CIVILE E PROCESSO

Teoria e pratica del diritto

MASSIMO VACCARI

L'accertamento tecnico preventivo

Probatorio, conciliativo, previdenziale, sanitario

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Acquista qui

CAPITOLO 1

L'ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO A FINI ISTRUTTORI

L'ambito di applicazione dell'accertamento tecnico preventivo è stato notevolmente ampliato con la legge n. 80/2005, rispetto a quello che era l'impianto originario del codice.

A partire da quel momento infatti è stato possibile affidare all'esperto anche l'incarico di esprimere pareri e valutazioni, in funzione preventiva, cosicché la stessa definizione dell'istituto come "accertamento" non è stata più attuale, risultando più calzante quella di consulenza preventiva.

Peraltro con la novella del 4 luglio 2009, n. 69 è stato introdotto nel codice di rito uno strumento, la consulenza preventiva con finalità conciliativa, che ha un ambito di applicazione in larga parte coincidente con il predetto. Proprio per questa ragione nella prassi esso sta soppiantando l'accertamento *ex* art. 696 c.p.c. anche perché, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, prescinde dal requisito del *periculum in mora*, tipico di quest'ultimo. È così che la verifica tecnica preventiva viene oramai considerata quasi esclusivamente in una prospettiva conciliativa.

Le discipline dei due procedimenti sono quasi identiche e pertanto molte delle osservazioni che si svolgeranno in questo capitolo valgono anche per la consulenza preventiva conciliativa.

Sommario:

1. Inquadramento sistematico. 2. Oggetto e presupposti di ammissibilità. 2.1. L'oggetto. 2.2. Il requisito dell'urgenza. 2.3. Il *fumus boni iuris*. 2.4. L'ambito di applicazione 3. Giurisdizione e competenza. 4. Requisiti del ricorso. 5. Gli effetti processuali e sostanziali del ricorso per ATP. 5.1. Incidenza su prescrizione e decadenza. 5.2. Effetti processuali. 6. Il procedimento. 7. Lo svolgimento della c.t.u. 8. Il procedimento in caso di eccezionale urgenza. 9. L'ATP in corso di causa. 10. La disciplina delle spese. 11. Utilizzabilità dell'ATP nel giudizio di merito. 12. I mezzi di impugnazione avverso la decisione sull'istanza di ATP. 13. ATP e arbitrato. 14. Il procedimento di descrizione in materia di diritti di proprietà industriale.

1 INQUADRAMENTO SISTEMATICO

L'accertamento tecnico di cui all'art. 696 c.p.c. rientra tra i procedimenti di istruzione preventiva, disciplinati nel capo III, sezione IV, del titolo I, del libro V del codice di rito, dedicato ai procedimenti cautelari.

Acquista qui

Si tratta di giudizi che, pur avendo natura sommaria, al pari dei c... lari, si distinguono dalla maggior parte di questi [1] perché assolvono una **funzione di conservazione della prova** (da ciò la loro riconduzione alla categoria dei giudizi conservativi). Sono infatti diretti a raccogliere, ancor prima che sia instaurato un giudizio, gli elementi necessari per la formazione della prova, al fine di evitare che, nel tempo occorrente per lo svolgimento di quello, le probabili modifiche delle situazioni da sottoporre a verifica possano impedire la formazione della prova nel corso di esso.

Proprio in considerazione di tale loro peculiarità si è detto che questo tipo di giudizi tutela non già un diritto sostanziale ma un **diritto processuale alla prova** [2].

Si è peraltro osservato che anch'essi condividono con i provvedimenti cautelari le caratteristiche della provvisorietà e della strumentalità [3].

La **provvisorietà** è ravvisabile nella circostanza che l'assunzione preventiva delle prove non preclude la valutazione della loro ammissibilità e rilevanza nel giudizio di merito, né ne compromette la rinnovazione in tale sede [4].

La **strumentalità** [5] discende dal fatto che il provvedimento che abbia ammesso l'istruzione preventiva non diviene inefficace se il processo di merito non viene instaurato. Al contempo però, le prove acquisite rimangono inutilizzabili fino a quando ciò non accada.

Si tratta, a ben vedere, di una **strumentalità attenuata** [6] poiché l'utilizzabilità del materiale probatorio non è soggetta a limiti temporali [7]. Infatti la disciplina di cui agli artt. 692-699 c.p.c. non prevede un termine

[1] Il sequestro giudiziario di cui all'art. 670 n. 2 c.p.c. è accomunato ai procedimenti di istruzione preventiva dalla medesima funzione cautelare probatoria.

[2] Cass. 25 novembre 2002, n. 16578 e in dottrina, tra gli altri, SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 800; TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità (note in margine all'art. 669 quaterdecies c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 697; BALENA, voce *Istruzione. II procedimento di istruzione preventiva*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, 5.

[3] Secondo Corte cost. 28 gennaio 2010, n. 26 la disciplina dell'istruzione preventiva condivide *ratio* e natura della tutela cautelare: assicurare che la durata del processo non si traduca in un pregiudizio per chi ha ragione.

[4] LICCI, *Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669-quaterdecies: una convivenza possibile?*, in *www.judicium.it*.

[5] Il carattere puramente strumentale dei provvedimenti di istruzione preventiva era stato affermato già da CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 182. Negli stessi termini: TARZIA, *Sulla strumentalità dell'accertamento tecnico preventivo*, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, 819 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, vol. IV, 239. Per SALVANESCHI, op. cit., 801, il nesso di strumentalità tra istruzione preventiva e giudizio di merito è un vincolo estremamente attenuato.

[6] BARRECA, *I procedimenti di istruzione preventiva dopo la riforma*, Milano, 2009, 2.

[7] Si segnala fin da ora la significativa differenza sul punto dell'ATP ai sensi dell'art. 8, della legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), di riforma della responsabilità sanitaria, per il quale si rinvia al cap. n. 4.

Acquista qui

perentorio — a pena di inefficacia — entro cui procedere all'instaurazione del giudizio di merito.

Al contempo non è applicabile ai procedimenti di istruzione preventiva il disposto dell'art. 669-*octies* c.p.c., né le altre norme sul procedimento cautelare uniforme, ad eccezione dell'art. 669-*septies* c.p.c., stante il chiaro tenore dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. [8].

Vi è quindi una analogia con la fattispecie dei provvedimenti cautelari "anticipatori" di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c., introdotto dal d.l. n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005, che sono destinati a conservare efficacia anche se non viene avviato il giudizio di merito.

Peraltro, a differenza di quelli, nei procedimenti di istruzione preventiva non si ha una sostanziale anticipazione del giudizio nella fase sommaria.

2 OGGETTO E PRESUPPOSTI DI AMMISSIBILITÀ

2.1 L'oggetto

Secondo l'**originario tenore** dell'art. 696 c.p.c. l'accertamento tecnico, come l'ispezione giudiziale, poteva avere ad oggetto esclusivamente "lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose" e proprio tale suo limitato ambito di intervento giustificava l'appellativo utilizzato per identificarlo.

Se in dottrina si era dibattuto della possibilità di estenderlo alla verifica dello stato o della qualità o della condizione della persona umana, la giurisprudenza l'aveva negata [9], mentre la Corte costituzionale, con una

[8] In dottrina è sostenuto quasi univocamente che le norme del procedimento cautelare uniforme diverse dall'art. 669-*septies* non operano nell'istruzione preventiva per esplicita previsione dell'art. 669-*quaterdecies*. TRISORIO LIUZZI, voce Istruzione preventiva, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, rist. 1999, 255; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 385; MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIV, Torino, 1996, 428; FRUS, *Ambito di applicazione*, in *Le riforme del processo civile* a cura di CHIARLONI, Bologna, 1992, 794; SALVANESCHI, op. cit., 805. Diversamente BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 222 ss., secondo la quale dalla formulazione letterale dell'art. 669-*quaterdecies* non si evince che l'art. 669-*septies* è l'unica disposizione applicabile all'istruzione preventiva e che quindi ritiene che all'istruzione preventiva non vadano applicate solo le disposizioni del rito cautelare uniforme che presuppongono un rigido legame di strumentalità tra la cautela e il merito, e non quindi quelle, come l'art. 669-*quinquies*, che non presumono tale strumentalità.

[9] Cass. 17 novembre 1999, n. 12748, aveva considerato nulle le valutazioni del c.t.u. circa le cause del danno in assenza del consenso dell'esaminato, salva accettazione del contraddittorio da parte della controparte.

Acquista qui

prima pronuncia, aveva dichiarato inammissibile la questione di legitt... costituzionale che era stata sollevata in relazione a quella limitazione [10].

In un secondo momento la Corte aveva invece ritenuto **costituzionalmente illegittima la norma**, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di esperire un accertamento (o ispezione giudiziale) sulla persona dell'istante [11].

Tale conclusione era stata giustificata sulla scorta delle seguenti considerazioni:

— se il diritto di un soggetto danneggiato all'accertamento di un proprio stato fisico, ai fini della corretta ed utile realizzazione della domanda di risarcimento, fosse stato misconosciuto, ne sarebbe derivata una limitazione all'esercizio dell'*onus probandi*, tale da ledere il diritto di azione di cui all'art. 24, primo comma, della Costituzione;

— tale considerazione è compatibile con il valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, primo comma, della Costituzione, come libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo;

— la previsione di atti coercitivi di ispezione personale di cui all'art. 13, secondo comma, della Costituzione, eseguibili solo per provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, non esclude *a fortiori* atti di accertamento preventivo, volontariamente richiesti dalla persona sul proprio corpo nell'ambito di un procedimento civile.

Sulla base di quegli stessi principi la Corte giunse a dichiarare **illegittima la norma** anche nella parte in cui non prevedeva la possibilità di accertamento "anche sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta" [12]. Infatti, anche in questo caso, è in gioco la possibilità di esercitare il diritto alla prova in condizione di eguaglianza con l'altra parte del giudizio.

La sentenza precisò però che, perché potesse essere adottato dal giudice il provvedimento che disponeva l'accertamento o l'ispezione, era necessaria la **libera manifestazione di volontà della parte** che consentisse di sottoporre il proprio corpo ad accertamento o ispezione. Tale volontà non poteva però essere dedotta dalla presentazione dell'istanza, che è formulata da persona diversa da quella da sottoporre all'accertamento. Il consenso

Termine estratto capitolo

[10] Corte cost. ... enti tecnici e ispezioni giudiziali sulla per-

Acquista qui

CAPITOLO 2

LA CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA AI FINI DELLA COMPOSIZIONE DELLA LITE

L'istituto, introdotto dalla legge 14 maggio 2005 n. 80, è stato configurato come una particolare figura di accertamento tecnico preventivo, caratterizzato, come rileva chiaramente la sua denominazione, da una prevalente funzione conciliativa e dalla idoneità a condurre alla formazione di un titolo esecutivo. Non gli è però estranea una concorrente, anche se secondaria, funzione di acquisizione preventiva della prova, atteso che la sua disciplina, contenuta nell'art. 696-*bis* c.p.c., è stata inserita nella sezione del codice di rito dedicata ai procedimenti di istruzione preventiva.

Nonostante siano trascorsi alcuni anni dalla sua introduzione nell'ordinamento, la definizione del suo ambito di applicazione è tuttora controversa, mentre la sua reale efficacia conciliativa dipende sia da una interpretazione funzionale, e non strettamente letterale, della norma che dalla possibilità di combinare ad esso lo strumento della proposta conciliativa di cui all'art. 91, primo comma, secondo periodo, c.p.c.

Sommario:

1. Funzione, natura e presupposti di ammissibilità dell'istituto. 2. L'ambito oggettivo di applicazione. 3. Il procedimento. 4. Tentativo di conciliazione, proposta conciliativa e verbale di conciliazione. 5. Rapporti tra consulenza tecnica preventiva e altre *ADR*. 5.1. Consulenza tecnica preventiva e arbitrato. 5.2. Consulenza tecnica preventiva e altre *ADR* (mediazione e negoziazione assistita). 6. Gli effetti sostanziali e processuali della domanda di consulenza tecnica preventiva. 7. Il regime delle impugnazioni.

1 FUNZIONE, NATURA E PRESUPPOSTI DI AMMISSIBILITÀ DELL'ISTITUTO

L'istituto [1], che l'art. 128 del Codice della proprietà industriale, come

[1] Tra i contributi sull'argomento si vedano: ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi artt. 696 e 696-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1245 ss.; BALBA, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite: quale futuro?*, in *www.ilcaso.it*; CASAMASSIMA, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo*, Milano, 2004; CUOMO ULLOA, La *conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; CROCINI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.*, in *www.altalex.com*; GIALLONGO, *Le modifiche al c.p.c. — Contributi per una riflessione*, in *www.judiciu-m.it*; MASTANTUONO, *L'ambito di applicazione della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi*, in

Acquista qui

modificato dall'art. 55 d.lgs. n. 131/2010, ha espressamente previsto anche per la **materia della proprietà industriale**, risponde alla *ratio* di anticipare, rispetto alla causa di merito, una parte se non l'intera istruzione probatoria, per consentire alle parti della possibile controversia giudiziale una prognosi sull'esito di essa, così da favorire la conciliazione o, nei casi cui la consulenza non giunga a conclusioni nette, da indurre la parte che vanti una pretesa a rinunciare ad azionarla in giudizio.

Sotto tale specifico profilo si ispira a modelli dell'ordinamento francese e di quello tedesco [(2)] ed è riconducibile alla categoria delle *ADR* [(3)].

Al contempo la sua strutturazione come procedimento diretto da un giudice, e nel quale il resistente può opporsi all'accoglimento della domanda, induce a farlo rientrare nella categoria della giurisdizione civile contenziosa [(4)].

Se poi si tiene conto che, in caso di mancato raggiungimento dell'esito conciliativo, i risultati dell'assunzione preventiva possono essere acquisiti al giudizio di merito, senza necessità di essere rinnovati, risulta evidente la concorrente e secondaria **funzione di istruzione preventiva** dello strumento.

Quanto ai **presupposti di ammissibilità**, l'art. 696-*bis* c.p.c. prevede espressamente che la consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite possa essere richiesta "anche al di fuori delle condizioni di cui al comma 1 dell'art. 696", precisazione che viene comunemente intesa nel senso che si prescinde dal presupposto dell'"urgenza", citato nella norma da ultimo richiamata.

Corr. giur.; 2018, 104-106; ROMANO, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, in *Corr. giur.*, 2006, 405 ss.; SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza preventiva con funzione conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 957 ss.; SCIBETTA, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c.: la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Giur. merito*, 2008, 267 ss.; TASSONE, *Note minime in tema di nuovo accertamento tecnico preventivo e di consulenza preventiva ex art. 669-bis c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2008, 143 ss.; TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.*; VISALLI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite quale provvedimento anticipatorio ai sensi dell'art. 669-*octies*, ottavo comma, c.p.c.*, in *www.altalex.com*

(2) Il riferimento è all'art. 145 del c.p.c. francese e, per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, al c.d. *streitschlichtendes Beweisverfahren* — anche definito *Klärungsbegutachtung* — di cui al secondo comma del § 485 dello ZPO, introdotto il 17 dicembre 1990. Da tale data è divenuto possibile domandare l'istruzione preventiva anche quando essa "può servire ad evitare il processo". Sul punto, più diffusamente: ROMANO, op. cit., 406.

(3) Così anche Trib. Varese, 21 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, 1, I, col. 270, che valorizza, come caratteristiche proprie delle *ADR* presenti nell'istituto: la tensione della norma verso la composizione della lite, l'intervento di un terzo neutrale e le agevolazioni fiscali.

(4) Così ROMANO, op. cit., 409; secondo PANZAROLA, *Commentario...* cit., 283, e CUOMO ULLOA, op. cit., 294, invece si tratta di un procedimento paragiurisdizionale.

Acquista qui

Tale dato positivo ha, pertanto, indotto la maggior parte dei commentatori [5] ad escludere la natura cautelare dell'istituto, poiché carente di uno dei requisiti essenziali della tutela cautelare, ovvero il *periculum in mora*, e del medesimo avviso è anche la prevalente giurisprudenza [6].

Va peraltro segnalata anche un'opinione minoritaria che lo riconduce comunque alla categoria dei provvedimenti cautelari sulla base del rilievo che, al pari di quelli, sarebbe caratterizzato da **provvisorietà** e **strumentalità** rispetto al giudizio di merito [7]. Al riguardo è stato però obiettato che la strumentalità in questo caso non è propriamente cautelare perché "non si mira a proteggere l'effettività del processo ausiliato dai rischi connessi al decorso del tempo" [8].

Secondo un'altra tesi [9] la formazione della prova in questo caso non è strumentale rispetto alla successiva azione di merito ma costituisce lo strumento base dal quale poter partire per giungere alla soluzione conciliativa della controversia tra le parti, evitando il successivo giudizio di merito.

La **Cassazione a Sezioni Unite** ha comunque ravvisato in tale giudizio i caratteri della provvisorietà o strumentalità, desumendoli dalla sua collocazione tra i "procedimenti di istruzione preventiva", per cui non vi è ragione per non ritenere che ne condivida la natura che si applichi ad esso l'art. 698 c.p.c., secondo il quale l'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito [10].

È ben possibile peraltro che le parti utilizzino lo strumento anche per acquisire una prova dipendente da uno stato di fatto, suscettibile, con il passare del tempo, di modifiche rilevanti e irreversibili [11] o la cui conservazione richiederebbe costi o sacrifici eccessivi per l'interessato.

In questa ipotesi, il provvedimento avrà pacificamente natura caute-

[5] ROMANO, op. cit., 409; TEDOLDI, op. cit., 808; SCIBETTA, op. cit., 271; NARDO, op. cit., 2.

[6] Cass. 7 marzo 2013, n. 5698; Trib. Torino, 31 marzo 2008, in *Giur. merito*, 2008, 2883, che riconduce l'istituto alla categoria dei procedimenti sommari di istruzione preventiva di natura non cautelare; Trib. Milano, 13 aprile 2011, in *Corr. merito*, 2012, 141.

[7] BESSO, op. cit., 1329-1330. Secondo VISALLI, op. cit., il provvedimento *ex* art. 696-*bis* c.p.c. costituisce uno dei provvedimenti cautelari idonei ad anticipare la sentenza di merito poiché il termine "accertamento" rinvia al disposto dell'art. 474 c.p.c., con la conseguenza che l'attività, appunto, di accertamento demandata al consulente non può che essere finalizzata alla creazione di un titolo esecutivo valido ed efficace ai sensi dell'art. 474 c.p.c. In realtà sul punto può obiettarsi che quello che costituisce titolo esecutivo è il verbale di conciliazione e non certo l'ordinanza di nomina del c.t.u. o l'elaborato peritale.

[8] ROMANO, op. loc. cit.

[9] NARDO, op. loc. cit. e, così pare, SCALAMOGNA, op. cit., 958.

[10] Cass. Sez. Unite, 20 giugno 2007, n. 14301.

[11] MAGI, CARLETTI, *I procedimenti di istruzione preventiva, Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia-Saletti, Milano, 2011, 155.

Acquista qui

lare, essendo adottato a tutela del diritto alla prova delle parti (cfr. sul p quanto detto nel cap. 1, par. 1).

L'interessato che abbia quella specifica esigenza dovrà peraltro aver cura di esplicitare, nel ricorso introduttivo del procedimento, gli elementi da cui poterla desumere, per non incorrere in una declaratoria di inammissibilità di tale parte della sua domanda [12] (si veda quanto detto nel cap. 1, par. 2.2 circa la possibilità di proporre congiuntamente un ricorso ai sensi degli artt. 696 e 696-*bis* c.p.c.).

È invece controverso se costituisca requisito di ammissibilità del ricorso *ex* art. 696-*bis* c.p.c. anche il ***fumus boni iuris***.

Secondo una tesi [13] la prevalente funzione conciliativa dell'istituto che deve vedere le parti in posizione non sbilanciata da valutazioni anticipatorie del giudice, e la sua affrancazione dal *genus* del procedimento cautelare, giustificano una risposta negativa, con la conseguenza che ogni questione relativa all'ammissibilità dell'istituto sarebbe rimessa al giudice dell'eventuale e successivo giudizio di merito.

È stato però obiettato che tale idea apre la strada a consulenze tecniche "esplorative", ad ampio raggio, sia in relazione all'oggetto dell'indagine che alle parti coinvolte, assolutamente in contrasto con i principi ispiratori della riforma [14].

Secondo una opinione minoritaria poi, poiché la strumentalità del procedimento va rapportata non al giudizio di merito ma alla eventuale conciliazione delle parti, la valutazione di ammissibilità dell'istanza di ATP va compiuta con riferimento non al *fumus* ma alla possibilità che il procedimento conduca ad un negozio transattivo valido [15].

La tesi non merita però di essere condivisa poiché richiede che il giudice effettui una valutazione preventiva sulla conciliabilità della controversia, quando proprio l'istituto serve a sondare la possibilità di una soluzione conciliativa sulla base delle risultanze della c.t.u.

Secondo la **tesi prevalente** invece il presupposto del *fumus boni iuris*, da intendersi come probabile esistenza del diritto di chi agisce, è necessario anche in questo caso [16].

[12] Trib. Varese 14 maggio 2010, in *www.dejure.it*.

[13] NARDO, op.

[14] Trib. Milano 30 giugno 2011, in *Foro it.*, 2012, I, col. 1605.

[15] SCALAMOGNA, op. cit., 962.

Termine estratto capitolo

Acquista qui

CAPITOLO 3

L'ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO NELLE CONTROVERSIE PREVIDENZIALI

L'istituto, che si inserisce nel novero delle ipotesi di giurisdizione condizionata, assolve ad una funzione simile a quella della consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. ma opposta a quella dei procedimenti di istruzione preventiva.
Infatti, al pari della prima, e a differenza dei secondi, è diretto ad evitare l'instaurazione del giudizio di merito, seppur non attraverso un accordo conciliativo ma attraverso l'adesione delle parti alle conclusioni della c.t.u. preventiva.
Nonostante le perplessità che da più commentatori erano state sollevate sulla idoneità dello strumento a realizzare lo scopo deflattivo cui mirava, il bilancio sulla sua efficacia, a distanza di sette anni dalla sua entrata in vigore, è indubbiamente positivo.
Infatti la maggior parte dei procedimenti vengono istruiti e conclusi con omologhe e la gran parte dei giudizi di merito sono decisi sulla scorta delle acquisizioni istruttorie già effettuate nel corso dell'ATP.
Nonostante ciò permangono alcune criticità nel meccanismo ideato dal legislatore.
Da un lato non è stata fissata una durata massima del procedimento, con la conseguenza che l'impedimento all'accesso alla giustizia risulta a tempo indeterminato.
Inoltre è tuttora controverso l'ambito di cognizione spettante al giudice dell'ATP e, di conseguenza, incerta la definizione dell'*iter* del giudizio di merito successivo alla sua conclusione.

Sommario:

1. *Ratio* ed ambito di applicazione dell'istituto. 2. Le condizioni della domanda di ATP. 3. Contenuto ed altri requisiti dell'istanza di ATP. 4. Il procedimento. 4.1. Instaurazione del contraddittorio e svolgimento della c.t.u. 4.2. L'omologazione. 5. La liquidazione delle spese processuali. 6. Effetti sostanziali della domanda di ATP. 7. Il giudizio di contestazione della c.t.u. 8. La condizione di procedibilità e i suoi rapporti con il giudizio di merito. 9. La fase di liquidazione. 10. Il regime delle impugnazioni.

1 *RATIO* ED AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ISTITUTO

L'art. 38, comma 1, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con

Acquista qui

modificazioni nella legge 15 luglio 2011, n. 111 [1], ha inserito nel codice di procedura civile l'art. 445-*bis*, che prevede, quale **condizione di procedibilità** della domanda giudiziale, nelle controversie in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222, l'esperimento di un accertamento tecnico preventivo.

La modifica è stata dettata da dichiarate **finalità deflattive** di un contenzioso che impegna notevolmente gli uffici giudiziari di alcune zone d'Italia, e muove dalla constatazione che in quel tipo di giudizi ha rilievo prevalente, se non decisivo, l'accertamento medico-legale sulla sussistenza del requisito sanitario [2].

Sula scorta di tali rilievi si è così pensato di introdurre un istituto [3] finalizzato ad anticipare, rispetto al giudizio di merito, la verifica su quell'elemento di fatto, così da consentire alle parti, per le quali esso sia l'unico punto controverso, di prevedere il probabile esito dell'eventuale e futura lite e di accettare quindi le conclusioni della consulenza. In questo caso l'ATP si conclude con un provvedimento di carattere sostanzialmente decisorio, costituito dal decreto di omologa delle conclusioni del c.t.u.

La *ratio* dell'istituto è quindi comune a quella della consulenza tecnica preventiva *ex* art. 696-*bis* c.p.c., al quale l'art. 445-*bis* c.p.c. rinvia, in

[1] Ai sensi dell'art. 38, comma 2, del d.l. n. 98/2011, la disposizione è entrata in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2012.

[2] Lo stesso art. 38 del d.l. n. 98/2011 afferma che: "l'introduzione dell'art. 445-*bis* c.p.c., ha avuto il fine di realizzare una maggiore economicità dell'azione amministrativa, di deflazionare il contenzioso e di contenere la durata dei processi previdenziali nei termini di ragionevolezza sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

[3] Tra i contributi sull'istituto: ADORNO, *L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445 bis c.p.c.: un « filtro» obbligatorio nelle controversie previdenziali*, in *www.eclegal.it*; BATTAGLIA, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 80 ss.; CAPURSO, MADONIA, *L'accertamento tecnico preventivo nel processo previdenziale (art. 445 bis, codice di procedura civile)*, in *http://www.studiolegaleqauiliani.it;* COSSIGNANI, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, id., 2013, 629 ss.; DALFINO, *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, 57-63; FRABASILE, *Osservazioni a margine delle modifiche e novità introdotte dalla c.d. "manovra finanziaria" dell'estate 2011 nel contenzioso assistenziale e previdenziale*, in *www.judicium.it*; FRABASILE, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.: questioni controverse e soluzioni possibili*, in *www.judicium.it*; GENTILE, *In attesa dell'art. 445-bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, in *Foro it.*, 2012, V, 17 ss.; GENTILE, *La giurisdizione imbrigliata nell'accertamento tecnico preventivo dell'invalidità previdenziale*, id., 2013, V, 136 ss.; IANNIRUBERTO, *Nuove regole (e nuovi problemi) per le controversie previdenziali ed assistenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, III, 57 ss.; LICCI, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie previdenziali: l'occasione mancata per l'ottenimento rapido di un titolo esecutivo?*, in *www.judicium.it*; LUNA-FORZIATI, *Il nuovo processo previdenziale e assistenziale*, in *Giur. merito*, 2012, 1505 ss.; MONTELEONE, *Il nuovo processo previdenziale alla luce dell'art. 445 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*; VULLO, *Codice di procedura civile commentato*, (diretto da Consolo), *Sub* art. 445-*bis* c.p.c., Milanofiori Assago, 2013, 1677-1687.

Acquista qui

quanto compatibile con la disciplina in esso fissata, ma, a differenza di quella, **non assolve una funzione conciliativa** poiché il procedimento non potrebbe mai dar luogo ad un accordo conciliativo tra le parti, dal momento che si verte in tema di **diritti indisponibili** quale è quello all'erogazione della prestazione previdenziale [4].

È vero che l'ultimo comma della norma parla di "mancato accordo" ma in realtà si tratta di una espressione impropria perché, con essa, il legislatore ha chiaramente inteso riferirsi all'ipotesi in cui nessuna delle parti abbia contestato le conclusioni del consulente tecnico e non certo alla possibilità che il ricorrente e l'Inps possano accordarsi in ordine al riconoscimento del diritto.

È piuttosto evidente invece come il procedimento in esame **non costituisca un mezzo di istruzione preventiva**, poiché la sua attivazione prescinde dal requisito dell'urgenza e non è direttamente finalizzata alla successiva instaurazione di un giudizio di merito

Si noti che l'espletamento dell'ATP permette anche di accelerare il giudizio di merito che dovesse comunque essere promosso all'esito della c.t.u. perché tale giudizio, in linea di massima, dovrebbe vertere sulla verifica degli altri presupposti per l'erogazione delle prestazioni [5] e non vi sarebbe quindi la necessità di ripetere l'accertamento medico-legale.

La norma non riguarda tutte le controversie in tema di invalidità pensionabile, ma soltanto quelle che vertono sulle materie espressamente indicate nel comma 1, riconducibili a due categorie: l'invalidità civile e l'invalidità ordinaria *ex* legge n. 222/1984 [6]. Tra esse devono ritenersi incluse quelle relative agli accertamenti sanitari operati dall'Inps in sede di verifica straordinaria *ex* art. 20 d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, cosicché l'ATP va esperito anche quando la prestazione sia stata revocata dall'ente erogatore e l'interessato intenda richiederne il ripristino, e quelle in tema di indennità di accompagnamento [7].

[4] LICCI, op. cit., 9.

[5] A seconda della diversa tipologia di prestazione che si intende ottenere è necessario che: l'invalido non superi dei limiti di reddito fissati dalla legge, rientri nei limiti di età stabiliti per le singole prestazioni, ovvero sia iscritto nelle liste di collocamento obbligatorio ma non sia stato avviato ad un lavoro compatibile con le sue condizioni, o ancora non sia ricoverato in una struttura ospedaliera ecc.

[6] L'una è tesa al riconoscimento di uno stato invalidante indipendente dal lavoro e ha natura puramente assistenziale; l'altra, di natura previdenziale, è volta a tutelare la posizione dei lavoratori che, in forza di una disabilità, perdano totalmente o parzialmente la capacità di svolgere qualsiasi attività lavorativa.

[7] Trib. Roma, sez. lav., 8 settembre 2016, in *www.dejure.it*.

Acquista qui

Dubbia è l'assoggettabilità alla condizione di procedibilità delle **controversie riguardanti l'assegno mensile** per l'assistenza personale e continuativa ai pensionati per inabilità di cui all'art. 5 legge 222/1984.

Secondo parte della dottrina [8] l'applicazione dell'istituto anche ad esse potrebbe desumersi dal fatto che si tratta di prestazione che presuppone l'inabilità totale, la cui disciplina è pur sempre offerta dalla legge appena citata, espressamente richiamata dall'art. 445-*bis*.

Restano invece escluse dall'ambito di applicazione della norma tutte le altre controversie previdenziali nella quali pure si controverte di invalidità, ovvero quelle relative alle prestazioni di cui all'art. 1 d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 503 (pensioni di vecchiaia anticipata in favore di invalidi in misura non inferiore all'80%) e alle pensioni ai superstiti in favore di soggetti maggiorenni inabili (art. 13 r.d. 636/1939).

Dal richiamo all'art. 10, comma 6-*bis*, legge 2 dicembre 2005, n. 248, che individua l'Inps come litisconsorte necessario nei procedimenti giurisdizionali in materia di invalidità civile, cecità civile, sordomutismo, *handicap* e disabilità [9], si desume che l'istituto non va esperito in tutti i casi in cui la soglia invalidante è fissata dall'ordinamento ai fini del riconoscimento di altre utilità ad opera di altri soggetti, quali ad esempio l'esenzione dal *ticket* disposta dalle aziende sanitarie provinciali, ovvero l'iscrizione negli elenchi del collocamento obbligatorio, di competenza delle Regioni.

Parimenti restano escluse anche le cause che interessano le invalidità Inail e tutte le controversie in cui l'invalidità viene ricondotta a causa di servizio.

2 LE CONDIZIONI DELLA DOMANDA DI ATP

In materia di prestazioni previdenziali ed assistenziali il legislatore ha previsto che il privato non possa affermare un diritto davanti all'autorità giudiziaria prima che esso sia sorto, ossia prima del perfezionamento della relativa fattispecie a formazione progressiva, nella quale l'obbligo dell'ente previdenziale sorge soltanto dopo la **presentazione della domanda am-**

[8] CAPURSO, MADONIA, op. cit., 3.

[9] La novella 98/2011 ha completato la riforma avviata con il d.l. 30 settembre 2005, n. 203, l'art. 20, comma 5, art. smo, *handicap* e disabilità, ed aveva modificato, con il 6, convertito nella legge 2 dicembre

Termine estratto capitolo

Acquista qui

CAPITOLO 4

IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE NELLE CAUSE DI RESPONSABILITÀ SANITARIA

Strumento conciliativo e di istruzione preventiva e, al tempo stesso, condizione di procedibilità delle domande di risarcimento danni derivanti da responsabilità sanitaria: queste sono le funzioni che cumula la consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa, introdotta dall'art. 8 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (denominata legge Gelli-Bianco, dal cognome dei due parlamentari che hanno presentato il relativo disegno di legge: il deputato Federico Gelli e il senatore Amedeo Bianco).

Tale disciplina, pur richiamando espressamente quella del procedimento *ex* art. 696-*bis* c.p.c contiene alcune significative differenze da essa, che già in questi primi mesi di applicazione della novella, stanno provocando dei contrasti giurisprudenziali. Anche il particolare, e del tutto inedito, raccordo tra fase preventiva e giudizio di merito presenta non poche criticità che non sono risolvibili mediante il raffronto con gli altri istituti che si sono esaminati finora e quindi offrono ampia materia di dibattito ai commentatori.

Sommario:

1. Funzione e caratteri generali del nuovo istituto. 2. L'ambito di applicazione. 3. Il procedimento. 3.1. Contenuto del ricorso, competenza e ambito di valutazione del giudice. 3.2. Il termine per lo svolgimento del procedimento. 3.3. Modalità di svolgimento della c.t.u. 3.4. L'obbligatorietà della partecipazione al procedimento. 3.5. Tentativo di conciliazione, offerta risarcitoria e conciliazione. 4. Le conseguenze della mancata partecipazione al procedimento. 5. Il rapporto tra condizione di procedibilità e giudizio di merito. 5.1. L'*iter* del giudizio se l'ATP è stato esperito. 5.2. L'*iter* del giudizio se l'ATP non viene esperito o completato. 6. Le conseguenze dell'inosservanza del termine per lo svolgimento dell'ATP. 7. Gli effetti della domanda di consulenza tecnica preventiva. 8. Raffronto tra ATP obbligatorio e mediazione.

1 FUNZIONE E CARATTERI GENERALI DEL NUOVO ISTITUTO

La scelta del legislatore di individuare il procedimento *ex* art. 696-*bis* c.p.c. quale condizione di procedibilità delle cause di responsabilità sanitaria, muove dalla convinzione che, involgendo esse questioni prevalente-

Acquista qui

mente o esclusivamente tecniche, l'esito della consulenza medica p favorire l'esito conciliativo [1].

La disciplina di questo procedimento, avendo pacificamente natura processuale, **si applica alle procedure promosse dopo il momento della sua entrata in vigore** (1 aprile 2017) [2], e ricalca in parte quella dell'accertamento tecnico preventivo nelle controversie in materia di invalidità, cecità e sordità civili, *handicap* e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, di cui all'art. 445-*bis* c.p.c.

In entrambi i casi, infatti, il procedimento è previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nei confronti dei soggetti tenuti al risarcimento del danno ed è anche diretto ad acquisire elementi di prova direttamente rilevanti nel successivo eventuale giudizio di "merito" e, in questo senso, può essere considerato una vera e propria "anticipazione" del tempo di espletamento della consulenza tecnica (tale funzione, resa evidente dalla previsione della possibilità di introdurre, a determinati condizioni, il giudizio di merito nelle forme del giudizio sommario di cognizione è comune al procedimento *ex* art. 696-*bis* c.p.c.).

Vanno peraltro subito evidenziate alcune **differenze tra i due istituti**.

La consulenza preventiva in esame ha anche una concorrente, e forse prevalente, **funzione conciliativa, analoga a quella del procedimento *ex* art. 696-*bis* c.p.c**, che non si rinviene nel procedimento *ex* art. 445-*bis*

[1] Sui profili processuali della riforma si segnalano i seguenti contributi: 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 (legge 8 marzo 2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie)*, a cura di De Santi, Roma, 2017, 105-129; AMIRANTE, *La consulenza tecnica preventiva e la nuova condizione di procedibilità: disciplina, tempi, soggetti*, in *www.ridare.it;* BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*, in *www.ilprocessocivile.it;* CONSOLO, BERTOLLINI, BUONAFEDE, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696-bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017, 762-768; COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in *www.judicium.it*; DI MARCO, CAMPEDELLI, *Responsabilità medica: gli aspetti processuali*, in *www.ilquotidianogiuridico.it;* DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 1195-1217; MELUCCO, *La legge Gelli/Bianco, il processo (l'ATP) e la mediazione*, in *www.giustiziacivile.com*; OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, n. 24)*, in *www.judicium.it;* PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702-bis c.p.c.*, 439 ss.; RUVOLO, *ATP conciliativo ed altri profili processuali della legge 24/2017 sulla nuova responsabilità sanitaria*, in *www.ridare.it;* TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Giust. Proc. Civ.*, 2017, 649-686; VACCARI, *Legge Gelli-Bianco: l'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *www.ilprocessocivile.it*; ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di Bove, Torino, 2017, 433-444.

[2] Così espressamente Trib. Venezia 18 gennaio 2018, in *www.ridare.it*.

Acquista qui

c.p.c., sebbene esso, per come è strutturato (in mancanza di contestazioni il giudice omologa la relazione ed emette decreto di pagamento non impugnabile né modificabile), ha sicuramente una **funzione deflattiva** [3].

Ancora, l'art. 445-*bis* c.p.c. riguarda liti in cui l'unico punto controverso è costituito da un elemento di fatto (le condizioni di salute del richiedente la prestazione) che può essere accertato solo attraverso una consulenza tecnica.

Nelle liti da responsabilità sanitaria invece il contrasto tra le parti attiene quasi sempre anche all'*an* della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e, proprio per questo motivo, una parte della giurisprudenza di merito, prima della novella, aveva escluso l'utilizzabilità del procedimento *ex* art. 696-*bis* c.p.c. nei casi in cui vi fosse un radicale e profondo contrasto fra le parti sulla esistenza stessa del credito [4].

Del resto altra parte della giurisprudenza di merito [5] aveva già ritenuto ammissibile, ed anche utile, il ricorso al procedimento *ex* art. 696-*bis* c.p.c. proprio nelle cause di responsabilità medica, evidenziando al contempo come il rischio di una funzione "surrogatoria" del c.t.u. rispetto agli oneri assertivi e probatori di parte, potesse essere scongiurato mantenendo l'indagine del consulente nei limiti delle allegazioni contenute negli atti difensivi.

Tale dissidio deve però ritenersi superato a favore del secondo dei predetti orientamenti proprio alla luce della introduzione di questo nuovo istituto.

Infatti, poiché la consulenza tecnica preventiva va necessariamente espletata prima delle controversie di cui subito si dirà, il contrasto tra le parti su questioni, di fatto o di diritto, estranee alle competenze specialistiche del c.t.u. non può costituire un ostacolo al suo espletamento [6], anche se potrebbe impedire il risultato conciliativo [7] (si veda quanto detto nel

[3] BARLETTA, op. cit., 2.

[4] Trib. Roma, 26 marzo 2015, cit., che ha ritenuto inammissibile un'istanza di consulenza preventiva in un caso in cui la ricorrente aveva attribuito al resistente (un radiologo), quale condotta imperita o negligente, di avere prescritto e consigliato una terapia (radioterapia) inadeguata e fuorviante mentre tale addebito non aveva trovato riscontro nella documentazione versata in atti ed era stato contestato dal convenuto che aveva assunto di non aver prescritto nessuna radioterapia alla ricorrente.

[5] Trib. Treviso, 8 marzo 2016, in *www.personaedanno.it*

[6] DONZELLI, op. cit., 1209.

[7] Si pensi al caso in cui il ricorrente lamenti anche un danno alla vita di relazione, conseguente alla *malpractice* medica, di importo consistente. Egli potrebbe essere indotto a proporre comunque il giudizio di merito, a prescindere dall'esito dell'ATP, per fornirne la prova, necessariamente a mezzo di istruttoria orale.

Acquista qui

cap. 2, par. 1 a proposito dei presupposti di ammissibilità della istanza ex art. 696-*bis* c.p.c.).

Per quanto attiene invece all'**ambito di valutazione demandato all'esperto** la scelta compiuta dal legislatore è coerente con il consolidato orientamento della Suprema Corte secondo il quale: "In caso di accertamento della responsabilità medico-chirurgica, attesa l'innegabilità delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie non solo alla comprensione dei fatti, ma alla loro stessa rilevabilità, la consulenza tecnica presenta carattere "percipiente", sicché il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova" (8).

Ulteriore peculiarità della disciplina in esame è data dal fatto che, in alternativa all'ATP, è possibile esperire il **procedimento di mediazione** che l'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010, dopo la modifica di cui all'art. 84 legge n. 98/2013, già prevedeva, quale condizione di procedibilità delle controversie in tema di responsabilità medica e sanitaria. Non vi è invece possibilità di una interferenza con la negoziazione assistita per le domande risarcitorie fino ad euro 50 mila poiché l'art. 3, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 132/2014 esonera dall'espletamento di quel tipo di *ADR* le domande di pagamento che trovino fondamento in uno dei rapporti per i quali è prevista la mediazione obbligatoria. Risulta quindi superflua la precisazione, contenuta nell'art. 8 della legge n. 24/2017, che non trova applicazione l'art. 3 del d.l. 132/2014 ed essa, a ben vedere, è la conseguenza dell'inserimento della previsione della alternatività della mediazione solo in sede di seconda lettura in Senato.

Secondo una tesi dottrinale (9) la possibilità di ricorrere alla mediazione sarebbe temporalmente limitata poiché sussisterebbe solo fino a quando, nel successivo giudizio di merito, non venisse rilevato il difetto della condizione di procedibilità perché, a partire da quel momento, il giudice dovrebbe assegnare necessariamente il termine per l'avvio avanti a sé dell'ATP.

Una simile lettura non trova però riscontro nel dettato normativo che indica chiaramente la mediazione come procedura esperibile alternativa-

Termine estratto capitolo