

Medical malpractice & Tribunali

La prassi della richiesta di un consulente di ufficio *extra districtum* è corretta?

di Carlo Cincotti
Avvocato, Foro di Napoli

Non sfugge o non è sfuggito a coloro che frequentano le aule dei Tribunali, come avvocati o come consulenti o a volte come parti, che sempre più spesso si assiste nei casi di presunta *medical malpractice* che una delle parti chieda al giudice che il Consulente Tecnico d'Ufficio (Ctu) venga nominato *extra districtum*. A sommosso avviso di chi scrive, questa prassi, a prescindere anche da un vago concetto di legittima suspicione, mina i principi cardine del nostro processo civile.

Infatti, i principi della consulenza tecnica d'ufficio si basano, com'è noto, sui seguenti postulati:

- 1) che il consulente nominato d'ufficio sia un ausiliare del giudice e, in quanto tale, terzo e imparziale;
 - 2) che il consulente nominato non solo sia competente, ma goda della fiducia e della stima del giudice che lo ha designato;
 - 3) che il giudice è *peritus peritorum*.
- In realtà, volendo leggere tra le righe, chiedendo che venga nominato, di principio, un consulente da ricercarsi al di fuori del distretto della Corte di Appello di dove si è verificato l'intervento medico, si afferma che:
- a) il consulente d'ufficio potrebbe non essere imparziale;
 - b) il consulente potrebbe non

Come garantire terzietà e imparzialità, assicurando alla Giustizia le migliori consulenze tecniche. Senza ricorrere ad una prassi poco rispettosa del ruolo del Giudice e della professionalità del Consulente d'Ufficio

meritare l'incarico affidato; c) ma soprattutto il giudice potrebbe non riuscire a supervisionare l'elaborato peritale.

Ci si rende subito conto come ciò non è ammissibile.

Gli orecchianti che sempre più spesso operano nei tribunali ripetono fino alla nausea che la Consulenza Tecnica d'Ufficio non è un mezzo di prova. In realtà "la consulenza tecnica" è un mezzo istruttorio sottratto alla disponibilità delle parti e affidato al prudente apprezzamento del giudice del merito" (ex multis Corte di Appello di Torino 21/04/2004).

Con la doverosa premessa che il Consulente Tecnico d'Ufficio è un ausiliario del Giudice, si può (rectius) si deve interpretare il suo ruolo e il frutto del suo lavoro come producenti effetti solo ed

esclusivamente dopo la validazione del giudice che, anche a seguito di censura critica della Consulenza Tecnica d'Ufficio effettuata dai consulenti delle parti, può disattendere le conclusioni della consulenza e formarsi, in difformità dall'elaborato peritale, il suo libero convincimento.

In altri termini, si può affermare che il prudente apprezzamento del giudice non si deve basare esclusivamente sull'opera del consulente d'ufficio ma può e deve tenere in considerazione anche i consulenti delle parti.

Relativamente ai consulenti di parte, occorre chiedersi se essi siano affidabili per la decisione finale o se nello svolgimento della loro funzione possono travalicare anche i limiti assegnati dalle cosiddette regole dell'arte. Ovvero il Consulente Tecnico di Parte, pur nel rispetto della teoria della prospettazione, può formulare affermazioni anche contro la verità scientifica per favorire il proprio committente e portare a casa il risultato richiesto?

Un consulente tecnico di parte che sia un consulente nel pieno rispetto del termine sa bene che il risultato cui è diretto l'interesse della parte committente resta



al di fuori del contenuto dell'obbligazione del consulente tecnico che l'assiste, cosicché la sua mancata realizzazione al termine del giudizio non costituisce, di certo, inadempimento del consulente. Quindi l'attività del Consulente Tecnico di Parte non può essere ricondotta alla categoria dell'obbligazione di risultato, ma deve essere considerata quale obbligazione di mezzi alla stregua dell'attività del procuratore legale, ma si concreta nell'incarico di fornire "gli elementi di valutazione necessa-

ri e i suggerimenti opportuni onde poter adottare consapevoli decisioni a seguito d'un apprezzamento ponderato di rischi e vantaggi" (Cass., 14 novembre 2002, n. 16023).

Orbene, se l'opera del consulente di Ufficio è sottoposto al vaglio del giudice e il giudice stesso è coadiuvato dall'operato dei consulenti di Parte che, nel rispetto dei ruoli, forniscono ulteriori elementi di giudizio, la richiesta di un tecnico *extra districtum* si giustifica, allora, all'unico fine di evitare "condizionamenti" dovuti alla comune sfera territoriale di esercizio della professione medica tra il Consulente Tecnico d'Ufficio e il convenuto nel giudizio, ad esempio, per responsabilità medica.

Balza agli occhi che la richiesta di nomina di un tecnico *extra districtum* non sia la soluzione sia in ordine alla professionalità sia alla imparzialità; migrazioni universitarie, convegni e congressi possono nullificare questa precauzione.

L'apporto delle società scientifiche

Alla luce di quanto sopra, pertanto, appare, la richiesta di nomina del consulente *extra districtum* veramente poco rispettosa del ruolo del Giudice e della professionalità del Consulente d'Ufficio.

Se ciò è vero, come è vero, si apre la strada alle Società scientifiche di coadiuvare il magistrato nella scelta del consulente, mettendo a sua disposizione un ventaglio di nomi lontani da condizionamenti e dotati della necessaria capacità tecnica professionale per adempiere il loro mandato.

Il magistrato dovrebbe chiedere alla Società scientifica di riferimento del medico convenuto in giudizio una rosa di nomi che la Società scientifica dovrebbe fornirgli dopo aver preventivamente eseguito un'operazione di screening nella scelta dei nomi, per assicurare non solo competenza specifica, ma anche per eliminare amicizie e/o inimicizie tra il Consulente e il soggetto sottoposto a giudizio.

Le Società scientifiche farebbero così da garanti di terzietà e imparzialità e assicurerebbero alla Giustizia delle consulenze non solo imparziali ma sicuramente effettuate dai professionisti più accorsi e dotati delle migliori competenze. **Y**

È tempo che le Società scientifiche coadiuvino il magistrato nella scelta del consulente, mettendo a sua disposizione un ventaglio di nomi lontani da condizionamenti e dotati delle migliori competenze

► **Segue da pagina 21**

Non è di poco conto poi che siano state emesse negli anni Novanta ovvero in un periodo in cui la scienza medica ancora non dava adeguato sostegno alla sofferenza del paziente. Oggi queste sono considerate prime, insoddisfacenti risposte in un contesto in cui non erano così sviluppate le tecniche palliative, il trattamento del dolore, l'enorme progresso della scienza e della tecnica in materia di cui possiamo godere oggi, predisponendo strutture adeguate a sostenere i pazienti e le loro famiglie solidalmente.

Nell'esperienza dei paesi che hanno legalizzato l'eutanasia, la *ratio legis* è stata l'esigenza di ovviare a sofferenze non sostenibili e non evitabili. Inoltre è stata avvertita la preoccupazione di evitare possibili (intollerabili) suggestioni/manipolazioni di questi pazienti particolarmente esposti e vulnerabili, da parte di terzi, (dalla struttura che può non volere sostenere costi "inutili"; ai parenti per i quali il malato costituisce un onere troppo gravoso sotto il profilo morale, economico, di stress e si trovano nell'impossibilità di accettare la malattia e fornire sostegno

solidale, anche perché troppo spesso non aiutati dalla società e dalle strutture sanitarie).

Gli articoli, i dibattiti, i lavori preparatori delle leggi, le sentenze hanno evidenziato gradualmente la necessità di maggior tutela contro le richieste di eutanasia non "genuine" e le ripercussioni negative sul rapporto medico-paziente, poiché compito

del medico e del servizio sanitario è curare e non procurare morti anticipate.

La maggioranza dei paesi oggi ritiene, oltre che illecita e contraria ai diritti

fondamentali, anche superata la motivazione in favore dell'eutanasia (risparmiare al paziente intollerabili sofferenze prima di una morte inevitabile cui si sta avviando), orien-

tandosi verso lo sforzo di incrementare strutture e personale deputato a sostenere, con la dovuta assistenza solidalmente, questi malati e le loro famiglie, chiamando in causa un doveroso coinvolgimento socio-sanitario. La maggior parte dei paesi distingue, condannandole, l'eutanasia e l'assistenza al suicidio, dalla sospensione di cure obiettivamente non più utili nell'imminenza della morte o in quegli stadi di malattia qualificabili come irreversibili (coma, stato vegetativo persistente, ecc.), che costituirebbero "accanimento terapeutico". **Y**

Prosegue sul prossimo numero la seconda parte dell'articolo dedicata a un approfondimento sulle scelte del fine vita negli ordinamenti di Gran Bretagna e Francia