
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Responsabilità del medico: questo il riparto dell'onere probatorio

Dal punto di vista della dicotomia adempimento - inadempimento, l'attore (presunto danneggiato) deve allegare specificamente la mancata guarigione o l'aggravamento della patologia di ingresso ed i profili di inadempimento del medico e/o della struttura nosocomiale.

Il medico e/o la struttura hanno l'onere della prova che l'inadempimento non vi è stato affatto o se vi è stato, non è dipeso da causa ad essi imputabile ovvero non è stato causa del danno.

Dal punto di vista del nesso causale, ove il giudice non sia in grado di accertare in modo certo e pieno, in base al principio del libero convincimento, la derivazione del danno dalla condotta del medico e/o della struttura, occorrerà verificare se in mancanza della condotta sanitaria censurabile (ovvero in presenza di una condotta più appropriata ed omessa) i risultati (in termini di normalità applicata alla singola e complessiva fattispecie) sarebbero stati diversi e migliori (per il paziente) secondo il principio del più probabile che non.

Tribunale di Roma, sezione tredicesima, sentenza del 30.04.2015

...omissis...

E' utile ed opportuno premettere, per quanto possibile sinteticamente, il quadro giurisprudenziale al riguardo.

Si tratta di un percorso, ben lungi dall'essere concluso, ondivago e tormentato, collocato in un contesto sociale in fase di trasformazione, nel quale l'opinione pubblica si è andata sempre più sensibilizzando alle problematiche afferenti alla tutela della salute, anche sulla scia di eventi e casi gravi ed eclatanti, portati alla ribalta dai media, nei quali disfunzioni, ritardi ed errori delle strutture e degli operatori sanitari hanno contribuito ad alimentare un clima di crescente sospetto sul funzionamento e sulla affidabilità del sistema sanitario del Paese.

Con la conseguenza di un sospetto generalizzato avverso la sanità in particolare pubblica, un pregiudizio che ha accomunato indistintamente il vero ed il falso, il bene ed il male, il prevedibile e l'imprevedibile, l'evitabile e l'inevitabile, fin quasi a propugnare l'esistenza di una responsabilità oggettiva degli operatori sanitari, con la comparsa di fattori anomali fra i quali, il numero straordinario di cause civili fondate su consulenze di parte non infrequentemente superficiali, l'agitarsi di soggetti che propugnando la difesa contro la c.d. malasànità propagandano, quando non incentivano, anche con spot pubblicitari su giornali, internet e televisioni, con fini che poco hanno di nobile ed ideale, l'assistenza giudiziaria nelle promuovende cause contro medici ed ospedali. In tale contesto, nel quale Governi e Legislatori sono rimasti per lo più assenti (se non quando hanno apportato ulteriore confusione, come nel caso del c.d. decreto Balduzzi e l'ambiguo richiamo all'art. 2043 c.c. che ha suscitato incerti dibattiti sul se si sia voluto ricondurre per legge, la responsabilità del medico - non dell'ospedale - nell'alveo della responsabilità aquiliana. Verosimilmente l'intento - che avrebbe sicuramente meritato più organico approccio e più raffinata tecnica normativa - era proprio quello, vista la paradossale situazione alla quale si è pervenuti nei confronti dei medici che temono ormai le incombenti denunce penali e cause civili ad ogni piè sospinto, finendo per trovare usbergo nella c.d. medicina difensiva); la giurisprudenza non poteva non avere un ruolo determinante nel delineare regole e criteri afferenti ai diritti dei pazienti, ed ai doveri del personale medico - sanitario, degli ospedali e delle case di cura.

L'obiettivo che la giurisdizione riesca a mantenere un ruolo di saggio e prudente equilibrio (nel bilanciamento degli legittimi interessi dei malati e degli utenti della sanità da una parte e del lavoro e dell'attività dei medici e delle strutture sanitarie pubbliche e private dall'altra), nel dettare tali regole ed in particolare nella redazione di un coerente ed armonico - quanto realistico - statuto della disciplina della responsabilità medico - sanitaria, è lontano dal raggiungimento.

La scienza medica è fra le più complesse, e colpe e responsabilità vanno punite quando sussistano realmente in tutte le sue componenti oggettive e soggettive, senza quindi accedere, più o meno inconsapevolmente, in massimalismi che non hanno alcuna ragion d'essere specialmente in relazione all'eccellente livello qualitativo della sanità pubblica italiana (che non va dimenticato offre più o meno gratuitamente prestazioni sanitarie a tutti, italiani e stranieri).

Tale aspirazione di giusto equilibrio riguarda non solo il diritto sostanziale, ma anche le regole che presidono all'onere della prova, le quali, in mancanza di norme derogatrici, sono contenute nell'art. 2697 c.c.

Né compete al giudice creare nuove regole, in materia di onere della prova, spettando tale compito al legislatore.

In tale contesto, problematico, sono state enunciati dalla giurisprudenza (della S.C.) numerosi principi dichiaratamente ispirati al favore per il danneggiato e per quanto ci riguarda in materia di responsabilità medico - sanitaria, sia dal punto di vista del diritto sostanziale che da quello processual - probatorio, quali la delineaazione del contratto sociale o di ospedalità al fine di rafforzare la responsabilità, verso il paziente, della struttura ospedaliera con quella del medico che vi opera, la natura non aquiliana del rapporto paziente - medico e ospedale, la vicinanza della prova al medico che vi è quindi onerato, la natura di risultato della obbligazione sanitaria, la responsabilità solidale della struttura sanitaria con quella del medico verso il paziente a prescindere dal rapporto fra questi ultimi, il carico delle conseguenze (probatorie nel merito) sul medico - ospedale della incompletezza della cartella clinica ed altro ancora.

E' interessante la lettura di tale percorso nel sintetico riassunto che in modo icastico ne fa Cassazione civile, sez. III, 19/05/2004, n. 9471, che peraltro riconosce in modo piano come la posizione del medico, in subiecta materia, sia di presso quella di una responsabilità oggettiva.

- 4 - Il nesso causale, la responsabilità, oneri ed allegazioni

L'analisi che segue, diretta in particolare a focalizzare lo stato dell'arte sul nesso causale cioè quello che è uno dei punti nodali dell'indagine giurisprudenziale, non ha l'intento di contrastare il frutto degli autorevoli arresti della Suprema Corte, il cui ruolo nomofilattico è di tale importanza da meritare, allorché si assuma un atteggiamento critico, ben più approfondite riflessioni, quanto di mettere in evidenza e rendere chiare e attuabili sul piano pratico le conseguenze di tali enunciazioni.

Il tutto con il dichiarato obiettivo di contemperare la tutela del paziente, quel favor di cui si è detto, con la cautela con la quale va giudicata quell'attività fondamentale per la società, che è l'atto medico e le prestazioni dei professionisti della sanità.

Ciò in considerazione che se ai diritti del paziente non può non fare riscontro il dovere di diligenza del medico, nondimeno non deve essere rimossa l'ovvia e pur talvolta obliterata verità che la scienza medica non ha sconfitto né la malattia, né le sofferenze né la morte, potendo solo farvi fronte molto meglio che in tempi passati.

Contemperamento necessario se si vuole evitare (o quanto meno ridurre) il ricorso da parte degli operatori sanitari a quella medicina difensiva (per altro verso non minor iattura degli errori veri e propri) di cui si è tanto scritto e parlato che non vale ricordarne il significato e le implicazioni.

Secondo una giurisprudenza datata nel tempo per la sussistenza della responsabilità professionale del medico ospedaliero, a seguito di intervento chirurgico, era necessario preliminarmente, secondo i principi generali di cui all'art. 2697 c.c. , che il paziente dimostrasse il nesso di causalità tra l'evento lesivo della sua salute e la condotta del medico.

Secondo tale giurisprudenza l'onere di provare tale nesso è, sulla base dei principi generali (art. 2697 primo comma c.c.), ed indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico chirurgico, a carico dell'attore: "come del resto, questa Corte ha avuto occasione di affermare, in motivazione, e proprio con riguardo ad un trattamento di non difficile esecuzione, con sentenza del 15 gennaio 1997 n. 364, la quale si inserisce nello stesso indirizzo, sopra richiamato, e testualmente osserva che il paziente "assolve all'onere probatorio che gli incombe dimostrando: a) l'aggravamento delle sue condizioni o l'insorgenza di nuove patologie; b) il rapporto causale tra le stesse ed il trattamento o l'intervento"

Tale giurisprudenza è stata via via superata attraverso alcuni passaggi chiave effettuati dalla S.C. consistenti nel predicare:

1. la natura contrattuale del rapporto ospedale - paziente e di quello medico (dipendente dell'ospedale) - paziente; giustificato, quanto al primo dal c.d. contratto di ospitalità (nota 8) e quanto al secondo, dalla figura del contratto sociale
2. la individuazione di forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente
3. la rivisitazione della distribuzione degli oneri di prova nell'ambito del contratto quale che siano le censure (totale inadempimento - inesatto adempimento) e le richieste (risoluzione, danni) del creditore danneggiato (espressamente in tal senso Cassazione civile, sez. un., 30/10/2001, n. 13533);
4. il superamento della storica distinzione fra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato

5. la svalutazione della portata dell'art. 2236 c.c. attraverso la tranciante affermazione di Cass. 13/4/2007, n. 8826, che svalutandone la portata, afferma il principio dell'art. 2236, quale norma implicante "solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto"

6. la svalutazione di ogni profilo di interesse (con riferimento al nesso causale) dell'aspetto soggettivo (colpa) dell'autore del danno, radicandosi la prova della esistenza del nesso etiologico (nell'ambito civile) laddove sia più probabile (che non) che la condotta oggetto di censura sia stata la causa (normale) del danno materiale Dall'inquadramento dell'intero rapporto (sia dell'ospedale che del medico) nei termini sub 1 (natura contrattuale) discendono rilevanti conseguenze, specialmente per quanto riguarda l'onere della prova.

In particolare, si è affermato che:

a. è applicabile in siffatta situazione il principio della vicinanza della prova 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 (ed eventualmente del termine di scadenza), 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 dei beni, posto che incombe sul debitore convenuto l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione. E' importante sottolineare che la Corte stabilisce che il creditore che 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 ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento"; estendendo tale principio all'ipotesi in cui il creditore deduca l'inesatto inadempimento;

b. - è stata ripudiata la distinzione, rilevante in termini di distribuzione dell'onere della prova, fra interventi di facile esecuzione ed interventi routinari non poche volte utilizzata dalla giurisprudenza, affermandosi per contro che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, bensì quale criterio per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione sia di particolare difficoltà (così Cassazione civile, sez. III, 28/05/2004, n. 10297, nonché Cass. 2007/8826.

La più vistosa e rilevante conseguenza derivata da tale opzione ermeneutica è stato il progressivo alleggerimento (fino quasi all'annullamento) degli oneri probatori a carico del (presunto) danneggiato. Tale percorso ha visto affermare il principio che in base all'art. 1218 c.c. il paziente ha l'onere (solo) di allegare il contratto ed il relativo inadempimento o inesatto adempimento, non essendo tenuto a provare né la colpa del medico né quella della struttura.

Si è spostata quindi l'attenzione sul risultato della prestazione medica affermandosi che il medico e l'ente siano contrattualmente impegnati a realizzare il risultato dovuto, ovvero il risultato conseguibile secondo criteri di normalità, da apprezzarsi in relazione alle condizioni del paziente, alla abilità tecnica del medico e alla capacità tecnico - organizzativa della struttura. Tale enunciato è stato raffinato e circoscritto da Cassazione civile, sez. un. 11/01/2008 n. 577 secondo cui l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.

Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno.

Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

- 5 - L'attuale stato dell'arte

Sono molteplici ed ancora irrisolte non poche criticità che da tali enunciazioni ed arresti derivano.

In particolare, un punto pratico, maggiore è quello di favorire l'apertura di un varco sempre più grande all'ingresso di azioni giudiziarie infondate o di natura meramente esplorativa.

Ed invero non essendo il presunto danneggiato gravato da alcun onere probatorio (occorre chiedersi con quanta compatibilità con la immutata regola dettata dal legislatore nell'art. 2697 c.c.) - non potendo definirsi tale quello della prova del contratto, per la evidente ragione che il contratto o è in re ipsa secondo le ricordate ricostruzioni giurisprudenziali -, c'è da chiedersi se sia ragionevole apprestare contro i medici un tale apparato, all'esito dell'utilizzo massiccio del quale si intravede l'esponentiale crescita della c.d. medicina difensiva (per non parlare della quantità di cause infondate destinate ad intasare ancor più i tribunali).

Dal punto di vista strettamente giuridico non poche perplessità suscita l'individuazione di quale sia il "risultato normale", concetto piuttosto fumoso ed incerto, sicuramente idoneo ad amplificare a dismisura la conflittualità.

Infine, l'ultimo (allo stato) arresto, quello testé ricordato, di Cassazione civile, sez. un. 11/01/2008 n. 577.

La sentenza contiene (migliorando certamente la vaghezza di Cass. S.U. sent. n. 13533/2001) un principio di utile contenimento all'azionabilità incontrollata delle pretese in questa materia, laddove avverte che l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad

un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno.

Da questo principio derivano importanti implicazioni (talune, peraltro, problematiche per il presunto danneggiato):

- l'attore dovrà allegare in modo preciso e specifico i profili di inadempimento; ed è in relazione a tali profili - e solo a tali profili - che si porrà un onere del medico e della struttura di dimostrare che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno;

- nella grande complessità, vastità e difficoltà delle problematiche afferenti all'attività medico - sanitaria (ed in particolare chirurgica), per l'attore potrà rivelarsi non sempre agevole, come invece in eclatanti casi di scuola ad es. un attrezzo medico lasciato in situ, un intervento sull'organo sbagliato..., individuare con la richiesta precisione e specificità i profili di inadempimento (che non potrà essere dedotto genericamente) da allegare con la domanda giudiziale;

- non saranno da ammettere nella causa consulenze tecniche che pongano al medico legale ed allo specialista quesiti omnicomprensivi e generali, vale a dire diretti ad accertare se nell'attività del medico (quale essa sia stata) siano rilevabili errori;

Traendo ulteriori conclusioni, si deve precisare quanto segue:

- a. dal punto di vista della dicotomia adempimento - inadempimento, l'attore (presunto danneggiato) deve allegare specificamente la mancata guarigione o l'aggravamento della patologia di ingresso ed i profili di inadempimento del medico e/o della struttura nosocomiale;

- b. il medico e/o la struttura hanno l'onere della prova che l'inadempimento non vi è stato affatto o se vi è stato, non è dipeso da causa ad essi imputabile ovvero non è stato causa del danno;

- c. dal punto di vista del nesso causale, ove il giudice non sia in grado di accertare in modo certo e pieno, in base al principio del libero convincimento, la derivazione del danno dalla condotta del medico e/o della struttura, occorrerà verificare se in mancanza della condotta sanitaria censurabile (ovvero in presenza di una condotta più appropriata ed omessa) i risultati (in termini di normalità applicata alla singola e complessiva fattispecie) sarebbero stati diversi e migliori (per il paziente) secondo il principio del più probabile che non.

- 6 - Trasposizione dei principi nel caso concreto

Applicando i suesposti principi e conclusioni al caso concreto consegue che:

In merito al primo ricovero (Ospedale xxxx sono state soddisfatte dagli attori le condizioni di cui alla lettera a) che precede. Non può però essere condivisa la linea logica (che è una pretesa senza fondamento) degli attori secondo cui avendo essi allegato quanto dovuto, la responsabilità dei medici ed il nesso causale sarebbero dimostrati.

Si tratta di una palese aporia idonea ad alterare il corretto utilizzo delle regole relative all'onere della prova.

Che gli attori (alla stregua della giurisprudenza attuale) non abbiano altri e particolari oneri è un conto; è invece inaccettabile postulare che ciò possa addirittura precludere al giudice di accertare la verità iuxta alligata et probata partium nonché utilizzando strumenti (come la C.T.U.) che non appartengono alla esclusiva disponibilità delle parti.

Men che meno che ne vengano private le parti che sono gravate da quegli oneri di prova e che avanzino richieste istruttorie (anche di CTU).

Va pertanto disposta, con separata ordinanza, consulenza tecnica di ufficio.

In merito al secondo ricovero (presso xxxx) NON sono state soddisfatte le condizioni di cui al punto a che precede.

Invero è stato affermato che il paziente non avrebbe ricevuto un corretto inquadramento diagnostico e terapeutico.

Si tratta di allegazione priva di specificità e che non soddisfa il necessario onere del presunto danneggiato di indicare non genericamente quale sia l'inadempimento qualificato che si addebita al medico e/o alla struttura nosocomiale.

Peraltro, tali affermazioni di stile, sono erranee e smentite documentalmente, risultando al contrario, dalla cartella clinica prodotta dalla ASL Roma C la dettagliata e analitica indicazione e descrizione, come evidenziato dalla convenuta nelle pagine quattro e cinque della comparsa di risposta della ASL.

Appena sufficientemente mirata ma del tutto infondata (evidentemente obliterante l'attenta lettura della cartella clinica) è l'allegazione degli attori secondo cui i sanitari del Sant'Eugenio avrebbero omesso qualsivoglia attività volta a curare lo stato settico del paziente (cfr. in particolare foglio pag. 009 "Consulenze").

Al contrario tale generica lagnanza, rectius allegazione (che non consente, in punto di diritto, proprio per la sua NON specificità, di indagare sull'adeguatezza del contenuto degli interventi che invece risultano concretamente posti in essere in questo ambito dai medici) risulta smentita dalla cartella clinica dalla quale risulta che è stata effettuata una particolare attenzione proprio alle condizioni settiche del paziente, con consulenza infettivologica e prescrizioni.

La relativa domanda va pertanto rigettata.

Le relative spese di causa (che vengono regolate secondo le previsioni - orientative per il giudice che tiene conto di ogni utile circostanza per adeguare nel modo migliore la liquidazione al caso concreto - della L. 24 marzo 2012, n. 27 e del D.M. Ministero Giustizia 10.3.2014 n. 55) seguono la soccombenza e vengono liquidate a carico solidale dell'attori.

La sentenza è per legge esecutiva.

p.q.m.

NON definitivamente pronunciando, salvo che per il capo 1 che segue, ogni contraria domanda eccezione e deduzione respinta, così provvede:

1. RIGETTA le domande di Roxxxxxx.Ri. nei confronti della ASL Roma C;
2. CONDANNA xxxxxxx. in solido al pagamento delle spese di causa che liquida in favore della xxx in persona del legale rappresentante pro tempore per compensi in complessivi Euro 2.700,00 oltre IVA, CAP e spese generali;
3. DISPONE con separata ordinanza per il prosieguo;
4. SENTENZA esecutiva.

Così deciso in Roma, il 30 aprile 2015.

Depositata in Cancelleria il 30 aprile 2015.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA

Editrice
