

Diritto Avanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (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 **CHIARAVALLOTI** (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.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già 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) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Responsabilità sanitaria e principio della vicinanza della prova: l'omessa conservazione della cartella non determina sempre inversione dell'onere probatorio in sfavore del medico.

Il principio di vicinanza della prova, fondato sull'obbligo di regolare e completa tenuta della cartella, le cui carenze od omissioni non possono andare a danno del paziente (di recente, Cass. n. [7250 del 2018](#)), non può operare in pregiudizio del medico per la successiva fase di conservazione: dal momento in cui l'obbligo di conservazione si trasferisce sulla struttura sanitaria, l'omessa conservazione è imputabile esclusivamente ad essa. La violazione dell'obbligo di conservazione non può riverberarsi direttamente sul medico determinando una inversione dell'onere probatorio.

Può convenirsi con l'affermazione secondo la quale i medici possono trovarsi, in caso di smarrimento della cartella clinica ad opera della struttura sanitaria, in una posizione simmetrica a quella del paziente, rischiando a loro volta di essere pregiudicati dalla impossibilità di documentare le attività svolte e regolarmente annotate sulla cartella clinica. Del resto, diversamente opinando, si finirebbe per violare quegli stessi principi in materia di prossimità della prova che ispirano le conseguenze pregiudizievoli per il medico che, dalla presenza di lacune nella cartella clinica, verrebbe diversamente a trarre vantaggio.

...omissis...

1. I fatti. Nel 2007 Sxxxx nella qualità di congiunti di L...omissis..., convennero in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma la ...omissis... per ottenere il risarcimento dei danni riportati da ...omissis...rispettivamente marito e padre degli attori, a seguito dell'intervento operatorio, di rivascolarizzazione miocardica tramite innesto di cinque bypass, eseguito in data ...omissis...presso la suddetta clinica, per risolvere una patologia di "sindrome coronarica acuta e stenosi dei vasi coronarici". Evidenziavano come dopo l'intervento si fossero verificati problemi di instabilità emodinamica e di tenuta delle suture, che rendevano necessario un secondo intervento per revisionare le suture; che l'emergere di una infezione da stafilococco aureo con ascessualizzazione nel cavo mediastinico, nonostante la terapia antibiotica, aveva reso necessario un terzo intervento di revisione sternale. L'infezione non si arrestava e il (gggg si verificava il decesso del paziente

Gli attori sostenevano che il decesso fosse ascrivibile alla mancata sospensione del trattamento antiaggregante in corso, al mancato tempestivo inizio della profilassi antibiotica al fine di prevenire l'insorgere dell'infezione e al ritardo con il quale era stato eseguito l'intervento chirurgico per contrastare l'infezione insorta. A sostegno dei propri assunti producevano la relazione conclusiva del procedimento di istruzione preventiva ex art. 696 bis c.p.c. svoltosi su loro iniziativa contro la European Hospital, che in quella sede non riteneva di estendere il contraddittorio ai medici coinvolti.

Si costituiva la gggg F.M. e l'assistente dott. nnn

Si costituiva gggM., preliminarmente contestando l'ammissibilità ed utilizzabilità dell'elaborato peritale, non essendo stato egli parte del procedimento di istruzione preventiva; e nel merito contestando la sussistenza di una propria responsabilità (in particolare, il C. rappresentava - quanto alla causa dell'infezione - che il decesso del paziente era stato conseguenza di una infezione nosocomiale da ricondursi alla esclusiva responsabilità della Casa di cura; e - quanto all'esecuzione della profilassi antibiotica - che la stessa era stata esattamente eseguita un'ora prima dell'intervento come risultava dal cartellino di anestesia). Ottenute l'autorizzazione, provvedeva a chiamare in causa l'dddassicurazioni La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola Sddd quale compagnia assicuratrice della dddd per la responsabilità civile presso terzi.

Si costituivano altresì ddd defunto sig. L. competevano al C., capo equipe, che la terapia antiaggregante era stata correttamente sospesa prima dell'intervento, che il secondo intervento si era reso necessario ed effettuato non appena riscontrata la presenza di sanguinamento delle suture, e che la terapia antibiotica era stata correttamente eseguita, iniziata prima dell'intervento e poi modificata in considerazione della non reattività del paziente alle cure.

2. La sentenza di primo grado. Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 14891/11, depositata l'11.7.2011, condannò la ddd (d'ora ddddddd a risarcire i danni agli eredi L., pari a complessivi Euro 901.246,11. In particolare, preso atto che le parti convenute non avevano assolto all'onere della prova a proprio carico non avendo prodotto la cartella clinica, alla luce degli elementi presenti in atti il Tribunale riteneva sussistente il (solo) profilo di responsabilità relativo alla mancata prevenzione e al deficitario trattamento dell'infezione insorta, per omessa somministrazione di copertura antibiotica.

3. L'appello. La clinica non impugnava la sentenza di primo grado che pertanto, nei suoi confronti è passata in giudicato. Contro la sentenza proponevano separati appelli dinanzi alla Corte d'appello di Roma, poi riuniti, hhh il primo lamentando che il Giudice di prime cure non avesse disposto una consulenza tecnica d'ufficio e comunque criticando nel merito la sentenza, tra l'altro per non aver attribuito alcuna percentuale

di responsabilità all'anestesista, sul presupposto che lo stesso non avesse svolto attività che potessero favorire l'insorgenza dell'infezione.

La Corte d'appello sospendeva l'efficacia esecutiva della sentenza limitatamente alle condanne poste a carico del ppp pp disponeva l'espletamento di consulenza tecnica collegiale, nominando un medico legale ed un cardiologo, nel corso della quale emergeva che sssss) aveva denunciato lo smarrimento della cartella clinica.

4. La sentenza di appello. La Corte d'appello, in limitato e parziale accoglimento dell'appello del sss., ripartiva diversamente le responsabilità sotto il profilo interno: 80% in capo alla clinica, 10 % in capo al C., 5% ciascuno in capo al ppp il quale quindi veniva inserito nel novero dei soggetti solidalmente responsabili all'esterno, nei confronti dei parenti della vittima.

Affermava che la causa della morte pppp doveva ricondursi alla comparsa di una infezione nosocomiale, imputabile a carenze strutturali e organizzative della casa di cura. Aggiungeva però che anche il comportamento dei tre sanitari non fosse del tutto esente da responsabilità, avendo spiegato un apporto concausale nella morte del paziente e muoveva loro tre specifici addebiti: il primo, consistente nel non aver somministrato l'antibiotico al paziente nell'immediatezza del taglio chirurgico e con tempestività nel decorso post-operatorio (e in relazione a questo primo comportamento scarsamente diligente individuava anche una responsabilità dell'anestesista); il secondo addebito era legato al re-intervento per tamponamento cardiaco, necessitato probabilmente dalla mancata sospensione in tempo utile, precedente all'operazione, della terapia antiaggregante piastrinica, che ascriveva principalmente alla responsabilità del capo equipe ssssss il terzo profilo di addebito era individuato nella mancata adozione della tecnica chirurgica della scheletrizzazione delle arterie mammarie, ascrivibile alla scelta chirurgica del ppppppppp

La Corte d'appello arrivava a queste conclusioni facendo proprie le valutazioni conclusive cui era pervenuto il collegio peritale, che prendeva atto della parziale mancanza della cartella clinica (ssssss la struttura sanitaria aveva denunciato lo smarrimento) e recuperava, con propria autonoma valutazione, i rilievi eseguiti dal consulente già in sede di accertamento tecnico preventivo nel 2007. Rilevava che, a fronte dei tre deficit di diligenza e di perizia individuati a carico dei medici, sarebbe stato onere degli stessi provare che la causa dell'insorgenza dell'infezione (individuata in sè come causa della morte del sss.) fosse diversa e avulsa dall'intervento medico, al punto di costituirne una evoluzione anomala e imprevedibile. Non avendo essi fornito la prova liberatoria, la Corte li riteneva parzialmente responsabili, sebbene in percentuali ridotte, della morte delssL.. In particolare, la Corte d'appello affermava che le carenze od omissioni (anche meramente documentali) della cartella clinica concernenti il caso clinico in esame non potevano ripercuotersi a danno del paziente perchè si trattava di documentazione che è obbligo del medico e della struttura sanitaria non solo compilare ma, anche e soprattutto, conservare al fine di dimostrare la correttezza dell'iter diagnostico, terapeutico e curativo seguito nel caso concreto; e che ciò si rendeva oltremodo rilevante nel momento in cui i consulenti avevano comunque verificato ed evidenziato profili di colpa medica, per omissione di cautele o di terapie adeguate allo scopo, profili che venivano rafforzati (e non elisi) dalla non completa documentazione della cartella clinica che gli appellanti avevano il dovere di redigere; riteneva accertata la mancanza di copertura antibiotica precedente all'intervento, sulla scorta dell'affermazione dei consulenti tecnici d'ufficio i quali non avevano riscontrato la relativa annotazione nel foglio di visita preoperatoria; affermava ancora che, poichè nell'atto operatorio relativo al primo intervento chirurgico non era stata riportata la tecnica di prelievo delle arterie mammarie, si doveva dedurre che non fosse stata eseguita la scheletrizzazione bensì la pedunculizzazione, tecnica quest'ultima maggiormente invalsa sebbene meno efficace; riteneva infine che il comportamento dell'anestesista ssss. avesse contribuito al decesso del ssss., in considerazione della mancata somministrazione di antibiotico

terapia nell'immediatezza del taglio chirurgico (imputabile in parte al comportamento dell'anestesista).

6. Il giudizio di cassazione. Contro la sentenza della Corte d'appello di Roma n. 3941/2015, depositata l'1.7.2015, propone ricorso per Cassazione, con cinque motivi, ssss

La ssss. e L. resistono con controricorso; Fssss. resiste anch'egli con controricorso proponendo altresì ricorso incidentale illustrato da memoria.

La sssss., regolarmente intimata, non ha svolto attività difensiva in questa sede. La causa è stata avviata alla trattazione in adunanza camerale non partecipata. Il Procuratore Generale ha provveduto a depositare conclusioni scritte nel senso della inammissibilità del ricorso principale.

Motivi della decisione

1. Il ricorso principale hhhh

Con il primo motivo, il ricorrente dott. hhh denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., comma 1, art. 2697 c.c., D.P.R. n. 128 del 1969, artt. 2 5 e 7 in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Osserva come la Corte d'appello abbia riportato testualmente e fatto proprie le conclusioni tratte dalla consulenza tecnica di ufficio, relazione in cui veniva affermato a più riprese che la mancanza di intere parti della cartella clinica aveva condizionato la possibilità di svolgere un accertamento esauriente e circostanziato dell'intera vicenda clinica influenzando sul giudizio medico-legale.

Lamenta che la Corte d'appello abbia confuso l'obbligo di compilazione della cartella clinica - alla quale soltanto farebbe riferimento la giurisprudenza citata nella sentenza impugnata, che pone il relativo obbligo sia a carico dei medici che della struttura sanitaria - con l'obbligo di conservazione della stessa (ritenuto dalla Corte d'appello imprescindibile per dimostrare l'iter diagnostico, terapeutico e curativo seguito nel caso concreto), gravando ingiustamente il medico di un dovere di conservazione che invece dovrebbe riconoscersi esclusivamente in capo alla struttura sanitaria (come confermerebbe il D.P.R. n. 128 del 1969, artt. 2 5 e 7, che stabilisce la responsabilità del medico nella regolare compilazione La Nuova Procedura Civile delle cartelle cliniche e nella loro conservazione fino alla consegna all'archivio centrale, momento a partire dal quale la responsabilità passa in capo alla struttura sanitaria); con la conseguenza che, in caso di smarrimento, essendo la prestazione di custodia inadempita riconducibile ad un rapporto contrattuale tra paziente e struttura, graverebbe su quest'ultima la prova che l'inadempimento sia incolpevole (prova che, nella specie, non è stata fornita, essendosi la hhhhhhhHospital limitata a sporgere denuncia di smarrimento). Osserva che, a causa dello smarrimento - ad essi non imputabile -, i sanitari siano stati privati della possibilità di dimostrare elementi a loro discolta che ben potevano emergere (come puntualizzato dai consulenti tecnici d'ufficio) nelle parti mancanti della cartella clinica.

Evidenzia che i medici si trovino, nei confronti della fattispecie di smarrimento, in una posizione simmetrica a quella del paziente, che -per giurisprudenza costante - non può subire le conseguenze della mancanza o incompletezza della cartella clinica atteso che tali circostanze sono sintomatiche di inesatto adempimento e fanno presumere il nesso di causalità tra condotta colposa del medico e patologia accertata. Osserva quindi che l'onere della prova, in virtù del principio di vicinanza alla prova, debba essere addossato alla Casa di cura responsabile della custodia della cartella clinica: infatti, venendo in rilievo esclusivamente profili di responsabilità da custodia, i medici coinvolti non dovrebbero subire alcuna conseguenza pregiudizievole, allo stesso modo in cui non la deve subire il paziente.

Lamenta che le parti di cartella clinica disponibili non fossero sufficienti a fondare un giudizio compiuto di responsabilità nei confronti dei medici, atteso che gli stessi consulenti tecnici d'ufficio hanno evidenziato a più riprese che i loro giudizi siano stati fortemente condizionati dalla mancanza di parti della cartella clinica. Osserva come dirimente sia la mancanza del cartellino di anestesia, che era allegato alla cartella clinica, la cui presenza avrebbe notevolmente alleviato la posizione dei sanitari, perchè su di esso avevano annotato la somministrazione antibiotica; e come risulti redatto il solo foglio della visita preoperatoria, in cui viceversa non potrebbe trovare ingresso la prescrizione di antibiotici, dovendo la relativa somministrazione essere eseguita circa un'ora prima dell'incisione chirurgica.

Con il secondo motivo, il ricorrente denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 61 c.p.c., comma 1, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), non avendo i consulenti tecnici nominati la particolare competenza tecnica richiesta, ed in particolare l'esperienza specifica cardiocirurgia idonea e necessaria all'assolvimento del compito loro affidato dalla Corte d'appello. Il ricorrente fornisce una serie di indici asseritamente rivelatori della carenza di preparazione, così come riverberati nell'elaborato tecnico.

Con il terzo motivo, il C. denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., comma 1, art. 2727 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Lamenta che la Corte d'appello abbia affermato la mancanza di copertura antibiotica sulla scorta dell'affermazione dei consulenti tecnici d'ufficio, i quali non hanno riscontrato la relativa annotazione nel foglio di visita preoperatorio senza tener conto della segnalazione formulata dal consulente di parte del C., secondo la quale la previsione della somministrazione di antibiotici viene annotato sul c.d. cartellino di anestesia, allegato alla cartella clinica, nella fattispecie non rinvenuto insieme a tante altre parti di essa, atteso che la somministrazione degli stessi non può essere preventivamente programmata, in sede di visita preoperatoria, ma segue l'andamento dei tempi anestesilogici dovendo essere eseguita circa un'ora prima dell'incisione; con la conseguenza che il ragionamento presuntivo non sarebbe correttamente formulato, tanto più che i consulenti non escludono che l'annotazione in parola possa essere stata contenuta nel cartellino di anestesia, ma si limitano a rilevare la mancanza di esso.

Il ricorrente osserva pertanto che la sentenza impugnata dovrebbe essere cassata sul punto, affinché, preso atto che non possa affermarsi che il hhh abbia omesso la somministrazione antibiotica, venga ulteriormente ridotta la quota di responsabilità gravante sullo stesso.

Con il quarto motivo, il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., comma 1, art. 2727 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Lamenta che il ragionamento presuntivo con cui la Corte d'appello ha ritenuto che, in mancanza di annotazione sulla cartella clinica, la tecnica seguita fosse quella più diffusa della pedunculizzazione, anzichè quella più appropriata della scheletrizzazione, sia viziato da illogicità ed irragionevolezza.

Osserva come, viceversa, gli elementi indiziari avrebbero dovuto orientare verso la soluzione opposta (ossia la scheletrizzazione): in particolare, il referto non riporterebbe la tecnica di prelievo, La Nuova Procedura Civile in quanto sarebbe notorio che il C. operi prelevando l'arteria mammaria scheletrizzata; il C. è stato uno dei pionieri della scheletrizzazione delle arterie mammarie ed ha pubblicato su tale argomento fondamentali lavori scientifici; sul paziente sono state eseguite quattro anastomosi distali con le mammarie, tecnica asseritamente molto semplice se le arterie mammarie sono scheletrizzate, ma molto più complessa se le stesse sono pedunculizzate.

Con il quinto motivo di ricorso, il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c., comma 1, art. 92 c.p.c., comma 2, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Lamenta che all'accoglimento del terzo motivo d'appello formulato dal C. avrebbe dovuto conseguire la condanna del dott. F.M. alla rifusione delle spese del grado in favore dell'appellante, che invece sono state compensate pur non ricorrendo alcuna delle ipotesi di cui all'art. 92 c.p.c., comma 2; e che si sarebbero dovute ripartire le spese di entrambi i gradi liquidate in favore dei signori L. e S. tenendo conto della soccombenza hhh. ai sensi dell'art. 91 c.p.c., comma 1.

Ritiene pertanto che la sentenza impugnata debba essere cassata, affinché siano rimodulate le spese processuali alla luce del riconoscimento della responsabilità in capo al hhh

2. Il controricorso con ricorso incidentale del hhh

Passando all'esame del controricorso, contenente anche ricorso incidentale, del dott. F.M., il ricorrente ripercorre la falsariga del ricorso principale, sviluppando un ricorso incidentale del tutto allineato alle tesi del ricorrente principale, che sviluppa con ricchezza di argomentazione. Denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., comma 1, art. 2697 c.c., D.P.R. n. 128 del 1969, artt. 2 5 e 7 in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Con il primo motivo censura - per le stesse ragioni poste dal ricorrente principale a fondamento del primo motivo di doglianza - la sentenza impugnata nella parte in cui, assumendo che sia stato violato l'obbligo di conservazione della cartella clinica, anziché riconoscere la responsabilità esclusiva in capo alla struttura sanitaria (sulla quale grava il dovere di conservazione dei documenti e sulla quale devono pertanto ricadere in via esclusiva le conseguenze di un eventuale smarrimento), ha condannato in solido con la struttura i medici sui quali grava solamente l'obbligo di compilazione della cartella clinica.

Precisa che i medici chiamati in garanzia dalla Casa di cura non erano neppure legati alla stessa da rapporto di dipendenza (e dunque non avevano accesso ai documenti amministrativi, che la sola struttura aveva il dovere di custodire); e che la Corte d'appello abbia tratto dalla carenza documentale conseguenze pregiudizievoli per il hhh., il quale peraltro - già in primo grado - aveva formulato richiesta (tuttavia disattesa dal Giudice) di ordinare l'esibizione della cartella clinica.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale, il F. denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., art. 116 c.p.c., comma 1, art. 2727 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Censura - per le stesse ragioni poste dal ricorrente principale a fondamento del terzo motivo di doglianza - la sentenza impugnata nella parte in cui ha presunto la mancanza di copertura antibiotica solo perchè non ha rinvenuto il c.d. "cartellino di anestesia" allegato alla cartella clinica ove detta terapia è stata annotata.

Lamenta inoltre che il cartellino anestesilogico esisteva e conteneva l'annotazione della terapia antibiotica (e sia stato solo successivamente smarrito dalla Casa di cura); e che - poichè la circostanza dell'avvenuta somministrazione della terapia alle 9.00 (un'ora prima dell'intervento) del La Nuova Procedura Civile 12.05.05, e della relativa annotazione nel cartellino di anestesia del 12.05.05 troverebbero conferma in vari atti di causa (enumerati dal ricorrente incidentale), tra i quali come atto "terzo", in quanto gli altri atti sono le difese degli altri medici, nella relazione medico legale contenuta nell'accertamento tecnico preventivo - la Corte d'appello avrebbe violato non solo le norme (richiamate dal ricorrente principale) in materia di presunzioni, ma anche l'art. 115 c.p.c., obliterando l'evidenza dei riscontri predetti e la pacifica ammissione della circostanza da parte del Chhh..

Con il terzo motivo di ricorso incidentale, che si riallaccia al quarto motivo del ricorso principale, il ricorrente incidentale denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218 c.c. e ss., artt. 40 e 41 c.p.c., art. 2969 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Lamenta che la decisione di addebitare, sia pure in minima parte, la responsabilità al hh per l'infezione di natura nosocomiale, imputabile esclusivamente a carenze

strutturali ed organizzative della Casa di cura, non sia supportata dalla necessaria indagine sul nesso causale nè dall'accertamento della relazione eziologica anche in termini probabilistici tra condotta omissiva ed evento.

Osserva che la relazione causale sia anzi smentita dai riscontri peritali (avendo gli stessi CTU dichiarato che verosimilmente il jjj. era stato sottoposto a terapia antibiotica, ma che non fosse possibile stabilire con certezza nè la data di inizio del trattamento nè i dosaggi); e che, comunque, la condotta del jj non abbia avuto alcuna incidenza sulla contrazione dell'infezione nosocomiale, non avendo lo stesso partecipato nè alla fase post-operatoria del primo intervento nè al secondo intervento del 16.05.2005.

Lamenta che - con l'imputare in parte il decesso ii al comportamento dell'anestesista, che non ha o non avrebbe somministrato nell'immediatezza del taglio la profilassi antibiotica - la Corte d'appello abbia fornito una motivazione perplessa, che formula una ipotesi inidonea a giustificare la condanna inferta all'anestesista.

Osserva come - per giurisprudenza consolidata - il Giudice debba accertare, sul piano della causalità materiale, l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 c.p.c., così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, per poi procedere alla valutazione dell'efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica, onde ascrivere all'autore della condotta un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno.

Lamenta che la mancata acquisizione della cartella clinica sia circostanza che il Giudice di merito non poteva utilizzare in modo automatico per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso di causalità tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente, essendo necessario che il medico abbia comunque posto in essere una condotta idonea in concreto a causare il danno.

Osserva infatti come, nella ricostruzione del nesso eziologico, il Giudice sia tenuto ad analizzare la condotta (omissiva) colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta, l'evento lesivo sarebbe stato evitato al di là di ogni ragionevole dubbio; e come, viceversa, nella sentenza impugnata manchi ogni tipo di accertamento in tal senso: se il cccccc. avesse somministrato l'antibiotico l'esitus non sarebbe stato diverso, alla luce degli stessi rilievi della CTU espletata in appello, che evidenzerebbe una concatenazione causale di eventi (mancata somministrazione di terapia nel postoperatorio; tardività del reintervento per tamponamento cardiaco; mancata scheletrizzazione arterie mammarie) a cui è rimasto estraneo l'anestesista.

3. Tanto il ricorso principale, quanto quello incidentale devono essere rigettati.

3.1. Con riguardo al primo e terzo motivo del ricorso principale e ai tre motivi del ricorso incidentale (che appare opportuno, in questa sede, analizzare congiuntamente in quanto trattano profili analoghi), deve preliminarmente puntualizzarsi, con correzione sul punto della motivazione, che è ben vero, come evidenziato dai ricorrenti, che altro sia l'obbligo di compilazione della cartella clinica, certamente gravante anche sui medici; altro sia, invece, l'obbligo di conservazione della cartella clinica stessa. Infatti, tale obbligo di conservazione non può ridondare a carico del medico in termini assoluti.

Ai sensi del D.P.R. n. 128 del 1969, art. 7 per tutta la durata del ricovero, responsabile della tenuta e conservazione della cartella clinica è il medico (in particolare, il responsabile della unità operativa ove è ricoverato il paziente). Questi esaurisce il proprio obbligo di La Nuova **Procedura Civile** Direttore Scientifico Luigi Mola provvedere oltre che alla compilazione, alla conservazione della cartella, nel momento in cui consegna la cartella all'archivio centrale, momento a partire dal quale la responsabilità per omessa conservazione della cartella si trasferisce in capo alla Struttura sanitaria, e quindi alla direzione sanitaria di essa, che deve conservarla in luoghi appropriati, non soggetti ad alterazioni climatiche e non accessibili da estranei. L'obbligo di conservazione della

cartella, come ribadito dalle successive circolari del Ministero della Sanità, è illimitato nel tempo, perchè le stesse rappresentano un atto ufficiale. Proprio per superare i problemi connessi allo smarrimento e alla deperibilità naturale delle cartelle, è in corso di realizzazione la digitalizzazione degli archivi sanitari, che comporterà il passaggio dalle cartelle cliniche cartacee alle cartelle cliniche digitali.

Ne consegue che il principio di vicinanza della prova, fondato sull'obbligo di regolare e completa tenuta della cartella, le cui carenze od omissioni non possono andare a danno del paziente (si vedano, ex multis, Cass. civ., sez. 3, 05-07-2004, n. 12273; Cass. civ. sez. 3, 26-01-2010, n. 1538 e, di recente, Cass. n. 7250 del 2018), non può operare in pregiudizio del medico per la successiva fase di conservazione: dal momento in cui l'obbligo di conservazione si trasferisce sulla struttura sanitaria, l'omessa conservazione è imputabile esclusivamente ad essa. La violazione dell'obbligo di conservazione non può riverberarsi direttamente sul medico determinando una inversione dell'onere probatorio.

Può convenirsi con l'affermazione del ricorrente secondo la quale i medici possono trovarsi, in caso di smarrimento della cartella clinica ad opera della struttura sanitaria, in una posizione simmetrica a quella del paziente, rischiando a loro volta di essere pregiudicati dalla impossibilità di documentare le attività svolte e regolarmente annotate sulla cartella clinica. Del resto, diversamente opinando, si finirebbe per violare quegli stessi principi in materia di prossimità della prova che ispirano le conseguenze pregiudizievoli per il medico che, dalla presenza di lacune nella cartella clinica, verrebbe diversamente a trarre vantaggio.

3.2. La valorizzazione del profilo appena esaminato non giova, tuttavia, per l'accoglimento dei ricorsi.

Pur con la sopra indicata puntualizzazione, in ordine alla non divisibilità nella sua assolutezza dell'affermazione secondo la quale anche l'obbligo di conservazione, oltre che quello di corretta e completa conservazione, della cartella clinica, gravi sul medico, deve in primo luogo evidenziarsi che, nelle cause di responsabilità sanitaria, il ruolo dei medici evocati in causa come convenuti insieme alla struttura sanitaria è - non meno che quello dei pazienti, o parenti dei pazienti che abbiano agito in giudizio - un ruolo attivo, nel senso che, ove convenuti, devono attivarsi per articolare nel modo migliore la propria difesa. Quindi, sono gli stessi medici, che abbiano scrupolosamente compilato la cartella clinica, a poterne e doverne richiedere copia alla struttura per acquisirne disponibilità al fine di articolare le proprie difese e di produrla in giudizio. Se non possono ritenersi gravati dagli obblighi di conservazione nei termini sopra indicati, essi non sono esenti dall'ordinario onere probatorio. Non possono pertanto con successo, qualora non abbiano essi stessi curato la produzione in giudizio della cartella clinica, e non abbiano la disponibilità della copia che avrebbero avuto l'onere, all'inizio della causa, di richiedere, pretendere che siano imputate alla struttura sanitaria eventuali lacune della copia della cartella clinica prodotta in giudizio se, come nella specie, la struttura sanitaria dichiara di aver smarrito l'originale della cartella.

La motivazione della corte d'appello non perde poi di coerenza in ordine all'affermazione di una, seppur La Nuova Procedura Civile Direttore Scientifico: Luigi Viola circoscritta, corresponsabilità dei medici neppure resecata dalla affermazione di addebito sui medici delle conseguenze in ordine alla mancata conservazione della cartella clinica. Il Giudice d'appello, nella sentenza impugnata, non ha condannato i medici appellanti solo sulla base del profilo dell'omessa conservazione della cartella, addossando su di essi, per una malintesa applicazione del principio di vicinanza alla prova, le conseguenze pregiudizievoli a loro non imputabili di un eventuale smarrimento della cartella nella sua integralità fisica. Al contrario, essa ha fondato la responsabilità dei professionisti su altri elementi di per sé idonei a sorreggerla (e, in particolare, su tre specifici e autonomi profili: anzitutto, la mancata somministrazione di antibiotico-terapia; in secondo luogo, la mancata sospensione in tempo utile della terapia antiaggregante piastrinica, comunque

l'intempestivo adeguamento di misure terapeutiche di prevenzione nella fase successiva al primo intervento, cui si è aggiunta la mancata adozione - nell'ultimo intervento - di misure che avrebbero potuto contrastare l'evoluzione della mediastinite; infine, la mancata scheletrizzazione delle arterie mammarie nel primo intervento chirurgico), processualmente acquisiti, e in particolare emergenti dalle risultanze dell'accertamento tecnico preventivo (non successivamente smentite, e anzi sostanzialmente confermate dalla consulenza tecnica espletata nel giudizio d'appello). A fronte di questi dati medico/specialistici che la corte d'appello ha ritenuto accertati, a prescindere dalla lacunosità della cartella clinica, era specifico onere dei medici appellanti fornire la prova che l'insorgenza dell'infezione andava ascritta ad una causa diversa e specificamente accertata, e comunque del tutto avulsa dall'intervento medico eseguito al punto da costituire una evoluzione del tutto anomala e imprevedibile. Questa prova, con accertamento in fatto non in questa sede ripetibile, la corte d'appello ha ritenuto non sia stata fornita.

Non giova, infine, ai ricorrenti la generica invocazione della mancata partecipazione, da parte dei medici, all'accertamento tecnico preventivo (svoltosi nei soli confronti della Struttura sanitaria), e della conseguente inutilizzabilità delle relative risultanze. Infatti, ben poteva la Corte d'appello considerare gli elementi raccolti in sede di accertamento tecnico preventivo alla stregua di argomenti di prova, da valutare pertanto congiuntamente agli altri elementi raccolti (v. Cass. n. 5658 del 2010). Tanto più che, nel caso di specie, il Giudice d'appello ha disposto una nuova indagine specialistica rinnovando le operazioni di CTU; e che, come la Corte d'appello ha correttamente rilevato, la consulenza tecnica espletata in sede d'appello ha utilizzato gli elementi di fatto rilevati nell'imminenza dei fatti in sede di accertamento, compiendo la propria autonoma indagine tecnica su di essi e sostanzialmente confermato le conclusioni cui era già pervenuto il consulente nominato in sede di accertamento tecnico preventivo.

3.3. Il secondo motivo del ricorso principale è inammissibile.

Se le contestazioni, relative all'inidoneo livello dei medici prescelti come consulenti tecnici, tendessero a mettere in discussione la validità stessa della consulenza avrebbero dovuto essere sollevate tempestivamente in appello, e non risulta che siano state sollevate nè che il giudice non ne abbia tenuto conto.

Si aggiunga che la previsione della particolare competenza tecnica in capo all'ausiliare del giudice, inserita nell'art. 61 c.p.c., non presuppone necessariamente che lo stesso, qualora si discuta di responsabilità medica, debba avere la medesima specializzazione del medico della cui responsabilità si discute. Laddove, come nel caso di specie, all'esito di un intervento chirurgico La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola si sia verificata la morte del paziente ma nelle sue cause siano coinvolti molteplici profili di responsabilità, in primo luogo della struttura sanitaria, e in secondo luogo delle varie figure professionali coinvolte (aventi a loro volta distinte specializzazioni), la scelta di non privilegiare l'individuazione come ausiliare del giudice di un chirurgo ma di preferire un professionista che, dotato di una competenza meno specialistica, sia in grado di verificare con competenza tutti i profili rilevanti non appare in alcun modo illegittima.

Il ricorso peraltro non puntualizza adeguatamente ove questi rilievi siano stati in precedenza formulati. Ove le contestazioni siano volte semplicemente a mettere in discussione la qualità dell'elaborato peritale e quindi l'attendibilità dei risultati ai fini della formazione del convincimento in fatto dei giudici, i rilievi, oltre che tardivi, sarebbero del tutto irrilevanti in questa sede.

3.4. Il quarto motivo del ricorso principale è infondato.

Valgono in proposito le considerazioni già svolte, in relazione al secondo motivo di ricorso, in ordine all'esistenza di un onere, in capo a tutte le parti coinvolte, di richiedere e produrre la cartella clinica.

La corte d'appello non ha effettuato un ragionamento presuntivo, ma ha affermato che nella parte di cartella esistente in appello non era riportata l'adozione della tecnica

della scheletrizzazione, e pertanto ha ritenuto che questa tecnica non sia stata utilizzata. Da questo dato di fatto, e quindi dalla mancanza di un dato istruttorio che avrebbe dovuto essere fornito dallo stesso chirurgo, il giudice d'appello ha tratto le sue valutazioni. Ha ritenuto che la tecnica della scheletrizzazione che non risulta essere stata seguita, era, nella situazione del paziente, quella che avrebbe dato maggiori garanzie ai fini di una non riapertura della ferita, e ed ha ritenuto errata la scelta tecnica consistente nel far ricorso alla più diffusa ma meno sicura tecnica della pedunculizzazione, attribuendo ad essa una efficacia concausale nel successivo sanguinamento delle suture, che ha reso necessario il secondo intervento aumentando il pericolo dell'infezione.

Pertanto, il ricorrente neppure afferma a chiare lettere di aver effettuato l'annotazione della tecnica operatoria della scheletrizzazione, e che quella parte di cartella sia andata smarrita.

Il ragionamento presuntivo che propone, in contrapposizione alla motivazione d'appello sul punto, oltre che inammissibile perchè volto a sostituire un accertamento in fatto già compiuto, è privo di ogni logica, pretendendo egli di argomentare dal fatto di essere noto già all'epoca dei fatti per la perfetta padronanza di questa particolare e complessa tecnica operatoria che era tra i pochi ad utilizzare (elemento che non è un fatto storico di rilevanza interna a questo processo, bensì una semplice valutazione della sua competenza) il fatto La Nuova **Procedura Civile** Direttore Scientifico: Luigi Viola ignoto e del tutto indipendente dal precedente che l'abbia utilizzata in quella particolare circostanza, mancando tutti gli elementi per il ricorso alle presunzioni.

3.5. Anche il quinto motivo è infondato: laddove la corte d'appello ha compensato le spese del grado tra i responsabili, non ha violato la regola sulla soccombenza ponendo spese a carico della parte integralmente vincitrice, e nel complesso ha tenuto implicitamente conto della assoluta marginalità della posizione del F..

Sia il ricorso principale che il ricorso incidentale devono essere conclusivamente rigettati.

La complessità della vicenda e la necessità di correggere in parte la motivazione inducono a compensare integralmente le spese del giudizio.

Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e i ricorrenti risultano soccombenti, pertanto sono gravati dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater.

pqm

La Corte rigetta il ricorso principale e l'incidentale.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente principale e incidentale di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Corte di cassazione, il 20 maggio 2018.

Depositato in Cancelleria il 13 luglio 2018