

Dott. Massimo Forgeschi

Specialista in Medicina Legale e delle Assicurazioni

Studio: Via XX Settembre, 74 – 50129 FIRENZE – Tel. 055/480414
C.F. FRGMSM54L01E202M – P.IVA 01633200488

INCONTRO DELL'11/05/2023

LA TUTELA CIVILE DEL PAZIENTE

Il ruolo ed il punto di vista del Collegio Peritale (CTU medico-legale e Specialistica), ovverosia il percorso ad ostacoli del CTU al tentativo di conciliazione [SLIDE 1]

Atteso l'argomento che mi è stato chiesto di trattare, visti i relatori che mi hanno preceduto e quelli che seguiranno, ho ritenuto opportuno dare al mio intervento un taglio pratico, cercando di illustrare alcune delle difficoltà che il CTU (ed anche i consulenti delle parti) incontra (o potrebbe incontrare) nell'espletamento della consulenza del giuramento sino al tentativo di conciliazione.

Cercherò pertanto di individuare, cronologicamente, alcune fasi in cui il CTU, soprattutto il medico legale, incontra, (o può incontrare) difficoltà, stante la non omogeneità (o forse sarebbe più corretto parlare di discrezionalità, se non addirittura di arbitrio) nell'interpretazione e nell'applicazione di talune procedure.

IL GIURAMENTO

La pandemia ha introdotto in maniera alquanto prepotente la necessità di dover procedere con il giuramento da remoto, modalità, che è stata recepita dalla riforma cd. "Cartabia" con l'inserimento del comma 2 all'art. 193 c.p.c.

[**SLIDE 2**]; questo implica, oltre alla disponibilità di strumenti telematici, peraltro ormai di uso quotidiano, quali l'accesso tramite internet al PCT, la necessità di doversi coordinare con lo specialista che, talvolta, viene dal Giudice nominato direttamente, oppure la cui individuazione viene delegata al medico legale.

La legge Gelli – Bianco ha (opportunamente) introdotto, per quanto attiene l'espletamento della consulenza ai sensi dell'art. 696 *bis* del c.p.c. in caso di giudizio attinente una (presunta) responsabilità professionale, si proceda alla formazione di un collegio composto dal medico legale (sempre) e dallo o dagli specialisti del settore [**SLIDE 3**], che talora possono essere più di uno, (ad esempio un infettivologo ed un ortopedico, un igienista ed un neurochirurgo, *etc.*) con l'obbligo che siano anch'essi iscritti negli albi dei CC.TT.U., il che non è sempre agevole. A complicare ulteriormente la ricerca dello Specialista, il Tribunale Civile di Pisa, ad esempio, ritiene condizione obbligatoria per la nomina, l'iscrizione all'albo dei CC.TT.U., mentre il Tribunale di Firenze è più elastico nel consentirlo in deroga, purché dotato di sufficiente esperienza e dei requisiti richiesti dalla normativa di cui si fa garante il medico legale assumendosene, moralmente, la responsabilità. Ciò può rappresentare un primo ostacolo o, quanto meno, un onere per il medico legale talora reso ancora più difficile, stante la difficoltà ad accedere al PCT (ad esempio, quando non si è ancora stati autorizzati alla consultazione del fascicolo telematico), per verificare quale sia la natura e l'oggetto del contendere. Altra problematica che talora si può presentare è quella di riuscire a stabilire con il co-consulente una data condivisa per l'inizio delle operazioni, in quanto, talvolta, il Giudice assegna un termine troppo breve.

Nel caso si tratti di un soggetto deceduto, le operazioni di ufficio potranno essere senz'altro effettuate da remoto, tramite videoconferenza estesa a tutte le parti ma, laddove vi sia la necessità di dover sottoporre a visita il paziente, questo presuppone di disporre di un ambulatorio in grado di ospitare tutte le parti.

Al riguardo osservo come talvolta anche i legali, più frequentemente di parte ricorrente, partecipino alle operazioni di ufficio, e ci domandiamo se in questo caso l'assenza dei legali di parte resistente non possa configurarsi come un mancato rispetto del contraddittorio; il legale, inoltre, può interloquire sulle questioni tecniche mediche, può assistere alla visita, sia pure con il consenso del P., oppure no? E se il P. acconsente unicamente la presenza del proprio legale e non già del legale di parte resistente?

Nonostante venga fissato l'inizio delle operazioni ad almeno 30 / 40 gg., dal giuramento, per consentire alle parti di poter avvisare tempestivamente i propri consulenti affinché possano organizzarsi per partecipare, è possibile che un CTU stabilisca l'inizio delle operazioni a breve distanza dal giuramento o, ancora, che un consulente di parte, in genere perché (sostiene di essere stato) avvisato dal proprio "*dominus*" tardivamente (dell'inizio delle operazioni di ufficio) comunichi l'impossibilità a parteciparvi, sia pure da remoto, paventando così la nullità delle operazioni per il mancato rispetto del contraddittorio; tale circostanza pone quindi ulteriori problemi, talvolta di non facile soluzione, in quanto, vista la natura dell'accertamento, che abitualmente prevede una pluralità di soggetti chiamati in causa e, quindi, di consulenti tecnici, sia medici legali che specialisti, lo spostamento delle operazioni risulta estremamente indaginoso, a meno che

questo non avvenga con un differimento particolarmente lungo che però mal si concilia con i tempi tecnici assegnatici. Inoltre poiché l'art. 8, comma 3, della L. n. 24 del 2017 [SLIDE 4] ha previsto che il procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* si debba concludere entro 6 mesi dal deposito del ricorso, dopo di che le parti devono ricorrere allo strumento *ex articolo 702 bis c.p.c.* (oggi 281 *undecies c.p.c.*), ciò rischia di vanificare l'utilità di uno strumento giuridico che, oltre che avere una finalità conciliativa, ha anche quella di doversi concludere in tempi ragionevolmente brevi.

Rivolgo pertanto l'invito ai consulenti, ed in particolare ai medici legali, di evitare, (ove non ricorrano più che giustificati motivi) di chiedere lo spostamento delle operazioni di ufficio in prossimità del loro inizio, sempre che queste siano state fissate a congrua distanza di tempo dal giuramento, ed ai legali di avvisare tempestivamente i loro CC.TT.PP. non appena queste sono state indicate. In ogni caso, qualora ciò si verificasse, come dobbiamo comportarci? dobbiamo necessariamente aderire ad una richiesta di questo genere (che, purtroppo, diventa inderogabile, laddove a richiederla sia parte ricorrente, in quanto, ove si debba procedere alla visita del P., questi potrebbe non presentarsi all'inizio delle operazioni, perché singolarmente colpito, il giorno stesso, da una violenta gastroenterite), oppure possiamo procedere, programmando un successivo incontro per la discussione?

In caso di comunicazioni, quali che esse siano, ad esempio lo spostamento delle operazioni di ufficio resi necessarie per un impedimento di un componente del collegio, o anche per aderire ad una richiesta avanzata da un consulente delle parti, è sufficiente avvisare i legali in quanto “*domini*” della causa, oppure è necessario comunicarlo anche ai consulenti delle parti?

E lo spostamento, che talvolta ci viene comunicato “*ex abrupto*” dal Collegio di ufficio in prossimità della nuova data di inizio delle operazioni, può essere contestato ovverosia possiamo opporci chiedendo che debba essere concordato e non imposto su richiesta di un'unica parte, eccependo sulla validità delle operazioni che saranno tenute nella nuova data.

Ancora, con riferimento al giuramento, vorrei sottolineare la natura dei quesiti, che non vengono mai, (o quasi) sottoposti all'attenzione del collegio di ufficio e, talvolta, contengono delle richieste che, a parere dello scrivente, non sono di competenza dei CC.TT.U.; ad esempio talora ci viene richiesto se si ravvisi la sussistenza di una “*colpa grave*” del professionista, *ex* articolo 9 della legge n. 24 del 2017 [SLIDE 5], in quanto ciò costituisce “*condicio sine qua non*” per esercitare (eventualmente) azione di rivalsa nei confronti del sanitario, esclusivamente in caso di dolo o colpa grave, da parte della struttura. Mentre per il dolo (*ex* articolo 43 del codice penale) il concetto è assolutamente chiaro a tutti, ed è comunque estraneo all'attività medica e sanitaria in genere, tant'è che non mi risulta essere stato mai proposto quale quesito, (anche se nella pratica mi sono imbattuto in un caso dove questa fattispecie poteva essere evocata), la “*colpa grave*” è un concetto giuridico che ritengo non possa essere delegato, nella sua definizione, al collegio dei CC.TT.U, in particolare al medico legale, in quanto, a mio avviso, attiene esclusivamente alla valutazione del Giudice. Se mi è consentito fare una breve riflessione al riguardo, ritengo che la “*colpa grave*”, nell'esercizio di una professione sanitaria, possa essere ravvisata unicamente (o quasi) nella “*negligenza*”, in quanto sempre inescusabile, mentre per quanto attiene la imperizia, così come introdotta dall'articolo 6 [SLIDE 6] della novellata

legge “*responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria – articolo 590 – sexies responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*”, la punibilità in penale è esclusa purché siano rispettate le raccomandazioni previste dalla linee guida (tra l’altro ad oggi, per quanto mi consta, per la maggior parte delle discipline non ancora promulgate!) ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico – assistenziali, sia pure con una sorta di personalizzazione che, di fatto, (rende assai meno efficace) quanto sopra statuito, ossia: “*sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*”, imperizia che, nell’ambito della responsabilità civile l’esercente la professione sanitaria, è disciplinata dall’articolo 7 [SLIDE 7] della medesima legge, laddove si afferma che “*l’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 – (risarcimento per fatto illecito) – del codice civile, salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*”, introducendo un elemento di discrezionalità del Giudice ove afferma che “*il Giudice nella determinazione del risarcimento del danno tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria ai sensi dell’articolo 5 della presente legge e dell’articolo 590 – sexies del codice penale introdotto dall’articolo 6 della presente legge*”, disposizioni, queste, che costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile.

Per quanto riguarda l’eventuale responsabilità professionale del sanitario per “imprudenza”, ricordo quanto dal mio maestro prof. Vittorio Chiodi sostenuto, ovvero, che la medicina è progredita grazie ad “*imprudenze benemerite*” che, pertanto, possono costituire, talvolta e se,

supportate da una adeguata, accurata ed approfondita valutazione clinica del paziente, e se sostenute da buone pratiche clinico-assistenziali, comportamento da adottare.

Ricordo altresì, del tutto incidentalmente (poiché si è già verificato nella mia attività professionale in questi 6 anni di applicazione della legge), che mi sia stato chiesto di valutare anche un'ipotesi di responsabilità professionale non soltanto del medico, ma anche di altre figure professionali, in quanto esercenti la professione sanitaria, quali ad esempio l'ostetrica, l'infermiere professionale, giudizi questi che potrebbero ragionevolmente comportare l'introduzione, nel collegio di ufficio, anche di una figura professionale quali quelle sopra menzionate.

In ogni caso la valutazione richiestami, secondo quanto mutuato ad es., dal quesito propostomi dai Giudici del Tribunale di Perugia, *“sarà effettuata tenendo conto che gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, devono attenersi, salve le specificità del caso concreto, alle linee guida previste dall'art. 5, comma 3, della Legge 08/03/2017, n. 24, ovvero, nel caso in cui all'epoca degli interventi tali linee guida non fossero state ancora pubblicate, alle buone pratiche clinico assistenziali”* [SLIDE 8], in ciò introducendo possibili elementi di discrezionalità (visti gli orientamenti, non sempre così univoci, espressi dalle molteplici società scientifiche, sia italiane che straniere) e, quindi, di incertezza.

Talora si pongono anche i seguenti dubbi [SLIDE 9]:

- 1) è possibile conferire l'incarico di CTU al solo medico-legale in quanto specialista anche nella materia oggetto del procedimento, tenuto conto che l'art. 15 della L. n. 24 del 2017 prevede: “... *l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano **specifica e pratica conoscenza** di quanto oggetto del procedimento*”?
- 2) è possibile accettare la nomina di un numero di consulenti tecnici di parte superiore a quello dei consulenti tecnici componenti il Collegio di Ufficio? Sul punto si ricorda che in ambito penale l'art. 225, comma 1, c.p.p. prevede espressamente che:
“*Disposta la perizia, il pubblico ministero e le parti private hanno facoltà di nominare propri consulenti tecnici in numero non superiore, per ciascuna parte, a quello dei periti*”. In ambito civile, invece, si richiama il combinato disposto dell'art. 87 c.p.c. (“*La parte può farsi assistere da uno o più avvocati, e anche da **un** consulente tecnico nei casi e con i modi stabiliti nel presente codice*”), e dell'art. 201, comma 1, c.p.c. (“*Il giudice istruttore, con l'ordinanza di nomina del consulente, assegna alle parti un termine entro il quale possono nominare, con dichiarazione ricevuta dal cancelliere, **un** loro consulente tecnico*”);
- 3) è possibile che i consulenti tecnici di parte abbiano delle specializzazioni diverse da quelle dei consulenti tecnici componenti il Collegio di Ufficio, nonostante che il Giudice abbia individuato ai sensi dell'art. 15 della L. n. 24 del 2017 “*uno o più specialisti nella*

disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento”?

SVOLGIMENTO DELLE OPERAZIONI DI UFFICIO

Laddove si sia, (faticosamente) raggiunta una data condivisa per l’inizio delle operazioni, poiché queste ormai si svolgono in prevalenza da remoto, si può verificare un ulteriore problema:

- qualora il collegamento non sia possibile per ragioni tecniche legate al consulente di parte, può essere da questi eccepito il mancato rispetto del contraddittorio e, quindi, la validità delle operazioni medesime, oppure questo può essere sanato, ad esempio, con la trasmissione di note preliminari all’invio della bozza della CTU?
- È possibile comunque procedere alle operazioni con gli altri consulenti presenti e/o collegati da remoto?
- E se, ad esempio (mi è capitato recentemente), venisse a mancare la corrente elettrica, per cui solo chi è in presenza può assistere e partecipare alle operazioni di ufficio, è necessario sospendere la seduta?

Inoltre: può il legale interloquire sulle questioni tecniche mediche e partecipare alla visita? Se non sono presenti tutti i legali delle parti, vi è mancato rispetto del contraddittorio, oppure ciò non costituisce una violazione dello stesso?

Ed ancora spesso si pone il problema delle acquisizioni documentali.

A noi, che non siamo cultori del diritto, sorgono tutta una serie di dubbi che la pratica non ci ha consentito di dirimere e che, anzi, ci ha ulteriormente accentuato, in quanto vi è chi sostiene:

- 1) che l'acquisizione documentale sia sempre possibile, purché si tratti di documentazione che non va a modificare i termini della richiesta risarcitoria, ovverosia che non cambi il tenore della consulenza, facendola virare da “*deduttiva*” / ad “*esplorativa*”;
- 2) non sia mai possibile acquisirla, perché ciò violerebbe i termini degli artt. 171 *ter*/183 c.p.c.;
- 3) che ciò sia giustificato, purché attraverso una motivata richiesta al Giudice che lo autorizzi, pur comportando un'ulteriore dilatazione dei tempi.

Resta comunque inteso come ,in ogni caso si renderà necessario condividere i documenti acquisiti, così come le (eventuali) relazioni preliminari alla bozza inviateci dalle parti, nel rispetto del contraddittorio. Si potrebbe obiettare che quanto sopra potrebbe comportare una sorta di vantaggio alla parte che per ultima, avendo avuto in visione le osservazioni preliminari degli altri consulenti (in quanto condivise) le abbia potute valutare criticamente e controbattere. Ciò potrebbe condurre i CCTTP a riproporre, sia pure non indefinitamente, ulteriori osservazioni, sia preliminari alla bozza che (ovviamente) successive, purché anch'esse condivise.

Al riguardo suggerirei (ed è questa una mia proposta) che il Collegio potrebbe (e dovrebbe) raccogliere le (eventuali) note preliminari dei CC.TT.PP. e, solo scaduti i termini assegnati alle parti per trasmetterglike alle parti per non dare ad alcuna di esse un vantaggio.

Al riguardo mi fa piacere ricordare quanto emerso in un recente congresso, che si è tenuto sotto l'egida della AOU Careggi e della Società Toscana di Medicina Legale il 25/02/2023, relatore il dott. Marco Rossetti, Consigliere della Corte di Cassazione, che ha enunciato alcune sentenze che vorrei qui brevemente riproporre, anche se a questa platea sicuramente note. In particolare la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite n. 3086 del 01/02/2022, relativa all'onere della prova, dispone che **[SLIDE 10, 11]**:

“i poteri istruttori di cui il consulente tecnico dispone “promanano dal Giudice e sono perciò esercitabili negli stessi limiti in cui sarebbero esercitabili dal Giudice”;

le preclusioni non operano con riguardo ai mezzi di prova che il giudice dispone d'Ufficio (es. 118, 213 c.p.c.; 2711 c.c.) cui il giudice può ricorrere “quando le parti siano decadute dal relativo potere” ergo anche il consulente potrà procedere agli approfondimenti istruttori che appaiono indispensabili al fine di rispondere ai quesiti”,

ed ancora la regola è che il consulente non può estendere il raggio delle proprie investigazioni ai c.d. “fatti avventizi” ovvero ai fatti costitutivi della domanda oppostamente, ai fatti modificativi o estintivi di essa che non abbia formato oggetto dell'attività deduttiva delle parti” richiamando anche in questo caso la sentenza di cui sopra con eccezione secondo cui il CTU può indagare:

A) Sui fatti secondari;

B) Sui fatti costitutivi delle eccezioni rilevabili d'ufficio (es. 1227 c.c.); sempre dalla sentenza sopra richiamata vengono riportate alcune cause di

nullità della consulenza:

- 1) *Se il c.t.u indaga su fatti primari mai allegati, lede un interesse del processo: quindi è nullità assoluta;*
- 2) *Se il c.t.u. indaga su fatti costitutivi di eccezioni rilevabili d'ufficio, non c'è nullità;*
- 3) *Se il c.t.u. acquisisce documenti dimostrativi di fatti primari "lede un interesse delle parti in quanto posto a tutela del diritto di difesa delle medesime, di cui le parti possono tuttavia pur sempre disporre": quindi è nullità relativa, sanata se non eccepita nella prima difesa successiva".*

Osservo come nella pratica quotidiana, talora, all'inizio delle operazioni di ufficio, i consulenti delle parti riferiscano di non essere a conoscenza del caso e/o che non sanno ciò che è stato depositato: è pertanto necessario che i legali provvedano ad inviare tutta la documentazione (sanitaria e non) ai propri consulenti, poiché essi non hanno accesso al PCT, anche se, purtroppo, anche il Collegio di Ufficio non di rado riferisce di avere avuto gli stessi problemi e, quindi, di non aver potuto verificare quanto sia stato versato in atti dalle parti, rendendo così la discussione vaga, approssimativa, se non addirittura impossibile.

Altro problema, con il quale ci troviamo spesso a doverci confrontare, è la mancata redazione di un verbale delle operazioni di ufficio, ancorché sintetico, motivo questo per il quale, ad esempio, al ricevimento della bozza siamo costretti, quali consulenti di parte, a riproporre quelle osservazioni che sono già state formulate nel contraddittorio orale nel corso delle operazioni di ufficio.

Sarebbe opportuno stabilire se e come debba essere redatto il verbale delle operazioni di ufficio, nel quale sintetizzare, seppure brevemente, le posizioni delle parti, se non già evidenti e chiare negli atti depositati, e come tali sovente richiamate integralmente dai CCTTP. Purtroppo ciò non è, in quanto, in genere solo parte ricorrente ha versato in atti una consulenza che individua le criticità cui ascrivere la responsabilità professionale della struttura e/o dei sanitari ad essa afferenti, mentre spesso la o le parti resistenti, non avendo allegato il parere dei propri consulenti, non hanno reso così esplicite, in forma tecnica, le motivazioni per le quali hanno ritenuto di dover resistere, essendosi limitati, nella comparsa di costituzione, ad addurre generiche giustificazioni, di cui la più frequente è quella essersi trattato di una “*complicanza*”, genericamente prevedibile ma non prevenibile ancorché contemplata nel consenso informato che risulta essere stato sottoscritto dal paziente, quasi che ciò costituisca una giustificazione assoluta nel caso che l’“*evento avverso*” si sia verificato. Tali note ben poco aiutano il Collegio di Ufficio a comprendere i fondamenti tecnici del mancato accoglimento della richiesta di parte ricorrente. Sarebbe opportuno (se non addirittura necessario, a parere dello scrivente) che, nell’ambito del procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.*, fossero presenti i relativi pareri tecnici e che il Giudice esigesse fossero prodotti, onerando in tal senso i legali delle parti.

Quanto al rispetto dei tempi, ritengo opportuno ricordare come alcuni Giudici del Tribunale di Firenze “*ammoniscano*” i propri ausiliari, così motivando: “*avvisa il Collegio Peritale che il mancato deposito della relazione nel termine indicato, senza alcuna richiesta di proroga, congruamente motivata ed autorizzata, comporterà l’invio degli atti al Presidente del Tribunale, al*

Procuratore della Repubblica in sede ed al Presidente dell'Ordine Professionale di appartenenza (cfr, art. 19 dispos. Att. C.p.c.) e determinerà la decurtazione dell'onorario spettante". Uomo avvisato ... [SLIDE 12, 13]

LA CONCILIAZIONE

Venendo poi al tentativo obbligatorio di conciliazione, così come previsto dall'art. 8 della L. n. 24/2017 [SLIDE 14], vorrei qui sottolineare la necessità che sia fatta chiarezza per ottenere una omogeneità quanto meno nelle procedure, atteso che al riguardo vi è una vera e propria Babele, poiché vi sono dei CC.TT.U. che già al momento in cui si dà luogo all'inizio delle operazioni di ufficio chiedono se vi sia disponibilità alla conciliazione!

Una premessa:

la conciliazione è, a mio giudizio, un'attività che il collegio di ufficio deve esperire con i legali delle parti, in quanto è tesa a raggiungere un accordo economico, che prescinde da un giudizio di merito, in quanto si discute di "*vil denaro*", che poi non è altro che l'oggetto della causa ovvero sia il risarcimento!

Le valutazioni tecniche, infatti, debbono (o dovrebbero) essere già state affrontate in occasione delle sedute con i consulenti, in contraddittorio tra le parti, i quali consulenti avrebbero dovuto, e dovrebbero (ed in tal senso personalmente propongo che sia fatto), relazionare i propri "*domini*" su quali possano essere le criticità relative alla posizione da loro tutelata, nonché su quelle della parte avversa, affinché nel momento della conciliazione, prescindendo quindi dalle valutazioni strettamente tecniche ma con

riferimento (anche) ad eventuali profili di opportunità e di economicità nella gestione del sinistro, possa essere raggiunta un'intesa, da cui la redazione del verbale che andrebbe, anche in questo caso, standardizzato. Purtroppo molto spesso i legali si presentano al tentativo di conciliazione affermando di non aver ricevuto nessuna indicazione dai propri consulenti! Vanificando così la possibilità di raggiungere un'intesa.

Facendo riferimento soprattutto (se non pressoché esclusivamente) a quei procedimenti di responsabilità professionale, laddove si discute sull'AN, la responsabilità può essere affermata: con certezza ovvero esclusa, o, così come talvolta accade, ritenuta “*più probabile che non*”, od ancora configurare una cosiddetta perdita di “*chance*”, per la cui definizione (ritengo utile richiamare quanto stabilito nella sentenza della Corte di Cassazione n. 5641/2018, che avendone individuato 5 fattispecie, così recita:

“a) La condotta (commissiva o più spesso omissiva) colpevolmente tenuta dal sanitario ha cagionato la morte del paziente mentre una diversa condotta (diagnosi corretta e tempestiva) ne avrebbe consentito la guarigione, alla luce dell'accertamento della disposta CTU. In tal caso l'evento - conseguenza del concorso di due cause, la malattia e la condotta colpevole - sarà attribuibile al sanitario, chiamato a rispondere del danno biologico cagionato al paziente e del danno da lesione del rapporto parentale cagionato ai familiari.

b) La condotta colpevole ha cagionato non la morte del paziente (che si sarebbe comunque verificata) bensì una significativa riduzione della durata della sua vita ed una peggiore qualità della stessa per tutta la sua minor durata. In tal caso il sanitario sarà chiamato a rispondere dell'evento di danno costituito dalla minor durata della vita e dalla sua peggior qualità, senza che tale danno integri una fattispecie di perdita di chance - senza, cioè, che l'equivoco lessicale costituito dal sintagma "possibilità di un

vita più lunga e di qualità migliore" incida sulla qualificazione dell'evento, caratterizzato non dalla "possibilità di un risultato migliore", bensì dalla certezza (o rilevante probabilità) di aver vissuto meno a lungo, patendo maggiori sofferenze fisiche e spirituali.

c) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata e sull'esito finale, rilevando di converso, in pejus, sulla sola (e diversa) qualità ed organizzazione della vita del paziente (anche sotto l'aspetto del mancato ricorso a cure palliative): l'evento di danno (e il danno risarcibile) sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita (intesa altresì nel senso di mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo), senza che, ancora una volta, sia lecito evocare la fattispecie della chance.

d) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata, sulla qualità della vita medio tempore e sull'esito finale. La mancanza, sul piano etiologico, di conseguenze dannose della pur colpevole condotta medica impedisce qualsiasi risarcimento.

e) La condotta colpevole del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto: le conclusioni della CTU risultano, cioè, espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo. Tale possibilità – i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di chance perduta) - sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta- se provato il nesso causale (certo ovvero "più probabile che non"), tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza"),

orientamento, questo, al quale ritengo di aderire, poiché la quantificazione percentuale della c.d. "perdita di chances" è, molto spesso, aleatoria,

opinabile, discrezionale se non addirittura arbitraria, potendo assumere una validità sotto il profilo scientifico, sia pure di natura meramente statistica, prevalentemente nei casi di ritardo diagnostico/terapeutico nei casi di patologia oncologica, laddove l'eventuale mutata stadiazione prospetta valori di sopravvivenza in un *range* scientificamente validato.

Ritengo che la proposta conciliativa possa avere maggiore efficacia se esperita prima dell'invio della bozza allorquando, per entrambe le parti, (ricorrente e resistente) si profilano delle alee in ordine alla soccombenza.

Va da sé che in tale occasione potrebbe non essere possibile raggiungere un'intesa per motivi assolutamente legittimi e comprensibili, pur risultando sempre possibile, in ogni fase del giudizio, procedere ad una rinnovazione del tentativo di conciliazione, purché ci sia una effettiva, concreta volontà delle parti le quali potrebbero, ed anzi, a parere dello scrivente, dovrebbero, anche al di là della sede istituzionale ove si svolge il tentativo di conciliazione, una volta ricevuta la bozza, confrontarsi per poi (eventualmente) richiedere ai CC.TT.U. di procedere ad un ulteriore tentativo.

Poiché l'articolo 8 della novellata legge prevede che: “*ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso*”, si debba procedere con i termini di cui ex. 702 *bis* c.p.c. (oggi art. 281 *undecies*), sottolineo come, laddove la parte resistente sia una pubblica amministrazione, i tempi tecnici che questa necessita per assumere decisioni, subordinate al comitato di gestione sinistri (CGS), vanificano, in concreto, la possibilità di esperire favorevolmente il tentativo di conciliazione medesimo, pur avendo i

consulenti delle parti (talora) raggiunto una sostanziale intesa, sul piano tecnico, sia in punto di “AN” che di “QUANTUM”.

È mio parere che qualora non venga snellita tale procedura, i tentativi di conciliazione che coinvolgono la Pubblica Amministrazione saranno destinati a fallire, anche per il comprensibile (ancorché non del tutto giustificato) timore di incorrere nelle sanzioni relative ad una verifica della Corte dei Conti. Al riguardo ritengo, provocatoriamente che dovrebbe essere introdotta, quale eventuale, possibile, voce di danno erariale, anche la mancata definizione in fase conciliativa, nel caso si tratti di un sinistro ove la responsabilità sia assolutamente pacifica, (o quasi) la restituzione delle maggiori somme legate agli oneri sostenuti per i vari (inutili) gradi di giudizio.

È mia diretta esperienza di ciò, ma anche di casi, viceversa, in cui erano implicati soggetti privati (nella fattispecie Case di Cura di cui sono consulente), ove è stato possibile giungere alla conciliazione anche per importi superiori al mezzo milione di euro laddove il tecnico, abbia confermato la responsabilità, consentendo alla struttura di valutare l'opportunità di aderire ad un processo conciliativo, atteso che il giudizio di merito l'avrebbe vista soccombente, con conseguenti maggiori oneri di giudizio.

Pertanto il tentativo di conciliazione, sovente non trova la sua possibilità di realizzarsi per i tempi tecnici/burocratici della pubblica amministrazione, oltre che per la “prudenza”, correlata al timore dell'esercizio di rivalsa della Corte dei Conti.

PROPOSTE

Oltre ai suggerimenti già formulati, vorrei sottolineare come sarebbe opportuno che non soltanto il collegio di ufficio, in ottemperanza a quanto previsto dalla legge “Gelli – Bianco”, in caso di giudizio in tema di responsabilità professionale, debba essere formato da un collegio composto dal medico legale e dallo specialista del settore, ma che vi sia una direttiva che imponga, per poter ammettere il ricorso ex art. 696 bis e, quindi, la CTU, la produzione di una consulenza tecnica di parte che abbia quei requisiti previsti dalla legge n. 24/2017, oltre che essere in accordo con quanto disposto dal codice di deontologia medica all’art. 62, che così recita [slide 15]:

*“attività medico legale: l’attività medico legale, qualunque sia la posizione di garanzia nella quale viene esercitata, deve evitare situazioni di conflitto di interesse ed è subordinata all’effettivo possesso delle specifiche competenze richieste dal caso. L’attività medico legale viene svolta nel rispetto del codice; la funzione di consulente tecnico e di perito non esime il medico dal rispetto dei principi deontologici che ispirano la buona pratica professionale, essendo in ogni caso riservata al Giudice la valutazione del merito della perizia. Il medico legale, nei casi di responsabilità medica, si avvale di un collega **specialista di comprovata competenza nella disciplina interessata; in analoghe circostanze** – criteri di reciprocità - il medico clinico si avvale di un medico legale. Il medico nel rispetto dell’ordinamento non può svolgere attività medico legali quale consulente di ufficio o di controparte nei casi nei quali sia intervenuto personalmente per ragioni di assistenza e di cura o a qualunque altro titolo ... Il medico consulente di parte assume le evidenze scientifiche disponibili interpretandole nel rispetto dell’oggettività del caso in*

esame e di un confronto scientifico rigoso e fondato fornendo pareri ispirati alla prudente valutazione della condotta dei soggetti coinvolti”.

In concreto, salvo casi particolari, tali da rivestire carattere di eccezionalità, non dovrebbero essere ammesse richieste risarcitorie qualora non supportate da un giudizio espresso sia dal medico legale che dallo specialista e, men che meno se sostenute esclusivamente, dalle doglianze e criticità espresse nell’atto di citazione solo dal legale.

Riterrei opportuno che il Giudice, in caso di lite giudicata “*temeraria*”, provvedesse ad inviare all’Ordine dei Medici una nota, affinché vengano presi quei provvedimenti di natura disciplinare nei confronti di quello o di quei sanitari che abbia/abbiano contribuito ad introdurre un tale giudizio, omettendo di attenersi a quelle regole di professionalità e di prudenza richiamate sia dal codice deontologico che dalla L. 24/2017, magari estendendo la censura anche ai legali.

Quanto sopra potrebbe, tra l’altro, comportare un’apprezzabile, quanto auspicabile, riduzione di richieste risarcitorie se palesemente infondate, che, oltre ad intasare gli uffici giudiziari si rendono responsabili di inutili spese per il singolo e per la collettività.

Al riguardo è opportuno ricordare come l’articolo 15, relativo alla “*nomina dei consulenti tecnici d’ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria*”, preveda esplicitamente che “*i consulenti tecnici d’ufficio ... siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell’ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi*”, da cui il Protocollo sottoscritto [SLIDE 16, 17] tra gli Ordini delle professioni sanitarie, tra cui l’Ordine dei Medici di Firenze, l’Ordine degli Avvocati e la

Magistratura, che ha previsto, quale “*conditio sine qua non*” per l’iscrizione negli albi dei consulenti tecnici di ufficio del Tribunale di Firenze, relativamente alle ipotesi di responsabilità professionale, la partecipazione ad un corso di formazione quale conciliatore, oppure, in alternativa, l’essere riuscito a concludere almeno due conciliazioni.

Con questo ritengo di dover chiudere il mio intervento, che non ha alcuna pretesa di aver dato delle risposte, bensì di aver posto dei dubbi, ai quali mi auguro possano essere date delle risposte chiare ed univoche, affinché si possa procedere con maggiore efficacia nell’utilizzazione di uno strumento che, sicuramente, nelle lodevoli intenzioni del legislatore avrebbe potuto avere ed ha una sua utilità, ma che le criticità, ad oggi manifestatesi nella sua concreta applicazione, di cui si è fatto una sintetica quanto incompleta, elencazione hanno, di fatto, in parte vanificato.