

Fatto

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 10 maggio 2018;

1. Sull'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla compagnia di assicurazione della struttura sanitaria

L'eccezione, che si fonda sulla assenza nell'attuale assetto normativo di una disciplina che consenta l'azione diretta del danneggiato nei confronti della assicurazione della struttura sanitaria o del sanitario, va disattesa.

Il dedotto profilo infatti, ad avviso di questo giudice, non rileva ai fini del coinvolgimento dei predetti soggetti nel procedimento di ATP.

La questione invero è assai controversa.

Secondo un primo orientamento, prevalente in dottrina, l'individuazione delle parti chiamate a partecipare al procedimento di ATP dipende dal tipo di azione di merito che il danneggiato intende esperire. Pertanto se essa si dovesse fondare sull'art. 7 l.24/2017 il giudizio dovrebbe essere promosso nei confronti della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria o di entrambi. Se l'azione risarcitoria avesse carattere diretto, come consente il nuovo art. 12 l.24/2017, legittimata passiva sarebbe anche la compagnia assicuratrice dell'una o dell'altro.

Tale premessa comporta che, poiché le disposizioni di cui all'azione diretta nei confronti dell'assicurazione si applicano, ai sensi del comma 6 dell'art. 12, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto ministeriale che dovrà essere emanato (entro 120 giorni) a norma dell'art. 10, comma 6 (ove devono essere dettati requisiti minimi sulle polizze assicurative), fino a quando non verrà approvato tale decreto il danneggiato potrà convenire nell'ATP solo la struttura sanitaria o il professionista sanitario (in giurisprudenza per tale soluzione si vedano: Trib. Venezia, sez. II civile, 11 settembre 2017; Trib. Padova, sez. ricorsi, 27 novembre 2017, oltre che le pronunce citate dalla Berkshire).

A questo indirizzo se ne contrappone un altro (Trib. Venezia, sez. II 18 gennaio 2018; Trib. Verona, sez. III civile, 31 gennaio 2018) che evidenzia, a ragione, come la necessità della partecipazione delle compagnie assicuratrici dell'ente ospedaliero o del professionista discenda sia dalla funzione conciliativa dell'istituto che dal dato normativo, che precisa come tali soggetti sono parti del procedimento e, per di più, quelle principalmente onerate della proposta conciliativa.

Un ulteriore riscontro a tale ricostruzione è stata rinvenuta nella clausola di salvezza con cui esordisce l'art. 12 che fa espressamente "salve le disposizioni dell'articolo 8". Orbene, questo giudice ritiene maggiormente condivisibile il secondo dei succitati indirizzi.

A conforto delle condivisibili cui esso giunge militano ulteriori considerazioni rispetto a quelle sopra esposte.

Innanzitutto la possibilità di coinvolgere già nell'ATP le compagnie di assicurazione consente, anche sotto il profilo funzionale, di meglio perseguire la finalità conciliativa che caratterizza l'istituto e che vale a contraddistinguerlo, sotto tale profilo, dalla mediazione, che pure può essere esperita in alternativa all'ATP, ai sensi del comma 2 dell'art. 8, ma nella quale le compagnie di assicurazione raramente vengono coinvolte (si tratta per lo più delle ipotesi in cui vi sia controversia sul rapporto assicurativo o in cui il giudice domandi la mediazione anche su di esso).

Ancora, non va trascurato che il danneggiato sarà indotto a convenire nella procedura stragiudiziale tutti i potenziali soggetti passivi della azione risarcitoria dalla peculiare disciplina in tema di spese che è contenuta nel comma 4 dell'art. 8.

Tale norma prevede infatti, come conseguenza della mancata partecipazione all'ATP, la condanna, con il provvedimento che definisce il successivo giudizio (l'uso del tempo indicativo presente induce ad escludere qualsiasi discrezionalità del giudice al riguardo), della parte, pur vittoriosa, che abbia disatteso la

prescrizione normativa al pagamento delle spese di consulenza e di assistenza legale, relative sia al procedimento di ATP che a quello di merito (non anche però le spese dei successivi gradi di giudizio), oltre che di una pena pecuniaria, che, si noti non è quantificata né nel minimo né nel massimo, a vantaggio di tutte le altre parti che abbiano invece partecipato al procedimento.

Infine giova anche evidenziare che, per molti anni a venire, gli ATP riguarderanno ipotesi di responsabilità da valutarsi sulla scorta delle discipline di diritto sostanziale anteriori alla legge Gelli (si tratta delle norme del codice civile e della l. 8 novembre 2012 n. 189, c.d. legge Balduzzi, per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della stessa), cosicché la definizione dell'ambito soggettivo dell'istituto non può dipendere dalla piena entrata in vigore delle nuove norme.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte deve ritenersi che sono parti necessarie dell'ATP di cui all'art. 8 l. 24/2017 tutti i soggetti che il ricorrente prospetti come obbligati al risarcimento dei danni lamentati, compreso l'esercente la professione sanitaria autore della condotta illecita, anche se dipendente della struttura, che già fosse stato individuato in quella fase ovvero quelle che possono partecipare all'eventuale giudizio di merito.

#### 2. Le ulteriori eccezioni della compagnia

Va parimenti disattesa anche l'ulteriore eccezione, sollevata sempre dalla compagnia Berkshire Hathaway International Insurance Limited, di mancanza di copertura del sinistro per cui è causa in quanto esorbitante rispetto al s.i.r, previsto nella polizza in quanto prematura. Essa infatti non tiene conto del fatto che una più precisa quantificazione dei danni patiti dalla ricorrente potrà aversi solo dopo l'esito del richiesto ATP.

Analoga considerazione vale per l'eccezione di inoperatività della polizza atteso che, contrariamente a quanto sostenuto dalla compagnia, la ricorrente, nella parte narrativa del ricorso, ha addebitato alla struttura due distinti profili di negligenza, ovvero l'averle applicato un espansore tessutale difettoso e l'aver tardato nella sostituzione di esso, sebbene nel corso della degenza successiva all'intervento di mastectomia vi fossero state alcune evidenze del malfunzionamento del dispositivo.

#### 3. L'ulteriore corso del giudizio.

Per quanto attiene all'ulteriore corso del giudizio la chiamata della società produttrice della protesi è incompatibile con la necessità di osservare il termine semestrale che l'art. 8 fissa per lo svolgimento dell'ATP, e che, non a caso, è definito "perentorio".

Ad avviso di questo Giudice tale qualificazione rivela la volontà del legislatore di discostarsi dalla scelta fatta con il procedimento ex art. 445-bis c.p.c., che pure costituisce il modello di riferimento del procedimento ex art. 696 bis c.p.c. di cui alla legge 24/2017, poiché per esso non è previsto nessun termine per lo svolgimento dell'ATP.

In ogni caso le risultanze dell'ATP potranno essere utilizzate nei confronti del terzo anche nell'eventuale futuro giudizio di merito che dovesse essere promosso nei suoi confronti atteso che per giurisprudenza consolidata "il giudice può utilizzare anche le prove raccolte in un diverso processo tra le stesse o diverse parti, senza che sia deducibile alcuna violazione del contraddittorio poiché a rilevare è l'effettiva esplicazione del contraddittorio nel processo nel quale la prova viene utilizzata" (Cassazione civile, sez. III, n. 11555/2013).

#### 4. La richiesta di nomina di un collegio peritale

Va anche disattesa la richiesta della difesa della ricorrente di nomina di un collegio peritale ai sensi dell'art. 15 l.24/2017.

Ad avviso di questo giudice infatti può escludersi già solo sulla base di tale norma che essa imponga al giudice di affiancare sempre ed in ogni caso al medico legale uno specialista, anche perché essa non prevede una qualche sanzione, quale ad esempio la nullità delle operazioni peritali, nel caso di inosservanza di quella indicazione.

Ma nemmeno sotto il profilo funzionale la previsione può essere interpretata nel senso proposto dalla ricorrente.

Infatti non si comprende la ragione per cui il giudice dovrebbe procedere alla designazione di uno specialista anche quando, come nel caso di specie, non vi sia la necessità di avvalersi delle sue conoscenze, e tenuto conto che per converso la ricerca di esso dilaterrebbe i tempi di svolgimento del procedimento e il rischio di non poter osservare il succitato termine perentorio.

Non va poi trascurato che nell'eventuale giudizio di merito, qualora l'ATP non sortisse esito conciliativo, potrà essere sempre valutata la necessità di integrare la ctu medico legale attraverso la nomina in quella fase di uno specialista.

#### 5. L'addebito delle spese

Infine va evidenziato fin da ora che le spese dell'ATP dovranno gravare sulla ricorrente e non sullo Stato, atteso che dalla delibera del CdO che è stata allegata al ricorso risulta che la Sa. è stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato per la fase di mediazione che si è già svolta.

Del resto la Sa. non avrebbe potuto essere ammessa a tale beneficio anche per l'ATP poichè esso è previsto in alternativa alla mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda risarcitoria da responsabilità sanitaria, dal comma 2 dell'art.8 l.24/2017.

E' appena il caso di osservare poi che non occorre alcuna revoca del provvedimento del CdO atteso che, come detto, esso non riguarda il presente procedimento.

P.Q.M.

Rigetta la richiesta di autorizzazione alla chiamata di terzo e di estromissione avanzate dalla Berkshire Hathaway International Insurance Limited.

Fissa per il conferimento dell'incarico al già nominato ctu dott. G.Castellani l'udienza dell'8 giugno 2018 h.12.00 alla quale rinvia la causa.