

LA NUOVA RESPONSABILITA' CIVILE E MEDICA: ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

STRUTTURA FORMAZIONE DECENTRATA CORTE DI CASSAZIONE

ROMA 9 MAGGIO 2018

MAURO BOVE

Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alcune precisazioni concettuali. – 3. Condizione assolta prima del processo. – 4. Condizione da assolvere a processo dichiarativo già pendente. – 5. Cenni sugli obblighi di cooperazione.

1. Introduzione

L'art. 8 della l. n. 24/2017 impone a chi voglia esercitare di fronte al giudice civile un'azione risarcitoria derivante da responsabilità sanitaria¹ di tentare prima un percorso negoziale al fine di verificare la possibilità di evitare il processo.

L'assolvimento di questa condizione di procedibilità, prima dell'instaurazione del processo, si ha, a scelta dell'interessato, sia seguendo il percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. sia seguendo la via tracciata dal d.lgs. n. 28/2010, che disciplina la c.d. media-conciliazione. Insomma, almeno guardando all'ipotesi in cui non sia ancora stato adito il giudice statale per la richiesta della tutela dichiarativa, i due percorsi citati sono in rapporto di alternatività².

Il campo di applicazione della condizione è delimitato in due sensi.

Il primo attiene alle liti indicate nella norma in commento, la quale parla di "controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria". Ciò significa, per un verso (in positivo), che la

¹ Non stiamo qui a dilungarci sui presupposti sostanziali della normativa, quindi sulle diverse azioni risarcitorie possibili da parte del paziente: nei confronti del medico ovvero della struttura sanitaria ovvero l'azione diretta nei confronti della compagnia assicurativa di quello o di questa.

² È esplicitamente messa fuori gioco, invece, la negoziazione assistita, almeno quale percorso, in ipotesi, obbligatorio. Altro è che esso sia seguito volontariamente. Ma se ciò dovesse accadere senza giungere ad un accordo, l'interessato dovrebbe poi assolvere ritualmente alla condizione di procedibilità prima di esercitare l'azione in giudizio. Su questa esclusione e sul detto principio di alternatività vedi, per tutti, TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2017, 649 ss., spec. 657 e ANSANELLI, *Struttura e funzione della consulenza tecnica preventiva in materia medico-sanitaria*, in *Il giusto processo civile*, 2018, 165 ss., spec. 166.

condizione opera quando la pretesa risarcitoria si fonda su una qualsiasi ipotesi di responsabilità sanitaria, sia questa derivante dall'opera del medico della struttura sanitaria³, sia questa derivante dalla violazione di altri obblighi in capo alla struttura sanitaria ed insiti nel contratto di ospitalità⁴, e, per altro verso (in negativo), che essa non opera in riferimento alle azioni di rivalsa eventualmente esercitabili nei confronti del medico responsabile dalla struttura sanitaria (art. 9) ovvero dall'assicurazione (art. 12)⁵.

Il secondo attiene all'esclusione dell'operatività della condizione di procedibilità quando l'azione non è esercitata di fronte al giudice civile. Così accade ove l'azione risarcitoria sia esercitata nel giudizio penale⁶ ovvero quando le parti abbiano scelto l'arbitrato⁷. Così accade anche quando si abbia a che fare col giudizio di responsabilità amministrativa di fronte alla Corte dei conti ove la responsabilità del medico sia emersa in una struttura sanitaria pubblica, caso in cui l'esclusione è, peraltro, sancita anche da ragioni oggettive, non trattandosi qui di un'azione risarcitoria.

³ In questo caso l'azione può essere esercitata anche direttamente nei confronti della compagnia di assicurazione che copre la responsabilità del medico (lasciando qui perdere il problema della estensibilità di tale azione) o della struttura (art. 12) e, essendo in tali giudizi il responsabile (medico o struttura sanitaria) litisconsorte necessario, si pone il problema della sua partecipazione anche nel dovuto, e preliminare, percorso negoziale. Se si giunge ad una risposta affermativa (così ad esempio 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. 24/2017*, in *Riv. arbitrato* 2018, 97 ss., spec. 113), si deve ritenere che un percorso condotto senza il responsabile (medico o struttura) non assolve alla condizione di procedibilità, che quindi andrà poi integrata su ordine del giudice. È interessante notare come questa forma di litisconsorzio necessario non abbia a base un rapporto unico, bensì la connessione tra diversi rapporti. Ciò significa che, se certamente nel corso del processo si applicano le norme del codice civile e del codice di procedura civile che attengono ad un processo a litisconsorzio necessario, è anche vero che una sentenza pronunciata *inter pauciores* non è *inutiliter data*, ma è solo efficace tra le parti che hanno preso parte al processo e non anche nei confronti del litisconsorte pretermesso. In tal senso vedi anche OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in www.Judicium.it, 2017, § 4.

⁴ Così ZULBERTI, *op. cit.*, 102-103.

⁵ Così ancora ZULBERTI, *op. cit.*, 103. Insomma, più estesamente possiamo dire che la condizione vale per le liti che il danneggiato (il paziente) può instaurare avverso la struttura sanitaria ovvero il medico ovvero la compagnia di assicurazione di quella o di questo. Sono invece fuori dal campo le altre azioni pur previste da questa legge, ossia: 1) l'azione di rivalsa della struttura sanitaria (privata) che ha pagato avverso il medico ovvero l'azione di responsabilità amministrativa di fronte alla Corte dei conti su iniziativa del P.M. presso questa (se la struttura sanitaria era pubblica); 2) l'azione di rivalsa sempre verso il medico della compagnia assicurativa della struttura in surroga di questa; 3) l'azione di rivalsa della compagnia assicurativa verso il proprio assicurato, dopo che essa è stata costretta a pagare a fronte del paziente danneggiato al quale non poteva opporre alcune eccezioni derivanti dal contratto di assicurazione.

⁶ Si veda, fra gli altri, OLIVIERI, *op. cit.*, § 1.

⁷ Analogamente COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in www.judicium.it 2017, § 2.1

Fatte queste brevi premesse, affrontiamo ora l'analisi del citato articolo 8, norma non certo limpida, sulla quale già tanti dubbi applicativi sono emersi tra i primi interpreti⁸.

2. Alcune precisazioni concettuali

Preliminarmente è bene fare qualche precisazione, anche per evitare di confondere istituti diversi, in particolare per evitare di avvicinare la norma in commento all'art. 445-*bis* c.p.c.⁹.

È opportuna una chiarificazione di fondo.

L'ordinamento conosce diversi istituti per mezzo dei quali si utilizza un sapere tecnico non giuridico al fine di evitare il processo, precisamente il processo dichiarativo. Si tratta sempre di ipotesi nelle quali il vero punto di dissenso o almeno di ignoranza che sta a base della controversia sull'esistenza e/o il modo di essere di un diritto soggettivo sostanziale consiste in una questione di fatto di particolare pregnanza tecnica, una questione che il giudice, professionista del diritto, normalmente non è in grado di risolvere, dovendosi egli affidare per essa al sapere appunto di un professionista di altre arti.

Questi istituti possono essere volontari o meno ed inoltre possono essere costruiti separando la questione tecnica dalle altre questioni rilevanti per l'esistenza e/o il modo di essere del diritto ovvero, pur ponendola al centro di una data procedura, vedere in essa un passaggio al fine di fissare la regola di condotta che presiederà al rapporto futuro tra le parti.

La procedura di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. è certamente disciplinata come una via possibile e non imposta alle parti, ma, se essa riesce, al suo interno si giungerà, non solo alla chiarificazione della questione di fatto, bensì anche alla fissazione della regola di condotta sul rapporto controverso. Insomma, essa ha una vocazione che la rende strumento per la definizione della lite, perché il suo punto di arrivo sperato è un accordo tra le parti¹⁰.

⁸ Tra i primi commenti, oltre a quelli già citati nelle note precedenti, si vedano: 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 *Corr. giur.* 2017, fasc. 6, 762 ss.; ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2017, fasc. 3, 480 ss.; PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702-bis c.p.c.*, in AA.VV. (a cura di Gelli, Hazan, Zorzit), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano 2017, 439 ss.; AA.VV. (a cura di D. De Santis), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Roma 2017; DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1195 ss.

⁹ Il quale, non è inutile ricordare, è passato indenne dal vaglio di costituzionalità: vedi Corte. Cost. 28 ottobre 2014 n. 243, in *Riv. it. Dir. lav.* 2015, fasc. 3, 733 ss.

¹⁰ Su tale istituto, quale rivolto alla funzione di evitare il processo sulla base di un'anticipazione di attività istruttoria vedi, se vuoi, BOVE, *Evitare il processo?*, in *Il giusto processo civile*, 2008, 61 ss., spec. 77 ss., ove esprimevo anche il mio pessimismo sul successo pratico di un simile strumento, soprattutto per il fatto che è improbabile che un consulente, esperto nel campo tecnico che rileva al fine di risolvere la questione tecnica a lui sottoposta, sia anche in grado di utilizzare al meglio le tecniche di contrattazione che sono indispensabili per giungere ad una conciliazione dell'intera controversia. A queste difficoltà dovrebbe nelle legge in commento mettere riparo quanto dispone l'art. 15.

La perizia contrattuale segue, invece, la logica dell'arbitrato. Qui le parti scelgono di scorporare dalla controversia giuridica la questione di pregnanza tecnica e di affidarne la decisione, con efficacia per esse vincolante, ad un terzo, al cui potere quindi esse si assoggettano. All'inizio del fenomeno è tutto nelle mani delle parti. Ma, poi, se questa è stata la scelta, le parti saranno vincolate alla necessità di seguire quel percorso in relazione alla questione tecnica, con la conseguenza che il giudice, investito della causa, non potrebbe deciderne, non potendo egli nulla dire su quella questione tecnica. Questione che, si ripete, rappresenta l'unico oggetto della procedura: le parti saranno vincolate ad un *dictum* del terzo, che però nulla dice in ordine alla regola di condotta del rapporto. Lo strumento, allora, può evitare il processo solo indirettamente, ossia perché si presuppone (o si spera) che non vi sarà più lite dopo la decisione di quella data questione.

Mutando ciò che c'è da mutare, ad una logica simile si richiama anche l'istituto di cui all'art. 445-*bis* c.p.c.¹¹, che, si badi, gioca in un campo in cui emergono diritti indisponibili, quindi non suscettibili di alcun accordo tra le parti¹². Qui si ha che una certa questione tecnica, il requisito sanitario, venga per legge scorporata¹³ dalle altre questioni rilevanti per l'esistenza e/o il modo di essere del diritto soggettivo sostanziale, facendone oggetto necessario di un peculiare percorso processuale di fronte al giudice statale per il suo accertamento vincolante per le parti¹⁴. Anche di questo percorso, quindi, non si può fare a meno, con la conseguenza che il giudice del processo dichiarativo, investito senza avere a monte quell'accertamento, non potrà decidere la causa, dovendo fermarsi e dare spazio ad esso. Il percorso punta ad un accertamento tecnico preventivo (ATP), che sarà vincolante per le parti, se non ci sono contestazioni sulla perizia del consulente, mentre, se contestazioni vi sono, si dovrà procedere con le forme del processo dichiarativo al fine pur sempre di accertare quel requisito sanitario¹⁵, percorso giurisdizionale speciale, posto che finisce con una sentenza inappellabile.

¹¹ Sul quale vedi tra gli ultimi BATTAGLIA, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 80 ss. ed ivi altre citazioni.

¹² Conformemente, fra gli altri, BATTAGLIA, *op. cit.*, 90; LICCI, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie previdenziali: l'occasione mancata per l'ottenimento rapido di un titolo esecutivo?*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 89 ss., spec. 100.

¹³ Nella perizia contrattuale, invece, come visto la questione è scorporata per volontà delle parti. Su questo "scorporo" che consiste nella necessità di accertare il requisito sanitario prima della causa vedi Trib. Roma-Sez. lav., 17/12/2012, in *Lavoro nella Giur.* 2013, 12, 1104; Trib. Foggia-Sez. lav., 20/3/2013.

¹⁴ Quindi non di fronte ad un arbitro perito. Ma in comune tra i due istituti si ha lo smembramento della lite e l'isolamento di una questione per la soluzione della quale è approntato uno speciale percorso processuale.

¹⁵ Sulla limitazione oggettiva di questo giudizio vedi Cass. 14/3/2014 n. 6084, in *Lavoro nella Giur.* 2014, 11, 977. Nello stesso senso BATTAGLIA, *op. cit.*, 96-97. In senso contrario, tuttavia, LICCI, *op. cit.*, 106-107, la quale ritiene che in esso si metta in gioco il diritto alla prestazione. Ma questa costruzione non convince per due ragioni. La prima: perché, a voler essere consequenziali, dovrebbe anche ammettere che il decorso invano nel termine di trenta giorni impedisca la successiva contestazione, non solo dell'accertamento sanitario, ma anche della pretesa giuridica (conclusione palesemente irragionevole, che infatti non viene tratta, scontando così un'incoerenza interna). La seconda: perché non spiega la stranezza di un processo sul diritto che si conclude con una sentenza inappellabile. Alla conclusione qui criticata giunge anche COSSIGNANI, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445-bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2013, 629 ss., spec. 640 ss., il quale però rileva come l'esclusione dell'appello risulti priva di giustificazione e quindi di assai dubbia costituzionalità.

Come è evidente alla fine di un simile procedimento, analogamente a quanto accade con la perizia contrattuale, non vi sarà la fissazione della regola di condotta che presiederà al rapporto tra le parti, ma si avrà solo la fissazione di un fatto¹⁶. Se il processo sarà evitato, ciò accadrà indirettamente: perché, se quella questione era il punto di lite, si ipotizza (o si spera) che dopo la sua fissazione non vi sarà motivo di ulteriore litigio¹⁷.

Perizia contrattuale e ATPO di cui all'art. 445-*bis* c.p.c. hanno, quindi, in comune la tecnica per mezzo della quale puntare ad evitare il processo. La tecnica consiste nello scorporare una questione per devolverla ad un certo giudice (l'arbitro) ovvero ad una certa procedura speciale giudiziaria. Anche se potrebbero apparire distanti, perché solo nell'ambito dell'art. 445-*bis* c.p.c. è disciplinata l'eccezione processuale come un'eccezione di improcedibilità. Ma questa ha in comune con l'analoga eccezione, ad esempio, dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 solo il nome. Invero, in riferimento alla media-conciliazione non si scorpora una questione né si creano competenze o procedure necessarie speciali, ma si ferma il processo solo per imporre un tentativo che, se va bene, fa le veci del processo fissando la regola di condotta. Del resto questo è un condizionamento che, come tutti i condizionamenti, deve essere, e lo è, temporalmente delimitato, condizionamento che, risolvendosi in un tentativo di accordo, rappresenta una via da tentare che però può non lasciare nulla sul tavolo del giudice che successivamente dovesse occuparsi della lite.

L'art. 445-*bis* c.p.c. invece, non ha alcuna delimitazione temporale¹⁸ e disciplina, si ripete, un percorso necessario al fine di fissare una questione di fatto: detta questione deve essere previamente accertata, a meno che su di essa le parti non siano in lite.

Insomma l'art. 445-*bis* c.p.c. non disciplina una condizione di procedibilità con funzione di prevenzione con una logica simile alla condizione di procedibilità data dalla media-conciliazione¹⁹. E se per essa si vuole parlare impropriamente di un fenomeno di giurisdizione condizionata, lo si può fare negli stessi termini in cui una simile espressione è utilizzabile a fronte della perizia contrattuale. Questi due strumenti non fanno emergere propriamente la necessità di tentare o fare qualcosa prima di esercitare l'azione, col fine di scoraggiare l'azione stessa o di far trovare la regola di condotta prima ed in altro modo. In questi istituti abbiamo una disciplina del modo in cui si deve esercitare l'azione, non una disciplina del modo in cui si spera che essa non sia esercitata, una disciplina, insomma, per ritardarla. Ancorché pure per

¹⁶ Per cui in entrambi i contesti non ha alcun senso interrogarsi su una ipotetica attribuzione di efficacia esecutiva. In tal senso per la perizia contrattuale vedi, se vuoi, BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino 2001, 187 e per l'ATPO ai sensi dell'art. 445-*bis* c.p.c. LICCI, *op. cit.*, 104-105.

¹⁷ Ma non è detto, perché potrebbero esservi altre questioni controverse. Peraltro, se nel percorso pregiudiziale si dovesse arrivare a negare la sussistenza di un fatto costitutivo della pretesa giuridica, il processo dichiarativo sarebbe certamente evitato.

¹⁸ Ciò dovrebbe far riflettere sull'uso dell'espressione "giurisdizione condizionata": se così fosse in senso proprio dovrebbe essere molto discutibile la mancanza della previsione di un termine (ragionevole) per il condizionamento dell'azione.

¹⁹ E la riprova sta nel fatto che, come si accennava poco sopra nel testo, l'ATPO cessa di essere condizione di procedibilità ove per avventura non vi fosse contestazione in ordine al requisito sanitario: così giustamente COSSIGNANI, *op. cit.*, 631. Sul fatto che la prestazione potrebbe non essere dovuta per la carenza di presupposti diversi dal requisito sanitario vedi, per tutti, LICCI, *op. cit.*, 91.

mezzo di essi si spera che poi un processo dichiarativo sulla controversia giuridica nel suo complesso risulti (indirettamente) inutile, perché, come si è detto, si isola la questione tecnica di decisiva rilevanza e la si incanala in un percorso decisorio a parte, da svolgere prima di affrontare ogni altra questione attinente al diritto sostanziale, sperando che la sua fissazione scoraggi altre attività giudiziarie future.

Nell'ambito della giurisdizione condizionata con funzione preventiva (sempre che i meccanismi tentati abbiano successo) rientra, invece, l'art. 8 della l. n. 24/2017, al quale può essere paragonata la media-conciliazione di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 28/2010. Il rinvio è da fare all'art. 696-*bis* c.p.c., con un condizionamento temporalmente delimitato, con l'avvertenza che qui tale procedura non rappresenta una scelta, imponendola il legislatore come passaggio preliminare.

Nella l. n. 24/2017, trattandosi di diritti disponibili, la perizia è svolta al fine di trovare, all'interno della stessa procedura, un accordo, quindi la fissazione della regola di condotta attinente alla controversia. Il rinvio privilegiato all'art. 696-*bis* c.p.c. è fatto perché, si spera²⁰, se l'accordo non si trova resta in campo, tuttavia, una CTU, che, se è poi spesa in giudizio, può essere assai utile, ancorché essa abbia ovviamente solo la valenza di semplice consiglio al giudice, il quale potrebbe anche respingerlo del tutto e disporre una nuova CTU.

Questo articolo 8 in commento disciplina in buona sostanza tre aspetti: 1) introduce, anche se in modo ambiguo, una previsione di favore per il rito sommario di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c.; 2) impone al paziente danneggiato un percorso negoziale quale condizione di procedibilità; 3) impone a tutte le parti l'obbligo di cooperare, per un verso aggiungendo per la compagnia di assicurazione anche l'obbligo di formulare una proposta²¹ e per altro verso sanzionando pesantemente la violazione di questo obbligo in sede di processo dichiarativo, a prescindere dalla soccombenza e senza prevedere quale esimente alcun giustificato motivo.

Questa disciplina non è per nulla chiara nei suoi passaggi tecnici e, per cercare almeno di formulare con semplicità le questioni problematiche che emergono, a me sembra opportuno distinguere a seconda che il tentativo sia fatto secondo il percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. ovvero utilizzando la media-conciliazione ed inoltre a seconda che esso sia fatto prima della pendenza del processo dichiarativo ovvero quando questo sia già pendente, su ordine del giudice che può disporlo ovvero disporre che continui se non previamente terminato.

Con un'ultima avvertenza di carattere generale: l'art. 8 in commento si occupa della media-conciliazione solo per prevedere che l'interessato può, prima della causa di merito, assolvere alla condizione di procedibilità sia ricorrendo all'art. 696-*bis* c.p.c. sia ricorrendo alla disciplina del d.lgs. n. 28/2010. Per il resto, questa norma non disciplina i rapporti tra processo dichiarativo e media-conciliazione, ma solo i rapporti tra processo dichiarativo e consulenza tecnica preventiva.

²⁰ Ancorché il percorso potrebbe non dare alcun frutto, neanche una relazione peritale.

²¹ Sempre, ovviamente, che la compagnia di assicurazione sia parte in causa, perché convenuta dall'attore o perché intervenuta in giudizio o perché chiamata in causa dal convenuto.

3. *Condizione assoluta prima del processo.* – Nell'ordine naturale delle cose (*de iure*) sta che il paziente danneggiato innanzitutto presenti ricorso ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c.²², quindi tenti un percorso che, sulla base di una perizia, conduca al superamento della lite per mezzo della fissazione autonoma della regola di condotta del rapporto, insomma metta capo ad un accordo per mezzo del quale si eviti il processo²³.

Egli potrebbe anche battere la strada della media-conciliazione, ma non è questa la via preferita dal legislatore. Invero, questa seconda possibilità non sarebbe opportuna, perché si perderebbero le ragioni che hanno indotto il legislatore a prediligere l'altra, cosa chiara nel momento in cui si prevede che, se la condizione non è stata assolta prima del processo, il giudice, accogliendo l'eccezione di improcedibilità, dà termine di 15 giorni per l'istanza appunto di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., senza attingere alla disciplina del d.lgs. n. 28/2010.

Le ragioni della predilezione per il percorso tracciato dall'art. 696-*bis* c.p.c. sono già state sopra accennate ed esse sono evidenti. Nell'ambito di esso si isola la questione di pregnanza tecnica che rappresenta probabilmente il vero punto di lite e se ne fa innanzitutto oggetto di una CTU. Ciò a un duplice fine²⁴. Il primo: favorire l'accordo, perché questo è più facilmente trovabile se alle parti sono chiariti gli aspetti tecnici della lite²⁵. Il secondo: in caso di mancato accordo, far partire il successivo processo su una base, quella appunto fornita dalla CTU ormai espletata, visto il disposto di cui al quinto comma dell'art. 696-*bis* c.p.c., in virtù del quale, se la conciliazione non riesce, «ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito».

Si potrebbe sostenere che anche nell'ambito della media-conciliazione sono possibili consulenze tecniche e che queste, poi, in caso di fallimento del percorso negoziale, ben potrebbero essere acquisite al successivo processo dichiarativo. Ma tutto ciò non è affatto certo, non solo perché quelle consulenze

²² Il ricorso va presentato al giudice competente per valore (tribunale o giudice di pace) e per territorio, sui cui criteri vedi, per tutti, TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 665 ss.

²³ Se siamo in presenza di una condizione di procedibilità, quindi di un obbligo il cui assolvimento condiziona l'esercizio dell'azione in giudizio, si potrebbe pensare che il giudice, di fronte al ricorso presentato ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. non abbia margini di valutazione, che, se sussistenti, potrebbero poi portare ad un rigetto di esso (così, ad esempio, TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 664). Se certamente il giudice dovrà valutare la sua competenza e la riportabilità della lite in gioco al campo di applicazione della legge Gelli, potrebbero essere discutibili altri aspetti. Il caso più spinoso a mio parere si ha quando la necessità di compiere una perizia appare immediatamente inutile: se il punto vero ed unico di lite non sta in una questione tecnica, perché ammettere l'accesso al percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c.? E' vero che in tal caso l'attore dovrebbe comunque assolvere alla condizione di procedibilità, a questo punto rivolgendosi alla media-conciliazione; ma è anche vero che svolgere una perizia, direi praticamente sul nulla, sarebbe un fuor d'opera. Invece resta la percorribilità della via in parola anche quando di per sé una perizia non potrebbe bastare a fondare una trattativa con successo, perché magari i termini della lite sono anche in diritto. Per una sintesi delle posizioni vedi ANSANELLI, *op. cit.*, 177 ss.

²⁴ Sui quali vedi, per tutti, ANSANELLI, *op. cit.*, 170 ss.

²⁵ In virtù di questo duplice aspetto della vicenda l'art. 15 della l. n. 24/2017 dispone che gli incarichi debbano essere dati a professionisti che abbiano entrambe le competenze: quelle attinenti alla scienza medica e quelle attinenti alle tecniche di negoziazione e conciliazione

potrebbero non espletarsi in mediazione²⁶, ma anche perché, ove si facessero, è dubbia la loro spendibilità nel successivo processo dichiarativo, data la riservatezza che ammantava tutta la procedura di mediazione²⁷.

Ora, se il percorso scelto, quale che sia, ha successo, abbiamo un accordo che, fissando la regola di condotta per le parti, renderà superfluo il successivo processo²⁸. Se, invece, il percorso fallisce, l'interessato, prima condizionato nell'esercizio del suo diritto di azione, potrà a questo punto procedere e chiedere tutela nel processo dichiarativo.

Ma non sono per nulla chiari i rapporti tra il percorso preliminare utilizzato senza successo ed il successivo processo dichiarativo. Non si sa quale rito questo debba seguire. Né precisamente come si attui il principio per cui la necessità di assolvere ad una condizione di procedibilità non può pregiudicare il diritto in gioco, se si pensa a termini di prescrizione o decadenza.

A me una cosa sembra indubbia: la disciplina dell'art. 8 in commento comunque non può riguardare il caso in cui l'interessato abbia previamente utilizzato il percorso di cui al d.lgs. n. 28/2010. Se prima del processo dichiarativo l'interessato ha scelto la media-conciliazione, invece di utilizzare lo strumento dell'art. 696-*bis* c.p.c., per quello che riguarda la protezione del diritto in gioco si applica l'art. 5, 6° comma, del d.lgs. n. 28/2010 e non l'art. 8, 3° comma, della l. n. 24/2017 come norma speciale in questo settore. Del resto questa norma esordisce ipotizzando che siano decorsi 6 mesi dal deposito del "ricorso", per cui sembra riguardare solo l'art. 696-*bis* c.p.c.

Applicando la normativa sulla media-conciliazione emerge che la relativa domanda presentata prima dell'instaurazione del processo dichiarativo produce l'effetto di impedire e sospendere il termine di prescrizione del diritto²⁹ e che, se il tentativo fallisce, il termine di prescrizione riprende a decorrere da questo fallimento. Poi la successiva domanda produrrà un nuovo effetto interruttivo-sospensivo.

Il principio interpretativo dovrebbe reggere anche per la scelta del rito del processo dichiarativo, dovendosi, a me sembra, ritenere che questo sarà quello ordinario e non quello sommario di cui agli articoli 702-*bis* ss. c.p.c., salvo diversa scelta dell'interessato³⁰. Del resto, l'applicazione del rito sommario è stata ipotizzata essenzialmente per il caso che il processo dichiarativo possa partire almeno dalla base di una

²⁶ Soprattutto a causa dei costi a carico delle parti c'è chi ritiene che in mediazione un perito sia nominabile solo sulla base dell'accordo delle parti: sul dibattito vedi da ultimo DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna 2016, 397-398.

²⁷ Ma se, magari sull'accordo delle parti, la relazione del perito viene prodotta in giudizio, non vi è alcuna reale ragione per affermare che essa avrebbe un valore minore di una C.T.U. svolta nel giudizio o prima di questo nell'ambito del percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. In particolare non vedo come si possa affermare che il giudice, stante il punto tecnico della lite, non potrebbe accontentarsi della perizia svolta in mediazione e dovrebbe pur sempre disporre una C.T.U. (in tal senso ZULBERTI, *op. cit.*, 126). Così si dimentica, più in generale, che il C.T. è un consulente del giudice di cui questi può sempre fare a meno se possiede le necessarie conoscenze tecniche non giuridiche. Sul punto vedi, se vuoi, BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1431 ss., spec. 1437.

²⁸ Ovviamente quello il cui oggetto è stato trattato nel percorso, restando impregiudicati altri processi dipendenti.

²⁹ Lasciamo perdere l'operatività della decadenza perché non mi pare che qui rilevi.

³⁰ Nello stesso senso OLIVIERI, *op. cit.*, § 2; RUVOLO-CIARDO, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it 2017, § 9..

CTU, insomma è stata ipotizzata come conseguente al previo utilizzo dello strumento di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. e non anche come conseguente al fallimento di una media-conciliazione.

Fermo restando, ovviamente, che il giudice competente, se è il tribunale (non anche se è il giudice di pace), ben potrebbe passare al rito sommario secondo il dettato dell'art. 183-*bis* c.p.c., magari perché convinto dell'utilizzabilità di una CTU già espletata in mediazione.

Facendo ora il caso che, invece, l'interessato abbia (previamente) percorso la via tracciata dall'art. 696-*bis* c.p.c., nella quale però non si sia raggiunto l'accordo, si pone il problema del se e del come si applichi l'art. 8 in commento. Dal primo punto di vista la domanda è se il terzo comma di questo articolo trovi qui applicazione.

Questo disposto è assai ambiguo, non solo nei suoi meccanismi tecnici, ma anche in riferimento all'individuazione del suo campo di applicazione. Il fatto che esso segua al secondo comma della stessa norma, nel quale si ipotizza l'ordine in sanatoria del giudice della causa di merito, sembra far intendere che esso trovi applicazione appunto in corso di causa. E alla stessa conclusione sembra portare la previsione secondo la quale "la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio (i sei mesi), è depositato...", perché sembrerebbe che la domanda dichiarativa sia appunto già stata presentata e che si imponga un atto d'impulso entro un termine al fine di salvarne gli effetti, qui sembrerebbe addirittura tutti gli effetti, quelli sostanziali e quelli processuali.

Se così fosse si dovrebbe ritenere che, fallito il tentativo di accordo nell'ambito del percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., resterebbero i soli effetti sostanziali che il ricorso in questo ambito produce³¹, salvo poi l'introduzione della successiva domanda dichiarativa che porterebbe con sé i suoi effetti. Domanda che, oltretutto, mettendo fuori gioco il comma terzo della norma in parola, potrebbe anche essere proposta secondo il rito ordinario.

Ma quando in questo disposto si parla di deposito del ricorso ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c. di fronte al giudice che ha gestito il percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. si potrebbe anche pensare che esso si applica più in generale anche al caso in cui questo tentativo sia stato effettuato prima della pendenza del processo dichiarativo³². Ed allora si avrebbe che la proposizione della successiva domanda dichiarativa produrrebbe effetti che si ancorerebbero al precedente ricorso ex art. 696-*bis* c.p.c., insomma retrodaterebbero a quel

³¹ Ed, allora, si dovrebbe attingere ai risultati cui si è pervenuti nello studio e nell'applicazione dell'art. 696-*bis* c.p.c., in base ai quali, se pare certa la produzione dell'effetto interruttivo del termine di prescrizione del diritto (si veda, per tutti, SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 957 ss., spec. 978), si potrebbe discutere sull'effetto sospensivo sempre della prescrizione e sull'impedimento della decadenza, anche se, con un po' di sforzo, sembrerebbe possibile includerli. Si vedano, per tutti: PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Riv. dir. proc.* 2013, 44 ss., spec. 58 ss.; TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc. civ.* 2010, 805 ss., spec. 811.

³² Ancorché resti la peculiarità per cui la domanda non potrebbe essere proposta di fronte ad un diverso giudice, parimenti competente per la causa di merito: vedi il rilievo in COREA, *op. cit.*, § 2.3. Invero, questa peculiarità sembrerebbe far tornare il pendolo della scelta interpretativa ancora a favore dell'inapplicabilità della normativa in commento al caso della condizione esperita e fallita prima del processo pendente.

momento antecedente in una sorta di sequenza procedimentale senza soluzione di continuità, sempre che l'interessato si attivi entro i 90 giorni indicati³³. Con l'ulteriore conseguenza che allora sarebbe necessario utilizzare il rito sommario di cui all'art. 702-*bis* c.p.c., fermo restando che in questa sede il giudice ben potrebbe usare la cd. "passerella" al rito ordinario, ove ritenuto opportuno.

Insomma, il meccanismo sarebbe il seguente: l'interessato diligentemente si incammina sulla via tracciata dall'art. 696-*bis* c.p.c., per avere un accertamento tecnico della questione rilevante e, su questa base, tentare un accordo con la controparte. Ma se, magari a seguito della perizia, un accordo non si trova ovvero la procedura resta inutilmente in piedi per sei mesi, ecco che a lui a questo punto è concesso di proporre ritualmente la domanda dichiarativa, che, come dice la legge, diviene procedibile, quindi non impedita da un'eventuale successiva eccezione di improcedibilità ai sensi del secondo comma della norma in commento.

Peraltro, volendo ammettere che il terzo comma dell'art. 8 sia qui applicabile, sorgono altri dubbi ove la legge, come abbiamo accennato, impone all'interessato (il paziente danneggiato) altre due cose: rispettare il termine di 90 giorni e usare il rito sommario e non quello ordinario. Anche la previsione di questi due "paletti" presenta margini di ambiguità applicativa.

Quanto al termine di 90 giorni, non vedo come il suo mancato rispetto possa avere conseguenze diverse dalla perdita della possibilità di ancorare gli effetti della domanda dichiarativa al precedente ricorso depositato ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. Insomma, se l'attore ha proposto la domanda oltre i detti 90 giorni, semplicemente non si avrà quell'ancoraggio, ma non credo si possa affermare che qui emerga un'ipotesi di estinzione del processo dichiarativo, conseguenza che non avrebbe alcun senso³⁴.

Quanto, poi, alla necessità di ricorrere al rito sommario, l'interprete deve certamente prendere atto della scelta del legislatore, anche se essa non appare ragionevole ove nel caso concreto la procedura di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. non abbia portato ad alcuna relazione peritale³⁵. Però devono pur farsi al proposito almeno due precisazioni.

³³ Diversa la ricostruzione di altri, i quali, applicando senz'altro la norma anche al caso in cui la condizione sia assolta prima del processo, affermano che in caso di fallimento del percorso (ossia mancata conciliazione nei sei mesi) la proposizione della domanda dichiarativa si ancora ad effetti prodotti dal precedente ricorso depositato ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c.: così, ad esempio, TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 672, il quale, però, per garantirsi da eventuali problemi, finisce per contraddirsi, affermando prima che il detto ricorso provoca solo l'interruzione del termine di prescrizione (p. 668) e poi (appunto a p. 672) che si debba aggiungere anche l'effetto sospensivo.

³⁴ A meno che non si voglia sanzionare l'interessato al punto da ritenere che una simile estinzione dovrebbe aversi al fine di imporre per la stessa causa che si volesse nuovamente istaurare un nuovo tentativo di accordo come condizione di procedibilità. Ma a me francamente sembrerebbe una costruzione barocca ed eccessiva.

³⁵ Non c'è dubbio che il legislatore abbia indicato il rito sommario sul presupposto che la questione di fatto sia comunque giunta ad una certa "maturazione" con una relazione peritale da acquisire. Ma non è affatto detto che nel caso concreto ciò accada. Né ciò è giuridicamente necessario. Ecco perché a me sembra sbagliato parlare qui di una sorta di struttura bifasica del procedimento: così OLIVIERI, *op. cit.*, § 3 e ANSANELLI, *op. cit.*, 172. Forse l'espressione è dovuta ad un improprio parallelo col diverso meccanismo che emerge dall'art. 445-*bis* c.p.c., nel quale sì che la si può usare!

La prima: quel rito è praticabile solo se risulta che giudice competente per la causa è il tribunale, non potendo, invece, esso applicarsi ove l'interessato debba rivolgersi al giudice di pace³⁶.

La seconda: quand'anche l'interessato dovesse sbagliare rito, a me sembra che dall'art. 4, 5° comma, del d.lgs. n. 150/2011, possa ricavarsi il principio generale secondo il quale l'errore nella scelta del rito non possa pregiudicare la produzione degli effetti della domanda proposta secondo le disposizioni del rito sbagliato. Semplificando: se l'attore, invece di depositare un ricorso ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c., ha notificato un atto di citazione, dal momento di questa notifica si producono tutti gli effetti della domanda, con la conseguenza che, in riferimento al rispetto del già citato termine di 90 giorni, conta appunto il momento della notifica della citazione e non quello del suo deposito presso il giudice, magari effettuato dopo i detti 90 giorni³⁷.

4. *Condizione da assolvere a processo dichiarativo già pendente.* – Se, invece, il paziente danneggiato propone la domanda (magari anche col rito ordinario, quindi notificando citazione) senza prima aver assolto alla condizione, allora in prima udienza, su eccezione del convenuto o d'ufficio, può emergere la necessità di assolverla in sanatoria. Il giudice ordina di intraprendere il percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. da attivarsi entro 15 giorni³⁸.

Insomma, prima del processo l'attore può scegliere. Ma, se pende il processo senza che prima l'attore sia stato diligente, l'ordine del giudice al fine di sanare la carenza della condizione di procedibilità

³⁶ Analogamente TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 674.

³⁷ Diversamente, se non sbaglio, TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 672, secondo il quale il termine è rispettato se entro il suo decorso si ha anche il deposito della citazione.

³⁸ Il modello di riferimento sembrerebbe dato dall'art. 445-*bis* c.p.c. nella sua parte peggiore, perché in entrambi i contesti non si comprende quale sia lo stato del processo dopo che il giudice abbia disposto la sanatoria. In riferimento all'art. 445-*bis* c.p.c. si sono offerte tre interpretazioni possibili: 1) che il processo venga sospeso, 2) che vi sia una dilazione di udienza al fine di consentire l'espletamento della ATP, 3) che vi sia un rigetto in rito della domanda, con salvezza degli effetti sostanziali di questa se l'interessato entro i 15 gg. fa istanza di ATP. Se nulla dice la legge sulla sospensione e se la seconda soluzione è praticamente impedita dal fatto che qui non è previsto un termine oltre il quale la domanda diventa procedibile (eppure in questo senso LICCI, *op. cit.*, 96, che ipotizza più spostamenti di udienza fino a conclusione del percorso "pregiudiziale"), sembra a molti che la terza soluzione sia l'unica praticabile (in giurisprudenza vedi Trib. S.M. Capua V. 14/6/2012). Del resto, se regge, come io credo, il paragone con la perizia contrattuale, i più ritengono che un processo dichiarativo instaurato senza prima aver svolto la perizia contrattuale debba essere chiuso per (temporanea) improponibilità della domanda. Ma a me sembra che una simile conclusione, come non sia condivisibile in riferimento alla perizia contrattuale, non lo sia neanche in riferimento all'ATPO di cui all'art. 445-*bis* c.p.c., dovendosi in entrambi i contesti sospendere il processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in quanto il giudice si trova di fronte ad un impedimento insuperabile, dovendosi quella certa questione accertare in altra sede. Ciò salva gli effetti della domanda, restando il processo pendente anche se quiescente. Resta comunque il fatto che l'eccezione di improcedibilità o improponibilità può essere assorbita, ove la domanda possa magari essere rigettata per una ragione più liquida attinente a qualche altra eccezione che pur sempre conduce a quel rigetto. Per approfondimenti sulla perizia contrattuale vedi, se vuoi, BOVE, *La perizia arbitrale* cit., 195 ss. e *La giustizia privata*, Trento 2015, 309 ss. Ma il modello di riferimento è solo apparente, perché, come abbiamo già detto nel testo, l'istituto che stiamo commentando ha una logica ed una funzione del tutto diverse.

va solo ed esclusivamente nella direzione dell'art. 696-*bis* c.p.c.³⁹. E se, poi, una consulenza tecnica preventiva era già stata attivata, ma è ancora pendente da meno di sei mesi, in quel termine di 15 gg. l'interessato dovrà presentare al giudice del processo dichiarativo istanza di completamento.

Anche questa disposizione presenta diversi lati oscuri.

In primo luogo, se è comprensibile la previsione per cui, nel caso che nessun percorso sia stato iniziato prima dell'instaurazione del processo dichiarativo, il giudice dà termine di 15 giorni per iniziarlo, del tutto incomprensibile è la previsione per cui, se invece un percorso già pende da meno di sei mesi, il giudice dà sempre i 15 giorni per presentare dinanzi a lui istanza di completamento del percorso. Che significa? Si chiede al giudice il permesso di completare una procedura ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. pendente? E il giudice dovrebbe dare una sorta di provvedimento di permesso?

Se, certamente non c'è alcun permesso da dare né vi deve essere una presa d'atto del giudice, siamo di fronte ad una previsione la cui funzione appare incomprensibile⁴⁰, dalla quale, però, qualche rigido interprete potrebbe anche ricavare la conseguenza di una chiusura in rito del processo ove quella istanza di completamento non sia presentata tempestivamente nei 15 giorni.

In secondo luogo si deve pur ipotizzare che l'interessato, dopo aver attivato una media-conciliazione, instauri il processo dichiarativo quando essa ancora pende. Qui evidentemente la norma in commento non è applicabile e si dovrà procedere secondo l'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010, per cui il giudice disporrà una dilazione di udienza affinché il tentativo di conciliazione possa svolgersi nei canonici tre mesi, senza che qui si debba avere a riferimento il termine dei sei mesi previsto dall'art. 8 della l. n. 24/2017.

In terzo luogo non è chiaro quale sia la condizione del processo dichiarativo dopo che il giudice abbia disposto l'ordine in sanatoria. Nell'ambito del d.lgs. n. 28/2010 la situazione è chiaramente disciplinata, prevedendosi che il giudice, dopo aver rilevato il non avveramento della condizione di procedibilità prima del processo, rinvii l'udienza ad un tempo utile affinché il tentativo sia espletato. Qui, invece, nulla è detto ed, anzi, l'unica cosa che in negativo sembra certa è che il giudice, disponendo per l'assolvimento della condizione, non fissi alcuna udienza successiva⁴¹. Né, sembra, si può ipotizzare che il giudice disponga la

³⁹ Nello stesso senso ANSANELLI, *op. cit.*, 166. Di contrario avviso è TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 675, il quale salva la scelta in capo all'attore anche a processo dichiarativo pendente. Anche ZULBERTI, *op. cit.*, 105-106 afferma che l'alternatività tra i due percorsi si ha pure a processo pendente, ma egli attribuisce al giudice la scelta, affermando che poi le parti sono tenute ad adeguarsi all'indicazione del giudice. Ora, se questa seconda tesi apre uno scenario che si pone in netto contrasto con l'idea per cui, se una scelta vi deve essere, questa non può che essere lasciata alle parti, la prima tesi mi pare strida con le disposizioni di legge. Eppure ci può essere il caso (raro) che il punto nodale della lite non stia nella soluzione di una questione tecnica ed allora un rinvio da parte del giudice al solo percorso tracciato dall'art. 696-*bis* c.p.c. sembrerebbe un fuor d'opera (l'ipotesi è segnalata da COREA, *op. cit.*, §2.1, che fa il caso di una controversia sul consenso informato). In tal caso sarebbe più ragionevole che venisse in gioco la media-conciliazione, ma, si ripete, la legge non sembra dare questo margine di scelta.

⁴⁰ Né si può pensare che entro i detti 15 giorni l'attività da svolgere consista, non tanto nella presentazione di un'istanza di completamento, quanto piuttosto nel completamento della procedura pendente al di fuori del processo dichiarativo.

⁴¹ Eppure di contrario avviso è TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 676, il quale a me sembra offrire un'interpretazione che finisce per riscrivere la norma (certamente in modo più ragionevole!), ipotizzando un provvedimento di fissazione dell'udienza che non è previsto. Nello stesso senso vedi anche ZULBERTI, *op. cit.*, 107.

cancellazione della causa dal ruolo o una sospensione del processo. Insomma, si viene a creare un indistinto limbo, una sorta di arresto non giuridicamente qualificato del processo, senza che vi sia un provvedimento del giudice che lo dichiari, fissando solo alle parti l'attività che va svolta dopo che la condizione sia stata assolta.

Ovviamente può accadere che le parti trovino un accordo ed allora il processo dichiarativo non avrà più ragion d'essere, ancorché la norma in commento nulla dica sul come formalmente si possa prendere atto di questa eventuale caduta d'interesse⁴². La norma, invece, si preoccupa di fissare le attività di parte ove la condizione sia assolta senza giungere ad un accordo.

Fallito il tentativo ovvero decorsi sei mesi, l'interessato potrà riprendere il corso del processo dichiarativo depositando entro 90 giorni ricorso ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c. Non ha importanza se, magari, l'attore avesse originariamente notificato un atto di citazione: ora egli comunque deve depositare un ricorso secondo il rito sommario, atto che, se normalmente dovrebbe essere introduttivo di un processo dichiarativo, qui è atto di prosecuzione di un processo dichiarativo già pendente. Con l'ulteriore conseguenza, sembra, che questo atto di impulso, se originariamente il processo era stato introdotto con citazione, provochi l'automatico mutamento del rito⁴³, salvo, comunque, un possibile successivo ritorno al rito ordinario ove il giudice ritenga che la causa meriti una trattazione non sommaria. Se, invece, già in origine vi era stato il ricorso ex art. 702-*bis* c.p.c., questo nuovo ricorso sempre ex art. 702-*bis* c.p.c. è una sorta di "raddoppio", che però a questo momento vale come necessario atto d'impulso.

Dopo tale atto di impulso il giudice fisserà l'udienza di comparazione, con la disciplina degli artt. 702-*bis* e 702-*ter* c.p.c.

Ma, a questo punto emergono i dubbi.

Il primo attiene alle conseguenze da collegare al mancato rispetto del termine dei 90 giorni. Invero, se certamente in una simile eventualità non si potrebbe avere la salvezza degli effetti della originaria domanda, ci si chiede se in tal caso si debbano avere anche delle conseguenze sul processo, affermando alcuni interpreti che qui si avrebbe l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 307, 3° comma, c.p.c.⁴⁴. Ma di questa ulteriore conseguenza si potrebbe dubitare, perché francamente non si vede la ragione che dovrebbe portare a sanzionare l'interessato imponendogli di instaurare poi un altro processo sulla stessa causa. A meno che non si voglia arrivare a sanzionarlo nel senso che la necessità di un nuovo e diverso processo gli imporrebbe la defatigante necessità di procedere nuovamente all'assolvimento della condizione di procedibilità per il secondo processo.

Il secondo subbuglio emerge ove la causa penda di fronte al giudice di pace. Se è anche concepibile che questo giudice gestisca il percorso di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., non è però concepibile che di fronte a lui il

⁴² Ma probabilmente nessuno avrà interesse a questa presa d'atto.

⁴³ Tuttavia, se anche qui vale il principio per cui l'errore nella scelta della forma dell'atto non fa perdere gli effetti della domanda, sempre che la citazione sia notificata nel termine, si deve anche ritenere che la conversione, poi, al rito sommario non sia automatica, perché ben è possibile che il giudice ritenga opportuno il rito ordinario.

⁴⁴ Così CONSOLO-BERTOLINI-BUONAFEDE, *op. cit.*, 766; ZUMPARO, *op. cit.*, 488.

processo dichiarativo si svolga secondo le forme del rito sommario. Per cui non vedo come si possa evitare in un caso del genere di disapplicare la norma per questa parte⁴⁵.

Infine, un ulteriore dubbio emerge per l'eventualità che l'interessato non si attivi per l'assolvimento della condizione di procedibilità. Le situazioni ipotizzabili sono due.

La prima, forse più verosimile, si ha quando l'interessato si attivi tardivamente, depositando il ricorso ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. oltre i 15 giorni disponibili. Anche qui, allora, come accade per la disciplina della media-conciliazione, emerge la questione inerente alla qualificabilità del termine in parola. Ma, forse, il diverso contesto delle due discipline può avere un peso.

Se nell'ambito della media-conciliazione, posto che nella relativa disciplina il giudice fissa un'udienza di prosecuzione, si può anche ammettere liberalmente che è sufficiente che a questa udienza il tentativo sia stato espletato, ancorché l'interessato si sia attivato oltre il canonico termine dei 15 gg., qui, invece, non essendovi alcuna fissazione di udienza, forse le cose dovrebbero andare diversamente. Così potrebbe anche ammettersi che il contro-interessato, alla ripresa del processo dichiarativo, possa eccepire la tardiva attivazione dell'attore e, quindi, ottenere una sentenza di rigetto in rito per il non (rituale) assolvimento della condizione. Conclusione alla quale, si badi, si può ben arrivare senza dover qualificare il detto termine come perentorio⁴⁶, ben potendosi ad essa giungere semplicemente rilevando come anche il termine ordinario va rispettato sotto pena della perdita del potere processuale, distinguendosi esso dal termine perentorio solo per il fatto che esso è prorogabile, ancorché solo prima della sua scadenza.

Potrebbe, poi, anche accadere, direi meno verosimilmente, che l'attore non si attivi per nulla. Ovviamente in una simile eventualità il processo dichiarativo non potrebbe che infrangersi sullo scoglio del rigetto in rito. Ma ciò si avrà, ovviamente, solo se una parte darà impulso ad una successiva attività processuale depositando il ricorso ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c.

Questa parte può essere lo stesso attore, che, in modo avventuroso, riattiva il processo senza aver provveduto ad assolvere alla condizione di procedibilità, finendo per subire inevitabilmente quel rigetto in rito. Ma, se si accetta l'idea che il più volte citato termine dei 15 gg. va rispettato a pena di perdita del potere processuale, si potrebbe anche ipotizzare che il convenuto, decorsi quei 15 gg., possa attivarsi proprio e solo al fine di ottenere quel rigetto in rito per l'insussistenza di un presupposto processuale che, pur sanabile, non è stato tuttavia sanato.

5. Cenni sugli obblighi di cooperazione

In sintonia con le tendenze che emergono sia nella legge sulla media-conciliazione sia nella legge sulla negoziazione assistita, anche nell'art. 8 della legge in commento si sancisce l'obbligo di cooperazione della parte invitata al percorso negoziale quale condizione di procedibilità dell'azione dichiarativa.

⁴⁵ Analogamente ZULBERTI, *op. cit.*, 122.

⁴⁶ Così esplicitamente ANSANELLI, *op. cit.*, 166. In senso opposto TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 676.

Presupponendo tutto il bagaglio concettuale che nell'interpretazione delle leggi appena citate è stato elaborato⁴⁷, basti qui qualche cenno, anche in chiave di comparazione con le previsioni di esse.

Innanzitutto a me pare che si debba escludere l'applicabilità dell'ultimo comma dell'art. 8 in parola ove si sia scelto il percorso della media-conciliazione: in tal caso si applicherà l'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010⁴⁸.

Ove, invece, l'interessato abbia scelto il percorso tracciato dall'art. 696-*bis* c.p.c., ovvero il giudice lo abbia indicato in sanatoria di una condizione non assolta in precedenza, allora trovano applicazione queste nuove e direi più rigorose previsioni⁴⁹.

A parte uno specifico obbligo dell'impresa assicuratrice, ovviamente se coinvolta nella vicenda processuale, per il resto il principio è che la parte invitata debba necessariamente partecipare al tentativo volto ad evitare il processo, costruendosi un simile obbligo in termini assai, e forse non del tutto ragionevolmente, stringenti, sia nella sua struttura sia nella sua sanzione.

Strutturalmente, si sancisce un obbligo di cooperazione, per così dire, secco, ossia senza prevedere che esso non sia in capo alla parte che poi resta contumace in giudizio e senza prevedere che vi possa essere un giustificato motivo per la mancata partecipazione.

Quanto alla sanzione, è previsto che il giudice condanni la parte non collaborativa al pagamento delle spese, anche se vincitrice, nonché al pagamento di una somma equitativamente determinata a favore della controparte.

Ora, a me sembra che, se quest'ultima previsione, rinviante essenzialmente al terzo comma dell'art. 96 c.p.c., possa essere applicata nella logica appunto della norma di riferimento, quindi con esclusione di una sua utilizzabilità nei confronti di chi vince la causa⁵⁰, la disposizione sulla condanna alle spese non lasci molto margine al giudice.

Insomma, sembra proprio che il giudice debba accollare al vincitore le spese per il solo fatto che egli non abbia partecipato al previo percorso negoziale, senza avere spazio per valutare le circostanze del caso, quindi, senza poter valutare se quella riottosità sia emersa propriamente come violazione di un obbligo di lealtà e buona fede, come è nello spirito dell'art. 92 c.p.c. ovvero dell'art. 4 della legge sulla negoziazione assistita⁵¹.

⁴⁷ Vedi, se vuoi, BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Il giusto processo civile 2017*, 31 ss.

⁴⁸ Se non sbaglio, giunge alla stessa conclusione OLIVIERI, *op. cit.*, § 2.

⁴⁹ Al di là di altre considerazioni, l'applicazione delle disposizioni in commento potrebbe rappresentare una delle ragioni che inducono il paziente a scegliere, prima del processo, di non utilizzare la media-conciliazione.

⁵⁰ Mi sembra che offra un'interpretazione più pessimistica TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, 670.

⁵¹ Nell'applicazione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., invece, deve sempre valutarsi il caso concreto, non solo nello stabilire l'*an*, ma anche il *quantum debeatur*: se, invero, siamo di fronte ad una forma di punizione per l'abuso del processo, evidentemente è necessario valutare la "colpevolezza" del condannato. È vero che la somma di denaro è attribuita alla controparte. Ma questa somma non deve compensare un danno della controparte, bensì, appunto, avere un titolo di afflizione per il "colpevole".

Ed, allora, a me sembra che una simile, discutibile, disposizione debba essere interpretata senza andare troppo oltre il necessario. In altri termini, si spera che i giudici qui non riproducano l'esigenza, in particolare nel momento propriamente di negoziazione della procedura, di una partecipazione, non solo formale, ma anche sostanziale e magari personale da parte dei contendenti, al fine di ritenere assolta la condizione di procedibilità, come avviene in robusti filoni giurisprudenziali in materia di media-conciliazione.