato presentato il ricorso *sommario*, ma) al giudice che ha trattato il procedimento preventivo lascia intendere che non occorre una nuova designazione e che il ricorso di merito debba essere rivolto allo stesso giudice (persona fisica) già designato per la consulenza in funzione conciliativa. La conclusione trova conferma nell'art. 8, 2° comma, secondo cui – in caso di mancato assolvimento della condizione di procedibilità – il giudice (del merito) fissa un termine per la presentazione dell'istanza *innanzi a sé*.

Peraltro, qualora il ricorso sia tempestivamente depositato (non presso la cancelleria del giudice già designato, ma) presso quella del tribunale, ritengo si tratti di una mera irregolarità – rimediabile con un provvedimento che rimetta il fascicolo al giudice della precedente trattazione – non in grado di impedire l'effetto conservativo della domanda.

La doppia caratteristica della salvezza degli effetti della domanda e dell'identità del giudice consente di sostenere la natura bifasica del procedimento relativo alle azioni di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria, anche se è necessario precisarsi trattarsi di una natura bifasica *sui generis*.

Può infatti assegnarsi siffatta natura (e alla fase della consulenza preventiva quella di subprocedimento) soltanto quando: *a*) sia stata scelta la via del procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. (e non quella della mediazione); *b*) il ricorso di cui all'art. 702 *bis* c.p.c. sia stato depositato nel termine di 90 giorni indicato dall'art. 8, 3° comma.

Inoltre – a differenza della tutela possessoria – la fase sommaria e quella di merito esigono due diverse domande giudiziali, ciascuna suscettibile di autonomi effetti sostanziali e processuali (si pensi all'ipotesi in cui nel ricorso sia aggiunta una domanda nuova rispetto a quello oggetto dell'istanza di consulenza preventiva).

La struttura bifasica non sembra porre particolari problemi circa i rapporti fra le attività istruttorie svolte nella fase sommaria e quelle occorrenti per il giudizio di merito. Nel procedimento di cui all'art. 696 *bis* c.p.c. l'unica attività consentita è l'indagine affidata ai consulenti tecnici e i rapporti tra questa e la sua utilizzabilità nel successivo giudizio di merito (*recte*: nella continuazione del processo in sede di merito) sono regolati dal 5° comma dell'art. 696 *bis* c.p.c. Peraltro, l'acquisizione della consulenza agli atti del successivo giudizio di merito non pregiudica la valutazione circa la sua ammissibilità e rilevanza, né le possibilità di rinnovazione o quella di un successivo ampliamento delle indagini.

Ciò precisato, può ben accadere (e questo spiega il nesso consulenza preventiva - rito sommario) che il giudizio di merito – acquisita la relazione dei periti – non richieda altre attività istruttorie, sicché, all'esito della trattazione, può esaurirsi nella fase della decisione.

Come detto, la scelta della parte di valersi della condizione di procedibilità la vincola all'utilizzabilità del rito sommario di cognizione regolato dagli articoli 702 *bis* ss. c.p.c.

L'esplicito richiamo dell'art. 8 all'integrale disciplina del rito sommario di cognizione lascia sussistere il potere del giudice di ordinare la conversione del rito a norma dell'art. 702 *ter*, 3° comma, c.p.c. quante volte ritenga che le attività istruttorie da svolgere debbano strutturarsi secondo lo schema del rito ordinario di cognizione; il potere di separazione della ri-convenzionale; l'appellabilità dell'ordinanza conclusiva.

La struttura bifasica comporta che la proposizione – all'esito della consulenza – della domanda risarcitoria con citazione (anziché col ricorso introduttivo del rito sommario di cognizione) si risolva in un errore sul rito, che non determina alcuna conseguenza, se non la necessità della sua modificazione, cui il giudice adito potrà provvedere a norma dell'art. 183 *bis* c.p.c.

Poiché in questo caso l'errore della parte non concerne la forma dell'atto introduttivo, ma la scelta del rito, la continuità degli effetti della do-

manda per la consulenza tecnica sarà assicurata dalla notificazione della citazione, non dal suo deposito. Detto altrimenti, non s'applica il principio di conversione dell'atto nullo, ma quello diverso della salvezza degli atti di parte compiuti prima dell'ordinanza di mutamento del rito.

Qualora (per l'impossibilità di raggiungere l'accordo o per il mancato tempestivo deposito della relazione di consulenza tecnica) si debba (per ottenere il risarcimento) promuovere il giudizio, la proposizione della domanda – verificata la condizione di procedibilità – sarà sempre consentita, anche dopo 90 giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del relativo termine.

La presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 702 *bis* c.p.c. entro i termini indicati aggiunge il beneficio della conservazione degli effetti sostanziali e processuali e, in particolare, l'operatività dell'effetto sospensivo della prescrizione dalla data di deposito del ricorso per la consulenza in via preventiva fino al passaggio in giudicato del provvedimento che definirà il giudizio.

Nonostante il silenzio della legge, la struttura bifasica del procedimento comporta che – ove il ricorso a norma dell'art. 702 *bis* c.p.c. sia depositato entro 90 giorni dal deposito del provvedimento d'inammissibilità o di rigetto – resti operante la conservazione degli effetti della domanda.

I rapporti fra consulenza preventiva e giudizio di merito in tema di responsabilità sanitaria pongono altri due interrogativi.

In caso di competenza (per valore) del giudice di pace – ipotizzabile soprattutto quando entreranno in vigore i nuovi limiti stabiliti dal d.lgs. 13 luglio 2017, n. 177 – il ricorso per la consulenza preventiva (a norma degli articoli 669 *ter* e *quaterdecies* c.p.c.) – dovrà essere presentato a quel giudice. Poiché la legge 24/2017 onera la parte, che voglia *unificare* la fase preventiva con quella di merito, di utilizzare (nel termine di 90 giorni) il rito sommario di cognizione, deve ritenersi che l'art. 8 abbia previsto – in deroga all'art. 702 *bis*, 1° comma, c.p.c., per le sole controversie di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria – il rito sommario di cognizione davanti al giudice di pace.

Resta anche da stabilire se il rito sommario di cognizione debba essere applicato per tutte le controversie relative alla *responsabilità sanitaria*, ovvero soltanto per quelle introdotte nel termine di 90 giorni contemplato dall'art. 8, 3° comma.

A mio avviso, posto che la legge ha costruito la proposizione del ricorso a norma degli articoli 702 *bis* ss. c.p.c. come onere (non solo per beneficiare della unificazione degli effetti della domanda, ma anche) per la procedibilità della domanda, deve essere utilizzato il rito sommario di cognizione anche quando la domanda sia proposta successivamente alla scadenza del noto termine di 90 giorni. Anche in questo caso l'introduzione con citazione comporta un errore sul rito, con le conseguenze già descritte.

Il rito sommario di cognizione s'impone anche quando il danneggiato – omettendo la fase della consulenza preventiva – abbia adito direttamente il giudice con atto di citazione. Poiché in questo caso non v'è l'alternativa

della mediazione, deve ritenersi che il giudice del merito debba non solo adottare i provvedimenti contemplati dall'art. 8, 3° comma, ma anche disporre il mutamento del rito. La scelta s'impone innanzitutto per non lasciare la parte arbitra del rito, ma anche per evitare un processo secondo il rito ordinario, potendo l'esperimento della consulenza preventiva esaurire l'attività istruttoria.