

Il potere del CTU

di reperire nuovi documenti in sede giudiziale civile

Luigi Lucente - avvocato, Studio Legale Lucente, Milano

Davide Pistone - avvocato, associate partner Studio Legale Lucente, Milano

Drawing on the recent twin rulings nos. 3086 and 6500 of 2022 by the United Sections, as well as the verdicts that have followed suit, we delve into the power of acquisition of new documentation, not on file, by physicians called upon to judge, as consultants, the work of colleagues in civil court. In particular, the law firm, which has been dealing with medical liability in the country for several years, takes the opportunity to explain the repercussions that such a technical procedural issue can reverberate, in practice, on the position of facilities and physicians involved in a civil judgment.

Traendo spunto dalle recenti sentenze gemelle nn. 3086 e 6500 del 2022 delle Sezioni Unite, oltreché dai verdetti che ne hanno fatto da strascico, si approfondisce il potere di acquisizione di nuova documentazione, non agli atti, da parte dei medici chiamati a giudicare, in veste di consulenti, l'operato di colleghi in sede giudiziale civile. In particolare, lo Studio Legale, che da diversi anni si occupa della responsabilità medica sul territorio nazionale, coglie l'occasione per spiegare le ripercussioni che un tema processuale così tecnico può riverberare, nel concreto, sulla posizione delle strutture e dei medici coinvolti in un giudizio civile



KEYWORDS

giudizio civile
civil court

Gli arresti Cass. civ., SS.UU., 1.2.2022, n. 3086 e Cass. civ., SS.UU., 28.2.22, n. 6500 compongono un approdo giurisprudenziale importante. La Suprema Corte ha reso due pronunce cd. gemelle, ovvero sia pressoché identiche, nell'intento di marcare - come già avvenuto in passato - l'autorevolezza e la resilienza dell'approdo raggiunto. Tali verdetti riassumono i limiti dei poteri investigativi detenuti dal Consulente Tecnico dell'Ufficio (CTU) nominato dal giudice nel procedimento civile, circoscrivendo il campo operativo e, segnatamente, la possibilità di questo di acquisire in autonomia, dalle parti o da terzi, documenti che ritiene necessari per adempire al proprio compito consulenziale. Tuttavia, prima di enucleare i contenuti di tali sentenze, pare atto dovuto dettagliare il contesto in cui queste si innestano, per poi trarne, senza pretesa e spazio di un'analisi funditus, salienti spunti di riflessione.

La Consulenza Tecnica d'Ufficio nel processo civile

Si fornisce al lettore una panoramica di oneri e onori del CTU nel processo civile. Anzitutto, rispetto all'istituto per come delineato dal codice di rito del 1865, l'impianto processuale moderno del codice di rito del 1940 ha delineato la figura del CTU come longa manus del giudice, piuttosto che uno strumento discendente dalle parti in causa, tanto che, a norma dell'art. 61 e ss. c.p.c., la nomina del CTU è prerogativa e appannaggio esclusivo del magistrato, estranea ai doveri-poteri istruttori dei contendenti. Il giudice, difatti, formula un quesito e incarica, per risponderci, uno o più CTU. Sul CTU nominato maturano doveri e responsabilità di natura civile e penale. Ex artt. 191 e ss. c.p.c. e 13 e ss. disp. att. c.p.c. il giudice, individuato uno o più consulenti tra quelli iscritti all'Albo, e ottenuto il giuramento "di bene e fedelmente assolvere al compito affidatogli al solo scopo di far conoscere

ai giudici la verità", procede, in assenza di fondate ragioni di astensione o ricusazione, al conferimento dell'incarico. Si individua, quindi, la data di inizio delle operazioni peritali. Il magistrato assegna: un termine entro il quale il CTU dovrà trasmettere alle parti una prima versione dell'elaborato peritale; un termine entro il quale le parti dovranno rendere loro eventuali scritti di replica (cd. osservazioni); un termine per il deposito nel fascicolo, da parte del CTU, della relazione peritale, munita di una sintetica valutazione delle osservazioni delle parti. Il giudice può rinnovare le operazioni pe-

ritali, domandare integrazioni o chiarimenti, anche orali in udienza. Il CTU può (e in alcuni casi deve) stimolare e partecipare alla conciliazione delle parti. Al CTU è riconosciuto, all'atto del conferimento dell'incarico, un fondo spese, oltreché, di norma, un saldo al deposito dell'elaborato. Il CTU è tenuto al rispetto del principio del contraddittorio e a tenersi equidistante e imparziale rispetto ai pretendenti. Ogni incontro deve essere verbalizzato e ogni attività rendicontata e documentata. L'art. 194 c.p.c. prevede che il CTU possa compiere le indagini acconsentite al giudicante che l'ha incarica-

IL CTU PUÒ STIMOLARE E PARTECIPARE ALLA CONCILIAZIONE DELLE PARTI

VI È DIVIETO PER IL CTU DI INDAGARE FATTI NUOVI RISPETTO A QUELLI INDICATI DALLE PARTI O DI ACQUISIRE ELEMENTI PROBATORI ESTRANEI RISPETTO A QUELLI OFFERTI DALLE PARTI

to e può essere autorizzato "a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi e a eseguire piante, calchi e rilievi". È normalmente ammesso che il CTU si faccia assistere da collaboratori, senza tuttavia sostituzione di ruoli, salva viceversa istanza al giudice per la nomina di ausiliari. Vi sono poi norme ad hoc per la consulenza tecnica in campo contabile e giuslavoristico, che qui però non approfondiremo.

Principi del processo sottesi dalla trattazione

Allra premessa obbligata concerne i principi processuali in gioco e di cui, discorrendo di CTU, bisogna tener conto. Volendo essere concisi, il primo elemento processuale incidente nella trattazione del tema riguarda le preclusioni istruttorie, introdotte con la riforma del processo del 1990 e rimaste intatte ancora oggi con la recente riforma Cartabia del 2023. Trattasi dell'apposizione di un termine nel corso del processo - che a seconda del rito può variare, ma di norma precede le eventuali operazioni peritali - dopo il quale alle parti non sarà più consentito fornire elementi probatori e quindi, segnatamente, nemmeno produrre documenti (se non sopravvenuti). All'insorgere di tale steccato probatorio, dunque, i contendenti dovranno necessariamente aver completato la propria produzione documentale e ciò a tutela del principio di difesa delle parti, oltreché di celerità, di economicità e, comunque, di definitività del giudizio. Altro cardine importante del processo è il principio dispositivo, ossia la regola generale secondo cui, salvo eccezioni (ex multis artt. 117, 281 ter, 421 c.p.c., 2711 c.c.), vige il brocardo latino *iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*: il magistrato può giudicare (oltreché su fatti di comune esperienza e fatti non contestati dall'avversario) solo sulla scorta degli elementi probatori offerti dalle parti, senza quindi poter reperire altrove e in autonomia ulteriori prove (art. 115 c.p.c.). È, questo, un principio immanente nel processo ma mitigato da alcune eccezioni, fra cui può annoverarsi, per quanto qui d'interesse: l'ordine di esibizione alla parte o al terzo (art. 210 c.p.c.), che si realizza quando, su istanza di una parte, il giudice ordina all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione; la richiesta alla Pubblica Amministrazione di informazioni scritte relative ad atti e documenti della stessa (art. 213 c.p.c.) che il magistrato, anche di sua autonoma iniziativa, può disporre; ovvero l'or-



dine di ispezione alle parti o a terzi (art. 118 c.p.c.) che il giudice può disporre su persone o cose se indispensabile per conoscere i fatti della causa. Non meno importante, i principi della domanda (art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.), dal cui connubio discende l'onere delle parti di precisione e completezza nell'esposizione delle proprie domande (o eccezioni) e dei fatti fondanti le medesime. Difatti, queste non potranno subire variazioni o aggiunte postume in corso di causa (se non a determinate condizioni), nemmeno per volere del giudice, il quale, viceversa, potrà pronunciarsi esclusivamente sulle richieste effettivamente avanzate dalle parti e comunque non oltre i limiti delle stesse, neppure per ragioni di verità e giustizia, in grazia al brocardo latino *ne eat iudex ultra petita partium*. Infine, fa da pendant ai principi di cui sopra il divieto di consulenza meramente esplorativa, ossia il divieto per il CTU di indagare fatti nuovi rispetto a quelli indicati dalle parti o di acquisire elementi probatori, documenti compresi, estranei rispetto a quelli offerti dalle parti, non potendo il CTU sostituirsi a queste ed esonerarle, di fatto, dalle relative decadenze.



È AMMESSO CHE IL CTU SI FACCIA ASSISTERE DA COLLABORATORI, SENZA TUTTAVIA SOSTITUZIONE DI RUOLI. SALVA VICEVERSA ISTANZA AL GIUDICE PER LA NOMINA DI AUSILIARI

Le ordinanze interlocutorie n. 9811/2021 e 8924/2021

In questo contesto le citate ordinanze interlocutorie della Sezione I della Corte di Cassazione spiegarono come negli anni era invero fiorito un contrasto giurisprudenziale attorno all'istituto della consulenza tecnica: contrasto di assai ampio respiro, in realtà, ma che in questa sede si compendierà attorno all'analisi dei poteri istruttori del CTU. Tra l'altro si segnalava, infatti, che nel corso degli anni sorgeva nella magistratura un'esigenza sempre maggiore di stemperare quei rigidi principi processuali sopra citati in favore di un sistema che perseguisse maggiormente lo scopo di giustizia, a cui in fin dei conti il processo per elezione deve tendere. Sono seguite, così, interpretazioni sempre più estensive dei poteri dei CTU. Si è sempre ammessa, per esempio, l'acquisizione e consultazione da parte del CTU di documentazione statistica, commerciale o bibliografica, pur anche non prodotta o indicata dalle parti. Al pari, si è consentito al CTU non solo di valutare i fatti ma anche di divenire fonte diretta di prova accertando fatti non altrimenti accertabili se non con l'impiego di tecniche o conoscenze particolari, aprendo così la strada alla distinzione tra consulenza deducibile

e percipiente (così sin già Cass., SS.UU., 4.11.96, n. 9522) e, d'effetto, consentendo al CTU anche di svolgere esami tecnici e attività strumentali su persone e cose. Si è poi consentito al CTU anche di acquisire, entro certi limiti, informazioni e specifici documenti, dalle parti o da terzi, se necessari per rispondere al quesito peritale. Di conseguenza, negli anni andava progredendo una dicotomia d'intendimenti all'interno della Magistratura, strappata in quest'ottica tra un filone più rigoroso (presieduto, qui per tutte, da Cass. civ., Sez. III, 6.12.19, n. 31886) e uno più indulgente (ex plurimis Cass. civ., Sez. II, 5.2.20, n. 2671) davanti alla possibilità di estendere il campo d'azione del CTU.

L'apporto fornito dalle Sezioni Unite del 2022

Il compito di ricomporre tale disallineamento è stato affidato alle sentenze Cass. civ., SS.UU., 1.2.2022, n. 3086 e Cass. civ., SS.UU., 28.2.22, n. 6500. Ivi il supremo consesso ha affermato il seguente principio di diritto: "il consulente nominato dal giudice... può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottoposti, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio". Ebbene, si tratta di una valutazione che, oltre a elevare a regola generale il principio di libera acquisizione di documenti da parte del CTU, pone a deroga di questo una valutazione in punto di diritto che in effetti risulta assai complessa, specie per il perito e che, anche a tutto voler concedere, rischia comunque di lasciare un ampio margine discrezionale in capo al singolo giudicante, data la nebulosità del concetto: cosa debba intendersi per fatto principale, infatti, non si presenta come un concetto lineare e di univoca visione. Non si fatica a presagire più di qualche incertezza, quindi, nell'applicazione di tale distinzione tra ciò che afferisce ai fatti principali e ciò che, invece, vi è alieno, al rischio di dover rimettere la palla al giudicante (con sospensione delle operazioni peritali) ovvero, ancora peggio, di dover riprendere in mano tale scelta del CTU al termine delle operazioni, innanzi al giudice, e nel caso ripetere tutto daccapo.

Non solo: siffatta presa di posizione non risolve il problema del perseverante clima d'incertezza che muove attorno ai poteri istruttori del CTU, che erode quell'elemento di certezza del diritto, anche processuale, a cui l'ordinamento invece ambisce. In altri termini, chi agisce o resiste in un procedimento civile continuerà a non avere contezza del compendio documentale su cui verterà il giudizio peritale, pur eretto lo sbarramento istruttorio e così anche per tutto il corso delle operazioni peritali, anche rinnovative o integrative, e finanche in appello, dacché potrà sempre accendersi nel CTU la convinzione di dover acquisire nuovi documenti. Inoltre, nonostante l'autorevolezza delle sentenze, non ci si può esimere dal constatare più di una qualche incoerenza rispetto a molteplici disposizioni codicistiche (fra cui l'art. 198, 210, 213), che in qualche modo dipinge la soluzione scelta dagli ermellini come una forzatura. D'altra parte, rimane indubitabile che la consacrazione di un tale allargamento dei poteri del CTU a opera delle Sezioni Unite sia più che altro una scelta di campo e quindi espressione di una volontà maggiormente incline a quel fine ultimo di giustizia verso cui, in effetti, il processo comunque si atteggia a mero strumento.

Le incertezze applicative

In questi mesi che ci hanno separato dal duplice arredo sono seguite interpretazioni poco omogenee. Difatti, a titolo di esempio - e soffermando l'attenzione solo al campo sanitario - possono scorgersi Cass. civ., Sez. VI, 31.8.22, n. 25604 e a Cass. civ., Sez. III, 9.11.22, n. 32935. Ora, nel primo arredo i giudici di merito confermavano l'inammissibilità della richiesta del CTU di acquisire il CD di una RMN, con il relativo referto medico, indicato nel "racconto anamnestico presente in cartella clinica prodotta in atti". Ad avviso del paziente-ricorrente, invece, i giudicanti, nel confermare che il CD in questione rientrava tra i documenti che l'attore avrebbe dovuto depositare nel rispetto dei termini di legge, e quindi nel negarne l'ammissibilità, avrebbero «illegittimamente impedito la formazione di una CTU avente un'effettiva valenza probatoria in giudizio, inficiandola di nullità». Ebbene, in tal caso la Suprema Corte rigettava la pretesa del paziente, asserendo, in espresso richiamo alle decisioni qui in commento, che "Risulta evidente che l'acquisizione della RMN del ginocchio fosse diretta a provare la sussistenza...del danno al ginocchio dello stesso e, soprattutto, a dimostrare la sussistenza di un eventuale nesso causale tra l'evento



LA CARTELLA CLINICA NON AMMETTE CANCELLAZIONI O ALTERAZIONI, DACCHÉ ACQUISTA CARATTERE DI DEFINITIVITÀ DA QUANDO LA SINGOLA ANNOTAZIONE VIENE REGISTRATA

lesivo e la lamentata rottura del legamento crociato anteriore...e che, quindi, tale CD fosse diretto a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda. Ne consegue che i giudici di merito hanno fatto corretta applicazione delle norme che disciplinano l'attività di consulenza tecnica d'ufficio e, in sostanza, dei principi di recente affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte e sopra richiamati". Viceversa, nel secondo verdetto il ricorrente, lamentando che la Corte d'Appello avesse erroneamente dichiarato illegittima l'acquisizione del CTU (invece autorizzata dal Tribunale) di ulteriore documentazione sanitaria del paziente "indispensabile per quantificare esattamente il danno biologico", trovava accolte le proprie doglianze, osservando la Suprema Corte come "erroneamente la Corte d'appello...ha dichiarato irritualmente acquisito e valutato dal CTU un referto medico" e che, con riferimento alle sentenze in commento, "la sentenza impugnata...non si è posta in linea con quanto da questa Corte affermato" e dunque ritenendo ammissibile l'acquisizione da parte del CTU di tale documento deduttivo del danno patito dal paziente (conformi anche Corte d'Appello Messina, 14.11.22, n. 728 e, seppur in campo giustoristico, Trib. Parma, Sez. LA, 9.5.22, n. 61). Inevitabilmente tornano a galla i dubbi sulla linea di demarcazione posta dalle Sezioni Unite tra fat-



VI È UN PERSEVERANTE CLIMA D'INCERTEZZA ATTORNO AI POTERI ISTRUTTORI DEL CTU, CHE ERODE L'ELEMENTO DI CERTEZZA DEL DIRITTO, ANCHE PROCESSUALE, A CUI INVECE L'ORDINAMENTO AMBISCE

ti principali e fatti, per così dire, accessori, di cui si fatica a intravedere la ratio, e che, seppur moderata, appare ancora una volta scomoda, se elevata a principio di diritto, dacché alquanto evanescente, tanto che alla stabilità di tale orientamento si è portati a guardare con un certo scetticismo, in attesa di scoprire se, proprio per questo, si renderà necessario nel breve o lungo periodo un nuovo intervento a cura delle stesse Sezioni Unite. Fino ad allora, risulta verosimile che la soluzione opzionata dal Supremo Consesso guiderà i periti verso l'acquisizione di ogni documento dagli stessi ritenuto utile all'indagine, salva rivalutazione ex post a opera del giudicante e comunque dietro istanza della parte soccombente in sede peritale (sulla quale oltretutto incomberà l'onere di dimostrare l'incidenza causale di tale acquisizione documentale sul verdetto peritale), secondo un'impostazione che, seppur massimamente protratta alla ricerca della verità, nel concreto continua ad apparire davvero poco attenta alle garanzie processuali in gioco.

Alcuni limiti specifici del settore medico-sanitario

Infine, per completezza espositiva si approssimano alcuni limiti applicativi del dictum delle Sezioni Unite specifici per il settore medico-sanitario. Si

cita, così, l'art. 16 della L. 24/17, ove si prevede che "I verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari": norma a carattere speciale che pone un valico insormontabile a qualsiasi potere di acquisizione. Un secondo e maggiore limite deve individuarsi, poi, nella cartella clinica. Come noto, infatti, la cartella clinica costituisce un documento munito di particolare tutela nel nostro ordinamento, che la distingue notevolmente dalla scrittura privata e da una mera prova di stampo documentale. Essa costituisce un atto pubblico avente fede privilegiata redatto dal sanitario in veste di pubblico ufficiale e teme solo querela di falso (art. 2699 e 2700 c.c.). Si tratta, quindi, di un documento a formazione progressiva, datato e numerato, che non ammette cancellazioni o alterazioni, dacché acquista carattere di definitività ed esce dalla sfera di disponibilità del suo autore a partire dal momento in cui la singola annotazione viene registrata. Ebbene, a fronte di questo, tocca dover ammettere che questa costituisce un limite per l'acquisizione e l'utilizzazione, da parte del CTU, di documenti che per loro natura, se esistenti, avrebbero dovuto essere necessariamente ivi inseriti, quali esami strumentali, referti, annotazioni, moduli di consenso informato, verbali o check-list. In tutti questi casi, infatti, si deve ritenere che, quantomeno in linea di principio, e salva valutazione del caso concreto, anche al CTU e pur "non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti", debba considerarsi preclusa l'acquisizione e l'analisi di tali documenti, in forza tuttavia di un impedimento che, a ben vedere, matura più che altro per ragioni legate al contenuto di tali documenti e dunque al loro contrasto con la cartella clinica quale atto pubblico dotato di maggior valore probatorio.

Anche in questo caso, però, non da meno il rischio è contaminare le operazioni peritali attraverso un'acquisizione documentale che, se non ostacolata subito attraverso l'intervento del magistrato (anche mediante un ricorso sospensivo delle operazioni peritali, ex art. 92 disp. att. c.p.c.), rischia di incidere sull'opinione valutativa del CTU - tutta poi da scardinare a cura della parte soccombente che mira a ottenere la rinnovazione delle operazioni peritali - secondo una logica di fondo comunque tutta invertita rispetto alla struttura del processo voluta dal legislatore e poco attenta alle tutele processuali delle parti.