▶ TRIB. FROSINONE, 16.3.2011

RESPONSABILITÀ CIVILE - RESPONSABILITÀ MEDICA - NATURA CONTRATTUALE - ONERE DELLA PROVA - RIPARTIZIONE (cod. civ., artt. 1218, 1176, 2697)

Per assolvere l'onere di allegazione dell'inadempimento nelle cause da *malpractice* medica, l'attore deve descrivere una condotta che, sulla scorta della letteratura scientifica, possa considerarsi (astrattamente) idonea a provocare il danno lamentato, spettando solo in quel caso (e laddove assolto siffatto onere di allegazione-prova, anche presuntiva, incombente all'attore) al sanitario convenuto di dimostrare l'inesistenza, nel caso concreto, del nesso di causalità tra la propria condotta e l'evento dannoso, il tutto sempre sulla scorta delle conoscenze ed esperienze scientifiche disponibili e offerte allo scrutinio del giudice. All'attore incombe, inoltre, descrivere, sia pure sommariamente, quale è la condotta alternativa lecita non tenuta nel caso concreto e che, laddove tenuta, avrebbe avuto apprezzabili possibilità (50+1%) di scongiurare l'evento di danno.

dal testo:

Il fatto. La lite oggi in decisione trae occasione dalla dolorosa vicenda che ha afflitto gli odierni attori, in esito allo sfavorevole *outcome neonatale* che interessava il loro primogenito, Z.A., nato, alle ore (*Omissis*) del (*Omissis*) presso l'Ospedale San Benedetto di Alatri, affetto da "*danno cerebrale connatale*" (pag. 15 della 1^ relazione dei CCTTUU prof. M. e C., in atti).

I sigg. ri M.E. e Z.G. hanno evocato in giudizio la Azienda USL e tutta la *equipe dei sanitari* intervenuti, a vario titolo, nella conduzione ed assistenza della fase terminale del travaglio di parto che si sarebbe conclusa con la nascita di A., quella di espulsione del feto. (*Omissis*)

In via di estrema ed iniziale approssimazione, gli attori [sulla falsariga di una relazione a firma dott. M.S., allegata all'atto introduttivo] ascrivevano la scaturigine ed eziologia della patologia presentata, alla nascita, dal piccolo A. [affetto da encefalopatia per asfissia perinatale e totalmente invalido e inautonomo in alcuna delle funzioni vitali, salvo che nella respirazione], alla *assistenza "estremamente carente" prestata da ciascuno dei componenti della intera equipe "al travaglio in corso del ricovero"* della signora M. (*Omissis*)

Sulla scorta di tale ricostruzione del parto, la difesa degli attori concludeva: "*i medici specialisti dovevano seguire – ed assistere – il più semplice e naturale degli eventi: un parto, che non presentava alcuna complicazione. La totale mancanza di diligenza, ma anche colpa grave, dei convenuti ha causato le irreversibili menomazioni*" al piccolo A.

E con ciò chiedeva rifondersi il danno – sia biologico, che morale, che esistenziale, che patrimoniale – subito dal minore, in cui vece agivano essi attori quali esercenti la potestà genitoriale, oltre al danno *proprio* (non *iure proprio*) dei medesimi sigg.ri Z. e M., descritto in termini di danno esistenziale, biologico e patrimoniale. (*Omissis*)

I motivi. 4. Il merito dei fatti controversi.

Gli attori sostengono, nelle memorie conclusionali, di avere soddisfatto tutti gli oneri (di allegazione e prova) loro incombenti nel presente giudizio, quali delineati dalla consolidata giurisprudenza (ben conosciuta da tutte le difese) formatasi in esito alla ormai pacifica *contrattualizzazione* del credito risarcitorio derivante da c.d. *malpractice medica* (cfr. le pagine 3 e 4 della conclusionale), e negano d'altronde l'avere le controparti (tutti i sanitari evocati in giudizio, ma in particolare il primario dott. T., alla cui condotta sembrerebbero aver circoscritto le proprie doglianze, a giudicare dal contenuto dello scritto conclusivo) assolto a quegli oneri che rispettivamente loro incombevano.

Invece, proprio sulla scorta della giurisprudenza rammentata nell'ultimo scritto difensivo degli attori, e di altra in esso non ricordata [su cui si dirà oltre], va affermato che:

gli attori non hanno assolto l'onere di allegazione dell'inadempimento, che loro incombeva;

nel caso] in tema di colpa medica per omissione.

Perché mentre per le obbligazioni *negative* (di non fare) basta affermare in giudizio l'avere il debitore adottato una condotta materiale, tangibile, *positiva*, che già di per sé integra violazione dell'obbligo di *non facere* che gli spettava (art. 1222 cod. civ.: "*le disposizioni sulla mora non si applicano alle obbligazioni di non fare; ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento*"), mentre nelle altre azioni *contrattuali* in genere occorre comunque individuare la "regola" che si assume violata, nell'ambito del complessivo assetto negoziale d'interessi concordato tra le parti [es. omesso pagamento alla scadenza del termine convenuto; omessa consegna del bene nel contratto di compravendita; omessa prestazione di un'opera conforme al progetto e realizzata secondo *leges artis*, nel contratto d'appalto ecc.], per la violazione delle obbligazioni imposte a carico del sanitario, nelle azioni contrattuali da *malpractice medica* la questione si complica.

Al punto che deve opinarsi, anche sulla scorta della giurisprudenza appresso indicata, che nelle fattispecie quali quella oggi in decisione, all'attore (presunto danneggiato) spetti non semplicemente di allegare un inadempimento *purchessia* (come sembrerebbe ritenere la difesa degli attori, visto l'impianto argomentativo adottato non solo nella sua memoria conclusionale, bensì anche nell'atto introduttivo), bensì di descrivere un fatto/condotta positiva che da un lato abbia (in tesi) integrato violazione vuoi del generico dovere di diligenza o prudenza, vuoi di specifiche *leges artis* da seguire ed applicare nel caso di specie, ma che dall'altro sia però di per sé astrattamente idonea, secondo i noti criteri di causalità adeguata, di regolarità dell'*id quod plerumque accidit*, di avveramento del rischio e del più probabile che non (tutti alternativamente o congiuntamente fatti propri dalla giurisprudenza in tema di *nesso di causalità* nel sistema civile della responsabilità da fatto illecito da *omissione*) a produrre l'evento dannoso (esito infausto o inutile dell'intervento del sanitario, peggioramento delle condizioni del paziente) di cui si chiede reintegrazione in via risarcitoria.

Il che equivale a dire, più sinteticamente: all'attore, nelle azioni risarcitorie da c.d. *colpa medica*, incombe descrivere, sia pure sommariamente ma quantomeno con un contenuto minimo di significazione [da cui non può prescindersi, anche ai fini della verificazione di quel postulato, nel rispetto del contraddittorio con la controparte], quale è la condotta alternativa lecita *non tenuta nel caso concreto* e che, laddove tenuta, avrebbe avuto *apprezzabili possibilità* (50%+1) di scongiurare l'evento di danno.

Ma, a ben vedere, la descrizione di una condotta alternativa lecita, che sia (sarebbe stata) idonea [secondo giudizio controfattuale ipotetico condotto *ex ante* ed *in concreto*] a produrre l'evento, ha già in sé, o meglio già presuppone ed implica un contenuto ed attività anche di prova, perché il postulato sull'idoneità di una omissione del medico a produrre un certo evento deve essere necessariamente articolato e condotto sulla scorta delle acquisizioni, ad una certa data, della migliore scienza ed esperienza della disciplina specialistica oggetto di causa.

Per fare un esempio futile, forse sciocco, ma si spera definitivamente illustrativo di quanto si va esponendo, *non integra una idonea attività di allegazione* ("dell'inadempimento") dedurre la malriuscita di un intervento chirurgico di asportazione di *un'ernia inguinale*, ed al contempo lamentare che il sanitario non avesse effettuato dei controlli preventivi (ad esempio) sull'apparato *uditivo* del danneggiato, o sulle articolazioni delle braccia, delle gambe ... condotte che – anche ad occhio e croce, e senza consultare alcun manuale o altra letteratura scientifica – parrebbero del tutto *indifferenti* all'innesco ed evolversi della catena causale esitata nell'evento di danno.

In altri termini, l'onere di "*allegazione dell'altrui inadempimento*" non può dirsi soddisfatto allorché, in relazione ad un certo quale evento dannoso, si individui il suo fatto generatore in una condotta che, benché considerata soggettivamente dall'attore *imperita, imprudente o negligente*, appaia anche *ex ante* del tutto indifferente ed estranea al prodursi dell'evento dannoso secondo criteri provvisti di una qualche dignità scientifica.

E proprio in quanto appena esposto, sta l'inconfutabile contenuto probatorio dell'attività processuale di "*allegazione dell'inadempimen-*

la perizia d'ufficio ha riscontrato, in positivo, l'assenza di causalità tra l'evento di danno lamentato in giudizio, e le concrete modalità di assistenza e conduzione dell'ultima fase del travaglio di parto di M.E. (espulsione del feto) adottate dai convenuti;
correlativamente nessuno elemento di prova, neppure presuntiva, è stato fornito in giudizio per potere imputare, sotto il profilo causale, all'agire dell'*equipe* dei sanitari odierni convenuti, l'insorgenza delle gravissime patologie presentate dal piccolo A.Z. alla nascita;
la perizia d'ufficio ha riscontrato, sempre in positivo, la conformità alle buone regole di scienza ed esperienza delle condotte rispettivamente tenute da ciascun componente della *équipe*;
in esito ed in ultima analisi, all'esito dell'istruttoria esperita, non si è individuata la condotta alternativa ipotetica che, laddove tenuta, sarebbe stata idonea (secondo il giudizio controfattuale proprio dell'accertamento della causalità per omissione) ad evitare l'evento (secondo i vari criteri assunti in giurisprudenza per l'affermazione della sussistenza del nesso di causalità), e in ciò consiste sia l'omesso assolvimento dell'onere di allegazione (spettante agli attori), sia – correlativamente – la prova positiva dell'inesistenza di un nesso di causalità tra il *managing* del parto ed il suo sfavorevole esito neonatologico.

Donde il rigetto della domanda risarcitoria a vario titolo svolta dai signori M. e Z., come di seguito meglio illustrato.

4.1. Sull'onere di allegazione e prova incombente alle parti.

Il tribunale ben conosce la giurisprudenza racchiusa nelle sentenze c.d. *gemelle* nn° 576-585/2008 (rel. Segreto), e tutta la successiva in tema di *accertamento del nesso di causalità nel sistema civile della responsabilità da c.d.* malpractice *medica*, e di *ripartizione degli oneri probatori* nelle azioni quale quella oggi in decisione; ormai la massima riportata nelle sentenze della Suprema Corte è talmente ripetuta, da costituire diritto vivente [per tutte Cass. n. 24791/2008 "*il paziente che agisce in giudizio deve, anche quando deduce l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, provare il contratto e* ***allegare l'inadempimento del sanitario****. Non anche dimostrare la colpa del medico e/o della struttura sanitaria e la relativa gravità. Resta a carico del debitore (medico-struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta*"].

Ma va però aggiunto che la frase "*allegare la circostanza dell'inadempimento*", o "*allegare l'inadempimento*" del sanitario, che si legge in tutte le pronunzie e massime formulate dalla Suprema Corte in tema di colpa medica (ormai da quasi cinque anni a questa parte), ed a cui sembrerebbe pacificamente circoscritto l'onere del danneggiato (oltre a quello di dimostrare il *titolo* o fonte dell'obbligazione, anche da contatto sociale, che nella specie non è in discussione), quella frase, si diceva, non è una formula espressiva sufficiente a sé stessa, ma va riempita di [o meglio presuppone] un qualche contenuto di significazione, evidentemente già esplicitato a cura (cioè onere) della parte danneggiata.

In altri termini la dizione "*allegare l'inadempimento*" non è essa stessa una *allegazione* in sé, bensì (se si perdona l'uso di una terminologia propria delle scienze della comunicazione) una meta-allegazione (giuridica), ovverosia una formula sintetica che *descrive e soprattutto riassume, in linguaggio giuridico convenzionale, la vera e propria attività di allegazione* il cui onere spetta alla parte danneggiata, e che dev'essere evidentemente assolto ai fini dell'accoglimento della domanda.

E l'allegazione spettante alla parte (contraente) in ipotesi danneggiata dall'inadempimento altrui, non può consistere che nel descrivere uno specifico fatto storico (c.d. fatto giuridico secondario) che, secondo la tesi da verificare in giudizio, costituisce la componente, il substrato, l'epifania del fatto giuridico primario, per l'appunto l'inadempimento.

D'altronde la ***allegazione dell'inadempimento*** deve necessariamente adattarsi alla ***natura delle obbligazioni*** che si assumono inadempiute, e cioè alle peculiarità di ciascun modello negoziale.

Questa, che sembra un'ovvietà, in realtà induce postulati piuttosto rilevanti, sotto il profilo processuale, allorché si controverta [come

to" del sanitario incombente all'attore/danneggiato nelle cause da *malpractice*, perché (in conclusione) l'attore deve (ha l'onere di) comunque descrivere una condotta che, sulla scorta della letteratura scientifica, evidentemente da offrire e sottoporre alla valutazione del giudicante, anche a mezzo apposita consulenza tecnica d'ufficio (percipiente), possa considerarsi (astrattamente) idonea a provocare il danno lamentato, spettando quindi solo in quel caso (e laddove assolto siffatto onere di *allegazione-prova*, anche presuntiva, incombente all'attore) al sanitario convenuto di dimostrare l'inesistenza, nel caso concreto, del nesso di causalità tra la propria condotta e l'evento dannoso, il tutto sempre sulla scorta delle conoscenze ed esperienze scientifiche disponibili e offerte allo scrutinio del giudice.

E ciò vale (ovviamente) sia laddove si censuri la violazione della diligenza (anche qualificata) descritta dall'art. 1176 comma 2° cod. civ., sia allorché si assuma una condotta imprudente del sanitario, sia nel caso – infine – in cui si paventi in giudizio la sua imperizia e violazione di specifiche *leges artis*, perché sempre e comunque deve capirsi di cosa si stia trattando nel caso concreto, ciò a dire che, in ogni caso, il contraddittorio tra le parti anche sul piano meramente assertivo deve muoversi e fondarsi, per avere un qualche valore processuale agli effetti dello scrutinio dell'inadempimento, sulla falsariga delle acquisizioni scientifiche desumibili dalla letteratura e casistica di settore, così da implicare, per entrambe, non una mera attività di *deduzione* in senso stretto, bensì una spendita di cognizioni *dotate di dignità scientifica*, e quindi un'attività processuale già dispiegantesi sul piano *probatorio in senso stretto*.

E si ritiene che le peculiarità dell'allegazione incombente alle parti nelle cause di *malpractice* medica, quali sopra descritte, consentano di spiegare, ed in effetti di ridurre ad unità, il contrasto – che in effetti è meramente apparente – tra i due filoni giurisprudenziali (in tema di colpa medica) citati *hinc et inde* nelle memorie conclusionali, di cui l'uno sembrerebbe circoscrivere ogni onere probatorio spettante al danneggiato alla dimostrazione del titolo (contratto) e dell'evento di danno (insuccesso dell'intervento), l'altro sembrerebbe includere *anche* la dimostrazione del *nesso di causalità*.

La verità, a sommesso avviso di chi scrive, è che le peculiarità, logiche e giuridiche dell'attività assertiva incombente al soggetto presunto danneggiato da "colpa medica" impongano inevitabilmente anche di offrire, già in sede assertiva, una presunzione di sussistenza del nesso di causalità con l'omissione del medico [secondo leggi di causalità scientifica], ciò che è in sé già un'attività probatoria: gli impongano, perciò, l'onere di dimostrare il nesso di causalità, come poi apertamente ed esplicitamente affermato dalla giurisprudenza del tutto dominante, nelle controversie come quella oggi in decisione.

Ad esempio, in tema di c.d. allegazione di inadempimento *vestito*, è utile richiamare, dalla motivazione di Cass. n. 1538/2010, le seguenti illustrative indicazioni: "... *l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento – coincidenti con quelle tradizionalmente definite di mezzi, in cui è la condotta del debitore ad essere dedotta in obbligazione, essendo la diligenza tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo e il risultato caratterizzato da aleatorietà, siccome dipendente anche da altri fattori esterni – non è qualunque inadempimento, ma solo quello, per così dire, vestito, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. Con l'ulteriore e decisiva conseguenza che, una volta dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di inadempienze specifiche, idonee a provocarli, grava sulla controparte dimostrare o che l'inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur essendovi stato, non ha determinato il danno lamentato (Cass. civ. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 577). (...) Ritiene il collegio che i principi enunciati dalle sezioni unite offrano un criterio di distribuzione dell'onere della prova, su un terreno particolarmente scivoloso e complesso come quello dei danni da attività medico-chirurgica, improntato a criteri di comune buon senso, oltre che ineccepibile sul piano dogmatico, e, come tale, ampiamente condivisibile. (...) In contesti siffatti lo sforzo probatorio dell'attore può non spingersi oltre la deduzione di quali-*

ficate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno" (in termini è Cass. n. 7993/2010).

E dunque paiono perfettamente coerenti con quanto sopra, le massime – tra le tante – di Cass. n. 2847/2010 (sempre in tema di responsabilità per omissione del sanitario): "*la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che alleghi l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento*"; ovvero ancora di Cass. n. 10743/2009, secondo cui "*è configurabile il nesso causale tra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi. L'onere della relativa prova grava sul danneggiato, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico-chirurgico*"; Cass. n. 975/2009, che enuncia: "*in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del "contatto") e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato – sia esso il sanitario o la struttura – la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile*"; ancora di Cass. n. 867/2008: "*è configurabile il nesso causale – la cui sussistenza deve essere provata dal danneggiato ai sensi della norma generale prevista dall'art. 2697 cod. civ. – fra il comportamento omissivo del medico e il pregiudizio subito dal paziente qualora attraverso un criterio necessariamente probabilistico si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili probabilità di evitare il danno verificatosi*"; Cass. n. 17306/2006: "*sono a carico del committente l'onere di allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento e la dimostrazione del pregiudizio subito ed il nesso causale tra tale pregiudizio e l'attività del professionista*"; Cass. n. 12362/2006: "*in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, inquadrabile nella responsabilità contrattuale, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie), nonché del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico di questi ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile*"; conf. Cass. n. 9085/2006; Cass. n. 7997/2205: "*il positivo accertamento del nesso di causalità, che deve formare oggetto di prova da parte del danneggiato, consente il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente, alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, e cioè della sussistenza, o meno, della colpa dell'agente, che, pur in presenza di un comprovato nesso causale, potrebbe essere autonomamente esclusa secondo criteri (storicamente elastici) di prevedibilità ed evitabilità*" [v. anche la giurisprudenza citata nelle memorie conclusionali Assicurazioni Generali e Tomaselli].

Dalla tediosa premessa che precede discende, in via di ultima sintesi, che il contraddittorio e l'istruttoria sulla dolorosa vicenda descritta in citazione pretendevano (processualmente) il costante e puntuale riferimento alle cognizioni ed esperienze traibili dalla letteratura scientifica, ed inerenti sia alle prestazioni sanitarie in scrutinio [non in possesso né delle parti, né del giudicante], sia al particolare tipo di patologia di cui nasceva affetto il piccolo A., nozioni da cui sole si sarebbe potuto trarre l'individuazione dell'inadempimento c.d. *efficiente alla produzione del danno*.

E deve ritenersi che mentre la consulenza tecnica d'ufficio sia stata esperita nel rispetto di tali esigenze, delle parti e del giudicante, non altrettanto sia avvenuto per l'attività probatoria ed assertiva espletata dagli attori, in cui non si rinviene il benché minimo richiamo

ad alcun dato tratto dalla letteratura scientifica.

Ed infatti, mentre i consulenti tecnici d'ufficio, con argomentazioni intrinsecamente coerenti e rivestite di *dignità scientifica* (per come sostenute e corroborate dalle ampie citazioni della letteratura specialistica di settore), sono pervenuti ad escludere sia qualsivoglia contributo causale della condotta dei sanitari odierni convenuti nella produzione della patologia da cui nasceva affetto il piccolo A., sia la stessa possibilità di individuare una condotta alternativa lecita che avrebbe potuto evitare il danno, sia infine la difformità tra regole di diligenza, prudenza e perizia e l'agire dei convenuti, non altrettanto può dirsi delle dissertazioni della difesa (anche) tecnica degli attori, del tutto incomplete, generiche, approssimative nel loro contenuto, e soprattutto sfornite del benché minimo riscontro scientifico, quindi inconcludenti allo scopo. (*Omissis*)

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella causa civile di primo grado indicata in epigrafe, ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:

– rigetta le domande risarcitorie proposte da M.E. e Z.G., sia in proprio che nella qualità di esercenti la potestà genitoriale sul minore Z.M., nei confronti della Azienda USL Frosinone, B.A.R., T.F., B.E., P.C.;

– dichiara inammissibili le domande risarcitorie svolte dagli attori nei confronti delle società assicuratrici Lloyd Adriatico S.p.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Assitalia S.p.A.;

– dichiara assorbite tutte le domande di garanzia formulate, dai convenuti B.A.R., T.F. e P.C. avverso le rispettive compagnie assicuratrici;

– dichiara le spese delle liti sia principale che di garanzia integralmente compensate tra tutte le parti, con l'eccezione delle spese di consulenza tecnica d'ufficio che, già separatamente liquidate, pone definitivamente a carico degli attori. (*Omissis*)

[Imposimato G. *Un.* – M. e Z. (avv.ti Capua e Panici) – Usl Frosinone (avv. Valente) – B. (avv. Simonetti)]

Nota di commento: «*La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale*» [*]

I. Il caso

I genitori di un bimbo nato con gravi malformazioni agiscono, in proprio e per conto del figlio, nei confronti dell'*equipe* medica (e della struttura sanitaria), imputando le menomazioni del piccolo alla negligente attività di assistenza al parto.

Il Tribunale respinge *in toto* le pretese risarcitorie, in quanto ritiene che gli attori non abbiano assolto l'onere di allegazione dell'inadempimento, né abbiano offerto alcun elemento di prova, neppure presuntiva, della sussistenza di un nesso eziologico tra l'agire dei sanitari e l'insorgenza delle patologie, non avendo essi all'uopo individuato una condotta alternativa ipotetica che, laddove tenuta, sarebbe stata idonea ad evitare l'evento (secondo il giudizio controfattuale proprio dell'accertamento della causalità omissiva). Il giudice basa il proprio convincimento sulle risultanze della c.t.u., evincendone la conformità della condotta dei medici alle buone regole di scienza ed esperienza, nonché l'accertamento dell'assenza di causalità tra il danno cerebrale patito dal neonato e le concrete modalità di assistenza al parto.

Con una motivazione tutta giocata sulla ripartizione dell'onere probatorio, la pronuncia offre un interessante angolo visuale, quello del giudice del fatto, per *vagliare, nella fase processuale in cui la prova si forma, la portata e la tenuta della regola di cui all'art. 2697 cod. civ., con riguardo alla materia dell'inadempimento contrattuale e della responsabilità del medico in particolare*, siccome delineata dai principi fissati dalla Supr. Corte, intervenuta più volte a sez. un.

II. Le questioni

1. Il nesso causale tra allegazioni e onere della prova. Punto di partenza del giudice di prime cure è il principio tratto dalla sentenza Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 577 (*infra*, sez. III), considerato «diritto vivente», nel senso che in tema di responsabilità contrattuale o da contatto sociale del medico, il paziente danneggiato deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempi-

[*] **Contributo pubblicato in base a referee.**

mento non vi è stato ovvero che, pur sussistendo, non è stato eziologicamente rilevante.

Premesso che non integra una idonea attività di allegazione dell'inadempimento dedurre «*condotte che – anche ad occhio e croce, e senza consultare alcun manuale o altra letteratura scientifica – parrebbero del tutto indifferenti all'innesco ed evolversi della catena causale esitata nell'evento di danno*», il Tribunale precisa che «*l'attore deve descrivere una condotta che, sulla scorta della letteratura scientifica, evidentemente da offrire e sottoporre alla valutazione del giudicante, anche a mezzo apposita consulenza tecnica d'ufficio (percipiente), possa considerarsi (astrattamente) idonea a provocare il danno lamentato, spettando quindi solo in quel caso (e laddove assolto siffatto onere di allegazione – prova, anche presuntiva, incombente all'attore) al sanitario convenuto di dimostrare l'inesistenza, nel caso concreto, del nesso di causalità tra la propria condotta e l'evento dannoso, il tutto sempre sulla scorta delle conoscenze ed esperienze scientifiche disponibili e offerte allo scrutinio del giudice*».

Si specifica ulteriormente come il contraddittorio tra le parti, anche sul piano meramente assertivo, deve muoversi e fondarsi, agli effetti della valutazione giudiziale dell'inadempimento, su nozioni scientifiche desumibili dalla letteratura e casistica di settore, «*così da implicare, per entrambe, non una mera attività di deduzione in senso stretto, bensì una spendita di cognizioni dotate di dignità scientifica, e quindi un'attività processuale dispiegantesi sul piano probatorio in senso stretto*».

Sin qui non può che convenirsi nel rimarcare lo spessore contenutistico dell'attività probatoria, nel suo articolarsi in deduzioni e controdeduzioni, al di là delle rigide acquisizioni concettuali in tema di distribuzione della relativa incombenza tra le parti processuali. Le massime (*Konkretisierungen des Gesetzes*) danno linee guida, ma il rigido schematismo delle declamazioni si dissolve nel concreto della formazione della prova nel processo.

Il riparto della prova non deve condurre ad uno svuotamento agevolatorio del relativo onere in favore di una parte, che non può, limitandosi ad allegare un inadempimento in astratto dannoso, autoemanciparsi dal meccanismo di formazione della prova in contradditorio. L'agire in giudizio comporta un onere probatorio da assolvere in concreto. Non basta allegare di aver sofferto un danno: bisogna indicarlo, inquadrarlo ed avvicinarlo al vaglio del giudice.

Meno persuasivo appare l'incedere argomentativo secondo cui «*le peculiarità, logiche e giuridiche dell'attività assertiva incombente al soggetto presunto danneggiato da "colpa medica" impongano inevitabilmente anche di offrire, già in sede assertiva, una presunzione di sussistenza del nesso di causalità con l'omissione del medico* [secondo leggi di causalità scientifica], *ciò che è in sé già un'attività probatoria: gli impongano, perciò, l'onere di dimostrare il nesso di causalità, come poi apertamente ed esplicitamente affermato dalla giurisprudenza del tutto dominante, nelle controversie come quella oggi in decisione*».

Quali parametri dell'astratta idoneità della condotta del sanitario alla produzione del danno, trovano richiamo «*i noti criteri di causalità adeguata, di regolarità dell'*id quod plerumque accidit, *di avveramento del rischio e del più probabile che non*» utilizzati dalla giurisprudenza in tema di *nesso di causalità* nel sistema civile della responsabilità da fatto illecito.

Espressamente affermata è l'attitudine della prospettazione offerta a superare «*il contrasto (...) tra i due filoni giurisprudenziali, di cui l'uno sembrerebbe circoscrivere ogni onere probatorio spettante al danneggiato alla dimostrazione del titolo (contratto) e dell'evento di danno (insuccesso dell'intervento), l'altro sembrerebbe includere anche la dimostrazione del nesso di causalità*».

Non si comprende, invero, come la necessità di allegazione (sia pure connotata dal riferimento a leggi scientifiche e non da mere prospettazioni soggettive) di una condotta astrattamente idonea alla causazione del danno, e tale da far sorgere una «presunzione di sussistenza» del nesso causale, si armonizzi con l'affermazione, in capo all'attore, dell'onere di provare il nesso di causalità. L'una parrebbe escludere l'altra: l'affermazione di un onere di allegazione di un fatto idoneo a far presumere il nesso causale è cosa ben diversa dall'addossare *tout court* all'attore la prova dell'eziogenesi del danno.

Il ragionamento potrebbe riacquistare coerenza qualora, arricchita l'attività di allegazione di significato pregnante (come mostra di fare il Tribunale), si rinunci, però, definitivamente a discorrere di *presunzione* e, senza mezzi termini, si oneri l'attore della prova del nesso causale tra il danno subito e la condotta del medico, sia pure nella forma attenuata del giudizio basato sui criteri probabilistici innanzi indicati, sì da far gravare comunque sul medico l'eziologia rimasta incerta (cfr. Cass., 16.1.2009, n. 975, *infra*, sez. III).

Con riguardo alla responsabilità del medico almeno due nozioni parrebbero ormai acquisite alla nostra scienza giuridica:

a) la natura contrattuale della responsabilità del medico;

b) il superamento della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Ebbene, ad una quasi corale adesione in linea teorica, corrisponde, in giurisprudenza e dottrina, una nutrita serie di adattamenti e specificazioni, che tal-