

## **Il diritto alla prova nel sottosistema sanitario**

### ***Brevi riflessioni pratiche***

**1. Il sottosistema della responsabilità sanitaria nella sua attuale forma giurisprudenziale - 2. Il *revirement* sostanziale si è riverberato sul piano processuale? - 3. Un processo preclusivo rimane a carte scoperte - 4. L'accertamento tecnico dominante - 5. L'intensità motivazionale necessaria per deviarne - 6. La fonte della cartella clinica - 7. La prossimità della prova - 8. La ricaduta sull'accertamento del nesso causale - 9. La relativa giurisprudenza dopo il secondo San Martino - 10. Prossimità e presunzione - 11. La sostanza della presunzione semplice - 12. Presunzione, nesso causale e "uscita" dal mero fatto - 13. Malgoverno giurisprudenziale? - 14. Nesso causale: qualificazione probabilistica sostanziale e corrispondente libero convincimento processuale.**

**1.** La responsabilità civile negli ultimi decenni si è sviluppata, sia in termini extracontrattuali sia in termini contrattuali, in forza di vari importanti interventi della giurisprudenza, non solo per quanto concerne la identificazione di danni un tempo sostanzialmente ignorati, ma anche per quanto attiene alla conformazione dei relativi processi, con particolare riguardo all'interpretazione di quel che vi si deve dalle parti dimostrare e dal giudice accertare. L'ampiezza di queste tematiche è tale che, naturalmente, si deve scegliere ciò su cui intrattenersi. E una evidente scelta è stata compiuta, con intelligenza, dagli organizzatori di questo convegno, orientandosi sulla responsabilità sanitaria, un sottosistema che presenta comunque tratti ibridi tra il sistema contrattuale e quello extracontrattuale.

La responsabilità sanitaria, in effetti, è ben noto come abbia attraversato varie scelte evolutive: dalla prevalenza della extracontrattualità - all'epoca del paternalismo medico, di cui permane ancora una traccia nella definizione anche della controparte contrattuale come "paziente" - all'espansione del contratto (tramite la costruzione del contratto di ospedalità per le strutture sanitarie e la valorizzazione del cosiddetto contatto sociale per il sanitario operante), all'inserimento nella "traduzione" processuale del contratto in generale di una

formale preferenza interpretativa - a partire dal 2001 - per il creditore quanto al significato, appunto processuale (*"se non prova"*, attribuisce la norma al "debitore"), del basilare articolo 1218 c.c. e altresì a un'ulteriore preferenza, se non proprio una "protezione", a livello probatorio processuale nei confronti del creditore o del danneggiato extracontrattuale in riferimento all'accertamento probabilistico del pilastro della responsabilità, l'aver materialmente causato - con inadempimento se vi è un debitore, con la condotta da "passante" se la responsabilità è aquiliana - l'evento danno.

Ad un certo punto, la situazione è sembrata intraprendere una discesa su una china, suscitando quindi una reazione normativa e giurisprudenziale per cui quel che si era prima socchiuso e poi invece spalancato - costituendo proprio allora della responsabilità sanitaria un sottosistema in parte autonomo dai sistemi della responsabilità giuridica proprio perché il fatto nei confronti del danneggiato gli apportava tratti ibridi -, si è al principio come ristretto e poi in una certa parte nuovamente serrato.

Il pullulare di cause di responsabilità medica e l'aumento della c.d. medicina difensiva, con le evidenti conseguenze economiche che costituiscono costantemente uno degli elementi fondanti nel plasmare le leggi e non solo, hanno indotto il legislatore ad attivarsi perseguendo un nuovo equilibrio tra i contrapposti interessi.

Il primo intervento, il c.d. decreto Balduzzi - d.l. 13 settembre 2012 n. 158 conv. con modifiche in l. 8 novembre 2012 n. 189 - per quella che è stata definita "scarsa chiarezza" dell'articolo 3<sup>1</sup> ha, si può dire, sparato a salve contro il sottosistema sanitario, da tempo eletto a "diritto vivente".

È intervenuta allora la l. 8 marzo 2017 n. 24, nota come c.d. legge Gelli-Bianco, che invece sembra abbia colto nel segno.

---

<sup>1</sup> Così recita il primo comma di tale articolo: *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo."*

Quest'ultima legge, che con l'articolo 7 ha espanso l'extracontrattualità nella relazione tra il sanitario e il danneggiato<sup>2</sup>, è entrata in vigore dall'1 aprile 2017, e comunque, nella qualificazione dei rapporti e quindi nella loro sussunzione in sistema – nell'aquiliano o nel contrattuale -, evidentemente non era atta, ex articolo 11 prel., a dispiegare effetti retroattivi per quanto qui interessa (come è stato riconosciuto da Cass.28811/2019 e Cass. 28994/2019, che hanno confermato la irretroattività delle norme sostanziali anche in riferimento alla Balduzzi). Tuttavia, la celebre Cass. 18392/2017 - precisamente pubblicata il 26 luglio, dopo essere stata discussa in pubblica udienza del 5 luglio - sopravviene e "frena" subito il sistema che per le cause già instaurate sembrava scendere ancora sulla china, con una interpretazione - quella, ormai notissima, del duplice ciclo causale anche nella responsabilità da contratto/contatto - che, si può dire abbastanza naturalmente, non viene per nulla attinta né dalla Balduzzi né dalla Gelli-Bianco, ma è il frutto di una profonda analisi codicistica.

Subito dopo, parallelamente, la maggioranza della dottrina censura questo *revirement* - tra l'altro adducendo la sussistenza di un contrasto con le Sezioni Unite di San Martino - ma la Terza Sezione Civile, che ne è la fonte, si incanala compatta (le divergenze sono state minime e non è il caso qui di soffermarsi, vista anche l'ulteriore evoluzione successiva) nel seguire il modello del duplice ciclo causale, non aprendo alcuna crepa nella nuova scelta.

---

<sup>2</sup> L'articolo 7, rubricato come *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, si esprime come segue:

"1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario Nazionale nonché attraverso la telemedicina.

3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.

4. Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.

5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile."

La pressione dottrinale da un lato e l'esigenza di fornire una ricostruzione completa dall'altro ha spinto poi la Terza Sezione Civile (con il cosiddetto Progetto Sanitario, che si affianca ad altri specifici Progetti di approfondimento e stabilizzazione propri della sezione) a quella che è stata chiamata San Martino bis. Dell'ampio contenuto di questa pluralità di pronunce sul sottosistema sanitario qui si deve richiamare soltanto, avendo come oggetto della riflessione l'allegazione e la prova, la conferma - rilasciata con Cass. 11 novembre 2019, nn.28991 e 28992 - del duplice ciclo causale, precisata peraltro con un insistente riferimento all'utilizzabilità, da parte del preteso danneggiato, anche delle presunzioni per adempiere il suo onere probatorio.

È sulla base di questo che ora si verrà a riflettere in ordine all'attuale percezione, da parte della giurisprudenza nomofilattica, della posizione del danneggiato, prendendo le mosse, quale *specimen* dello stato dell'arte, dalla recentissima Cass. sez. 3, 29 marzo 2022 n. 10050 (questa la massima: "*In tema di responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni professionali (tra le quali si collocano quelle di responsabilità medica, anteriormente alla l. n. 24 del 2017), è onere del creditore-danneggiato provare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), il nesso di causalità, secondo il criterio del "più probabile che non", tra la condotta del professionista e il danno lamentato, mentre spetta al professionista dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile, da intendersi nel senso oggettivo della sua inimputabilità all'agente*"), che, pur ricostruendo formalmente la *species* contrattuale della responsabilità sanitaria anteriore alla legge Gelli-Bianco, apporta chiarimenti, per la prossimità delle due impostazioni contrattuale ed extracontrattuale scaturita, per un sottosistema ancora vivace, dal *revirement* giurisprudenziale 2017/2019.

Questa interessante sentenza osserva che il giudice di legittimità, "con orientamento consolidatosi fin dagli ultimi anni dello scorso millennio, ha chiarito che, nell'ipotesi in cui il paziente allegghi di aver subito danni in conseguenza di una attività svolta dal medico (eventualmente, ma non necessariamente, sulla

base di un vincolo di dipendenza con la struttura sanitaria) in esecuzione della prestazione ..., tanto la responsabilità della struttura quanto quella del medico vanno qualificate in termini di responsabilità contrattuale: la prima, in quanto conseguente all'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto atipico di ospitalità o di assistenza sanitaria, che il debitore (la struttura) deve adempiere personalmente (rispondendone ex art. 1218 c.c.) o mediante il personale sanitario (rispondendone ex art. 1228 c.c.); la seconda, in quanto conseguente alla violazione di un obbligo di comportamento fondato sulla buona fede e funzionale a tutelare l'affidamento sorto in capo al paziente in seguito al contatto sociale avuto con il medico", che dunque è direttamente responsabile ex articolo 1218 c.c. della violazione di tale obbligo (a partire da Cass. 589/1999, fra tante qui significativamente si richiamano Cass. 9085/2006, 13953/2007, 6438/2015 e 18610/2015). E qui il riparto dell'onere probatorio non è pertanto quello della responsabilità aquiliana - laddove "il danneggiato è onerato della dimostrazione tutti gli elementi costitutivi dell'illecito" - bensì della responsabilità contrattuale, per cui " il creditore che abbia provato la fonte del suo credito ed abbia allegato che esso sia rimasto totalmente o parzialmente insoddisfatto non è altresì onerato di dimostrare l'inadempimento o l'inesatto adempimento del debitore, spettando a quest'ultimo la prova dell'esatto adempimento" (vengono citate le basilari SU 13533/2001 e le più recenti Cass. 826/2015, 98/2019 e 3587/2021).

Peraltro "con precipuo riferimento alle fattispecie di inadempimento delle obbligazioni professionali" - e quindi anche quelle di responsabilità medica - "questa Corte ha da tempo chiarito che è onere del creditore-attore dimostrare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del professionista è stata, secondo il criterio del <<più probabile che non>>, la causa del danno" (si invocano Cass. 29315/2017, 3704/2018 e 20812/2018), spettando invece al debitore "dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza" (così viene sintetizzato il

*revirement* di Cass.18392/2017, cit., insieme a Cass. 26700/2018, 14335/2019 e 27606/2019).

Precisa ancora questo intenso *specimen* della giurisprudenza attuale: "Il concetto di <<imprevedibilità>>, pur lessicalmente esplicativo di una soggettività comportamentale che rientra nell'area della colpa, riferito alla causa in definitiva dell'esatto adempimento va inteso, precisamente, nel senso oggettivo della <<non imputabilità>> (art. 1218 c.c.), atteso che la non prevedibilità dell'evento (che si traduce nell'assenza di negligenza, imprudenza e imperizia nella condotta dell'agente) è giudizio che attiene alla sfera dell'elemento soggettivo dell'illecito, in funzione della sua esclusione, e che prescinde dalla configurabilità, sul piano oggettivo, di una relazione causale tra condotta ed evento dannoso"; e nelle responsabilità per inadempimento di obbligazioni professionali sussiste "un evento di danno, consistente nella lesione dell'interesse finale perseguito dal creditore (la vittoria della causa nel contratto concluso con l'avvocato, la guarigione della malattia nel contratto concluso con il medico), distinto dalla lesione dell'interesse strumentale di cui all'art. 1174 c.c. (interesse all'esecuzione della prestazione professionale secondo le *leges artis*) e viene dunque in chiara evidenza il nesso di causalità materiale che rientra nel tema di prova di spettanza del creditore, mentre il debitore, ove il primo abbia sorto proprio onere, resta gravato da quello di <<dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione >>" (il richiamo qui è a Cass. 28991/2019). E ancora si prosegue: "Il nesso di causalità materiale si atteggia invece diversamente nelle altre obbligazioni contrattuali, ove l'evento lesivo coincide astrattamente con una lesione dell'interesse creditorio ... Questa coincidenza non ne esclude, tuttavia, la rilevanza quale elemento costitutivo proprio di tutte le fattispecie di responsabilità contrattuale, la quale, al contrario, trova una esplicita conferma positiva nella portata generale della disposizione (art. 1227, comma primo, c.c.) che stabilisce una riduzione del risarcimento nell'ipotesi in cui il fatto colposo del creditore abbia concorso <<a cagionare>> il danno, ritenendosi tradizionalmente (v. già Cass. 9 gennaio 2001, n. 240) che tale disposizione, a differenza di quella contenuta nel secondo comma del medesimo articolo, si

riferisca al <<danno-evento>> e non al <<danno-conseguenza>>. Non sembra esatto, pertanto, al di fuori delle obbligazioni professionali, parlare di <<assorbimento>> del danno-evento nella lesione dell'interesse creditorio, secondo un lessico sovente adottato in dottrina, mentre concettualmente più corretta appare la diversa ricostruzione, pur suggerita in dottrina, in termini di prova *prima facie*.

Avuto riguardo agli illustrati principi, nell'ipotesi ... in cui il paziente faccia valere la responsabilità del medico e della struttura sanitaria per i danni derivatigli da un intervento che assume svolto in spregio alle *leges artis*, l'attore è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale intercorrente tra la condotta del medico e l'evento dannoso, consistente nella lesione della salute e nelle altre lesioni ad essa connesse", essendo invece onere di controparte, se si raggiunge la prova del nesso suddetto, "provare o di aver eseguito la prestazione con la diligenza, la prudenza e la perizia richieste nel caso concreto, o che l'inadempimento (ovvero l'adempimento inesatto) è dipeso dall'impossibilità di eseguirla esattamente" da parte del "debitore non imputabile".

**2.** Quando il primo San Martino tagliò il suo mantello, nel 2008, è indiscusso che non ne fece due parti uguali, in quanto il *favor* nei confronti del preteso danneggiato era giunto all'acme, mentre la controparte, sia per contratto sia per contatto, doveva accettare una posizione peggiore. Però, undici anni dopo, il secondo San Martino molta dottrina sostiene che abbia tagliato il mantello ancora in modo disuguale, consegnando però la parte più piccola al preteso danneggiato. Ma è proprio così? Per trovare una risposta bisogna entrare nella concretezza dell'esercizio dei diritti, che, nonostante le varie iniziative legislative dirette ad aprire altre vie sostanzialmente transattive, molto frequentemente significa ancora fare processo.

La questione allora, a ben guardare, non attiene all'allegazione, in quanto quest'ultima è sempre onere delle parti processuali, e soprattutto di chi il processo lo instaura, in quanto necessaria per conformare la sua posizione concreta. Attiene, invece - e non a caso su ciò approda infine l'elaborato percorso

delle sentenze del duplice ciclo causale, sia nel 2017, sia nella conferma del 2019 - all'onere probatorio, e nella tematica in esame in specie per verificare se il preteso danneggiato gode tuttora del diritto alla prova, forma dinamica endoprocessuale del diritto ad esercitare l'azione.

In sintesi, nella celebre Cass.18392/2017 si era affermato, a proposito della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria - ma il principio valeva ovviamente anche per la responsabilità contrattuale o da contatto del sanitario stesso - che *"incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza"*, mentre nella San Martino bis di maggior risalto, Cass. 28991/2019, si era tanto ribadito quanto precisato in termini presuntivi il precedente insegnamento, nel senso che, *"ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione"* (così in massima nella parte che qui interessa).

Se, allora, sul piano sostanziale la posizione della controparte contrattuale - tradizionalmente definita "paziente" - viene degradata al livello di quella di un soggetto che possa agire soltanto con lo strumento aquiliano, ovvero non gode più di uno strumento specifico che la approssimi e la avvicina giuridicamente a chi avrebbe cagionato il danno (il rilievo attiene oggettivamente alla conformazione della giurisprudenza precedente, non occorrendo qui considerare, proprio per quanto si verrà ora a illustrare, la tematica sostanziale), sul piano

processuale non si può non osservare che (come è già stato notato da altri) l'effetto del *revirement* non è così severo nella sua concreta applicazione.

**3.** In entrambi i suddetti "capofila" giurisprudenziali si indica, quale presupposto della necessità dell'adempimento dell'onere probatorio (in relazione al secondo ciclo causale) da parte del debitore (essendo l'impostazione applicabile anche al sistema aquiliano, da parte altresì del preteso danneggiante quanto al nesso che conduce al danno evento), l'adempimento di controparte dell'onere proprio.

Il processo, tuttavia, da decenni non è più affidato al potere dispositivo dei *litigatores* - assai logicamente, potendo questi nella maggior parte del contenzioso avvalersi di ADR -, né tantomeno abilita alle decisioni a sorpresa: al contrario, deve costruirsi a carte scoperte, passando attraverso le - preclusive - fasi di identificazione dell'oggetto della controversia e di proposizione degli strumenti *lato sensu* probatori e la fase in cui il giudice è istruttore *stricto sensu* - ammette i mezzi probatori e ne governa l'espletamento - per giungere alla fase decisoria, ben perimetrata sotto il primo profilo dall'articolo 112 c.p.c. e sotto il secondo dal combinato disposto degli articoli 115 e 116 c.p.c.

Ne consegue, con logica evidenza, che il convenuto per responsabilità sanitaria non può aspettare - come se vi fossero due sequenze processuali distinte - che la controparte abbia provato quel che gli è contrario: per non incorrere nelle decadenze processuali, come avviene in ogni contenzioso, deve aprire le carte prima dell'istruttoria, e l'istruttoria avrà per oggetto sia le ammesse prove attoree, sia le ammesse prove del convenuto. E per far valere la rispettiva posizione anche in ordine ai due cicli causali, ovviamente le prove saranno dirette - qui ne risiede la rilevanza - a ricostruire i fatti della vicenda sanitaria, esattamente come avveniva prima del cambio di rotta del 2017.

**4.** Ulteriore elemento in questo quadro - e di assoluta incidenza - è il fatto che nella istruttoria di una causa per responsabilità sanitaria ordinariamente viene disposta una consulenza tecnica d'ufficio, la quale non per nulla in questa tematica non è meramente deducente bensì percipiente, occorrendo proprio specifiche conoscenze specialistiche per accertare i fatti: questo è un caso tipico in cui l'accertamento del *thema probandum* "slitta" dal giudice all'ausiliario

tecnico, pur restando il primo *peritus peritorum* ma dovendo comunque legittimarsi a decidere mediante una motivazione adeguata qualora poi voglia discostarsene.

Significativa è la normativizzazione progressivamente incrementante di questo strumento nel settore sanitario: dall'articolo 696 c.p.c. si è passato allo strumento, svincolato dall'urgenza, dell'articolo 696 bis c.p.c., per giungere infine alla costituzione di un processo tecnico - anche se focalizzato come transattivo - obbligatorio presidiata da improcedibilità del tradizionale processo giuridico eventualmente successivo: e ciò proprio con l'articolo 8 l. 24/2017.<sup>3</sup>

La dominante importanza della consulenza tecnica viene poi confermata a tutto campo, incluso quindi anche il settore penale, dall'articolo 15 della medesima legge, *Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria*.

Si tratta di una disposizione di particolare incidenza nel perseguimento automatico e radicale del modello strettamente tecnico della cognizione per le

---

<sup>3</sup> Il suddetto articolo, *Tentativo obbligatorio di conciliazione*, stabilisce come segue:

"1. Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente.

2. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. È fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. In tali casi non trova invece applicazione l'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 162. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento.

3. Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile.

4. La partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell'articolo 15 della presente legge, è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l'impresa di assicurazione non ha formulato l'offerta di risarcimento nell'ambito del procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui ai commi precedenti, il giudice trasmette copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza delle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza. In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione."

cause di responsabilità sanitaria, e della quale pertanto si riportano qui i primi tre commi, il quarto non rilevando:

*“1. Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l’autorità giudiziaria affida l’espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi e che i consulenti tecnici d’ufficio da nominare nell’ambito del procedimento di cui all’articolo 8, comma 1, siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell’ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi.*

*2. Negli albi dei consulenti di cui all’articolo 13 delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, e dei periti di cui all’articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, devono essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina. In sede di revisione degli albi è indicata, relativamente a ciascuno degli esperti di cui al periodo precedente, l’esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati.*

*3. Gli albi dei consulenti di cui all’articolo 13 delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, e gli albi dei periti di cui all’articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico-legale, un’idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche riferite a tutte le professioni sanitarie, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento.”*

Peraltro, si nota per inciso, ai sensi dell'articolo 22 disp. att. c.p.c. nel testo attualmente vigente permane il potere del giudice di conferire incarico a un consulente tecnico iscritto all'albo di un altro tribunale o anche non iscritto in alcun albo, a seguito di parere non vincolante del presidente del tribunale e indicando nel provvedimento i motivi della scelta; e consolidata giurisprudenza afferma che la scelta del consulente è discrezionale *in toto*, non avendo natura cogente neppure detto articolo 22, per cui l'affidamento di un incarico a soggetto non iscritto nell'albo del tribunale ove si tiene il giudizio o non iscritto in alcun albo è valido anche se non preceduto dal parere del capo dell'ufficio e persino se non motivato (v. p.es. Cass. sez. 1, 28 settembre 2015 n. 19173, massimata come segue: - *"L'affidamento di un incarico ad un consulente iscritto nell'albo di altro tribunale, o non iscritto in alcun albo, in assenza di motivazione che indichi i motivi della scelta, è valido e non è censurabile in sede di legittimità, trattandosi di valutazione rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito attesa la natura non cogente delle norme di cui agli artt. 61, comma 2, c.p.c. e 22 delle relative disposizioni di attuazione. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha respinto il ricorso con il quale si lamentava la designazione quale consulente tecnico d'ufficio ai fini della verifica della violazione dei diritti di brevetto di un esperto iscritto in un albo diverso da quelli dei tribunali del distretto, senza sentire il presidente della corte d'appello e senza indicare i motivi della scelta). -*), rimanendo comunque aperta alle parti la via della ricusazione (da ultimo Cass. sez. 6-L, ord. 24 gennaio 2019 n. 2103).

**5.** L'esperienza insegna che, nella maggior parte delle cause di responsabilità sanitaria, gli esiti della consulenza tecnica oggettivamente sono dirimenti; tuttavia è ben noto che la consulenza percipiente che non costituisce prova legale, e comunque può dare un risultato ambiguo o un *non liquet*. Qui proprio si inserirebbe, allora, il cambio del peso sulla bilancia giudiziale, cioè il collocamento del rischio sul piatto dell'attore.

(Un rischio che - si nota *incidenter* - potrebbe essere corredato anche da un incremento dei costi che occorre sostenere per far valere la pretesa: a parte la improcedibilità del giudizio se non è stato svolto un primo accertamento tecnico, che quindi porta sovente a una duplicità di accertamenti tecnici in quanto, se

non si è raggiunto un accordo transattivo in conseguenza del primo, chi ne è sfavorito come esito ne vorrà certo un altro nel giudizio "pieno", non si può non rimarcare che la legge Gelli-Bianco all'articolo 15, primo comma, ha imposto per ogni caso il collegio peritale, qui restringendo la discrezionalità del giudice - rimasta invece, come già evidenziato, per le nomine - di valutare se possa essere bastante un solo consulente, al quale d'altronde è sempre stato permesso, né risulta ora vietato, di avvalersi per questioni specifiche del parere di un altro esperto da lui incaricato).

Il giudice, dunque, qualora il risultato della consulenza tecnica non sia condivisibile può discostarsene, anche se ciò, in un giudizio così "ipotecato" dalla valutazione scientifica, esige un intenso livello motivazionale (tra gli arresti posteriori al *revirement* sul rischio, esemplare al riguardo è la ben massimata Cass. sez.3, ord. 11 gennaio 2021 n. 200 - "*Il giudice che abbia disposto una consulenza tecnica cd. percipiente può anche disattendere le risultanze, ma solo ove motivi in ordine agli elementi di valutazione adottati e a quelli probatori utilizzati per addivenire alla decisione, specificando le ragioni per le quali ha ritenuto di discostarsi dalle conclusioni del CTU.*" -, cui hanno fatto seguito, in conformità, Cass. sez. 3, ord. 8 ottobre 2021 n. 27411 e Cass. sez. 3, 25 novembre 2021 n. 36638).

**6.** Peraltro, nella maggioranza dei casi gli esiti dell'operato del consulente tecnico d'ufficio - e ora dovrà dirsi del collegio peritale -, costretto naturalmente ad essere il frutto di una ricostruzione *ex post*, sono in buona parte ricavati dalla cartella clinica e dai referti degli esami diagnostici. Qui entra in gioco, non scalfita dal *revirement*, la questione della completezza di questi dati documentali che - inequivocamente - è proprio ai sanitari che spetta porre in essere quando svolgono le loro attività.

Si tratta, appunto, di prove documentali; ma se non esistono o non sono oggettivamente reperibili nell'ambito della struttura in cui i sanitari si sono occupati del paziente, oppure se il loro contenuto riporta in modo omissivo e incompleto quel che si dovrebbe invece apportare in modo adeguato, si configura un esempio di applicazione dell'istituto della vicinanza/prossimità della prova,

tanto classico quanto ineludibile: e se, allora, la bilancia "sostanziale" della giurisprudenza ha appesantito il piatto del danneggiato in termini di rischio, la bilancia "processuale" continua a sgravare il piatto attoreo con questo istituto, in gran parte - e ciò è significativo - ontologicamente affine a quello presuntivo.

**7.** L'istituto della prossimità della prova non è certo confinato alla responsabilità sanitaria: invero, pur suscitando anche alcune renitenze, costituisce in ogni settore un aggiornamento sistemico-valoriale dell'articolo 2697 c.c. qualora si configurino particolari difficoltà probatorie per la controparte di chi è "prossimo" agli elementi probatori da acquisire (tra gli ultimi arresti massimati: Cass. sez. 6-2, ord. 25 novembre 2021 n. 36690, in materia societaria; Cass. sez. 5, ord. 19 maggio 2021 n. 13571, in materia tributaria; Cass. sez. L, 26 febbraio 2021 n. 5476, in ordine alla materiale disponibilità dei contratti da parte del datore di lavoro - caso particolarmente affine alla disponibilità da parte del sanitario della cartella clinica -; Cass. sez. 6-1, ord. 21 gennaio 2021 n. 1049, in tema fallimentare; Cass. sez. 6-3, ord. 15 settembre 2020 n. 19103, in ordine ai mandati di pagamento degli enti locali; Cass. sez. 5, 15 luglio 2020 n. 14999, in materia tributaria; Cass. sez. 3, 6 luglio 2020 n. 13851, in tema di successioni; Cass. sez. 3, ord. 12 maggio 2020 n. 8811, che inserisce nella fattispecie dell'articolo 2051 c.c. il principio della prossimità della prova per l'onere probatorio del custode), e da tempo la sua applicazione è stata espressamente ricondotta ai pilastri della tutela processuale e quindi teleologicamente sostanziale.

Così, p.es., Cass. sez. 5, 6 giugno 2012 n. 9099, in motivazione afferma che, "oltre che sulla partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, la applicazione della regola sul riparto dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. deve tenere conto anche del principio - riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio - della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova", e ciò conformemente al filone, per lo più giuslavoristico (Cass. sez. L, 25 luglio 2008 n. 20484; Cass. sez. L, 14 gennaio 2016 n. 4864) ma non solo (Cass. sez. 2, 17 aprile 2012 n. 6008), sviluppatosi alla luce di S.U. 10 gennaio 2006 n. 141: grande arresto, come la

definirono i commentatori, la quale a sua volta - guarda caso - si connette proprio con S.U. 30 ottobre 2001 n.13353 (uno dei fondamenti, com'è ben noto, dell'impostazione della responsabilità sanitaria anteriore al *revirement* 2017/2019), più approfonditamente spendendosi, però, sul ruolo dell'articolo 2697 c.c.

S.U. 13353/2001, infatti, alla fine del suo percorso, aveva definito "conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore ... fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato".

S.U. 141/2006, cinque anni dopo, scandaglia la sostanza valoriale della norma di riparto:

"A norma dell'art. 2697 c.c., chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (primo comma), mentre a chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto sia modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda (secondo comma).

Al giudice occorre perciò, una volta identificato il fatto costitutivo, ossia quello a cui è subordinata la tutela giuridica, nonché quello impeditivo, ossia quello capace di escludere che la fattispecie già perfetta possa esplicare i suoi effetti, ripartire l'onere probatorio tra attore e convenuto in giudizio secondo lo schema logico regola-eccezione.

È però la disciplina legislativa sostanziale a descrivere la detta fattispecie e così ad indicare i fatti costitutivi e quelli impeditivi o estintivi, onde è consueta l'affermazione secondo cui nell'articolo 2697 ... va ravvisata una disposizione in bianco, ossia destinata ad essere completata da quella, per lo più sostanziale, dettata per il caso concreto: essa non riguarda specifici tipi di domande né impone temi fissi di prova ... Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 ha imposto alla

parte, attrice in giudizio per la risoluzione del contratto per inadempimento, il solo onere di provare il contenuto del negozio, ossia il suo credito, insieme all'onere di allegare l'inadempimento, mentre ha gravato il debitore-convenuto dell'onere di provare l'adempimento. In tal modo la Corte ha ripartito il peso della prova facendo espresso riferimento al principio della riferibilità, o vicinanza, o disponibilità ... principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 21 aprile 2000 n. 114)".

Non è invero discutibile che il principio della vicinanza della prova si conformi e si plasmi a seconda delle peculiari caratteristiche del diritto sostanziale che si è portato in processo per fornirgli di tutela, essendo d'altronde questa relatività/specificità sostenuta proprio dall'obiettivo di effettività del diritto sostanziale che è insito nella natura strumentale di tutto il diritto processuale, e che riverbera non solo sull'articolo 24 Cost., ma assai più ampiamente (cfr., p.es., Cass. 13851/2020, cit., che fa espresso riferimento anche agli articoli 111 Cost. e 6 CEDU; e, a livello unionale, l'affermazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale ribadita da ultimo dalle sentenze CGUE, Grande Sezione, 17 maggio 2022, nella causa C-600/2019, Ibercaja Banco, nelle cause riunite C-693/2019, SPV Project 1503, C-831/2019, Banco di Desio e della Brianza e altri, nella causa C-725/2019, Impuls Leasing Romania, e nella causa C-869/2019, Unicaja Banco).

**8.** Il principio della vicinanza della prova, tanto anteriormente alle novità - per il futuro normativa, per il passato interpretativa - del 2017 quanto posteriormente al San Martino bis del 2019, ha proseguito nella sua applicazione a proposito dell'assenza o della incompletezza della cartella clinica, individuandovi un canale accertatorio dello stesso nesso causale tra la condotta dei sanitari e la susseguente condizione fisica di chi enuncia di averne subito danno.

Nel "pacchetto" di arresti pubblicato nel novembre 2019 si è pronunciata sul rilievo della cartella clinica Cass. sez. 3, 14 novembre 2019 n. 29498 (non massimata), richiamando l'orientamento tradizionale e ribadendone la

persistente valenza, entro i corretti limiti, pure nel nuovo inquadramento della responsabilità sanitaria:

“In effetti la giurisprudenza di questa Suprema Corte è ormai stabilizzata nell’attribuire una incidenza, quanto alla ricostruzione delle vicende sanitarie ai fini di evincerne la sussistenza o meno di responsabilità dei sanitari stessi o della struttura, alla cartella clinica, incidenza tuttavia che non conduce automaticamente all’adempimento dell’onere probatorio da parte di chi adduce essere danneggiato.

In tal senso, da ultimo, Cass. sez.3, 21 novembre 2017 n. 27561 ha ribadito proprio che *<<l’eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l’esistenza di un valido nesso causale tra l’operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l’accertamento del relativo nesso eziologico e professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno>>* (così ... Cass. sez.3, 12 giugno 2015 n. 12218). Il che significa che l’incompletezza della cartella incide soltanto se va ad innestarsi in un contesto specifico che è proprio la fonte della sua rilevanza.

E allora, la conformazione della condotta del sanitario nel senso di astratta idoneità alla causazione dell’evento dannoso è logicamente il primo elemento da vagliare, in quanto, se, al contrario, la condotta del sanitario fosse astrattamente - *id est* assolutamente - inidonea a causarlo, non occorrerebbe alcuna ulteriore ricostruzione fattuale; dopodiché, se si è superato questo stadio di indagine, in secondo luogo l’incompletezza della cartella deve essere tale da impedire la ricostruzione fattuale sul piano concreto, e in particolare nel suo nucleo centrale, identificabile nella connessione materialmente eziologica tra la condotta sanitaria commissiva od omissiva ed evento. Sotto quest’ultimo profilo, la valenza della incompletezza della cartella si pone, attraverso il mezzo presuntivo - cui, a ben guardare, si riflette in concreto il principio della prossimità della prova -, a favore di chi adduce di essere stato danneggiato, giacché diversamente l’incompletezza verrebbe a giovare proprio a colui che, inadempiendo al proprio obbligo di diligenza (Cass. sez. 3, 18 settembre 2009 n. 20101 precisa che *<<il medico ha l’obbligo di controllare la competenza e l’esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti allegati, la cui violazione comporta la configurazione di un difetto di diligenza rispetto alla previsione generale contenuta nell’art. 1176, comma secondo, c.c. e, quindi, un inesatto adempimento della sua corrispondente prestazione professionale>>*; conformi, p. es., Cass. sez.3, 26 gennaio 2010 n. 1538 e Cass. sez.3, 5 luglio 2004 n. 12273), tale incompletezza ha creato. Sempre tra gli arresti recenti, quindi, Cass. sez.3, 31 marzo 2016 n. 6209 ... e sulla stessa linea si collocano Cass. sez.3, 27 aprile 2010 n. 10060, Cass. sez.3, 26 gennaio 2010 n. 1538, Cass. sez.3, 21 luglio 2003 n. 11316.”

La linea di valorizzazione della cartella clinica in termini di prossimità della prova è stata naturalmente proseguita dopo il complessivo intervento del novembre 2019, subito correlandola con agevole logica al metodo presuntivo - anch'esso, ovviamente, tradizionale strumento per chi non è oggettivamente in grado di dimostrare in via diretta il fatto della cui esistenza ha l'onere probatorio - indicato, con una intensa pregnanza attestata anche dalla pluralità dei riferimenti, da Cass. 28991 e 28992 del 2019 quale fonte di riequilibrio a favore del preteso danneggiato in relazione al suo onere probatorio per il primo ciclo causale. Tra gli arresti massimati, due in particolare sono significativi in tal senso, e meritano di soffermarvisi.

**9.** *In primis*, Cass.sez.3, ord. 20 novembre 2020 n. 26428 (massimata meramente come conforme a Cass. sez. 3, 21 novembre 2017 n. 27561, che a sua volta era stata massimata così: *"In tema di responsabilità professionale sanitaria, l'eventuale incompletezza della cartella è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno"*), richiama in motivazione una serie di precedenti e attinge "in blocco" pure un ragionamento ricostruttivo da Cass. 29498/19:

"in tema di responsabilità medica, questa Corte ha chiarito che la lacunosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui, per il principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato: tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento della colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico tra la sua condotta e alle conseguenze dannose subite dal paziente ( Cass. sez.3, 31/03/2016 n. 6209; sulla stessa linea si collocavano Cass. sez.3, 27 aprile 2010 n. 10060, Cass. sez.3, 26 gennaio 2010 n. 1538, Cass. sez.3, 21 luglio 2003 n. 11316)... l'incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente solo quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo legame

eziologico, e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno (Cass. 21/11/2017, n. 27561, Cass. 14/11/2019, n. 29498, pag.5, Cass. 08/07/2020, n. 14261, pag.7);

l'incompletezza della cartella ha ricadute, cioè, quando va a innestarsi in un contesto specifico che è proprio la fonte della sua rilevanza;

la conformazione della condotta del sanitario nel senso di astratta idoneità alla causazione dell'evento dannoso è logicamente il primo elemento da vagliare, mentre soltanto se, al contrario, la condotta del sanitario fosse astrattamente ovvero assolutamente inadatta a causarlo, non occorrerebbe alcuna ulteriore ricostruzione fattuale;

la valenza dell'incompletezza della cartella, attraverso il mezzo presuntivo che integra il riflesso del principio della vicinanza probatoria, si risolve coerentemente a favore di chi deduce di essere stato danneggiato, nè, diversamente, la stessa verrebbe a giovare proprio colui che, inadempendo al proprio obbligo di diligenza, ha determinato quella lacuna, diversamente ostativa al riconoscimento della sua responsabilità (Cass. 18 settembre 2009 n. 20101 sottolinea che <<il medico ha l'obbligo di controllare la competenza e l'esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti allegati, la cui violazione comporta la configurazione di un difetto di diligenza rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 1176, secondo comma, c.c. e, quindi, un inesatto adempimento della sua corrispondente prestazione professionale>>: conf., ad es., Cass. 26 gennaio 2010 n. 1538 e Cass. 5 luglio 2004 n. 12273)...

l'incertezza sulla ricostruzione del nesso eziologico risulta quindi cagionata proprio dalla lacuna della cartella, ovvero dall'inadempimento della parte più prossima alla documentazione in parola, con la conseguenza che l'opposto valore presuntivo così assunto da quella carenza non può essere obliterato, pena l'erronea sussunzione della fattispecie concreta in quella legale (Cass. 30/04/2018 n. 10320, Cass. 29/08/2019 n. 21772) inerente alla disciplina delle presunzioni e del nesso causale, oltre che del relativo riparto degli oneri probatori, secondo cui il danneggiato che deve provare l'eziologia, ma può farlo anche per presunzioni (Cass. 11/11/2019 n. 28991...);

per sovrapponibili ragioni (infatti espresse negli stessi arresti appena richiamati), le lacune in questione si riverberano anche sul vaglio della prova della correttezza della condotta medica, che dev'essere offerta dal danneggiante - dimostrando che l'esatta prestazione non sia stata attuata per una causa imprevedibile e inattuabile ...".

**10.** In secondo luogo un'ottima sintesi complessiva del riequilibrio probatorio, in particolare come suscitato dagli strumenti presuntivi, viene fornita, pochi giorni dopo, da Cass. sez. 6-3, ord. 26 novembre 2020 n. 26907.

Massimata nel senso che *"in tema di responsabilità sanitaria, il paziente è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale tra condotta del medico in violazione delle regole di diligenza ed evento dannoso, consistente nella lesione della salute (ovvero nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di una nuova malattia), non essendo sufficiente la semplice allegazione dell'inadempimento del professionista; è, invece, onere della controparte, ove il detto paziente abbia dimostrato tale nesso di causalità materiale, provare o di avere agito con la diligenza richiesta o che il suo inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di appello la quale, pur dando atto che la documentazione esaminata non consentiva di dimostrare direttamente che l'intervento eseguito fosse diretto a rimuovere una vite metallica restata per errore nell'arto del paziente, non aveva valutato la rilevanza della stessa documentazione ai fini della prova presuntiva)."*, in motivazione insegna che quando si tratta di responsabilità medica occorre accertare

*"...sia in tema di responsabilità contrattuale sia in tema di responsabilità extracontrattuale, ... un duplice nesso di causalità, materiale (tra condotta ed evento dannoso) e giuridica (tra evento dannoso e danno). In entrambe le ipotesi di responsabilità il danneggiato deve provare il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento dannoso (Cass. nn. 28991 e 28992 del 2019...);*

ma la prova del nesso causale materiale tra condotta ed evento dannoso può essere fornita dal paziente, quale creditore, anche attraverso presunzioni; siffatto possibile ricorso alla prova presuntiva è in grado di attenuare la condizione di maggiore difficoltà probatoria in cui normalmente versa il creditore della prestazione professionale medica rispetto al creditore di qualunque altra prestazione;

la giurisprudenza di questa Corte ha sempre rilevato siffatta difficoltà, agevolando il ricorso alla prova presuntiva; da ultimo, Cass. 29498/2019 ha affermato che, anche in relazione alla individuazione del nesso eziologico tra la condotta del medico e alle conseguenze dannose subite dal paziente, <<la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato>> (conf. Cass. 6209/2016);

...va ribadito che nelle obbligazioni di <<facere professionale>>, a differenza che nelle altre obbligazioni, la causalità materiale (e cioè il nesso tra condotta ed evento) non è assorbita dall'inadempimento; l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove malattie, così come la perdita della causa nel caso dell'avvocato, possono non dipendere dalla violazione delle *leges artis*, ed avere invece una diversa eziologia; è onere, quindi, del creditore ... provare, anche attraverso presunzioni, la sussistenza del nesso causale tra inadempimento (condotta del sanitario in violazione delle regole di diligenza) ed evento dannoso (aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuova malattia, cioè lesione della salute); è quindi onere del detto creditore provare il nesso di causalità materiale, in quanto detto nesso (ove venga allegato l'evento dannoso in termini di aggravamento della patologia preesistente o di insorgenza della nuova malattia) è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio;

il creditore cioè deve allegare l'inadempimento (e cioè la negligenza del sanitario), ma deve provare sia l'evento dannoso (e le conseguenze che ne sono derivate; c.d. causalità giuridica) sia il nesso causale tra condotta del sanitario nella sua materialità (e cioè a prescindere dalla negligenza) ed evento dannoso;

una volta che il creditore (paziente) abbia soddisfatto detti oneri, è successivo onere del debitore (sanitario o struttura) provare o di avere esattamente adempiuto o che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile, e cioè di avere svolto l'attività professionale con la diligenza richiesta (tenendo presente che, ai sensi dell'art. 2236 c.c., <<se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave>>), oppure che sia intervenuta una causa esterna, imprevedibile o inevitabile (che abbia reso impossibile il rispetto delle *leges artis*);

di conseguenza, se resta ignota la causa dell'evento dannoso (e cioè se il creditore non riesce a provare, neanche attraverso presunzioni, che l'evento dannoso ... sia in nesso causale con la condotta del sanitario), le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore medesimo, che ne aveva il relativo onere; se, invece, resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della diligenza professionale (ovvero, come detto, resta indimostrata l'imprevedibilità o l'inevitabilità di tale causa di impossibilità), le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore".

Queste sottolineature sono proprio dirette a mettere in luce la natura meramente apparente di certe spigolosità presenti nel *revirement* del 2017, e ciò ribadendo la portata di quel che mai si era abbandonato in termini di *favor* probatorio che ineludibilmente deve tutelare chi ha l'onere di dimostrare quanto è stato integralmente compiuto da altri senza, da parte sua, nessuna compartecipazione e nessuna effettiva vigilanza: la prova presuntiva.

**11.** Istituto generalista forse ancor più della prossimità della prova, ripartito com'è ben noto tra semplice e legale (artt.2727-2729 c.c.), della presunzione semplice la sostanza ex articolo 2729 c.c. è stata recentemente illustrata (in motivazione) da S.U. 24 gennaio 2018 n. 1785, rilevando che la *gravità* attiene "ad un concetto logico, generale o speciale" (cioè rispondente a principi di logica in genere o a principi di una logica particolare, per esempio scientifica o propria anche di una *lex artis*), per cui, secondo la preferibile opinione, "la presunzione si deve fondare su un ragionamento probabilistico: esiste il fatto noto e ciò rende probabile che si sia verificato quello ignoto ("non è condivisibile, invece, l'idea che vorrebbe sotteso alla <<gravità>> che l'inferenza presuntiva sia <<certa>>"), la *precisione* significa che "l'inferenza probabilistica conduca alla conoscenza del fatto ignoto con un grado di probabilità che si indirizzi" solo al fatto ignoto suddetto, non lasciando a livello di probabilità spazi per fatti diversi, e la *concordanza*, almeno secondo l'opinione preferibile, esprime "un requisito del ragionamento presuntivo (cioè di un'applicazione "non falsa" dell'art. 2729 c.c.), che non lo investe in modo assoluto, cioè di per sé considerato, come invece gli altri due elementi, bensì in modo relativo, cioè nel quadro della possibile sussistenza di altri elementi probatori considerati, volendo esprimere l'idea che, in tanto la presunzione è ammissibile, in quanto indirizzi alla conoscenza del fatto in modo concordante con altri elementi probatori, che, peraltro, possono essere o meno anche altri ragionamenti presuntivi".

**12.** Nel sottosistema sanitario, come già emerso dagli arresti sopra richiamati, la prova presuntiva incide ampiamente, e per quanto concerne l'onere probatorio che come attore grava il preteso danneggiato la sua natura di collegamento tra fatto noto e fatto ignoto la spinge a entrare, di solito, nella ricostruzione della condotta del sanitario alla luce degli elementi concreti raccolti, e la conduce soprattutto ad assumere rilievo – come si evince dal plurimo richiamo in Cass.28991/2019 - proprio nella prova del nesso causale, cioè nel nucleo del *revirement*.

Ciò discende proprio dalla vera natura del nesso causale, che – in genere, e quindi non solo nel sottosistema sanitario - può ben dirsi non integri un fatto materiale in senso proprio, bensì consista in una specifica correlazione tra fatti

materiali che viene dedotta dal loro contenuto, come attesta anche la pluralità di teorie dottrinali sviluppatesi in ordine alle modalità della sua selezione/identificazione.

Mantenendosi naturalmente in questa sede sul piano giurisprudenziale, è il caso di richiamare, da ultimo, Cass. sez. 3, ord. 20 febbraio 2018 n. 4024, arresto - non massimato - che, pur in altro settore, ripropone la migliore versione di tale tematica:

“Non v'è dubbio che quel che comunemente è chiamato 'nesso di causa' non sia un fatto materiale, ma un giudizio. La causalità in quanto tale è una relazione stabilita ... *a posteriori* tra due fatti, e non una categoria *a priori*, oggettivamente accertabile.

Ne consegue che l'espressione 'prova del nesso causale' ... costituisce in realtà una metonimia: il nesso di causa in quanto tale non è provabile, perché costituisce l'oggetto d'un ragionamento deduttivo, non un fatto materiale...

Quando dunque si discorre di 'prova del nesso di causa' si usa una espressione ellittica per designare la prova dei fatti materiali, sui quali fondare il ragionamento... Ma i fatti materiali sui quali si fonda il sillogismo sull'esistenza o l'inesistenza del nesso di causa possono essere oggetto di qualsiasi mezzo di prova, non ponendo la legge alcuna limitazione ... e dunque potranno provarsi con documenti, testimoni, giuramento, confessione e presunzioni semplici...

Questi principi sono stati ripetutamente affermati ...nelle materie più diverse. Il ricorso alla prova presuntiva è stato ammesso per dimostrare i fatti, dei quali desumere il nesso.”

L'ordinanza 4024/2018 formula dunque il seguente principio di diritto:

“il nesso di causa è una costruzione logica, non un fatto materiale; pertanto l'affermazione dell'esistenza di quel nesso tra una condotta illecita ed un danno costituisce l'oggetto di un ragionamento logico-deduttivo, non di un accertamento fattuale. Ne consegue che, mentre rispetto a tale ragionamento non sono concepibili questioni di prova, ma solo di coerenza logica, devono essere debitamente provati i fatti materiali sui quali il suddetto ragionamento si fonda. La prova di tali fatti può essere data con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni semplici, dal momento che la legge non pone alcuna limitazione al riguardo”.

**13.** Per inciso poiché queste riflessioni si muovono solo nell'attualità giurisprudenziale, si osserva che una certa dottrina non apprezza l'utilizzazione delle presunzioni in particolare laddove - come nella responsabilità sanitaria - la

giurisprudenza avrebbe disapplicato l'articolo 2697 c.c. (riemerge, quindi, anche la tematica della vicinanza della prova) così da creare addirittura delle stabili "presunzioni giurisprudenziali" ai fini del riparto dell'onere probatorio, da qualificarsi *juris tantum* ma in realtà prive di supporto normativo, costituenti l'inversione dell'onere della prova sul fatto presunto.

È agevole peraltro obiettare che la giurisprudenza non ha mai disapplicato l'articolo 2697 c.c. (che, non può non ricordarsi, è comunque norma bianca), bensì ha compiuto un lungo ed elaborato percorso nella sua ricerca interpretativa - e quindi nel riparto degli oneri probatori -, ricerca che, in quanto tale, non può sfuggire naturalmente anche ai cambi di rotta.

Sempre per completezza, si rammenta pure che riguardo all'accertamento della responsabilità sanitaria, oltre alla critica sul riparto dell'onere probatorio (quello, peraltro, come interpretato anteriormente al 2017), sono state formulate censure dottrinali anche sull'utilizzazione della vicinanza della prova nel settore sanitario - strumento che, come visto, gode in realtà di un'applicazione generale, e che è stato ribadito per questo sottosistema nella conferma del 2019 - nel senso che il principio della vicinanza della prova si utilizzerebbe per aprire le porte ad una presunzione di causalità a carico della parte convenuta non tenendo conto della equidistanza tra le parti della scienza medica, del potersi il preteso danneggiato comunque avvalersi di esperti e dell'essere quest'ultimo anche favorito dalla conoscenza della propria storia clinica, del suo stile di vita e degli eventuali episodi di patologia nei suoi ascendenti, nonché dalla sua esperienza dei sintomi.

Queste argomentazioni, che non sembrano condivisibili, riportano - non a caso, perché si è sempre nella tematica del riconoscimento di una concreta facoltà probatoria attorea nella responsabilità sanitaria - alla questione della cartella clinica e dei referti sempre conosciuti, grazie alla loro sapienza tecnico-scientifica, dai sanitari. I dati, per così dire, del passato della persona che si è sottoposta a un intervento sanitario (le patologie della stirpe, la storia clinica, lo stile di vita, i sintomi subiti) è notorio che dovrebbero confluire nell'anamnesi che un sanitario di normale diligenza deve effettuare all'inizio della sua

prestazione. In che cosa, poi, sia consistita appunto tale prestazione di solito non può essere integralmente conosciuto senza informazioni sanitarie specifiche come, già si è visto, quelle che dovrebbero essere riversate nella cartella clinica e negli allegati referti. Tutte fonti, è evidente, tanto lontane dal preteso danneggiato quanto prossime alla controparte sanitaria.

**14.** L'ulteriore elemento che oggettivamente favorisce a tutt'oggi il preteso danneggiato in sede di accertamento è, sempre a proposito del nesso causale, la sua ben nota impostazione probabilistica, che non costituisce, peraltro, oggetto di questo intervento (sulla evoluzione dell'accertamento della causa, anche in raffronto con il penale, e sul variegato influsso delle leggi extragiuridiche cfr. *ex plurimis*, da ultimo, l'assai dettagliata Cass. sez. 3, ord. 6 luglio 2020 n.13872, non massimata).

Ci si limita, pertanto, a rimarcare che la presunzione rimane ontologicamente coinvolta, in quanto la valutazione probabilistica estratta come conseguenza da un fatto certo appartiene a un'ottica di tal genere, conformata al quadro concreto in cui si dispiega, pur congiungendosi all'utilizzo delle c.d. leggi di copertura.

Infatti "il nesso di causa tra una condotta illecita e danno può essere affermato non solo quando il secondo sia stato una conseguenza certa della prima, ma anche quando ne sia stato una conseguenza ragionevolmente probabile", e "la ragionevole probabilità che quella causa abbia provocato quel danno va intesa non in senso statistico, ma logico: cioè non in base a regole astratte, ma in base alle circostanze del caso concreto" (la classica contrapposizione tra lo strumento accertatorio pascaliano e quello draconiano): *id est* "anche in una causa statisticamente improbabile può ravvisarsi la genesi del danno, se tutte le altre possibili cause fossero ancor più improbabili, e non siano concepibili altre possibili cause" (così correttamente osserva, sulla scorta delle SS.UU. 11 gennaio 2008 nn. 576 e 581,582, 584, la già citata Cass. ord. 4024/2018) e d'altronde (Cass. sez. 3, 21 luglio 2011 n. 15991) "la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del "più probabile che non"), che si delinea in una analisi specifica e

puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del '50% *plus unum*'".

L'elasticità dell'accertamento del nesso di causa derivante dallo svincolo dal dettato letterale dell'articolo 2043 c.c. - che, come ribadito da un'illustre dottrina, afferma che il responsabile del fatto illecito "cagiona" *tout court* il danno ingiusto -, impostazione ora estesa anche alla responsabilità contrattuale, conduce il giudicante e, per il settore sanitario, a monte il consulente tecnico d'ufficio, ad un'accurata valutazione della concretezza della vicenda: e se questo significa, in ultima analisi, tipico utilizzo del libero convincimento, significa comunque, altresì, la sussistenza di una tutela del danneggiato, qualora la sua pretesa sia fondata, che non è stata in alcuna misura ridotta dal *revirement* relativo appunto alla prova del nesso causale. Anche nel sistema precedente, d'altronde, il giudice di merito ben poteva, nell'esercizio del libero convincimento, nonostante la facilitazione probatoria al danneggiante in cui la giurisprudenza era pervenuta nel primo decennio del secolo, giungere all'accertamento dell'inesistenza del nesso causale, pur in base ad una valutazione probabilistica.

Sotto questo profilo, pertanto, deve ancora una volta riconoscersi che, nel complesso, il *revirement* normativo e giurisprudenziale non ha rovesciato il sistema, anche se ha spostato il residuo non accertabile - uno spazio estremo, considerata la cognizione probabilistica - a carico dell'attore, preteso danneggiato. Per di più, l'impossibilità di raggiungere un accertamento di responsabilità sanitaria "completa" trova un contrappeso nello sviluppo della tutela per perdita di *chance*, che si presta, considerata l'incidenza dell'accertamento tecnico, ad essere oggetto della domanda subordinata qualora si agisca in tesi per responsabilità sanitaria.

