

Convegno su :

“ATP ex art. 696 bis CPC”

Alessandria, 21 marzo 2025

1)Avendo ricevuto come compito quello di fornire il punto di vista del giudice sul tema oggetto del convegno cercherò di sviluppare le mie riflessioni portando alle conseguenze estreme gli spunti che le miniriforme ,avvenute disordinatamente negli ultimi anni in materia di accertamenti tecnici preventivi ex art. 696 CPC, hanno via via introdotto nel tessuto dell'ordinamento processuale fino agli art. 8 e 15 della c.d. Legge Gelli del 2017 che rappresentano un po' il punto terminale di un processo di progressiva autonomizzazione dell'istituto della CTU il cui mutamento di funzione (divenuto ormai uno strumento di costruzione di un mezzo di prova piena in cui giudizio di fatto e giudizio di diritto si confondono irresistibilmente, al fine di favorire la ricerca di forme di soluzione alternativa delle controversie civili) appare ormai percepibile in maniera chiarissima e che solo un'acritica e testarda fede in certi dogmi del passato ci impedisce ancora di vedere in tutta la sua evidenza.

2)Già la prima riforma del 2005 in materia di art. 696 CPC che consentì che l'oggetto della consulenza fosse esteso anche alla valutazione delle *cause* ed ai *danni* relativi all'oggetto della verifica ampliava significativamente i compiti del consulente, per cui veniva fissato il principio in base al quale l'accertamento tecnico preventivo non si riduceva più ad un accertamento acritico (quella che si chiamava una mera fotografia) delle circostanze di fatto estendendosi al contrario a valutazioni di carattere eziologico circa l'individuazione delle cause e la quantificazione dei relativi danni. Con il che si affidava al consulente tecnico il compito di svolgere attività valutative che avrebbero dovuto essere oggetto di esclusiva prerogativa giudiziale, quali appunto l'accertamento del nesso di causalità fra gli eventi e la quantificazione,

in base a criteri normativi, dei relativi danni. La parallela introduzione, avvenuta con la stessa leggina di riforma n. 80/2005, dell'art. 696 bis CPC (CTU preventiva “*ai fini della composizione della lite*”) accentuava inesorabilmente la natura di mezzo di prova della CTU che si intendeva così acquisire in via preventiva al fine di facilitare una definizione concordata del contenzioso attribuendo al consulente un ruolo attivo nella conciliazione delle parti che veniva tentata. La consulenza tecnica ,sganciata così dall'urgenza (che condizionava al contrario il ricorso all' ATP disciplinato dal tradizionale art 696 CPC), perdeva in tal modo il carattere di provvedimento cautelare anticipatorio della prova per acquistare natura e funzione più simili alle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie, accentuandosi, nell'ambito dei diritti di credito cui si applicava (quelli derivanti dall'inadempimento di certe obbligazioni contrattuali o da fatti illeciti), il dubbio fondato che il consulente non solo percepisca i fatti e ne ricavi conclusioni induttive , ma formuli pure il giudizio di diritto. Sta di fatto che, con ogni probabilità, la riconduzione dei fatti alla fattispecie di diritto sostanziale (cosa significa accertare fatti da cui risultino crediti derivanti da *mancata o inesatta esecuzione* di obbligazioni contrattuali ovvero da *fatto illecito*, senza che ciò non comporti inevitabilmente valutazioni giuridiche su cosa significhi mancanza o inesattezza dell'esecuzione o la sussistenza degli elementi costitutivi di un fatto illecito ?) non è più considerato compito esclusivo del giudice ma diventa anche prerogativa della persona esperta nominata ,ragion per cui diventa essenziale sapere come gestire al meglio questa funzione che viene ormai esercitata in condominio da due soggetti distinti.

Insomma, chi alla fine accerta l'inadempimento o il fatto illecito se non il CTU attraverso i puntuali quesiti formulati dal giudice e sulla scorta delle deduzioni delle parti o meglio soprattutto del ricorrente?

Tali problematiche risultano accentuate sicuramente con la riforma della legge Gelli che all'art 8 ha fatto diventare lo strumento dell'art. 696 bis CPC condizione obbligatoria di procedibilità di ogni domanda di risarcimento. Recita il comma 1 di tale norma : “*Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa ad una*

*controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'art. 696 bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente.”*

E la rubrica della norma, non a caso, è quella di “*Tentativo obbligatorio di conciliazione*” sottintendendo il chiaro fine del legislatore di favorire in primo luogo la soluzione amichevole della controversia, finalità rafforzata con le disposizioni del successivo art.15 della legge, tese ad innalzare lo standard di affidabilità scientifica e probatoria delle conoscenze esperte che entrano nei processi civili e penali di colpa medica, a cominciare dalla previsione della collegialità di ogni incarico che, d'ora in avanti dovrà essere espletato sempre da “*un medico specializzato in medicina legale e ad uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento*”.

Orbene, a 8 anni dalla riforma quale bilancio si può trarre dal punto di vista dei giudici e delle parti in relazione alle innovazioni introdotte dalla l. 24? per comprendere cosa sia realmente cambiato occorre sviluppare l'analisi sotto almeno tre profili:

- a) si è costruito o meno in questi anni un effettivo sistema alternativo allo sbocco esclusivo dell'andare in causa?;
- b) si è alleggerito o meno il carico giudiziario sul medico, nonostante la strada fragile imboccata costituita dal riportare la sua responsabilità nell'alveo dell'art. 2043CC?;
- c) si è riuscito ad innalzare lo standard di affidabilità delle conoscenze esperte che entrano nei processi civili e penali di colpa medica?

Sotto il primo profilo, va detto in primo luogo che l'opzione nettamente prescelta dalla prassi sembra essersi indirizzata verso il ricorso allo strumento dell'art. 696 bis CPC anziché all'istituto della mediazione, risultando quest'ultima più costosa e farragিনosa (ad es. la mediazione introduce un soggetto ulteriore tra gli attori sulla scena ed è avvolta da un vincolo di riservatezza che mal si concilia con la trasparenza che contraddistingue l'accertamento dei sinistri nella sanità pubblica). I dati peraltro relativi al successo dei tentativi di conciliazione risultano ancora troppo bassi rispetto al numero di procedimenti che proseguono con la causa di merito (quelli del

Tribunale di Genova si attestano attorno ad un terzo delle procedure di ATP iniziate). Il che vuol dire che nella maggior parte dei casi il ricorso pre-giudiziale è vissuto ancora dalle parti soprattutto come un ostacolo obbligatorio, un vincolo di procedibilità inevitabile per il successivo sviluppo della causa di merito anziché una reale opportunità di soluzione alternativa a tale sbocco.

Qui pesa probabilmente il fatto che nella procedura pregiudiziale anche il medico è litisconsorte necessario, così come lo sono le compagnie assicurative delle strutture sanitarie e degli stessi medici, rispetto al giudizio di merito dove sono invece litisconsorti facoltativi (e dove effettivamente si è constatato un drastico ridimensionamento delle cause che prima erano intentate a ospedali e medici insieme, rispetto alla situazione odierna in cui normalmente ci si rivolge ai soli ospedali) il che complica sicuramente le possibilità di addivenire ad un accordo transattivo. Ma al di là di questo ciò che continua ad ostare ad un numero più ampio di accordi transattivi è sicuramente la qualità, affidabilità e persuasività degli accertamenti tecnici eseguiti e le perduranti difficoltà a gestire un procedimento di cui il legislatore, come meglio si vedrà, non fornisce disciplina alcuna.

3) Dedicherò, quindi, il cuore di questo mio intervento soprattutto a questi ultimi profili portando le mie esperienze fatte in tanti anni quale Presidente di sezione al Tribunale di Genova proprio nel settore (anche) delle colpe mediche e poi quale Presidente dello stesso ufficio in cui mi sono trovato a svolgere le funzioni in materia di tenuta degli albi di periti e CTU e loro revisione, in sinergia – nella materia che ci occupa – con il locale Ordine dei medici ; e infine quale esperto nominato dal CSM per coordinare il gruppo di lavoro promosso dall'ex Ministro Balduzzi, in quel momento suo componente, che ha portato all'approvazione in data 24.5.18 del protocollo d'intesa tra CSM, CNF e FNOMCEO per l'armonizzazione dei criteri e delle procedure di formazione e revisione degli albi dei periti e Ctu ex art. 15 l. 8.3.2017 n. 24.

Ora, a distanza di sette anni da tale lavoro, è mia convinzione che i risultati verificatisi nell'organizzazione giudiziaria continuino ad essere

alquanto modesti essendo rimasta la riforma, relativamente agli obiettivi fissati dall'art. 15 , largamente inattuata.

A cominciare dal collegio peritale obbligatorio, sappiamo che tale obbligo risulta nelle prassi poco rispettato (anche se la Cassazione nell'ordinanza sez. III 12.5.21 n. 1253 , presidente Travaglino, ha ribadito che tale obbligo opera in tutti i processi instaurati dopo l'entrata in vigore della l. 24 a pena di nullità della perizia/CTU; ma al contrario la Cassazione penale n. 45719/2022 ha affermato che la nomina di un solo perito non incide sulla validità dell'elaborato peritale, dato che la norma non prevede alcuna sanzione ), adducendosi ragioni di natura economica insiti nel lievitare dei costi delle prestazioni che graverebbe sulle parti. Ragioni che, evidentemente, sono state completamente disattese dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 102/2021 con cui si è dichiarato illegittimo (per violazione dell'art. 3 Cost) l'art. 15 comma 4 l. 24/17 nella parte in cui escludeva l'aumento del 40% degli onorari per ciascun componente del collegio peritale. Quindi non può essere un problema di costi quello addotto per non rispettare l'obbligo normativo di nominare sempre un collegio peritale, che rappresenta una delle scelte più significative effettuate dalla riforma per migliorare il livello qualitativo di perizie e consulenze, rispetto alla sicuramente minore qualità fornita dal prodotto di un solo esperto.

Su un altro piano si colloca poi la mancata revisione degli albi che ancor oggi caratterizza molti Tribunali sul territorio e che avrebbe dovuto svolgersi secondo le indicazioni fornite dal citato protocollo nazionale. Qui la colpa non sta certo nella legge Gelli che non poteva avere la bacchetta magica per risolvere tutto ciò che competeva ai diversi livelli istituzionali coinvolti nell'attuazione della riforma. Il protocollo innescava infatti un processo a cascata che purtroppo non pare si sia verificato : dal Ministero della giustizia che doveva dotare gli uffici di risorse adeguate per implementare il SICID ed il SICIP per far funzionare in primo luogo quanto previsto dall'art. 23 disp. Att. CPC che declamava il principio di trasparenza nelle nomine dei CTU mediante appositi ausili informatici, al CSM che non ha dato continuità (nelle consiliature successive a quella in cui fu approvato il protocollo

del maggio 2018) al precedente lavoro fatto monitorando il livello di recepimento ed attuazione negli uffici delle linee guida adottate; per finire agli uffici giudiziari in cui scarsa è rimasta l'attenzione dei dirigenti verso tali linee guida e verso l'adempimento dei doveri contenuti nell'art. 23 disp.att CPC. Qui, in altri termini, non si sono ancora realizzate quelle sponde complementari indispensabili per la buona riuscita di tutta l'operazione, sponde rappresentate dal concorso nei comitati albi fornito dai CdO dei medici e dall'Avvocatura nell'elaborare insieme alle dirigenze degli uffici giudiziari protocolli locali in grado di innescare poi la necessaria vigilanza sulla loro attuazione volta a contenere prassi giurisprudenziali difformi o distorsive. E qui si apre il problema più ampio della necessaria formazione professionale comune tra tutti gli operatori del settore: giudici, avvocati e consulenti tecnici. Ciò per poter fornire una risposta positiva alla domanda di fondo se davvero, a 8 anni dalla riforma della legge Gelli, sia migliorato lo standard qualitativo degli apporti conoscitivi esterni che vengono immessi nei processi di responsabilità sanitaria. L'ancora diffusa inattuazione delle nuove norme della l. 24 fa propendere per una risposta negativa, il che coinvolge tutti i soggetti coinvolti: i giudici che allegramente disattendono il chiaro dettato normativo sull'obbligo della perizia collegiale fabbricando in tal modo processi che rischiano la sanzione della nullità; gli avvocati delle parti ed i CTU nominati che troppo supinamente avallano tale prassi senza obiettare alcunché non accettando l'incarico o contestandone l'invalidità; gli organi di vigilanza che altrettanto passivamente assecondano tale deriva; gli organi della formazione professionale decentrata, che sottovalutano l'importanza centrale dei momenti di formazione comune che favoriscano l'incontro e il dialogo tra le due culture (giuridica e medica) che non possono più, dopo la l. 24, rimanere monadi tra loro separate e non comunicanti.

4) Bastano alcune semplici considerazioni per delineare tale separatezza, che discende in primo luogo dalle principali carenze che caratterizzano le due professioni del giudice e del medico legale.

Cominciamo dal secondo: v'è a livello di medici legali mediamente

una scarsa conoscenza delle basi giuridiche aggiornate per potersi chiamare davvero “medici legali” (che al contrario continuano ad essere troppo medici e poco legali). Occorrono cioè cognizioni specifiche e non infarinature generiche su tutti gli aspetti giuridici penali e civili della responsabilità, sul consenso informato, sulla nozione di speciale difficoltà della prestazione d'opera professionale, sulla colpa, sul nesso causale (su cui sarebbe bene che il giudice che nomina un CTU sapesse quale concezione della causalità segue quest'ultimo), sui differenti standard probatori che operano nel campo penale e civile (non essendo la stessa cosa accertare una responsabilità “*oltre ogni ragionevole dubbio*” ovvero secondo il criterio meno stringente del “*più probabile che non*”), sulle norme infine del CPC riguardanti l'attività dei CTU e sulla giurisprudenza in materia (partendo dalla sentenza in materia di differenze tra consulenza deducibile e percipiente, per finire alle tre pronunce delle sezioni unite del 2022 ). Troppo spesso poi i nostri medici legali , a causa di una sorta di retaggio dei loro studi universitari, sono subalterni ad una concezione autonomistica del nesso causale di derivazione esclusivamente medico legale e non giuridica come invece dovrebbe accadere : gioca invero ancora un ruolo purtroppo determinante il pensiero di un mostro sacro della medicina legale italiana, il Cazzaniga, che nel lontano 1919 elaborò la teoria della *causalità adeguata* come quella propria della medicina legale, dichiarando apertamente che la medicina legale *non può e non deve utilizzare la concezione condizionalistica* e precisando che per la medicina legale “*causa è ciò che modifica*”, “*intendendo questa capacità modificatrice come idoneità ad apportare variazioni quantitative o qualitative*” ed illustrando la metodologia per accertare la causa così intesa , metodologia cui venne dato il nome di *criteriologia*.

C'è voluto un deciso e vibrante saggio di F. Stella del 2005 per demolirne i fondamenti in via definitiva : non è una teoria collegata a quella accolta dal nostro sistema normativo e dalla giurisprudenza (concezione condizionalistica più o meno temperata); e presenta rischi continui di confusione e fraintendimenti tra causalità generale (ex ante) e causalità individuale (ex post) , di cui vicenda esemplare continua ad

essere quella del fumo come causa di tumore ai polmoni (si veda la famosa sentenza della Corte d'Appello di Roma 7 marzo 2005 n. 1015).

Ora, nonostante questo scritto e i contributi di due grandi capiscuola contemporanei della medicina legale (Barni e Fiori) i quali, a partire dal 2002, hanno impresso una inversione di rotta riconoscendo che compito del medico legale è decidere se “l'azione o l'omissione fu condizione necessaria al verificarsi dell'evento” , invitando così in modo perentorio i medici legali a “rinunciare ad una malintesa specificità nella definizione del rapporto causale sulla base del concetto autonomistico”, la prassi ha continuato a rimanere ancorata alla vecchia criteriologia , tutta protesa ad individuare la causa idonea, con al centro il criterio della possibilità/probabilità scientifica, senza accorgersi che in tal modo si finiva con l'assegnare dignità di prova della condizione necessaria ad un criterio che, al massimo, provava esclusivamente la causalità generale attraverso il richiamo alla probabilità ex ante del verificarsi dell'evento.

Ma al di là di questi limiti teorici che portano tanti medici legali a ritenere provato il legame causale secondo un semplice criterio di seria probabilità scientifica, si assiste anche alla proliferazione di manifestazioni di medicina legale difensiva che portano ad una netta prevalenza di perizie e CTU accusatorie per timore di ritorsioni da parte delle vittime, inclini a denunciare altrimenti l'esperto di falsa perizia. Per cui si assiste ad un dilagare di risposte ai quesiti meramente ipotetiche, perplesse, equivoche, farisaiche , improntate su assunti tipo “è possibile”, “non si può escludere”, “appare verosimile”, è probabile”, e via scorrendo, che costituiscono tutto il contrario di una risposta scientificamente attendibile, motivata, controllabile e rigorosamente documentata. Occorre, quindi, una indispensabile crescita dei medici legali sul piano giuridico e della conoscenza dei meccanismi processuali; solo questo traguardo sarà in grado di consentire l'espletamento più autorevole ed efficace del compito affidato dalla riforma di conciliare la vertenza per evitare la successiva causa. Il potere del consulente di dirigere il tentativo di conciliazione (tra l'altro entro il termine ristretto dei sei mesi previsto dall'art. 8 l. 24)

del resto rappresenta, come si è affermato tra gli interpreti della riforma, il nodo più problematico della stessa, dato che la norma tace del tutto sul momento e sulle concrete modalità di svolgimento della conciliazione, limitandosi solo a precisare che questo debba avvenire *“prima del deposito della relazione”*. C'è un vuoto dunque da riempire, in cui si devono coordinare ruoli e compiti del consulente conciliatore, delle parti processuali con i loro avvocati e del giudice, che in tale fase resta all'inizio necessariamente sullo sfondo e ricompare soltanto al momento finale in cui dovrebbe attribuire, ove le parti si siano conciliate e si sia formato processo verbale della conciliazione, *“con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica per l'iscrizione di ipoteca giudiziale”* (art. 696 bis CPC 4° comma).

Questa lacunosa disciplina ci spinge comunque ad affermare alcune considerazioni : che il CTU deve tentare la conciliazione ad operazioni già terminate e solo prima di depositare l'elaborato, in modo da essersi fatto già un quadro completo della vicenda essendo quindi in grado di rispondere al quesito di fondo circa l'an, vale a dire in ordine alla sussistenza di una responsabilità sanitaria fonte di danni risarcibili; che tale situazione è ciò che rende “opportuno” tentare la conciliazione concordando le parti sulla responsabilità e divergendo le posizioni solo sull'ammontare delle conseguenze risarcitorie da quantificare con le relative modalità. Il procedimento di conciliazione deve quindi necessariamente coinvolgere prima i CTP e quindi le parti ed i loro legali che sono in grado in grado di costruire quel “processo verbale” da sottoporre al giudice per il visto di esecutorietà, Il concorso di tali soggetti, del resto, è ciò che completa il procedimento non potendosi ipotizzare che il perito sia in grado da solo di affrontare e risolvere tutti i profili tecnici dell'accordo transattivo a cominciare dalla traduzione in termini monetari di quanto concordato sul piano medico legale : se ad esempio si è convenuto tra CTU e CTP che l'IP subita dalla vittima ammonti ad un X % bisogna poi applicando le tabelle del danno biologico stabilire l'entità precisa del risarcimento dovuto. In altri termini occorre costruire un titolo, come si suol dire, liquido, cioè suscettibile di essere messo in esecuzione. Conciliare significa

pertanto, trovare un accordo su *an e quantum* del risarcimento, il che comporta accordarsi su una certa qualificazione giuridica dei fatti, su quali siano le conseguenze giuridiche previste dall'ordinamento in tale fattispecie, e con quali modalità esecutive . E siccome, alla fine, la firma sotto una tale conciliazione la mettono soltanto i periti nominati, limitandosi il giudice ad un ruolo notarile di munire il titolo del decreto di esecutività, rispetto a cui possono residuare solo eccezionali ipotesi di un diniego possibile del visto in caso di accordi palesemente erronei dal punto di vista giuridico, ecco perchè in conclusione il ruolo che la riforma della legge Gelli attribuisce all'esperto medico legale (che nel collegio in questa fase costituisce il perno centrale) è divenuto incredibilmente più importante che in passato.

Eguale sul versante dei giudici, non si può continuare a tollerare, se davvero si vuole che abbiano un effettivo controllo sulla correttezza dello svolgimento del procedimento, uno stato di pressochè totale ignoranza di concetti propri della medicina legale che gli addetti maneggiano abitualmente : es. la nozione di preesistenze (coesistenti e concorrenti), la legge di Balthazar, il danno differenziale, per citare i più ricorrenti.

L'incontro necessario tra le due culture, al fine di una migliore gestione del processo , dev'essere quindi bidirezionale, se davvero si vuole sfatare il risalente assunto secondo cui “le perizie fanno sentenza” riempiendo in tal modo di contenuti effettivi il ruolo del giudice quale “*peritus peritorum*” , slogan altrimenti vuoto dietro il quale si annida un giudice subalterno e acritico rispetto alle operazioni e conclusioni peritali. Occorre in altri termini un superamento di atteggiamenti mentali e culturali di chiusura per cui i due mondi del diritto e del processo da un lato e della medicina dall'altro continuano ad essere ciascuno per l'altro un vero mistero, i poteri processuali che si esercitano del tutto incerti, i parametri probatori necessari evanescenti, la capacità di un effettivo controllo sulla motivazione scientifica adottata approssimativa, la ricostruzione del nesso causale misteriosa negli elaborati peritali come nella sentenza conclusiva.

Esiti sicuramente sconcertanti che continuano ad emergere dai prodotti che i Tribunali italiani continuano a loro volta a sfornare in

materia di responsabilità sanitaria e che solo una piena attuazione degli obiettivi perseguiti dalla riforma potrebbero veramente, a mio avviso, consentire di superare in misura significativa.

Grazie.

Claudio Carlo Viazzi