

Accertamento tecnico preventivo e consulenza preventiva nei casi di colpa medica e chirurgia estetica

Limiti, contenuto, esperibilità e utilità di ricorrere ai mezzi di istruzione preventiva della lite di cui agli artt. 696 e 696-bis c.p.c. nei casi di accertamento della responsabilità medica.

Massimiliano Fabiani, Avvocato in Bologna

Si analizzano il contenuto e i limiti degli strumenti di istruzione preventiva anche alla luce dell'intervento del Legislatore e della riforma sul cosiddetto "rito competitivo".

IL CASO

Tizio è portatore fin dalla nascita di una patologia denominata "pectus excavatum", che è tra le più frequenti delle malformazioni toraciche. Avendo appreso da alcuni conoscenti che la sua patologia poteva essere migliorata, si recava presso una struttura ospedaliera. Compiuti gli accertamenti di rito e firmato un modulo *standard* per il

consenso all'intervento, veniva sottoposto al calco per procedere poi alla realizzazione di una protesi di fabbricazione statunitense, che avrebbe dovuto essere inserita chirurgicamente nella tasca della regione sternale. L'intervento veniva eseguito nel maggio del 2007 e, dopo due giorni di degenza, Tizio veniva dimesso. Fin da subito si presentavano complicanze e, al fine di non incorrere in infezioni (peraltro già in atto), Tizio veniva altresì sottoposto a terapia antibiotica. Nel novembre del 2007 la presenza di una diffusa infezione nella zona operata, portava Tizio a rivolgersi ad un chirurgo estetico, che gli consigliava di

PUNTI RILEVANTI

- | | |
|---|--|
| <p>1 L'espletamento della nuova consulenza tecnica preventiva (art. 696-bis c.p.c.) può essere richiesta, anche dove non ci sia urgenza di verifica e si iscrive nel novero dei procedimenti sommari di istruzione preventiva di natura non cautelare.</p> | <p>2 La consulenza tecnica preventiva finalizzata all'accertamento ed alla relativa determinazione dei crediti, derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.</p> |
|---|--|

PUNTI CONTROVERSI

- | | |
|--|---|
| <p>1 Finalità del consenso informato.</p> | <p>tiva nei casi di accertamento di responsabilità.</p> |
| <p>2 Possibilità di esperire una consulenza preven-</p> | <p>3 Valore della conciliazione.</p> |

prendere contatti con un legale. Assi-
stito dall'avvocato e periziato da un
medico legale, Tizio apprendeva il
peggioramento delle proprie condizio-
ni di salute, in conseguenza della per-
durante e crescente infezione, nonché
del reale rischio (poi verificatosi) che
la protesi se non rimossa tempestiva-
mente potesse essere poi espulsa natu-
ralmente. Veniva predisposto nell'im-
mediatezza, un accertamento tecnico
preventivo, volto ad appurare la cor-
rettezza dell'intervento e delle conse-
guenti responsabilità della struttura
ospedaliera e del professore che aveva
proceduto all'intervento stesso. Si ri-
chiedeva altresì di appurare le even-
tuali negligenze connesse alla gestione
della degenza e cura delle fasi succes-
sive all'operazione. Con memoria di
costituzione, l'azienda ospedaliera,
chiedeva l'inammissibilità del ricorso
per carenza del requisito del *periculum*,
in quanto, non vi era prova che Tizio
dovesse sottoporsi ad intervento di ri-
mozione della protesi e, nel merito,
chiedeva la reiezione delle domande
tutte proposte dal ricorrente. Fissata
udienza di conferimento dell'incarico
e di giuramento del nominato CTU, il
Presidente predisponendo il seguente
quesito: «Sulla base dei documenti
prodotti, descriva il CTU l'intervento
eseguito da Caio entro l'ambito dell'a-
zienda ospedaliera su Tizio; dica quale
è stato l'esito dell'intervento e quali
sono stati i postumi; stabilisca even-
tualmente, se tali postumi possano es-
sere ricondotti ad un comportamento
colposo da parte del medico, o even-
tualmente della struttura ospedaliera».
Tizio si recava presso lo studio del
consulente medico legale per sottopor-
si alle operazioni peritali e, il mese
successivo, si sottoponeva presso altra
struttura, ad intervento di rimozione
della protesi e trattamento di bonifica
della tasca ove era alloggiata, al fine di
debellare la diffusa infezione. Deposita-
ta agli inizi di marzo 2008 la consu-
lenza medica d'ufficio, venivano accer-
tate le responsabilità della azienda
ospedaliera per quanto concerne la er-

rata compilazione della cartella clinica,
la non corretta informazione relativa
al rilascio del consenso informato al-
l'operazione, la prematura dimissione
dal reparto e il carente e negligente
trattamento terapeutico conseguente
all'intervento. Ai fini della nostra trat-
tazione, cercheremo di evidenziare le
finalità degli istituti in esame e gli ar-
gomenti a sostegno della possibilità di
evitare o prevenire la futura causa di
merito nei casi che attengono a situa-
zioni di colpa medica.

TRATTAZIONE

Il caso sotteso alla fattispecie oggetto
del presente intervento ci permette di
esaminare le peculiarità dell'accerta-
mento tecnico preventivo e della consu-
lenza preventiva. In particolare, valute-
remo l'importanza e l'incidenza delle
modifiche apportate dal Legislatore
con il cosiddetto "decreto competitiv-
tà" n. 35/2005 nei casi in cui occorre
accertare la sussistenza della responsa-
bilità nell'ambito medico. In particola-
re, andremo ad esaminare se la percor-
ribilità della tutela preventiva azionata

con gli artt. 696 e 696-bis c.p.c., possa effettivamente perseguire quella finalità deflativa del contenzioso che ha, o avrebbe dovuto, animare la *ratio* sottesa all'intera riforma del Codice di rito in materia.

Come noto, il testo previgente dell'art. 696 c.p.c. non accennava alla possibilità di compiere accertamenti anche nei confronti della persona dell'istante e sulla persona nei cui confronti l'istanza veniva proposta. Detta lacuna, venne colmata con gli interventi operati dalla Corte Costituzionale con le sentenze 22 ottobre 1990, n. 471 (*leading case* attinente proprio in un caso di lesioni non permanenti riportate in seguito ad un intervento chirurgico) e 19 luglio 1996, n. 257. Senza dimenticare che il **ricorso all'accertamento tecnico preventivo** era di fatto svuotato delle finalità per le quali era stato previsto, atteso che non solo il nominato consulente tecnico **doveva limitarsi a fotografare lo stato dei luoghi o la persona nei cui confronti doveva essere compiuta l'indagine senza poi poter compiere alcuna possibilità di indagine o valutazione inerente le cause o i danni, ma lo stato dei luoghi o la persona dovevano rimanere nello stesso stato** (in sostanza in un "limbo") in attesa poi, che il successivo accertamento appurasse le cause e le valutazioni in ordine alle responsabilità e quantificazione

dei danni. A ciò si aggiunga che il consulente tecnico nominato in questa "seconda fase" spesso era persona diversa rispetto al tecnico che aveva provveduto alla stesura della prima relazione, rendendo così evidente una inutilità di tutta la procedura azionata, con conseguente duplicazione di oneri e costi per l'istante.

Il Legislatore della riforma ha lasciato inalterata la natura cautelare dell'accertamento tecnico preventivo, presupponendo i requisiti di ammissibilità necessari e non alternativi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* ed ha trasfuso, quanto statuito dalla Corte Costituzionale, espressamente nel primo e secondo comma dell'art. 696 c.p.c. in tema di esperibilità nei confronti della persona e in ordine alla valutazione e quantificazione dei danni. Come sostenuto da NICOLA NARDO ("*Judicium*"), il Legislatore del 2005 (con applicazione ai procedimenti instauratisi dopo il 1 marzo 2006) ha compiuto un intervento deflativo in ordine alla durata e ai costi dei molteplici procedimenti, incardinati ogni anno presso i Tribunali della Repubblica, atteso che «**l'ATP non si riduce ad una mera percezione acritica del fatto e dello stato dei luoghi o della persona ma va oltre, concretizzandosi in una valutazione ed analisi critica del fenomeno sotto l'aspetto patologico e diagnostico, volto alla ricerca ed alla indivi-**

RIFERIMENTI NORMATIVI

ART. 696 C.P.C.

Accertamento tecnico e ispezione giudiziale.

Chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose, può chiedere, a norma degli artt. 692 e seguenti, che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale. L'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale, se ne ricorre l'urgenza, possono essere disposti anche sulla persona dell'istante e, se questa vi consente, sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta.

L'accertamento tecnico di cui al primo comma può comprendere anche valutazioni in ordine alle cause e ai danni relativi all'oggetto della verifica.

Il presidente del Tribunale, [il pretore] o il Giudice di Pace provvede nelle forme stabilite negli artt. 694 e 695, in quanto applicabili, nomina il consulente tecnico e fissa la data dell'inizio delle operazioni.

ART. 696-BIS C.P.C.

Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite.

L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo com-

ma dell'art. 696 ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il Giudice procede a norma del terzo comma del medesimo art. 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti.

Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione.

Il Giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Il processo verbale è esente dall'imposta di registro.

Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito.

Si applicano gli articoli da 191 a 197 in quanto compatibili.

duazione delle cause e dei rimedi per ovviare a tanto. Ad esso si applicheranno, per il suo svolgimento, la normativa ed i principi giurisprudenziali e dottrinari consolidatisi in tema di consulenza tecnica di ufficio, anche in materia di rapporti tra accertamenti e poteri del magistrato, che dovrà poi decidere nella successiva causa di merito ed è sottoposto alle regole processuali connesse a detto istituto».

Quanto all'art. 696-bis c.p.c., l'espletamento della nuova consulenza tecnica preventiva, per contro, prescinde del tutto dai presupposti così del *fumus* come del *periculum in mora*, potendo senz'altro essere domandata, anche laddove non vi sia affatto urgenza di verifica, e si iscrive nel novero dei procedimenti sommari di istruzione preventiva di natura non cautelare. A parere del CROCINI e da noi condiviso, non potrà invece difettare la presenza dei necessari presupposti processuali (integrità del contraddittorio, legittimazione attiva e passiva, etc.), nonché l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. Va da sé che sia nel caso del procedimento di cui all'art. 696 e sia del procedimento di cui all'art. 696-bis c.p.c., rimane a carico del ricorrente l'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. (art. 1218 c.c.), al fine di evitare che la consulenza richiesta abbia finalità meramente esplorative.

La consulenza tecnica "a fini conciliativi" non è una innovazione *tout court*, ma si inserisce in quella tradizione portata avanti da altri mezzi di conciliazione previsti dal Codice di rito che, di fatto, nel loro complesso non hanno ottenuto il risultato (auspicato) di deflazionare il contenzioso (art. 410 c.p.c. e art. 185 c.p.c. - novellato sempre dal Legislatore del 2005) se non addirittura hanno avuto nella pratica residuo utilizzo, fallendo così l'obiettivo per cui erano stati predisposti (si veda l'art. 322 c.p.c. verosimilmente sia in considerazione della limitata estensione della competenza del Giudice di Pace, sia per l'assoggettamento del verbale a tassa di registro, a differenza dell'art. 696-bis,

PROCEDIMENTO

La consulenza è finalizzata all'accertamento ed alla relativa determinazione dei crediti, derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.

Il procedimento ha caratteri del tutto similari a quello di ATP tradizionale:

- ▶ la norma opera sul punto un richiamo all'art. 696, terzo comma, e quindi agli artt. 694 e 695 c.p.c.;
- ▶ l'**atto introduttivo** è un ricorso depositato nella cancelleria del Giudice competente, il quale, firmerà con decreto l'udienza di **conferimento dell'incarico** dinanzi a sé con contestuale nomina del consulente, assegnando termine alla parte ricorrente ai fini della notifica;
- ▶ all'udienza **il Giudice dovrà verificare la regolarità del contraddittorio** e specificare i quesiti tecnici sui quali il consulente dovrà rispondere;
- ▶ in questa sede dovranno essere risolte le eventuali **questioni di rito**, non ultime quelle vertenti sulla opportunità di disporre eventuali chiamate in causa ai sensi dell'art. 107 c.p.c.;
- ▶ l'eventuale dichiarazione di **chiamata in causa di terzi** ai sensi dell'art. 106 c.p.c. può determinare lo slittamento dell'udienza, a beneficio comunque della regolarità e completezza del contraddittorio, anche considerando che la conciliazione avrà maggiori possibilità di essere raggiunta ove partecipino al procedimento tutti i **potenziali interessati**, ai quali, in caso di fallimento delle ipotesi transattive, potrà essere comunque opposta l'efficacia della CTU nel giudizio di cognizione;
- ▶ l'**udienza si concluderà** con l'indicazione del giorno e del luogo di inizio delle operazioni peritali, del termine assegnato ai fini del deposito dell'elaborato, e dell'acconto sul compenso del perito, che sarà posto di norma a carico del ricorrente, salva comunque una (auspicabile) diversa valutazione caso per caso;
- ▶ l'**ingresso della CTU preventiva** nel processo di cognizione, non può essere considerato automatico, dovendo invece avvenire nel rispetto delle cautele, dettate dall'art. 698 c.p.c. con riferimento a tutti gli atti di istruzione preventiva. Statuisce l'art. 696, terzo comma «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»;
- ▶ pertanto, salvo il fatto, che il Giudice della cognizione ordinaria non potrà tornare a pronunciarsi sui requisiti di ammissibilità del procedimento, già valutati in sede sommaria, resterà **impregiudicato il contenuto del giudizio di ammissibilità-rilevanza**, proprio dell'ordinanza istruttoria del Giudice della causa.

NORMATIVA PREVIGENTE

ART. 696 C.P.C.

Accertamento tecnico e ispezione giudiziale.

Chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la qualità o la condizione di cose, può chiedere, a norma degli artt. 692 e seguenti, che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale.

Il presidente del Tribunale [, il pretore] o il Giudice di Pace provvede nelle forme stabilite negli artt. 694 e 695, in quanto applicabili, nomina il consulente tecnico e fissa la data dell'inizio delle operazioni.

quarto comma, c.p.c. che espressamente ne prevede l'esenzione). In particolare l'*incipit* contenuto nella norma, secondo cui l'**espletamento di una consulenza tecnica in via preventiva può avvenire «anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696»** ci consente, a differenza dell'accertamento tecnico preventivo, di sciogliere da esigenze di natura cautelare.

PUNTI CONTROVERSI

1 Finalità del consenso informato.

Il primo punto nodale da cui prendere le mosse attiene alla necessità di ottenere preventivamente il consenso della persona nei confronti della quale l'istanza di accertamento è rivolta. **Nei casi di responsabilità medica il consenso informato è condizione** (salvo ipotesi in cui il soggetto versi in pericolo di vita o si trovi in condizioni tali da non poter rilasciare il consenso) **necessaria e preliminare al successivo intervento operativo**. Il Legislatore della riforma subordina l'espletamento dell'ATP nei confronti della controparte «se questa vi consente». Questo è il punto nodale dell'intervento legislativo sul primo comma, dell'art. 696 c.p.c. Infatti la situazione che intende accertarsi non è affatto permanente, ma attiene ad una situazione "*transitoria ex necesse*" (così testualmente B. CAPPONI, in «Commentario alle riforme del Processo civile», Milano

2007, vol. I) profilata come oggetto della domanda di misura cautelare personale. Diversamente sarebbe destinata, alla luce del requisito dell'urgenza, ad un inevitabile rigetto. **La misura di istruzione personale è dunque finalizzata a cristallizzare uno stato fisico passeggero o comunque una condizione personale suscettibile di mutamento nel tempo, non più apprezzabili o percepibili diversamente a distanza di mesi o anni.** Ma se queste sono le finalità volute dal Legislatore, vero è anche, che la scelta di subordinare la stessa concessione dell'accertamento preventivo sulla persona della controparte al suo consenso anticipato e, soprattutto, l'assenza di qualsivoglia valore probatorio al rifiuto di questi, comporta il rischio (concreto) che le situazioni transitorie continueranno a sfuggire alla operatività della cautela anticipata. Il Legislatore, sostiene sempre CAPPONI, ha inequivocabilmente costruito il consenso in chiave preventiva, come presupposto della disposizione: **in sostanza, se manca il consenso non può neppure essere "ordinata" la misura cautelare personale.** E ciò, contrariamente a quanto disposto dall'art. 118 c.p.c., "Ispezione di persone", in cui l'atteggiamento dell'esaminando è un *posterius*, trattandosi di un ordine già pronunciato e venuto ad esistenza. Oltretutto, nel caso dell'art. 118 c.p.c., al secondo comma, il Legislatore ha espressamente previsto che, in caso di rifiuto senza giustificato motivo, il Giudice applicherà i principi di cui all'art. 116, secondo comma, c.p.c.

2 Possibilità di esperire una consulenza preventiva nei casi di accertamento di responsabilità.

Il secondo punto nodale attiene alla possibilità di esperire una consulenza preventiva nei casi di accertamento di responsabilità e, in particolare, se il consulente possa anche compiere valutazioni in tema di accertamento di dette responsabilità. Riteniamo, che sia possibile predisporre anche in sede di consulenza preventiva un quesito come quello formulato nel caso guida con

l'aggiunta, peculiare di detta disposizione, di un espresso invito rivolto al CTU di tentare la conciliazione. Occorre però compiere un passo indietro. La dizione letterale dell'art. 696-bis, primo comma, c.p.c., prevede che «l'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto (...) ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti, derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito». Il dettato normativo ci dice due cose: la prima è che **il Legislatore della riforma utilizza la dizione «ai fini dell'accertamento»** e questo ci consente di aderire alle posizioni di quanti in dottrina (CAPPONI, CROCIDÌ e PLENTEDA in www.altalex.com) ritengono che il compito del consulente possa estendersi anche all'analisi delle cause e delle responsabilità, che hanno comportato le menomazioni subite dall'istante, ovviamente limitandosi ad una analisi tecnico-scientifica e non giuridica delle condotte delle parti (*contra* NARDO).

In secondo luogo **la dizione «derivanti da mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali» ci dice che detta misura può essere validamente richiesta anche nei casi di responsabilità medica, attesa la natura contrattuale della stessa** (cosiddetta responsabilità da "contatto sociale" - Cass. civ. n. 589/1998).

Del resto, una diversa interpretazione, svuoterebbe di fatto le finalità di deflazione dei giudizi pendenti presso le Corti di merito, rendendo la consulenza preventiva uno strumento spuntato.

3 Valore della conciliazione.

Il terzo punto attiene al valore che dobbiamo dare all'avvenuta conciliazione e, nel caso in cui essa non sia stata possibile, quale valore essa rivesta. In questa sede, come è evidente, il consulente è investito di funzioni ben più ampie di quanto non avvenga in ipotesi di consulenza tecnica d'ufficio

in corso di giudizio, ovvero in sede di accertamento tecnico preventivo.

Nella consulenza preventiva, infatti, il consulente non è chiamato ad operare in veste di semplice ausiliario del Giudice ma, in sostanza, egli svolge un ruolo di mediazione tirando le fila dell'intera procedura. Egli è tenuto a privilegiare l'esigenza di prospettare alle parti una soluzione della questione che, per quanto possibile, sia suscettibile di ottenere il loro consenso e ciò, proprio in ossequio al disposto dell'art. 696-bis, primo comma, c.p.c. Se la conciliazione riesce, *nulla quaestio* in quanto ci soccorrono i commi due e tre dell'art. 696-bis che attribuiscono espressamente efficacia di titolo esecutivo al processo verbale di conciliazione. Processo verbale che, ricordiamo, è esente dal versamento dell'imposta di registro.

Esistono, invece, profonde perplessità e visioni divergenti tra gli interpreti intorno alla problematica concernente il "destino" della relazione del consulente, nell'ipotesi di mancata conciliazione preventiva tra le parti.

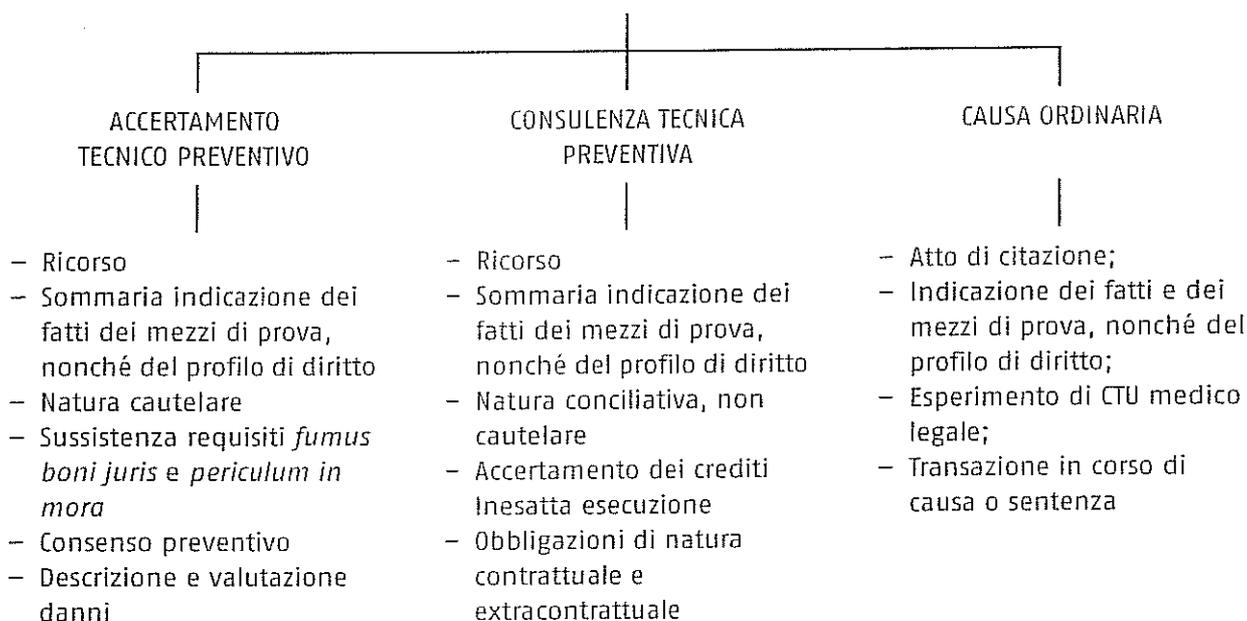
In attesa delle prime applicazioni giurisprudenziali, infatti, si dibatte sull'efficacia da riconoscersi alla relazione di consulenza nel successivo giudizio di merito ed, in generale, sulle conseguenze giuridiche e processuali da riconnettersi all'avvenuto espletamento della procedura conciliativa che abbia avuto esito negativo.

Il quinto comma dell'art. 696-bis c.p.c. si limita a riconoscere alle parti la facoltà di chiedere l'acquisizione agli atti della relazione depositata dal consulente. Nel tentativo di prospettare una valida soluzione a questo tipo di problematiche, bisogna tener ben presente la *ratio* conciliativa, che permea l'istituto in esame ed evitare di avallare soluzioni di tipo utilitaristico che, pur di conservare una qualche efficacia alla rela-

L'ATP può essere validamente richiesta anche nei casi di responsabilità medica, attesa la natura contrattuale della stessa

IL RAGIONAMENTO

TIZIO SUBISCE LESIONI IN CONSEGUENZA DI UN INTERVENTO CHIRURGICO



Schema di ragionamento:

- 1 Tizio subisce lesioni in conseguenza di un intervento chirurgico.
- 2 Tizio può procedere ad accertamento tecnico preventivo, il quale ha natura cautelare, se sussistono i presupposti di *fumus boni juris* e *periculum in mora*.
- 3 Tizio può domandare la consulenza tecnica preventiva di riduzione, la quale ha natura conciliativa e non cautelare.
- 4 Tizio deposita un ricorso presso la cancelleria del Giudice competente, che fissa con decreto l'udienza di conferimento dell'incarico dinanzi a sé con contestuale nomina del consulente.

zione tecnica, sono troppo frettolosamente propense a trascurarne il percorso generativo, discostandosi in termini inaccettabili dal dato normativo. Occorre prendere una posizione chiara: **il contenuto della relazione del consulente, nella sua parte descrittiva, di valutazione tecnica e di "accertamento e determinazione dei crediti"**, ha, nel giudizio di merito, una valenza istruttoria o può assolvere alla funzione di integrazione della cognizione del Giudice, propria della CTU.

CONCLUSIONI

L'esperibilità dell'accertamento tecnico preventivo nei casi di colpa professionale negli interventi di chirurgia anche di

natura estetica è ammissibile. L'intervento del Legislatore del 2005 si inserisce in quella tradizione che prende le mosse dagli ADR (*alternative dispute resolution*), ovvero quelle forme di mediazione e di risoluzione alternativa delle controversie, che hanno origine nei paesi di *Common Law* e stanno avendo largo consenso negli ordinamenti dei paesi d'oltralpe (si veda la somiglianza della disposizione dell'art. 696-bis c.p.c. con la germanica *Schriftliche Begutachtung* - art. 485, secondo comma - e con la transalpina *Référé probatoire ou preventif* - art. 145). In particolare, nelle innumerevoli e in aumento cause civili aventi ad oggetto casi di colpa medica - vuoi anche per il mutamento operato dalla giu-

risprudenza in materia a partire dagli anni '70 (sostanziale impunità) ad oggi - **l'accertamento delle responsabilità del medico**, della casa di cura, della struttura ospedaliera e la valutazione e conseguente entità delle lesioni del paziente si **"risolve" spesso nell'ammissione di una consulenza medico legale**. Ciò per due ordini di fattori: *in primis* la necessaria e ineliminabile predisposizione della cartella clinica da parte dei sanitari del nosocomio, rende di fatto superflue la predisposizione e la conseguente ammissione delle prove orali volte alla descrizione del fatto e dell'intervento; in secondo luogo, la tecnicità della materia e la peculiarità degli argomenti trattati impongono al Giudice, ripetiamo mai come in questo caso, di doversi necessariamente avvalere di un ausiliario che, in molte situazioni assai complesse e specifiche, a sua volta richiederà di avvalersi di uno specialista. Il nominato consulente tecnico, i cosiddetti "occhiali del Giudice", non dovrà ovviamente "decidere" la causa, ma fornire al giudicante chiari elementi per determinare la correttezza o meno dell'operato dei sanitari, le conseguenti responsabilità e le lesioni patite dal soggetto. Se dunque le cause di merito vengono poi risolte, anche transattivamente in giudizio, dopo il deposito dell'elaborato peritale, appare evidente che il ricorso agli strumenti di istruzione preventiva, così come riformati dal decreto competitività, dovrebbero evitare le lungaggini dei procedimenti ordinari a cognizione piena. Perché dunque non **anticipare la successiva e a volte necessaria fase di merito, sperando i mezzi di istruzione preventiva. Ciò comporterebbe un notevole risparmio di tempi, costi e diminuzione dei rischi per la salute (e le tasche) del paziente** soprattutto in casi, come quello guida della nostra riflessione, in cui il procrastinarsi del tempo potrebbe condurre a pericolose conseguenze. Va da sé, che la differente esperibilità dei due procedimenti sarà dettata dalla presenza o meno del presupposto dell'urgenza e dalla diversa finalità, immediatamente

conciliativa (art. 696-bis c.p.c.) o meno (art. 696 c.p.c.) che le parti intenderanno perseguire. A solo fine statistico, evidenziamo che, nel corso dell'anno 2007 presso il Tribunale di Bologna, sono stati depositati 451 ricorsi per accertamento tecnico, con un aumento rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente pari al 13%. Non è però stato possibile rilevare quanti attengano all'art. 696 e quanti all'art. 696-bis c.p.c. Nei casi di consulenza preventiva, abbiamo già detto, che il Tribunale di Bologna ha predisposto un provvedimento in cui il nominato consulente dovrà tentare la conciliazione e, in caso negativo, dovrà indicare dettagliatamente le ragioni per le quali la conciliazione non è riuscita. E proprio per far sì che la funzione di conciliazione preventiva della lite riesca, sarà necessario e quanto mai opportuno, che partecipino tutte le parti interessate (nel caso di specie l'azienda ospedaliera, il primario, la casa di cura, i medici ritenuti responsabili), altrimenti il Giudice, che ricordiamo non partecipa alla fase "delegata" al consulente, non potrà poi apporre l'*exequatur* sul verbale di conciliazione. A ciò si aggiunga che, **affinché la procedura preventiva possa assolvere alla sua funzione, è auspicabile che le stesse parti assumano un atteggiamento non già "difensivo", ma, al contrario, il più possibile conciliativo, fornendo al consulente tutte le notizie e facendo tutte le dichiarazioni che possano essere utili allo sforzo di ricerca di una soluzione condivisa**. L'eventuale e non auspicato fallimento dell'accesso alla tutela preventiva, potrà essere dettato da alcuni fattori giuridici e che, in alcune situazioni, non potranno essere elusi. Quanto all'accertamento tecnico mai vi saranno problemi quando sarà l'istante, in ipotesi di urgenza, a richiedere l'accertamento sulla sua persona. Tutt'al più la mancata celerità della fissazione

Affinché la procedura preventiva possa assolvere alla sua funzione è auspicabile che le parti assumano un atteggiamento conciliativo

di udienza e il ritardato conseguente inizio delle operazioni peritali, potrebbe di fatto vanificare le finalità dell'azionato procedimento. Nel caso guida, Tizio era a concreto rischio di gravi conseguenze per il proprio stato psico-fisico e quindi, i tempi della giustizia non collimavano con la necessità di procedere ad una "fotografia dello stato di fatto" prima della operazione di rimozione della protesi. L'anticipazione di udienza (in prima battuta prevista per febbraio 2008) concessa dal Tribunale, ha permesso invece, di non vanificare l'ATP stesso e di permettere a Tizio di sottoporsi al programmato intervento. Sarà quindi necessaria una valutazione "case by case"

da parte del Tribunale. Problemi vi saranno invece, se verrà richiesto di poter procedere ad accertamento nei confronti della controparte. In caso di rifiuto, atteso che il Legislatore ha inequivocabilmente considerato l'ottenimento del consenso in via preventiva rispetto alla misura cautelare azionata, l'ATP non sarà esperibile. Il consenso non è coercibile e, *de plano*, non vi è alcuna sanzione normativa in caso di rifiuto. Quanto alla consulenza preventiva riteniamo che, la dizione letterale della norma, consenta di procedere ad un accertamento delle responsabilità e ad una quantificazione dei danni lamentati dall'istante.

La formulazione della norma lascia spazio alle più svariate applicazioni e il compito del consulente dovrà essere effettivamente preposto alla conciliazione, involgendo compiti di mediazione e diplomazia. Mentre, **la consulenza preventiva potrà considerarsi un valido strumento volto alla determinazione dei danni patrimoniali e biologici**, in particolare quelli derivanti da sinistro stradale (si veda, per esempio, la fattispecie di "provvisionale", disciplinata dall'art. 147 del nuovo Codice delle Assicurazioni, il quale prevede, a determina-

te condizioni, l'assegnazione di una somma «nei limiti dei quattro quinti dell'entità del presumibile risarcimento che sarà liquidato in sentenza».

Orbene, nella fase processuale in cui il Giudice è chiamato ad accordare tale somma alla vittima di un sinistro stradale, in attesa di una canonica consulenza tecnica d'ufficio, gli elementi, dai quali desumere il "presumibile risarcimento che sarà liquidato in sentenza", sono costituiti dall'indicazione contenuta nella domanda giudiziale, che è atto di parte e, in caso di precedente consulenza "per la determinazione dei crediti" *ex art. 696-bis*, dalla relazione redatta dal professionista nominato dal Giudice, col contributo di entrambe le parti e dei rispettivi consulenti), altrettanta difficoltà il consulente potrà trovare nei casi di responsabilità medica. Ciò in quanto, a parte la già accennata necessità di far sì che tutti i soggetti "coinvolti" partecipino al giudizio per i motivi anzidetti, la maggior parte dei casi di accertamento della colpa medica, attiene ad interventi chirurgici di non facile risoluzione.

Salvo casi lapalissiani, **il consulente non potrà svolgere considerazioni di natura giuridica** – detta fase, come detto, non si svolge innanzi al Giudice – **ma dovrà accertare la mancata o inesatta obbligazione da parte del medico e/o della struttura sanitaria, solamente alla luce delle competenze tecniche e scientifiche in suo possesso** [forse i casi di chirurgia estetica dovrebbero prestarsi a un utilizzo più proficuo della tutela di cui all'art. 696-bis c.p.c.]. Questo, non trascurabile elemento, potrebbe comportare un utilizzo ridotto della tutela di cui all'art. 696-bis c.p.c. e, di fatto, non consentire la formazione del processo verbale e del conseguente decreto di esecutività. Non resterà, pertanto, che agire con autonomo giudizio di cognizione, chiedendo che la consulenza preventiva venga acquisita nel processo con i limiti già detti. Analogamente, dovrà così procedersi, anche in caso di mancata transazione a seguito di esperito accertamen-

La consulenza preventiva potrà considerarsi un valido strumento volto alla determinazione dei danni patrimoniali e biologici

to tecnico preventivo. Se si dovrà ricorrere al procedimento ordinario allora, ancora una volta, purtroppo, verranno meno le finalità di deflazione del carico istruttorio dei Tribunali ita-

liani, che il Legislatore si è prefisso e dovrà attendersi l'ammissione e gli esiti di una consulenza tecnica d'ufficio con i noti e conseguenti tempi e costi della giustizia. ■

GIURISPRUDENZA RILEVANTE

NOTIFICA DELL'ATTO E PRESCRIZIONE

Orientamento maggioritario

Cass. civ., Sez. I, 23.01.1997, n. 696

La notificazione dell'atto introduttivo dell'accertamento tecnico preventivo richiesto dal debitore, non è idonea ad interrompere la prescrizione ai sensi degli artt. 2943, comma 1 e 2945, comma 2, c.c.

PROCURA

Orientamento maggioritario

Cass. civ., Sez. III, 2.04.2001, n. 4784

La procura apposta sul ricorso per accertamento tecnico-preventivo, con riferimento anche al giudizio di merito, è idonea alla regolare instaurazione di quest'ultimo, anche nel caso in cui tale accertamento non venga espletato, stante lo stretto collegamento tra le due fasi processuali, sempreché il ricorso sia depositato con la citazione introduttiva (che ne faccia esplicito richiamo) e la controparte non sollevi specifiche contestazioni.

ACCERTAMENTO E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

Orientamento maggioritario

Cass. civ., Sez. III, 26.09.2006, n. 20819

In tema di accertamento e quantificazione del danno, il Giudice, pur non potendo tener conto delle considerazioni che il consulente - nominato in sede di accertamento tecnico preventivo - abbia formulato travalicando i limiti dell'incarico affidatogli, può tuttavia utilizzare, allorché l'accertamento del danno si compenetri nella stessa verifica dello stato dei luoghi, nonché della qualità e della condizione delle cose, la parte descrittiva della consulenza (nella specie, corredata da fotografie), prescindendo dal parere irrualmente espresso dal tecnico e valutando autonomamente - ancorché, nel risultato, in maniera concordante - le descrizioni contenute nella consulenza.

Cass. civ., Sez. III, 8.08.2002, n. 12007

Lo sconfinamento dai limiti dell'accertamento tecnico preventivo - affidato nella specie dal Giudice per descrivere la condizione obiettiva di un organo della persona dell'istante ed espletato dal consulente anche con accertamenti concernenti le cause della sindrome relativa a tale organo - dà luogo ad una inutilizzabilità soltanto relativa dell'accertamento; ne deriva che, ove non sia concretamente configurabile alcuna violazione del principio del contraddittorio, per avere le parti effettivamente partecipato all'accertamento tecnico anche nei punti esorbitanti dall'incarico, ovvero allorché la relazione del consulente sia stata ritualmente acquisita agli atti senza opposizione delle parti stesse, si realizza la sanatoria di detta esorbitanza, con conseguente utilizzabilità dell'accertamento.

ISTRUZIONE PREVENTIVA

Orientamento maggioritario

Cass. civ., Sez. III, 7.07.2006, n. 15436

In tema di istruzione preventiva, l'inosservanza delle disposizioni che regolano il relativo procedimento, dando luogo a nullità di carattere relativo, vanno eccepite dalla parte interessata nella prima istanza o difesa successiva al loro insorgere, sicché, in mancanza di tempestiva eccezione, la nullità resta sanata secondo la regola generale di cui all'art. 157 c.p.c.

RICORSO

Orientamento maggioritario

Trib. Alba 17.05.2006

Qualora non sussistano ragioni ostative a che l'accertamento tecnico preventivo venga disposto nel corso di un ordinario giudizio civile, il ricorso avanzato ai sensi degli artt. 696 e 696-bis c.p.c. non è accoglibile.

PROVA

Orientamento maggioritario

Trib. Civitavecchia 15.02.2006

Per la conservazione del possesso non è necessaria l'esplicazione di continui e concreti atti di godimento e di esercizio del possesso, essendo sufficiente che il bene posseduto, in relazione alla sua natura e destinazione economico-sociale, possa ritenersi nella virtuale disponibilità del possessore, nel senso che questi possa quando lo voglia, ripristinare il rapporto materiale con lo stesso.

SPESE

Orientamento maggioritario

Cass. civ., Sez. III, 27.07.2005, n. 15672

Le spese dell'accertamento tecnico preventivo "ante causam" vanno poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente e vanno prese in considerazione nel successivo giudizio di merito (ove l'accertamento stesso venga acquisito) come spese giudiziali, da porre, salva l'ipotesi di possibile compensazione totale o parziale, a carico del soccombente e da liquidare in un unico contesto.

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Orientamento maggioritario

C. Cost. 22.10.1999, n. 388

Non è fondata - in riferimento agli artt. 24 e 11 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 § 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848 - la q.l.c. dell'art. 696 c.p.c., nella parte in cui, prevedendo che chi ha urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato dei luoghi o la condizione di cose, può chiedere che sia disposto un accertamento tecnico, non consente di accertare in questa sede l'entità dei danni, in vista di un giudizio di risarcimento.