



**Responsabilità Civile - Professionisti - medici e paramedici - Colpa del sanitario - Onere della prova - Ripartizione - Criteri.**

**Responsabilità Civile - Professionisti - medici e paramedici - Colpa del sanitario - Onere della prova - Prova del contratto e dell'insorgenza o aggravamento della patologia - Sufficienza - Prova liberatoria gravante sul medico - Contenuto.**

**CORTE DI CASSAZIONE**, Sezione III civ., sentenza n. 27855 del 13 novembre 2013 - 12 dicembre 2013 - *Pres.* Finocchiaro - *Est. e Rel.* Amendola - *P.M.* Russo - *B.M. c. ASL/(OMISSIS)*

*In tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia con l'allegazione di qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno.*

*Nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno, di talché, solo quando lo sforzo probatorio dell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi*

*come causa o concausa del danno, scatterà l'onere del convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno.*

#### *SVOLGIMENTO DEL PROCESSO*

Con citazione notificata il 2 febbraio 1990, B.M. e L.S., in proprio e quali esercenti la potestà parentale sul figlio R., convennero innanzi al Tribunale di Caltagirone M.A. e la USL n. (*Omissis*) della stessa città, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni conseguenti al gravissimo deficit intellettuale dal quale era affetto L. R.

Esposero che la B.M., arrivata al termine della gravidanza, era stata ricoverata, in data (*Omissis*), presso l'Ospedale di (*Omissis*), in presenza di segni premonitori del parto; che i sanitari del nosocomio non avevano effettuato alcun intervento fino a quando ella stessa non aveva sentito come un botto; che solo allora avevano deciso di praticare il taglio cesareo; che il bambino aveva subito presentato sofferenza asfittica; che lo stesso era invalido al 100%.

Costituitisi in giudizio, i convenuti contestarono le avverse pretese.

Con sentenza del 9 novembre 2001 il giudice adito, in accoglimento della domanda, condannò M.A. e la USL n. (*Omissis*) di Caltagirone, in solido tra loro, al risarcimento dei danni.

I gravami proposti avverso tale pronuncia dal M. e dalla Gestione Liquidatoria della *ex* USL (*Omissis*) nonché, in via incidentale, da B.M. e da L.S., in proprio e nella qualità, sono stati decisi dalla Corte d'appello di Catania in data 30 marzo 2007 con sentenza che, in accoglimento delle impugnazioni proposte dai convenuti soccombenti, ha rigettato le domande attrici.

Avverso detta pronuncia ricorrono per cassazione B.M. e L.S., in proprio e quali esercenti la potestà parentale sul figlio L.R., formulando quattro motivi e notificando l'atto ad M.A., alla Gestione Liquidatoria *ex* USL (*Omissis*) e alla ASL n. (*Omissis*).

Nessuno degli intimati ha svolto attività difensiva.

#### *MOTIVI DELLA DECISIONE*

1. Nel motivare il suo convincimento, per quanto qui interessa, il decidente ha evidenziato che il giudice di prime cure, dato atto che né gli accertamenti svolti in sede penale, né quelli espletati in sede civile, con una nuova consulenza tecnica, avevano fatto emergere condotte colpose dei medici che avevano assistito la partoriente e il neonato, prima e dopo il parto, aveva tuttavia ritenuto che dalle carenze riscontrate nelle annotazioni della cartella clinica dovesse desumersi che non erano stati attuati tutti i presidi “normalmente prescritti e idonei a

dimostrare che il personale sanitario responsabile aveva affrontato il caso con diligenza e perizia”.

Ora, tale argomentazione, specificamente oggetto di impugnazione, è stata ritenuta non condivisibile dalla Corte territoriale, sulla base delle seguenti considerazioni: a) per giurisprudenza praticamente costante, la responsabilità del gestore di una struttura sanitaria nei confronti del paziente ha carattere contrattuale; b) lo stesso, in forza dell'art. 1228 c.c., risponde pertanto anche del comportamento dei propri dipendenti; c) le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono obbligazioni di mezzi e non di risultato; d) conseguentemente l'inadempimento del professionista non può *tout court* desumersi dal mancato raggiungimento del risultato; e) il danno derivante da eventuali azioni o omissioni del sanitario in tanto è ravvisabile, in quanto si accerti, sulla base di criteri probabilistici, che, senza quelle azioni o omissioni, il risultato sarebbe stato conseguito; f) in particolare, il nesso di causalità tra condotta commissiva o omissiva del sanitario ed evento dannoso deve essere accertato alla luce di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica.

Nello specifico — ha rilevato la Corte — non vi era alcun elemento dal quale potesse dedursi l'esistenza di un nesso di causalità tra le patologie da cui era affetto L.R. e la condotta (commissiva o omissiva) del personale ospedaliero; né peraltro, era stato in concreto individuato il comportamento, riferibile agli appellanti, che aveva determinato l'evento. La laconicità della cartella

clinica — ha aggiunto — non poteva ingenerare alcuna presunzione in ordine alla sussistenza di fatti rimasti indeterminati e privi di supporto probatorio, tanto più che, secondo quanto emerso dalla compiuta istruttoria, la partoriente era stata assistita durante tutto il travaglio e il ricorso al taglio cesareo era stato deciso non per il rilevamento di sintomi di sofferenza fetale, ma perché, a dilatazione completata, era stato constatato “il mancato impegno della parte presentata”. In tale contesto — ha concluso — non potevano formularsi rilievi di sorta né in ordine allo svolgimento dell'intervento, né in ordine all'assistenza prestata al neonato dopo il parto.

2.1 Di tale valutazione si dolgono dunque gli impugnanti che, con il primo motivo di ricorso, denunciano violazione dell'art. 1218 c.c., ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Oggetto delle critiche è l'affermazione del giudice di merito secondo cui era rimasta indimostrata la pretesa degli attori di addebitare le gravi anomalie dalle quali era affetto L.R. a fatto e colpa del personale ospedaliero, laddove nell'illecito contrattuale spetta al debitore dimostrare che l'inadempimento o il ritardo sono stati determinati da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

2.2 Con il secondo mezzo gli esponenti lamentano vizi motivazionali, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, sulla pretesa mancanza di prova di ogni responsabilità dei sanitari, in conformità al disposto dell'art. 1218 c.c.

2.3 Con il terzo mezzo denunciano mancanza o insufficienza della

motivazione con riferimento all'affermazione del giudice di merito secondo cui era pur sempre necessario valutare i fatti avendo riguardo alle attrezzature esistenti e ai protocolli adottati all'epoca in cui si erano svolti. L'affermazione sarebbe inappagante, posto che ignorerebbe del tutto l'esistenza e la diffusione di uno strumento — il cardiocitografo — che il consulente tecnico d'ufficio aveva ritenuto importante per la gestione del travaglio.

2.4 Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, vizi motivazionali in relazione alle cause che avevano provocato il danno, non avendo il giudice di merito dato conto della insussistenza di cause delle patologie da cui era affetto L. R., riconducibili a una malattia congenita, nonché delle conseguenze da trarre dalla lacunosità della cartella clinica, secondo il diritto vivente.

3. Le critiche, che si prestano a essere esaminate congiuntamente per la loro evidente connessione, sono infondate per le ragioni che seguono.

È ben vero che questa Corte, qualificata come contrattuale la responsabilità del medico nei confronti del paziente per danni derivati dall'esercizio di attività di carattere sanitario, ha, in via di principio, risolto i problemi connessi all'individuazione dei reciproci oneri probatori lungo le direttrici segnate nella sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533. In tale arresto le sezioni unite ebbero a precisare che, rimasta inadempita una obbligazione, il creditore il quale agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo

diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, puntualizzando altresì, in tale prospettiva, che eguale criterio di riparto deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, posto che allora al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione, ad esempio, di doveri accessori, come quello di informazione), mentre graverà, ancora una volta, sul debitore l'onere di dimostrare il contrario (Cass. civ., sez. unite, 30 ottobre 2001, n. 13533).

4. Trasponendo tali criteri nelle cause di responsabilità professionale del medico — sul postulato, si ripete, del carattere contrattuale della stessa — la giurisprudenza di legittimità ha dunque ripetutamente affermato che sull'attore grava la prova del contratto, dell'aggravamento della situazione patologica o dell'insorgenza di nuove patologie nonché del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e l'evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario, mentre resta a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, e cioè di avere tenuto un comportamento diligente (Cass. n. 12362 del 2006; Cass. 11.11.2005, n. 22894; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 3.8.2004, n. 14812).

5. Considerando peraltro inappaganti, sotto vari profili, siffatti approdi ermeneutici, le sezioni unite

di questa Corte, nella sentenza n. 577 del 2008, hanno rivisitato l'intera problematica. A tal fine, ripercorsa l'evoluzione della teoria delle obbligazioni, con la progressiva erosione della legittimazione teorica e dell'utilità pratica della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, hanno affermato che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento — coincidenti con quelle tradizionalmente definite di mezzi, in cui è la condotta del debitore ad essere dedotta in obbligazione, essendo la diligenza tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo e il risultato caratterizzato da aleatorietà, siccome dipendente anche da altri fattori esterni — non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisca causa o concausa del danno.

Da tanto hanno quindi dedotto che, nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno, di talché, solo quando lo sforzo probatorio dell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, scatterà l'onere del convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi

stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno (Cass. civ. sez. un. 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. civ. 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. civ. 21 luglio 2011, n. 1593).

6. Venendo al caso di specie, il giudice di merito ha motivato la scelta decisoria adottata sul rilievo, da un lato, che non vi era alcun elemento dal quale dedurre l'esistenza di un nesso di causalità tra il deficit intellettivo di L.R. e la condotta commissiva o omissiva del personale ospedaliero; dall'altro, che, a ben vedere, era mancata la stessa allegazione di una siffatta condotta, e cioè la deduzione di una inadempienza specifica, astrattamente idonea alla produzione del danno.

Ciò significa che il decidente ha ritenuto non meritevole di accoglimento la domanda in ragione del suo carattere meramente esplorativo, non mancando di evidenziare che la stessa lacunosità della cartella clinica non valeva a surrogare un onere di allegazione, prima ancora che di prova, rimasto affatto inadempito.

7. A fronte di tale percorso motivazionale, i ricorrenti, senza neppure denunciare malgoverno del materiale istruttorio in ordine alla ritenuta correttezza dell'operato del personale ospedaliero e alla stessa tempestività della decisione di procedere al taglio cesareo, continuano a lamentare la violazione del principio per cui spetta al debitore dimostrare di avere adempiuto, ovvero che l'inadempimento è dipeso da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, dando, in sostanza, per scontato un fatto che tale non è, e

cioè la non addebitabilità delle anomalie del bambino a fattori genetici.

Segno tangibile della torsione interpretativa in cui sono incorsi i ricorrenti è il quarto motivo di ricorso, con il quale essi si dolgono della mancata individuazione, da parte del giudice di merito, della causa naturale, diversa, dunque, dal comportamento dei medici, che aveva determinato il deficit intellettivo di L.R., senza considerare (e neppure confutare), che, secondo il corretto approccio della Corte territoriale si trattava invece proprio di allegare qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno.

8. Nè è inficiata da errore la svalutazione di ogni valenza probatoria delle riscontrate lacunosità nella tenuta della cartella clinica perchè l'irregolare compilazione della stessa consente — è vero — il ricorso alla prova presuntiva, in base al criterio della vicinanza della prova, ma tanto all'interno di un giudizio in cui risulti pur sempre dedotta e provata una condotta ascrivibile al professionista, astrattamente idonea a provocare il danno (confr. Cass. civ. 27 aprile 2010, n. 10060; Cass. civ. 26 gennaio 2010, n. 1538).

9. Infine le deduzioni relative alla pretesa insufficienza delle attrezzature esistenti presso il nosocomio sono volte a criticare una valutazione di stretto merito, incensurabile in sede di legittimità, in ordine alla necessità di contestualizzare l'operato dei sanitari, e cioè di valutarlo tenendo conto delle conoscenze scientifiche e delle attrezzature disponibili all'epoca dei fatti. Peraltro le censure, basate su pretesi rilievi svolti dal consulente

tecnico d'ufficio, sono gravemente carenti sotto il profilo dell'autosufficienza, non avendo la parte ottemperato all'onere di trascrivere integralmente nel ricorso per cassazione almeno i passaggi salienti dell'elaborato dell'esperto, laddove le critiche mosse alla sentenza devono possedere un grado di specificità tale da consentire alla Corte di legittimità di apprezzarne direttamente la decisività, senza la

mediazione di altre fonti (confr. Cass. civ. 13 giugno 2007, n. 13845).

In definitiva il ricorso deve essere integralmente rigettato.

Non vi è luogo a provvedere sulle spese, dal momento che gli intimati non hanno svolto attività difensiva.

*P.Q.M.*

La Corte rigetta il ricorso.

\*\*\*\*\*

### **È onere del paziente qualificare e provare l'inadempimento cui sia incorso il medico e la struttura ospedaliera.**

**SOMMARIO:** 1. Il caso; 2. L'onere della prova nell'illecito contrattuale; 3. L'onere di allegazione di circostanze idonee a comprovare l'inadempimento del medico; 4. Conclusioni.

#### *1 Il caso.*

I genitori di un bambino affetto da un'invalidità permanente totale, in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale, convenivano in giudizio l'azienda ospedaliera e il medico che aveva seguito la madre del bambino durante il parto, lamentando che la donna, giunta al termine della gravidanza e ricoverata per i primi segni premonitori del parto, non era stata trattata con alcun tipo di intervento o trattamento fino a che, accusato "*come un botto*", veniva sottoposta a taglio cesareo. All'esito dell'operazione il neonato presentava sofferenza asfittica e, sin da subito, risultava invalido al 100%. I convenuti si difendevano affermando che la partoriente era stata assistita durante tutto il travaglio, che il ricorso al taglio cesareo era stato deciso non per il rilevamento di sintomi di sofferenza fetale, ma perché, a dilatazione completata, era stato constatato "*il mancato impegno della parte*" e che, pertanto, gli addebiti mossi alla struttura sanitaria e al medico risultavano privi di fondamento.

Sebbene in primo grado gli attori fossero risultati vittoriosi, nel processo d'appello veniva criticata l'argomentazione sostenuta dal giudice di prime cure il quale, pur avendo dato atto che, né dagli accertamenti svolti in sede penale, né da quelli espletati in sede civile, fossero emerse condotte colpose dei medici, aveva tuttavia ritenuto che dalle carenze riscontrate nelle annotazioni della cartella clinica dovesse desumersi che non erano stati attuati tutti i presidi "*normalmente prescritti e idonei a dimostrare che il*

*personale sanitario responsabile aveva affrontato il caso con diligenza e perizia*". La corte d'appello ravvisava questo ragionamento inidoneo a comprovare la sussistenza di un nesso di causalità tra la grave patologia di cui era risultato portatore il bambino e la condotta omissiva o commissiva del personale ospedaliero e concludeva, conseguentemente, che alcun risarcimento doveva essere riconosciuto e liquidato ai genitori.

La pronuncia in esame offre lo spunto di approfondire almeno due questioni di cruciale rilievo nelle controversie vertenti sulla materia della responsabilità medica, relative — per un verso — alla tematica della ripartizione dell'onere della prova e alla sua corretta portata e — per l'altro verso — all'incidenza probatoria che può essere attribuita alla cartella clinica e alla modalità della sua tenuta.

## 2. *L'onere della prova nell'illecito contrattuale.*

Sotto il primo profilo, relativo all'onere della prova, i genitori, in particolare, contestano innanzi alla Corte di Cassazione l'affermazione del giudice di merito secondo cui sarebbe rimasta indimostrata la pretesa di addebitare le gravi anomalie delle quali risultava affetto il loro figlio al fatto e alla colpa del personale ospedaliero, poiché nell'illecito contrattuale spetterebbe al debitore dimostrare che l'inadempimento o il ritardo sono stati determinati da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Gli assunti degli attori si rifanno alla nota, e ormai consolidata, giurisprudenza secondo cui la responsabilità medica e sanitaria è da ricondurre all'alveo della responsabilità contrattuale<sup>1)</sup> e, conseguentemente, la prova è ripartita attribuendo, all'attore, l'onere di dimostrare il contratto (o il contatto sociale), l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e l'inadempimento del debitore che sia risultato astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato e, al convenuto (medico e/o struttura sanitaria), l'onere di comprovare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur sussistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

Pur mantenendosi sulla scia di tale orientamento interpretativo, tuttavia, le argomentazioni attoree peccano sotto il profilo dei "contenuti" dell'inadempienza dedotta, giacché gli attori allegano un generico

---

<sup>1)</sup> Una delle prime affermazioni in tal senso si è avuta con Cass. civ., 11 aprile 1995, n. 4105, in questa *Rivista*, 1997, 1073. Successivamente, la questione è stata ulteriormente approfondita da Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332; in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 652; in *Danno e resp.*, 1999, 294, la quale ha precisato che la contrattualità del rapporto è confermata anche con riferimento alla responsabilità del medico che opera come dipendente nella struttura sanitaria, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra il medesimo medico e il paziente, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto, originato dal "contatto" sociale, caratterizzato dall'affidamento che il malato ripone nella professionalità del medico, fonte per quest'ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente. Gli aspetti afferenti all'onere della prova sono stati, poi, specificamente trattati, in generale, da Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2002, 318 e, con preciso riferimento alle controversie in materia di responsabilità medica, da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 849.



inadempimento, omettendo la dovuta dimostrazione del nesso di causalità tra l'asserita inadempienza e il danno patito.

“*Segno tangibile della torsione interpretativa in cui sono incorsi i ricorrenti*” è il motivo con il quale essi hanno criticato la mancata individuazione da parte del giudice di merito della causa naturale, diversa dalla condotta tenuta dal personale medico ospedaliero, che avrebbe determinato il *deficit* intellettuale del neonato, quando invece oggetto di specifica doglianza doveva essere l'allegazione di “*qualificate*” inadempienze, idonee a porsi come cause o concause della grave invalidità del figlio. In altre parole, i genitori partono dall'assunto che spettasse alla controparte dimostrare di avere adempiuto ovvero di non aver potuto adempiere per impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile: nello specifico, il medico avrebbe dovuto dimostrare che il neonato era affetto da una menomazione legata a fattori genetici e, quindi, in quanto tale, alcun trattamento medico sarebbe risultato idoneo ad evitarla.

È evidente il *gap* in cui è incorsa la difesa dei ricorrenti che, da un lato, altera la corretta portata delle regole processualistiche e, dall'altro lato, forza l'esegesi giurisprudenziale che qualifica come contrattuale il rapporto medico paziente.

La struttura del processo civile e la disciplina delle prove impongono, a chi vuol far valere un diritto in giudizio, di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento e, a chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, ovvero a chi eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, di provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

La portata di detti oneri non muta a seconda dell'ambito in cui essi operano: dunque, indistintamente, sia che si versi in una fattispecie di responsabilità contrattuale sia che si tratti di un caso di responsabilità extra contrattuale, le parti dovranno allegare e provare i fatti su cui fondano le proprie pretese e difese.

Pertanto, avallando la tesi che ricostruisce la responsabilità medica e sanitaria in termini contrattuali, è vero che al danneggiato è richiesta una prova “alleggerita”, consistente nella dimostrazione del contratto, della patologia e dell'inadempimento, ma quest'ultimo dovrà comunque essere adeguatamente “qualificato”, sì da poterlo porre nel necessitato rapporto di causalità con il danno di cui si richiede il risarcimento.

Questo principio era già stato consacrato dalle Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 577/2008 <sup>2)</sup>dove, con particolare riferimento all'ipotesi del contagio da emotrasfusione eseguita in una struttura sanitaria, gli obblighi a carico di quest'ultima per l'individuazione della sua responsabilità, venivano ascritti, oltre che agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue, anche a quelli più generali di cui all'art. 1176 c.c. nell'esecuzione delle prestazioni che il

---

<sup>2)</sup> Cit. alla precedente nota.

medico o la struttura possono aver violato nella singola fattispecie. In quest'occasione la Cassazione ritenne che la sentenza impugnata, ponendo a carico del paziente-creditore la prova di non essere stato al momento del ricovero già affetto da epatite, aveva violato i principi in tema di riparto dell'onere probatorio, fissati in tema di azione per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale. Nella fattispecie, infatti, l'attore aveva provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria ed il danno consistito nella contrazione dell'epatite, allegando che i convenuti erano inadempienti poiché lo avevano sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto; sarebbe quindi stato di competenza dei convenuti la prova che tale inadempimento non vi era stato, o perché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure perché, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero.

Stessa impostazione è accolta dalla sentenza in epigrafe emarginata che, attenendosi alle appena ricordate conclusioni delle Sezioni Unite, ha ancor più precisamente puntualizzato i confini dell'onere probatorio nelle cause di responsabilità professionale medica, nel cui ambito il paziente deve dedurre l'esistenza di un'inadempienza *“vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno, di talché, solo quando lo sforzo probatorio dell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, scatterà l'onere del convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno”*.

3. *L'onere di allegazione di circostanze idonee a comprovare l'inadempimento del medico.*

Nel caso all'attenzione della sentenza in commento le parti non sono apparse in grado di ricostruire che la condotta omissiva o commissiva del personale medico ospedaliero è stata idonea a cagionare la gravissima infermità di cui è risultato affetto il figlio al momento della nascita. Più precisamente, i genitori non solo non hanno fornito la prova del nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso, ma neanche hanno allegato circostanze idonee a comprovare l'inadempimento ascrivibile alla controparte.

E, infatti, anche la deduzione relativa alla lacunosità della cartella clinica non è stata giudicata adeguata dal giudicante a supportare una presunzione d'inadempimento causalmente ricollegabile al danno sofferto.

Come noto, la cartella clinica costituisce il documento personale del paziente, che contiene tutte le informazioni sanitarie ed anagrafiche del ricovero e da essa è possibile rilevare il percorso diagnostico e terapeutico a cui il paziente è stato sottoposto.

La valutazione dell'esattezza della prestazione medica concerne indubbiamente anche la sua regolare tenuta, con la conseguenza che in giurisprudenza si è presunta la sussistenza del nesso causale tra condotta del medico e danno, a causa dell'incompletezza della cartella clinica o dell'omesso compimento di altri adempimenti ricadenti sul medico <sup>3)</sup>.

In proposito, i giudici di legittimità hanno puntualizzato che il nesso causale sussiste anche quando, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si possa ritenere che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto fondate possibilità di evitare il danno; e, a tal fine, la difettosa e incompleta tenuta della cartella clinica assume significativo rilievo probatorio unitamente alla dimostrazione dell'idoneità della condotta a provocare il danno, così consentendo il ricorso alle presunzioni secondo il peculiare meccanismo logico disciplinato dall'art. 2727 c.c. che consente al giudice, da un fatto noto, di risalire ad un fatto ignorato.

L'impiego dello strumento presuntivo avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data a causa di un comportamento tenuto dalla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato in ossequio ai principi relativi, per un verso, alla distribuzione dell'onere della prova e, per l'altro verso, alla cd. "vicinanza alla prova" e, cioè, all'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla.

Diversamente opinando, nel processo si precluderebbe la prova della responsabilità professionale del medico (e/o dell'ospedale) da omissione colposa per l'appunto in tutti quei casi in cui, mancando delle informazioni che lo stesso medico avrebbe dovuto annotare e degli accertamenti che egli stesso (e/o la struttura ospedaliera) avrebbe dovuto compiere, la prova non possa essere raggiunta per un comportamento riconducibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere utilizzato <sup>4)</sup>.

Ecco quindi che le omissioni imputabili al medico nella redazione della cartella clinica rilevano sia come figura sintomatica di inesatto adempimento, per difetto di diligenza, in relazione alla previsione generale contenuta nell'art. 1176, comma 2, c.c., sia come nesso eziologico presunto, posto che l'imperfetta compilazione della stessa non può, in via di principio, risolversi in danno di colui che vanta un diritto in relazione alla prestazione sanitaria <sup>5)</sup>.

---

<sup>3)</sup> Trib. Venezia, 10 maggio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 426.

<sup>4)</sup> Cass., 9 giugno 2011, n. 12686, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, I, 782; Cass., 27 aprile 2010, n. 10060, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, 619.

<sup>5)</sup> Cass., 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1, 98.

Da questi principi si ricava, quindi, che il danneggiato potrà avvalersi in via presuntiva della laconicità della cartella clinica solo a fronte di circostanze determinate e supportate da idonee prove; i difetti e le deficienze nella tenuta di detta documentazione non possono valere a surrogare l'onere di allegazione e di prova che grava su chi vanta un diritto in giudizio.

#### 4. Conclusioni.

La Cassazione, con la sentenza in commento, conferma una serie di principi in tema di onere della prova nei giudizi di responsabilità medica, ribadendo che il rapporto tra paziente, da un lato, e medico e struttura ospedaliera, dall'altro lato, è governato dalle norme civilistiche contrattuali e che il riparto della prova ne segue i noti principi secondo cui il creditore che agisca in giudizio per l'inesatto adempimento del debitore deve *solo* fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, *limitandosi* ad allegare l'inesattezza dell'adempimento, costituita dalla violazione dei doveri accessori, dalla mancata osservanza dell'obbligo di diligenza o dalle difformità qualitative o quantitative della prestazione, posto che incombe sul debitore convenuto l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione.

Quando detto sinallagma coinvolge il paziente e il medico/azienda ospedaliera, la ripartizione della prova segue esattamente le medesime regole appena ricordate, sicché il primo ha il *solo* onere di allegare e provare l'esistenza del contratto, e di allegare l'esistenza d'un valido nesso causale tra l'errore del medico e l'aggravamento delle proprie condizioni di salute, mentre spetterà al secondo dimostrare o che l'inadempimento non vi è stato, ovvero che esso pur essendo sussistente non è stato la causa efficiente dei danni lamentati dal paziente.

Pertanto, al fine di ottenere un giudizio positivo sulla fondatezza della domanda, il danneggiato non potrà esimersi dal dedurre, prima ancora che dal provare, un contegno del professionista che sia risultato — anche solo astrattamente — idoneo a provocare il danno.

Nel caso di specie, la difesa attorea opera un'inammissibile inversione giacché, nel non allegare alcun specifico inadempimento, attribuisce ai convenuti l'onere di dimostrare che la patologia del neonato non era conseguita ad un inadempimento medico, e che essa aveva tratto origine da un'affezione di natura genetica e, quindi, non eludibile dall'intervento del personale medico ospedaliero.

Siffatta modalità configura un'azione giudiziale con mere finalità esplorative, in quanto essa appare inammissibilmente volta a aggirare il necessitato rispetto dell'onere di allegazione e di prova, la cui attuazione costituisce condizione basilare ed ineludibile nel nostro sistema processuale.

Le norme del codice di procedura civile individuano in modo puntuale la scansione temporale con cui le parti debbono adempiere a detti oneri e, in tal contesto, svolge un ruolo fondamentale la distinzione, accolta sia da dottrina<sup>6)</sup> che da giurisprudenza<sup>7)</sup>, tra diritti autoindividuati e diritti eteroindividuati. Mentre i primi sono quei diritti che — come dice la parola — si individuano mediante se stessi, e, cioè, mediante la specificazione del titolare del diritto, del bene che ne costituisce oggetto, e del tipo di utilità garantita dall'ordinamento, i secondi sono identificati, oltre che dall'oggetto, anche dalla fattispecie costitutiva del diritto (cd. *causa petendi*). Tipicamente rientrano nella prima categoria i diritti reali e, in generale, i diritti che hanno ad oggetto un bene determinato (diritti personali di godimento, come locazione, affitto ...) e che non necessitano, pertanto, ai fini della validità dell'atto introduttivo, di essere individuati in base alla loro fattispecie costitutiva<sup>8)</sup>. Risultano compresi nel secondo ambito i diritti di credito, i quali abbisognano, invece, di adeguata specificazione nell'atto introduttivo in cui essi sono fatti valere anche per quanto attiene all'aspetto acquisitivo.

Applicando detti principi alla richiesta di risarcimento del danno vantato dal paziente nei confronti del medico e/o dell'azienda ospedaliera, e dando per acquisito che trattasi di azione avente natura contrattuale e, quindi, relativa ad un diritto eteroindividuato, l'attore sarà dunque tenuto, sin dal primo atto introduttivo, a pena di nullità per violazione dell'art. 163, n. 4, c.p.c., a sufficientemente individuare e a qualificare i fatti materiali lesivi del diritto, e la relativa la fattispecie costitutiva, in modo da poter porre il convenuto in condizione di apprestare adeguatamente le proprie difese<sup>9)</sup>. D'altro canto, un'azione introdotta in assenza di questi requisiti apparirebbe inidonea ad avviare validamente la causa, giacché la successiva attività istruttoria svolgerebbe in tal modo una generica funzione esplorativa della verità storica, quando invece nel processo civile detta fase propriamente mira a supportare le allegazioni *che le parti devono aver ritualmente portato nel processo*; conseguentemente, se l'attività assertiva manca o risulta incompleta, alcuna attività "d'indagine" può essere compiuta nella fase istruttoria.

Sulla scia di queste considerazioni si pone anche quella giurisprudenza che, in tema di consulenza tecnica, ha precisato — per l'appunto — che quest'ultima non assolve al compito di *costituire* una prova in giudizio, qualificandosi piuttosto come un mezzo di valutazione della prova

---

6) LUISO, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, Milano, 2013, 61 e ss.

7) *Ex multis*, Cass. 12 ottobre 2012, n. 17408, in *Giustizia Civile Massimario*, 2012, 10, 1204; Trib. Verona, 15 ottobre 1992, in *Foro it.*, 1994, I, 286.

8) Non rileva, cioè, che nell'atto di citazione (ai fini della sua validità) sia specificato come l'attore ha acquisito quel diritto. Occorre, tuttavia, specificare che la fattispecie acquisitiva rileverà però nel corso del processo: ai fini della vittoria della causa sarà, infatti, indispensabile che l'attore dimostri durante la fase istruttoria di essere l'effettivo titolare del diritto di proprietà su quel bene, e quindi sarà necessario che l'attore allegghi la fattispecie costitutiva del diritto di proprietà che egli intende far valere.

9) Cass., 12 ottobre 2012, n. 17408, cit.

medesima, la quale deve essere stata dedotta in giudizio dalle parti, che quindi non possono, in nessun caso, ritenersi esonerate dalla dimostrazione dei fatti posti a fondamento delle loro pretese. Questa giurisprudenza ritiene che l'accertamento della verità processuale attraverso l'indagine esplorativa del consulente sia ammissibile, solo ed esclusivamente, se essa rappresenta *l'extrema ratio*, e cioè solo se non vi sia altro mezzo per giungere all'accertamento richiesto che quello di demandarlo ad un soggetto dotato di speciali competenze tecniche, come avviene — per esempio — nel procedimento di riconoscimento della paternità, dove la compatibilità immunogenetica costituisce elemento di prova che può essere acquisito, per l'appunto, solo con l'espletamento di una consulenza tecnica. In questi casi, il giudice può incaricare il consulente non solo di valutare i fatti accertati (cd. “consulenza deducente”), ma anche di accertare i fatti stessi (cd. “consulenza percipiente”), essendo così necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche<sup>10)</sup>.

Al di fuori di questi casi limite, valutati dal giudice volta per volta, non saranno ammesse deroghe al principio secondo cui *iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*.

ELENA OCCHIPINTI

---

<sup>10)</sup> Cass., 11 settembre 2012, n. 15157, in *Diritto e Giustizia online* 2012, 12 settembre. Sul tema cfr. anche Cass., 5 febbraio 2013 n. 2663, in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 6 febbraio.