

Responsabilità civile

Nuovi orientamenti giurisprudenziali sull'onere probatorio del nesso eziologico e sul rischio della “causa ignota” nella responsabilità medica

di **Mirko Faccioli**

La ripartizione dell'onere della prova del nesso causale, non di rado questione decisiva nei giudizi di responsabilità medica, è stata recentemente oggetto di una serie di innovative pronunce della Corte di Cassazione di fronte alle quali, anche alla luce delle previsioni in tema di responsabilità sanitaria introdotte dalla Legge Gelli-Bianco nel 2017, è necessario un ripensamento di carattere generale degli orientamenti che si sono sedimentati in materia nel corso degli anni.

La ripartizione dell'onere della prova del nesso causale riveste un'importanza non di rado cruciale nei giudizi di responsabilità medica, in quanto diviene decisiva per la risoluzione della controversia tutte le volte in cui le consulenze peritali non siano in grado di stabilire se la causa del danno subito dal paziente (o della sua morte) sia o meno da ricondurre, sul piano eziologico, all'accertata *malpractice* degli operatori sanitari, la colpa di questi ultimi non essendo sufficiente per l'affermazione di responsabilità in assenza di prova della sussistenza del nesso causale (sul punto v., da ultimo, Cass. ord. 15 febbraio 2018, n. 3693).

La questione della “causa ignota” è sempre stata oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza (più in generale in materia v. Faccioli, “*Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*”, in *Contr. e impr.*, 2014, 79 ss., spec. 90 ss.; Barbarisi, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 217 ss.), la quale ha nel corso degli anni elaborato diversi orientamenti che compongono un quadro variegato e non agevolmente riducibile ad unità.

In ossequio al consolidato insegnamento dottrinale che richiede al danneggiato di fornire la prova del nesso causale, quale elemento costitutivo del diritto al risarcimento, tanto nella responsabilità contrattuale quanto nella responsabilità aquiliana (v., per tutti, C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2^a ed., Milano, 2012, 149), un primo indirizzo fa espressamente ricadere sul paziente l'onere di dimostrare la sussistenza del legame eziologico fra la condotta del medico e/o della struttura sanitaria convenuti e il danno alla salute lamentato in giudizio (v., tra le altre, Cass. 20 ottobre 2015, n. 21177, in *Ragiusan*, 2016, 140; Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, in *Contratti*, 2013, 897; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1276).

Diverse sentenze introducono però una presunzione relativa di sussistenza del nesso causale in favore del paziente vittima di *malpractice* medica in una serie di ipotesi che, per quanto

delimitate, sono nella pratica di tutt'altro che rara verifica.

La prima riguarda i c.d. interventi di facile esecuzione (o di *routine*), categoria elaborata dai nostri giudici sulla base di una sorta di una lettura *a contrario* dell'art. 2236 c.c. in tema di prestazione di speciale difficoltà: in relazione a queste fattispecie si tende invero ad affermare che «l'insuccesso o il parziale successo dell'intervento, nei casi in cui si tratta di intervento con alte possibilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del [...] rapporto di causalità» in considerazione del fatto che tale nesso, in ambito civilistico, «consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del "più probabile che non"» (Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, 1653; nello stesso senso v. pure, fra le altre, Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 948; Trib. Milano 22 aprile 2008, in *Giur. mer.*, 2009, 97).

Analogamente si procede nelle ipotesi di omissioni e inesattezze nella tenuta della documentazione sanitaria, nelle quali si afferma che la difettosa/mancata tenuta della cartella clinica imputabile a negligenza del personale medico consentirebbe di ritenere provata, in via presuntiva, la sussistenza del nesso di causalità perché, altrimenti, la conseguente mancanza o insufficienza di elementi probatori a disposizione del paziente utili a dimostrare la sussistenza della responsabilità del medico andrebbero a pregiudicare la posizione processuale del paziente stesso a tutto vantaggio della controparte, per giunta inadempiente nell'adempimento dei propri doveri professionali (v., fra le più recenti, Cass. 8 novembre 2016, n. 22639, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 389, con nota redazionale di V. Rosito, ove ampi richiami di giurisprudenza conforme; per un approfondimento sul tema v., poi, V. Occorsio, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1249 ss.).

Alla stregua, infine, del filone giurisprudenziale inaugurato dalla nota Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; nello stesso senso v. poi, fra le altre, Cass. 30 dicembre 2011, n. 30267; Cass. 8 giugno 2012, n. 9290; Cass. 12 dicembre 2013, n. 27855; Cass. 22 maggio 2014, n. 11363; Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24073) e questa volta formulato in termini generali, l'esonero del paziente che abbia allegato un "inadempimento qualificato" dall'onere di provare il nesso causale costituisce una implicita conseguenza della prova liberatoria addossata alla controparte, alla quale viene richiesto di dimostrare di avere esattamente adempiuto la prestazione sanitaria oppure, in alternativa, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra il proprio inadempimento e la lesione lamentata dal paziente; ma va osservato che, in alcuni ulteriori pronunciamenti, al sanitario e alla struttura è consentito andare esente da responsabilità solamente dando la prova, oltre che della correttezza della prestazione eseguita, pure dell'evento (preesistente o sopravvenuto), indipendente dalla propria sfera di controllo, che ha determinato l'insuccesso del trattamento (v., in particolare, Cass. 20 marzo 2015, n. 5590, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1907, con nota critica di G. Miotto, *L'onere della prova del nesso causale nella responsabilità medica (ovvero l'adempimento della prestazione, questo sconosciuto)*).

Pur nella frammentarietà degli indirizzi giurisprudenziali sopra illustrati, ciò che in conclusione emerge è quindi il formarsi, nel settore della responsabilità medica, di una non trascurabile tendenza ad invertire l'onere della prova del nesso di causalità in favore del paziente attore in giudizio.

Nei tempi più recenti sono però intervenute una serie di pronunce della Suprema Corte che sembrano indicare una netta inversione di rotta. Con Cass. 26 luglio 2017, n. 18392 (in *Danno e resp.*, 2017, 696, con nota di Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*; *ivi*, 2018, p. 345, con nota di D'Amico, *Il rischio della causa "ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*), Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, (in *Foro it.*, 2017, I, 557, con nota di B. Tassone, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*; per un'analisi congiunta di questa sentenza e di quella poco sopra menzionata, v. pure Id., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp.*, 2018, 14 ss.) Cass. 7 dicembre 2017, n. 29315 e, da ultimo, Cass. 19 luglio 2018, n. 19204, è stato infatti riaffermato il principio per cui anche nelle cause di responsabilità medica il rapporto eziologico è elemento costitutivo del diritto al risarcimento del danno e dev'essere, pertanto, provato da colui che asserisce di esserne titolare, vale a dire il paziente, sulla scorta del principio generale consacrato dall'art. 2697 c.c.; con l'indefettibile corollario che la domanda risarcitoria dev'essere respinta nei procedimenti nei quali la causa del danno sia rimasta incerta al termine dell'istruttoria.

Alle pronunce in discorso non sfugge che tali principi sembrano discostarsi vistosamente dal percorso tracciato, ormai una decina d'anni orsono, dalla già ricordata Cass., sez. un., n. 577/2008. Secondo gli stessi giudici si tratterebbe, tuttavia, di un contrasto solo «apparente» e invero ricomponibile alla luce di due ordini di ragioni.

Da un primo punto di vista bisognerebbe distinguere, attraverso un esercizio di «semplificazione analitica della fattispecie», tra due differenti segmenti del percorso causale: un primo intercorrente fra la prestazione sanitaria difettosa e il danno lamentato dal paziente, cui spetta assolvere il relativo onere probatorio senza possibilità di invocare, in senso contrario, il c.d. principio di vicinanza della prova; e un secondo, al quale soltanto si riferirebbero i principi enucleati da Cass., sez. un., n. 577/2008, che invece riguarda l'intervenire di eventi suscettibili di configurare una causa sopravvenuta e non imputabile al debitore di impossibilità – di corretta esecuzione della – prestazione in discorso, la sussistenza del quale dev'essere dimostrata dal medico/nosocomio convenuto in giudizio ai sensi dell'art. 1218 c.c. con relativa sopportazione del rischio della causa ignota. Questo secondo segmento del «ciclo causale», sempre secondo la Cassazione, acquista peraltro rilievo solamente ove risulti dimostrato il nesso eziologico tra l'evento dannoso e la *malpractice* medica: solo una volta che il paziente danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari, quindi, sorge per la controparte l'onere di provare che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato dall'attore, è stato determinato da causa non imputabile.

La seconda ragione per la quale le pronunce in esame non contrasterebbero con le regole

probatorie declamate da Cass., sez. un., n. 577/2008 risiederebbe poi nel fatto che – per usare la parole degli stessi giudici – tali regole vennero affermate «a fronte di una situazione in cui l'inadempimento “qualificato” allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi “più probabili” nel singolo caso di specie, la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già in sé quella del nesso causale, con la conseguenza che non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2, c.c. e non – si badi – la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.».

Seppure in maniera meno approfondita, la disamina della S.C. si sofferma pure sul ruolo svolto dal parametro della diligenza dell'art. 1176 c.c. nell'ambito del regime probatorio delineato dall'art. 1218 c.c. Al riguardo, viene affermato che «il danneggiante deve dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che ha reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito», la (non) imputabilità della quale al debitore dev'essere secondo gli ermellini valutata alla stregua della diligenza ordinaria di cui all'art. 1176, comma 1, c.c. – che per l'appunto atterrebbe alla «conservazione della possibilità di adempiere, quale impiego delle cautele necessarie per evitare che la prestazione professionale divenga impossibile» – e non della diligenza professionale di cui al comma 2 dell'articolo citato, che «quale misura del contenuto dell'obbligazione rappresenta il parametro tecnico per valutare se c'è stato l'adempimento». Da queste considerazioni sembrerebbe potersi, pertanto, desumere che dev'essere mandato esente da responsabilità il debitore della prestazione sanitaria che abbia dimostrato di avere correttamente adempiuto la prestazione medesima – e che pertanto non sussiste inadempimento alcuno –, senza imporgli di dover ulteriormente fornire (pure) la prova dell'evento imprevisto ed imprevedibile che ha determinato l'insuccesso delle cure (Zorzi, *La Cassazione e la prova del nesso causale*, cit., 705; Tassone, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*, cit., 564; Id., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit., 20).

Un ulteriore aspetto che merita di essere evidenziato è l'assenza, all'interno di tutte le pronunce in esame, di qualsiasi riferimento alla nota distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato: mancanza che, in realtà, non rappresenta una lacuna e va anzi salutata con favore, perché la distinzione in parola non dispiega alcuna influenza sull'onere della prova del nesso causale (in senso diverso v., però, D'Amico, *op. cit.*, p. 354 ss.), a dispetto di quanto invece ritenuto Cass., sez. un., n. 577/2008, la quale aveva, per l'appunto, argomentato la soluzione dell'inversione dell'onere della prova del nesso causale in favore del paziente (anche) facendo leva sull'abbandono della distinzione in oggetto.

Inoltre, e nonostante le perplessità che sollevano la scomposizione del nesso eziologico in due segmenti (Pardolesi - Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, 10 ss.) nonché la stessa affermazione della continuità del nuovo indirizzo rispetto all'orientamento inaugurato da Cass., sez. un., n. 577/2008, le pronunce in commento meritano un apprezzamento positivo anche per il modo in cui si sforzano di ristabilire la vigenza, nell'ambito della responsabilità sanitaria, di un principio probatorio

invero incontestato in tutti gli altri settori della responsabilità contrattuale nonché aquiliana e che solo per un'evidente anomalia non viene sempre seguito nelle controversie di *medical malpractice* (come evidenzia G. Miotto, *op. cit.*, 1916 ss.; per analoghi rilievi, v. pure Nocco, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2012, 953).

Del resto, l'indirizzo propugnato dalle sentenze in esame appare muoversi in sintonia con la nuova disciplina della responsabilità medica introdotta, sempre nel corso del 2017, dalla già menzionata Legge Gelli-Bianco, che pur non contenendo alcuna previsione in tema di nesso causale è notoriamente costruita attorno al fondamentale obiettivo di contrastare il fenomeno della medicina difensiva tramite la mitigazione del regime della responsabilità civile (e penale) incombente su professionisti sanitari e strutture ospedaliere (Nucci, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità sanitaria: "qualificato inadempimento" e prova del nesso causale*, in *Resp. med.*, 2017, 529; Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale*, cit., 708). Alla luce del superamento della tesi del "contatto sociale" operata dall'art. 7, comma 3, della legge in discorso e del conseguente ritorno della possibilità che la responsabilità medica assuma natura extracontrattuale, è inoltre destinato ad assumere grande rilievo anche il passaggio delle pronunce in esame in cui si ha cura di puntualizzare che l'onere della prova del nesso causale incombe sul paziente danneggiato attore in giudizio tanto nella responsabilità contrattuale quanto nella responsabilità aquiliana (Tassone, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*, cit., 564; Id., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit., 21 s.).

Ad ogni modo, solamente una futura e più approfondita riflessione sarà in grado di mettere in luce l'effettiva portata del regime probatorio delineato dalle sentenze in discorso: da un lato esse potrebbero imporre una regola rigida e indeclinabile, destinata a valere in termini assoluti; dall'altro, però, non è escluso che quanto dalle stesse affermato finisca per assumere il valore di un principio generale attorniato da eccezioni in cui si riconosce la presunzione di sussistenza del nesso causale con riferimento ad ipotesi specifiche (Tassone, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*, cit., 566; Id., *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit., 25), ad iniziare, ovviamente, da quelle già ricordate in tema di interventi di *routine* e di mancanza/incompletezza della documentazione sanitaria. Da quest'ultimo punto di vista bisognerà pure tenere conto della nuova disciplina in tema di trasparenza delle prestazioni sanitarie di cui all'art. 4 della Legge Gelli-Bianco, il quale prevede un diritto di accesso alla documentazione sanitaria che sembra essere chiaramente finalizzato all'accertamento della responsabilità di medici e strutture ospedaliere (*amplius* sul punto, v. Bolognini, *Trasparenza dei dati e tutela della privacy*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, Milano, 2017, 123 ss.).

