

Omaggio a
Remigio Perchinunno

Parte II

Scritti in memoria

a cura di

A.A. CARRABBA e L. TAFARO



Edizioni Scientifiche Italiane

L'opera è stata realizzata con il contributo del Comitato Regionale fra i Consigli Notarili Distrettuali della Puglia.

CARRABBA, Achille Antonio; TAFARO, Laura (*a cura di*)
Omaggio a *Remigio Perchinunno*
Parte II. *Scritti in memoria*
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2022
pp. VIII+756; 24 cm
ISBN 978-88-495-4982-9

© 2022 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Sommario

Parte I
Atti del Convegno
I ruoli giuridici nel diritto civile del postmoderno
A.A. Carrabba e M.C. Perchinunno (a cura di)

SEZIONE I
**I ruoli professionali tra pluralismo
e complessità giuridica**

| | |
|--|----|
| Prof. NICOLÒ LIPARI, <i>I ruoli giuridici nel diritto civile del postmoderno</i> | 3 |
| Prof. GAETANO PIEPOLI, <i>La formazione tra tradizione e modernità</i> | 11 |
| Dott. ENRICO SCODITTI, <i>Il ruolo del precedente nel processo applicativo del diritto</i> | 17 |
| Prof. GIACOMO PORCELLI, <i>L'incidenza delle professioni nell'esperienza giuridica del postmoderno</i> | 25 |
| Prof. GIAMPAOLO PARODI, <i>Il drafting legislativo: il linguaggio e l'interpretazione</i> | 47 |

SEZIONE II
Operatori giuridici tra fonti e diritto vivente

| | |
|--|----|
| Prof. GUIDO ALPA, <i>L'avvocato e il diritto vivente</i> | 57 |
| Prof. MASSIMO PALAZZO, <i>Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo del notariato</i> | 65 |
| Dott. VITO GUGLIELMI, <i>Certezza dei traffici giuridici e massime notari</i> | 83 |

SEZIONE III
La specificità del ruolo del notaio oggi

| | |
|--|-----|
| Prof. RAFFAELE LENZI, « <i>Il notaio tra contratto e mercato</i> » vent'anni dopo | 95 |
| Dott. FRANCESCO SAVERIO PERCHINUNNO, <i>Il notaio e la donazione tra principi e valori</i> | 109 |
| Prof. CIRO CACCAVALE, <i>Trasferimenti gratuiti tra coniugi e obbligazioni naturali</i> | 119 |
| Prof. MARCO TATARANO, <i>Mutuo di scopo e mutuo fondiario solutorio tra patologie e rimedi</i> | 131 |
| Dott. MASSIMO MIANO, <i>Rassegna di casi ispettivi notarili</i> | 151 |

Parte II
Scritti in memoria
A.A. Carrabba e L. Tafaro (a cura di)

| | |
|--|-----|
| Prof. ADRIANA ADDANTE, <i>Modelli di acquisto graduale della proprietà nell'esperienza giuridica statunitense e contratto di Rent to buy</i> | 193 |
| Prof. ANDREA BUCELLI, <i>Mercato delle imprese, patto di famiglia e fisco</i> | 215 |
| Prof. ROBERTO CALVO, <i>In claris non fit interpretatio: chiarezza espositiva ed ermeneutica giuridica</i> | 233 |
| Prof. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, <i>Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19</i> | 239 |
| Prof. NICOLÒ CARNIMEO e Avv. CLAUDIO SPAGNOLETTI, <i>La pesca illegale nelle aree marine protette. Analisi e strumenti normativi di contrasto</i> | 253 |
| Prof. DANILA CERTOSINO, <i>Mediazione e processo penale: un connubio possibile</i> | 285 |
| Prof. RENATO CLARIZIA, <i>I contratti di finanziamento e la crisi delle "categorie"</i> | 309 |
| Prof. GIORGIO COSTANTINO, <i>Le ammissioni con riserva</i> | 329 |
| Prof. STEFANO DEPLANO, <i>Collazione del danaro donato dal de cuius ed interpretazione in chiave applicativa dell'art. 751 c.c.</i> | 359 |

| | |
|--|-----|
| Prof. LUCA DI NELLA, <i>La disciplina dei servizi di pagamento (PSD2)</i> | 373 |
| Prof. GIOVANNI DI ROSA, <i>Relazioni familiari e sviluppo della persona</i> | 421 |
| Prof. ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, <i>Conto corrente bancario o postale cointestato e solidarietà attiva: la difficile coesistenza della giurisprudenza di legittimità con quella dell'arbitrato bancario finanziario in caso di morte di un cointestatario</i> | 431 |
| Prof. PAOLO GALLO, <i>Clausole generali e controllo contenutistico del contratto</i> | 441 |
| Prof. GIANVITO GIANNELLI, <i>Unità del sapere giuridico: spunti sul ruolo dell'interprete nel diritto contemporaneo</i> | 467 |
| Dott. MICHELE LABRIOLA, <i>Il "multiforme ingegno" del notaio nei procedimenti di volontaria giurisdizione: parte istante, ausiliario del giudice, difensore, pubblico ufficiale</i> | 479 |
| Prof. FRANCESCO LONGOBUCCO, <i>Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto: dal dogma dell'irrevocabilità alla gestione negoziale dell'effetto</i> | 499 |
| Prof. FILIPPO MAISTO, <i>La ratio degli acquisti a non domino di diritti reali</i> | 519 |
| Prof. DANIELA MASTRORILLI, <i>Evoluzione ed "involuzione" degli obblighi informativi nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, a distanza a distanza e del commercio elettronico: profili ricognitivi ed evolutivi</i> | 535 |
| Prof. SALVATORE MAZZAMUTO, <i>Tullio Ascarelli e Alberto Asquini: un dibattito sulla codificazione all'ombra del fascismo</i> | 601 |
| Prof. UGO PATRONI GRIFFI, <i>Operazioni sulle proprie partecipazioni da parte delle Srl PMI</i> | 609 |
| Prof. FERDINANDO PARENTE, <i>La convivenza more uxorio tra fatto e diritto</i> | 627 |
| Prof. SALVATORE ANTONELLO PARENTE, <i>L'estinzione dell'obbligazione tributaria per dazione in pagamento e per compensazione</i> | 649 |
| Prof. GIUSEPPINA PELLEGRINO, <i>Le obbligazioni convertibili: "vecchi" e nuovi aspetti problematici</i> | 689 |
| Prof. FRANCESCO PERCHINUNNO, <i>Il processo di transizione dall'ha-beas corpus alla libertà personale</i> | 721 |

| | |
|--|-----|
| Dott. FRANCESCO PETRERA, <i>La perdita del capitale: brevi riflessioni sulla "cura" legislativa dell'emergenza</i> | 753 |
| Prof. ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, <i>Inadempimento e causalità materiale nella responsabilità contrattuale sanitaria</i> | 769 |
| Prof. ALBERTO MATTIA SERAFIN, <i>Profili ricostruttivi della sospensione della successione ex art. 463 bis c.c.</i> | 799 |
| Prof. SEBASTIANO TAFARO, <i>La vita oltre la vita. Il domani</i> | 839 |
| Prof. NICOLA TRIGGIANI, <i>Le riprese audiovisive dei dibattimenti: alla ricerca di un (difficile) equilibrio tra il diritto di cronaca, il diritto alla riservatezza e la tutela del regolare svolgimento dell'udienza e della serenità della decisione</i> | 857 |
| Prof. FRANCESCO GIACOMO VITERBO, <i>Sul deferimento ad arbitri delle controversie condominiali</i> | 891 |
| Prof. FABRIZIO VOLPE, <i>Trasformazioni sociali, «valori» concorrenti e uniformazione del diritto successorio</i> | 909 |
| Prof. ALESSIO ZACCARIA, <i>Le variabili controparti del pactum fiducia: "amici", creditori... e donatari?</i> | 941 |

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO

Inadempimento e causalità materiale nella responsabilità contrattuale sanitaria

SOMMARIO: 1. Il censurabile *revirement* della Terza Sezione civile e la strana regola dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa del debitore (assicurato). Causa incerta e prova del rapporto di "casualità" materiale. – 2. *Segue*. Le ulteriori anomalie tecnico-giuridiche. La confusione tra le responsabilità contrattuale e delittuale, tra inadempimento (dell'obbligazione "di mezzi") e colpa, tra causalità "giuridica" e "materiale". – 3. *Segue*. Il regresso rispetto alla giurisprudenza sulle prestazioni cc.dd. routinarie. La violazione dei *dicta* delle Sezioni unite e della riforma della responsabilità sanitaria. – 4. Le nuove sentenze della Terza Sezione (nn. 28991 e 28992 del 2019): il tentativo di espungere le obbligazioni di "*facere* professionale" dal diritto delle obbligazioni e di assorbirle nel "tronco comune" della responsabilità extracontrattuale per colpa. – 5. *Segue*. Un "salto all'indietro", verso l'irresponsabilità. Il carattere sotto-sistematico della soluzione: la "frantumazione" del diritto delle obbligazioni e la duplicazione della disciplina dell'inadempimento. – 6. La solita confusione tra inadempimento e responsabilità extracontrattuale. La distinzione tra causalità astratta (o generale) e causalità individuale. Il rischio della causa incerta grava sempre sul debitore. – 7. Il ricorso all'*escamotage* della prova presuntiva. L'osservanza dell'art. 374 c.p.c. e la necessaria rimessione della questione alle Sezioni unite.

1. La Terza Sezione civile, pur senza rimettere la decisione alle Sezioni unite, così come sarebbe (ancor oggi) opportuno, ha intrapreso un percorso che riporta indietro nel tempo di almeno quarant'anni¹ gli orientamenti in tema sia di responsabilità contrattuale, sia di (prova del) rapporto di causalità, sulla base di un'evidente confusione tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.). Ma, pur in presenza di questo *pot-pourri* tra le responsabilità contrattuale e delittuale, dal quale emerge la "scoperta" di una strana teoria sull'inadempimento...

¹ Così, G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, p. 357, in nt. 46, ove acutamente rileva che «la sentenza-Scoditti – forse *malgré soi* – implica un ritorno alla (vecchissima) posizione che caratterizzava la giurisprudenza prima della sentenza n. 6141 del 1978».

extracontrattuale per colpa (del debitore assicurato)², la rimessione della questione alle Sezioni unite è doverosa in quanto, come si dirà, malgrado vane affermazioni di circostanza, il novello orientamento si pone in aperto contrasto con alcune sue fondamentali decisioni (SS.UU. n. 13533 del 2001³; SS.UU. n. 577 del 2008⁴) nonché con le stesse scelte operate dal legislatore, sia nell'art. 1218 c.c., sia nella legge 8 marzo 2017, n. 24.

Si tratta di una giurisprudenza più *militante* che *savante*⁵ che, seguendo un orientamento che era del tutto minoritario anche all'interno della Terza Sezione⁶, per di più giudicato "superato" proprio dalle Sezioni unite (n. 577 del 2008), in poco più di un anno ha prodotto una sentenza *leader*⁷ e molteplici decisioni "gemelle", molte delle quali nella forma dell'ordinanza⁸, nelle quali si predicano i nuovi "principi di diritto".

La riprova della razionalità della scelta del legislatore (art. 1218 c.c.) di far gravare, in tema di responsabilità contrattuale, l'onere della prova della causa non imputabile e, quindi, il rischio della causa ignota sul debitore⁹, anzi,

² Così A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno resp.*, 2019, p. 248 ss.

³ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565 ss.; sul punto i commenti di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 707 ss. e di G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 903.

⁴ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 790, con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

⁵ La distinzione è dovuta all'arguzia di D. MAZEAUD, *Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligations*, in S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Torino, 2016, p. 192 ss.

⁶ Ad es., Cass., Sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Pluris Rep. Contra*, del tutto allineate all'orientamento delle Sezioni unite (n. 13533 del 2001 e n. 577 del 2008) sono, tra le altre, Cass., Sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 30267 (ord.), in *Pluris Rep.*; Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, *ivi*, anche in *Danno resp.*, 2014, p. 33; Cass., Sez. III, 22 maggio 2014, n. 11363, in *Pluris Rep.*; Cass., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547, *ivi*; Cass., Sez. III, 6 ottobre 2014, n. 21025, *ivi*.

⁷ Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*

⁸ Oltre alle sentenze del 7 dicembre 2017, n. 29315 (Cass., Sez. III), in *Pluris*, e del 15 febbraio 2018, n. 3704 (Cass., Sez. III), *ivi*, molte altre decisioni assumono la forma dell'ordinanza: ad es., Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, in *Pluris*; Cass., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19204, *ivi*; Cass., Sez. III, 22 agosto 2018, n. 20905, *ivi*; Cass., Sez. III, 13 settembre 2018, n. 22278, *ivi*; Cass., Sez. III, 20 novembre 2018, n. 29853, in *De Jure*.

⁹ Anche secondo l'insegnamento di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 340, «il rischio della causa ignota è sempre sopportato dal debitore».

sull'assicuratore del debitore-struttura sanitaria (art. 12 l. n. 24 del 2017) emerge anche dal carattere "ingiusto" delle decisioni rese sulla base del novello orientamento. La Cassazione civile, non abituata per tradizione (così come, invece, la Cassazione penale) a confrontarsi con i problemi di causalità, pur declamando a più riprese la formuletta del "più probabile che non"¹⁰, non sembra avere le idee molto chiare allorché deve passare dalla enunciazione del principio alla sua applicazione nel caso concreto. Per di più, il Consulente Tecnico di Ufficio, soprattutto se medico legale, per cultura è allenato allo studio delle regole del diritto penale. Gli basta individuare – così come avvenuto in molte decisioni¹¹ – tre possibili cause dell'evento dannoso, ognuna delle quali implicitamente collocata al 33% delle probabilità, senza specificare che una delle tre integri l'*id quod plerumque accidit*, per aversi una causa incerta o ignota. E si ha l'impressione che la sistematica esclusione della responsabilità delle strutture sanitarie trovi fondamento, non tanto nel vincolo di solidarietà verso i Colleghi o in un generale *favor* per le imprese di assicurazione, quanto in virtù di un rapporto di causalità "materiale" che si vuole provato, anche in sede civile e, paradossalmente, in tema di responsabilità contrattuale, "di là da ogni ragionevole dubbio"¹², regola che, invece, molto opportunamente deve informare il solo processo penale. Come si è lucidamente rilevato, in presenza dell'indirizzo introdotto da queste decisioni i destini della responsabilità sanitaria sembrano ormai affidati unicamente alla risarcibilità del danno da perdita di *chance*, essendo il pregiudizio caratterizzato da una costante "incertezza eventistica"¹³.

Ancora una volta la Cassazione civile "crea diritto" ignorando gli orientamenti della Cassazione penale, la quale, malgrado la recente riforma, giudica sulla responsabilità dei sanitari con immutato rigore¹⁴. Se la Cassazione civile finisce per adottare i medesimi criteri adottati in sede penale in tema di prova della causalità, è evidente che il paziente o i suoi aventi causa preferiranno

¹⁰ Sul punto, Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Altalex*, n. 2253 del 13 settembre 2008, p. 12 s., e Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

¹¹ Emblematico il caso deciso da Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 696 ss.

¹² In proposito è sufficiente rinviare all'"epocale" arresto Franzese (Cass., Sez. un. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 ss.).

¹³ Così, M. FEOLA, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 36, nel chiosare Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1285 ss.

¹⁴ Rileva che «Sul piano del quadro normativo, peraltro, non riverbera alcun effetto sulla fattispecie in esame quanto stabilito dall'art. 590-*sexies* cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli-Bianco)» poiché, nella specie, gli addebiti mossi «sembrano connotarsi essenzialmente in termini di negligenza, piuttosto che di imperizia», Cass. pen., Sez. IV, 10 dicembre 2019, n. 50619, nel giudicare un caso di responsabilità del "primario ospedaliero" come "dirigente di struttura complessa".

nuovamente agire in sede penale (con il non indifferente ausilio tecnico-giuridico, economico e probatorio della Procura della Repubblica e della Polizia giudiziaria) avverso il singolo operatore sanitario, piuttosto che in sede civile e contrattuale avverso l'assicuratore della struttura sanitaria, con ciò vanificando il *dictum* delle Sezioni unite penali che, con l'arresto "Franzese"¹⁵, avevano inteso tracciare un itinerario totalmente diverso per la prova della causalità materiale in sede civile e in sede penale.

Infatti, nella sentenza n. 18392/2017, pur essendosi accertata «una incontestabile marcata emorragia addominale in sede di intervento», che poteva aver causato una trombo embolia polmonare a cui era conseguito il decesso del paziente a pochi giorni da un intervento alla prostata, il giudice di merito, «avendo richiamato in astratto il criterio della probabilità superiore al 50%, non ha poi adottato in sede di apprezzamento di merito il criterio della probabilità relativa perché ha concluso recisamente, all'esito delle disposte CTU, nel senso del carattere ignoto della causa dell'arresto cardiaco»¹⁶.

Così, nell'ordinanza n. 18540/2018 la Cassazione considera non responsabile il ginecologo che aveva prescritto alla gestante, fin dal primo mese di gravidanza, una massiccia dose di vitamina A, per la nascita di un figlio affetto da afalagia della mano sinistra e fistole laterale al collo. Pur avendo il consulente d'ufficio «concluso per la sussistenza del nesso causale tra la malformazione e l'assunzione del vitaminico, dando per presupposto che ciò fosse avvenuto "nella misura di 9.999 UI" e che il limite andasse individuato in 8.000 UI», egli «aveva anche aggiunto che altri studi statunitensi, successivi di un decennio rispetto ai primi, avevano concluso "in modo autorevole" che "il livello della soglia di rischio" andava portato al più alto dosaggio di 10.000 UI»¹⁷. E ciò aveva consentito di escludere «la prova del nesso causale secondo i parametri premessi».

Così, nella sentenza n. 29315/2017 la Cassazione approva la decisione della Corte d'appello la quale aveva escluso la responsabilità della struttura sanitaria, senza aver «tenuto conto dei risultati della c.t.u., che aveva accertato una responsabilità "diffusa" in capo ai sanitari e aveva ritenuto, "in via di presunzione", che l'inadeguata condotta dei sanitari avesse "concorso a determinare in maniera più o meno rilevante, ulteriori aggravamenti delle già precarie condizioni di salute del [paziente], riducendo le sue già compromesse possibilità di sopravvivenza"»¹⁸. Malgrado ciò, la Cassazione ravvisa una «insuperabile incertezza del nesso di causa», in quanto la sussistenza dell'accertata condotta colposa «non comporta, di per sé, la dimostrazione del secondo e viceversa»¹⁹.

¹⁵ Cass., Sez. un. pen., 10 luglio 2002, cit., c. 619 ss.

¹⁶ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 699.

¹⁷ Cass., 13 luglio 2018, n. 18540 (ord.), cit., p. 4.

¹⁸ Cass., 7 dicembre 2017, n. 29315, cit., p. 2.

¹⁹ Cass., 7 dicembre 2017, n. 29315, cit., p. 2.

Del pari nell'ordinanza n. 19204/2018 la Cassazione esclude la responsabilità della struttura sanitaria per la morte di una paziente a seguito di una tardiva ed erronea diagnosi di meningite batterica. Non avendo la ricorrente provato la «causalità tra l'errata diagnosi e l'evento morte», rimasta «incerta» la causa del decesso, la domanda viene rigettata²⁰.

Infine, nell'ordinanza n. 29853 del 2018 la Suprema corte cassa la decisione della Corte di appello che aveva condannato la struttura sanitaria al risarcimento dei danni conseguenti all'insorgenza di un arresto circolatorio e respiratorio avvenuto a due giorni da un intervento di aneurismectomia dell'aorta toraco-addominale. La mancata somministrazione, nei giorni successivi all'intervento, di trattamenti opportuni (quale il temporaneo supporto dialitico) e la omessa terapia anticoagulante prima e dopo l'intervento non sono considerate “negligenze” idonee ad «evitare la complicanza dell'ischemia-riperfusion che aveva causato al paziente la paraplegia e l'insufficienza renale denunciate»²¹.

Non è necessario procedere ad ulteriori esempi poiché i casi citati danno un evidente quadro delle decisioni assunte sulla base del novello orientamento.

Pur in presenza di interventi routinari e di condotte evidentemente negligenti, imperite e/o imprudenti dei sanitari, in tutte le decisioni la causa rimane sempre incerta e il danno permane là dove cade, ovvero sul paziente. L'obbligazione di garanzia cui è tenuto l'assicuratore rimane inoperante, anche se l'obbligo di assicurazione normalmente è previsto dalla legge non (soltanto) a vantaggio del lucro dell'assicuratore, ma anche a favore dell'assicurato e, soprattutto, del paziente danneggiato.

Il paziente che, pur oggetto di *medical malpractice*, decede a qualche ora da un intervento “routinario”, decede “a seguito”, “in occasione”, giammai “a causa” della condotta negligente, ma sempre “per caso”.

Più che un rapporto di causalità materiale, quello scrutinato da questo indirizzo giurisprudenziale sembra essere un rapporto di “casualità” materiale.

2. Tralasciando questi problemi di *policy* e passando, ora, all'esame delle problematiche tecnico-giuridiche affrontate dalla Cassazione, la prima capitale anomalia consiste nell'affermazione secondo la quale «l'art. 1218 solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento»²². Ma la Cassazione dimentica di aver qualificato la fattispecie come inadempimento, e di essere in tema di responsabilità contrattuale, ed

²⁰ Cass., 19 luglio 2018, n. 19204 (ord.), cit., p. 2.

²¹ Cass., 20 novembre 2018, n. 29853 (ord.), cit., p. 5.

²² Tra le tante, Cass., 13 luglio 2018, n. 18540 (ord.), cit., p. 3.

applica, invece, le regole di diritto comune previste in sede di responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.). Nella disciplina dell'inadempimento, come s'è visto affermare dai più autorevoli studiosi²³, l'art. 1218 lascia poco spazio alla colpa e al rapporto di causalità "materiale". Prova ne sia che anche la dottrina che predica un'interpretazione "soggettiva" dell'inadempimento considera la diligenza nell'adempimento di cui all'art. 1176, nelle obbligazioni di fare, come un parametro oggettivo che concorre a determinare il contenuto della condotta del debitore. Con la conseguenza – senz'altro contrastata dai fautori delle teorie più rigorose – che la negligenza integri di per sé un inadempimento. E, in presenza di un inadempimento, lungi dal dover provare il creditore il nesso di causa "materiale" con l'evento dannoso che si è verificato a seguito di condotte negligenti, imperite e/o imprudenti, la prova incombe sul debitore il quale deve dimostrare l'avvenuto esatto adempimento (vicenda estintiva del rapporto) ovvero l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile²⁴.

La Cassazione proprio questo afferma quando ritiene che «la previsione dell'art. 1218 c.c. trova giustificazione nell'opportunità di far gravare sulla parte che si assume inadempiente, o non esattamente adempiente, l'onere di fornire la prova "positiva" dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla»²⁵. Ma poi incorre in un'evidente contraddizione allorché rileva, di seguito, che «tale maggiore vicinanza del debitore non sussiste [...] in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 cod. civ. e non può che valere – quindi – il principio generale sancito dall'art. 2697 cod. civ., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa»²⁶.

Questa dichiarata confusione tra la struttura e la disciplina delle responsabilità contrattuale e delittuale (per colpa) fa obliterare alla Cassazione che, in presenza dell'inadempimento, nessuna prova di causalità materiale spetti al creditore. Allorché il debitore non riesca ad esonerarsi dalla responsabilità

²³ In proposito si rinvia ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Inadempimento e responsabilità*, in G. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (Atti del Convegno, Camerino 5-8 settembre 2018), I, Napoli, 2019, p. 131 ss.

²⁴ In argomento, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.

²⁵ Cass., 13 luglio 2018, n. 18540 (ord.), cit., p. 3.

²⁶ Cass., 13 luglio 2018, n. 18540 (ord.), cit., p. 3.

provando l'esattezza dell'adempimento o l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta dovuta al caso fortuito o a forza maggiore, l'unico problema che si pone è quello della c.d. causalità giuridica, ovvero della quantificazione dell'entità del danno risarcibile ai sensi degli artt. 1223 ss. c.c., cioè del c.d. "danno-consequenziale" risarcibile.

La prova dell'esattezza dell'adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa non imputabile al debitore attiene alla vicenda estintiva del rapporto (non a quella costitutiva!)²⁷, essendo entrambi modi di estinzione dell'obbligazione. Pertanto, l'onere della prova della vicenda estintiva del rapporto grava senz'altro sul debitore, non sul creditore.

La confusione tra colpa e rapporto causale trova una sua ulteriore conferma allorché la Cassazione, incautamente, identifica il caso fortuito con l'assenza di colpa, secondo la nota uguaglianza «(*casus = non culpa*)»²⁸. Ma, dopo Nicola Coviello, ovvero dopo il 1895, la dottrina di gran lunga prevalente ha fermamente escluso che il caso fortuito possa essere individuato nell'assenza di colpa, essendo questo un evento imprevedibile, inevitabile e invincibile che è del tutto estraneo alla condotta del debitore. Lo stesso orientamento della Cassazione lo dimostra, allorché interpreta²⁹ il caso fortuito di cui all'art. 2051 c.c.

A trarre d'impaccio la Cassazione non giova neppure qualificare l'obbligazione della struttura sanitaria come obbligazione "di mezzi". Infatti, anche per la dottrina che pur continua a credere nella partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", l'unica differenza che sussiste in tema di inadempimento è che, mentre per le prime «l'inadempimento allegato dal paziente è che il medico non ha impiegato i "mezzi" che avrebbero potuto condurre, ove impiegati, al "risultato"», per le seconde «è invece sufficiente la allegazione del mancato e/o difettoso risultato»³⁰. Ai sensi della disciplina generale e unitaria dell'inadempimento, poi, la struttura sanitaria «può sempre dimostrare che un impedimento od ostacolo di carattere oggettivo, ma non attinente al suo comportamento, né evitabile pur con la dovuta diligenza, ha reso impossibile l'adempimento dell'obbligo (art. 1218)»³¹. Deve trattarsi di un inadempimento qualificato. Ma sarà sempre il debitore a dover provare o che tale inadempimento non vi è stato o che esso, pur esistendo, non è stato la causa del danno³².

²⁷ *Contra*, seguita dalle decisioni già cit., Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 698.

²⁸ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 698.

²⁹ Sul punto, si rinvia a M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité "di mezzi" e "di risultato" nell'uniformazione dei modelli di imputazione delle responsabilità*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 561 ss.

³⁰ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 12.

³¹ A. DI MAJO, *o.c.*, pp. 12 e 13.

³² Testualmente, A. DI MAJO, *o.c.*, p. 13.

L'orientamento della Terza Sezione si rivela distonico sia con la stessa partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", sia, più in generale, con la problematica che è propria della responsabilità contrattuale³³. Nel modello tradizionale della responsabilità contrattuale, «una volta dimostrato l'inadempimento del debitore, è dato presumere che il danno sia quasi *in re ipsa*, identificandosi, esso, con la mancata e/o difettosa prestazione e con la perdita da essa recata»³⁴.

Quindi, se un primo equivoco della Cassazione sta nel considerare, in tema di responsabilità contrattuale, l'inadempimento come «solo "una parte" o un elemento della fattispecie di responsabilità, completandosi essa, con l'evento di danno, come ha luogo per la responsabilità *ex art.* 2043 c.c.», una successiva più grave incomprendione sta nel richiamare il rapporto di causalità c.d. materiale, che «è tipico della resp. extracontrattuale e/o da fatto illecito, giacché, in essa, occorre collegare causalmente, anche in senso materiale, la condotta del danneggiante al danno subito dal danneggiato»³⁵. Ma la Terza Sezione dimentica che, mentre nella responsabilità delittuale non v'è «alcuna presunzione [...] che la stessa condotta (da inadempimento) abbia potuto essere all'origine del danno subito dal danneggiato»³⁶, nella responsabilità contrattuale v'è la preesistenza di un rapporto obbligatorio che pone le parti in relazione (di causalità "materiale") e che impone al debitore di eseguire la prestazione dovuta in maniera esatta e puntuale.

Ciò che è «propria della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione» è non la causalità c.d. materiale, ma la causalità c.d. giuridica, allorché si tratta di «accertare quali "conseguenze pregiudizievoli" l'inadempimento abbia provocato»³⁷. E, «in tal caso, la causalità non va accertata in senso materiale, ma ricorrendo ad un criterio di "regolarità causale"», nel senso di «ri-comprendere tutte quelle "conseguenze" che, in base a tale criterio di regolarità e/o di normalità, sono da considerare conseguenze "immediate e dirette" dell'inadempimento (art. 1223 c.c.)»³⁸.

3. Un'ulteriore incauta affermazione consiste, poi, nel dichiarare che il novello orientamento non si porrebbe in contrasto con la sentenza delle Sezioni unite n. 13533 del 2001, poiché il principio di vicinanza della prova invertirebbe l'onere di provare la colpa, non il rapporto di causalità³⁹. Ma anche le tesi

³³ A. DI MAJO, *o.c.*, p. 14.

³⁴ A. DI MAJO, *o.c.*, p. 15.

³⁵ A. DI MAJO, *o.l.u.c.*

³⁶ A. DI MAJO, *o.l.u.c.*

³⁷ A. DI MAJO, *o.c.*, p. 15, in nt. 11.

³⁸ A. DI MAJO, *o.l.u.c.*

³⁹ Ad es., Cass., 19 luglio 2018, n. 19204 (ord.), cit., p. 2.

“soggettive” che ravvisano nella diligenza di cui all’art. 1176 c.c. un elemento di qualificazione dell’inesattezza dell’adempimento affermano che, allorché le condotte negligenti e/o imperite integrano la fattispecie dell’inadempimento, sta al debitore provare che l’evento dannoso che ne è derivato non è a lui imputabile perché l’obbligazione si è estinta per esatto adempimento o per impossibilità sopravvenuta dovuta al fortuito o ad un evento di forza maggiore.

L’art. 2697 c.c., inoltre, non afferma per nulla che la “fattispecie costitutiva” della responsabilità contrattuale faccia gravare sul creditore la prova della condotta colposa, dell’evento e del nesso causale⁴⁰, bensì dispone che l’attore debba provare, a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale o delittuale, i fatti che «costituiscono il fondamento» del suo diritto. A differenza di quanto accade nella responsabilità extracontrattuale, nella quale non v’è la preesistenza di un rapporto obbligatorio che pone in relazione (di causalità “materiale”) debitore e creditore, il «principio della presunzione di persistenza del diritto», riaffermato proprio da queste splendide Sezioni unite⁴¹, implica che, in ambito di responsabilità contrattuale, il creditore provi l’esistenza del contratto e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia, allegando (le condotte negligenti, imperite e/o imprudenti che integrano la fattispecie di) un inadempimento astrattamente idoneo a causare il danno lamentato e rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che l’obbligazione si è egualmente estinta per impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile.

Quindi, secondo l’unificazione del regime probatorio introdotto da questa fondamentale decisione, «l’onere dell’attore è lo stesso»⁴², agisca egli per l’adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno (da inadempimento). Deve limitarsi a dare «la prova del proprio diritto, derivante dal contratto e/o da altro titolo, e, permanendo la presunzione della persistenza di esso, salvo che il diritto risulti estinto per via di adempimento, è sufficiente che provi di avere (ancora) “il diritto”»⁴³. Il paziente che si assume danneggiato è «solo onerato di fornire la prova del proprio diritto ad una condotta sanitaria corretta che fosse tale da produrre il risultato sperato, salvo poi che quest’ultimo non abbia potuto realizzarsi per l’intervento di altri fattori, non aventi riguardo al comportamento del medico»⁴⁴. «Ma così non è»⁴⁵ per questo inusitato modello di responsabilità predicato dalla Terza

⁴⁰ Così, invece, tra le altre, Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 698.

⁴¹ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567 s.

⁴² Discorre, infatti, di «identità del regime probatorio, per i tre rimedi previsti dall’art. 1453», Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

⁴³ A. DI MAJO, *o.c.*, p. 16.

⁴⁴ A. DI MAJO, *o.l.u.c.*

⁴⁵ A. DI MAJO, *o.l.u.c.*

Sezione. Il contratto e l'obbligazione «servono ben poco al paziente-creditore, essendo, questi, onerato di dare la prova dell'intera fattispecie costitutiva della responsabilità»⁴⁶.

Si è, dunque, «ben distanti dalla forma della responsabilità contrattuale, per la quale dovrebbe essere sufficiente, da parte del paziente, la dimostrazione, nel caso di specie, *del diritto ad una prestazione medica professionalmente adeguata* e l'allegazione dell'inadempimento (art. 1176 c.c.)», salvo la prova contraria del debitore di aver adempiuto o che ne è stato «impossibile» l'adempimento per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.)⁴⁷.

È paradossale, poi, l'affermazione secondo la quale il novello orientamento «non si pone in contrasto» con quanto deciso dalla sentenza delle Sezioni unite n. 577 del 2008⁴⁸. Tale assunto non è valso, però, ad ingannare la dottrina la quale, unanime, ha anzi rilevato che le decisioni in esame stabiliscono «una regola diametralmente opposta» a quella sancita dalle Sezioni unite, discostandosene «in modo siderale»⁴⁹. Nella fattispecie decisa dalle Sezioni unite, la domanda di risarcimento era stata rigettata in primo e in secondo grado proprio perché i giudici di merito avevano deciso sulla base di quell'ormai superato (benché oggi riproposto) orientamento secondo il quale «gravasse sull'attore [...] oltre alla prova del contratto, anche quello dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione e l'omissione del debitore e tale evento dannoso»⁵⁰. Le Sezioni unite non condividono proprio «il punto relativo alla prova del nesso di causalità [...] nei termini in cui è stato enunciato»⁵¹, sia perché fondato su una artificiosa e ormai desueta distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato», sia perché ispirato al disconoscimento di qualsiasi connotazione «contrattuale» per la responsabilità della struttura sanitaria ed alla mortificazione della disciplina dell'inadempimento di cui all'art. 1218, ricalcando pedissequamente la struttura dell'illecito che è propria della responsabilità extra-contrattuale per colpa. Questo aspetto è colto molto lucidamente dalle Sezioni unite, le quali affermano che, proprio sotto il profilo dell'onere della prova, la distinzione veniva ad arte utilizzata per sostenere che, mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso

⁴⁶ A. DI MAJO, *o.l.u.c.*

⁴⁷ A. DI MAJO, *o.c.*, p. 17 (il corsivo è dell'A.).

⁴⁸ Tra le altre, Cass., 13 luglio 2018, n. 18540 (ord.), cit., p. 3.

⁴⁹ Così, D. ZORZIT, *La Cassazione*, cit., pp. 700 e 703; conf., sul punto, G. D'AMICO, *Il rischio*, cit., p. 352 ss.; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno resp.*, 2018, p. 9 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *ivi*, 2018, p. 14 ss.

⁵⁰ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

⁵¹ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile⁵².

Il novello orientamento della Cassazione appare distonico anche rispetto alla giurisprudenza criticata dalle Sezioni unite. Anche là dove volesse seguirsi la tesi (c.d. soggettiva) che qualifica l'inadempimento sulla base della regola della "diligenza nell'adempimento" (art. 1176 c.c.), una volta che sia accertata una qualche condotta negligente, imperita e/o imprudente che integri un inadempimento, la prova, ai sensi dell'art. 1218, andrà a gravare sul debitore, non sul creditore della prestazione inesattamente eseguita.

Questo indirizzo, oltre a rivelarsi censurabile sotto il profilo della disciplina dell'inadempimento, rappresenta un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sugli interventi cc.dd. routinari o "ad alta vincolatività". Secondo questo orientamento, ogni qual volta una prestazione fosse da qualificare come "routinaria", si doveva «ragionevolmente *presumere*, in tal caso, che la mancata realizzazione dell'interesse del creditore andasse imputata ad un inadempimento del debitore»⁵³. Il concetto di intervento "ad alta vincolatività" era utilizzato dalle Corti, pur in presenza di una generale qualificazione della prestazione sanitaria come obbligazione "di mezzi", come un parametro "interno" che tendeva a differenziare (dagli interventi che implicavano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà), sotto il profilo della disciplina, quei «casi in cui esiste una così stretta correlazione tra osservanza delle regole dell'*ars* e percentuale di successo dell'intervento, da rendere il peggioramento delle condizioni di salute *necessariamente* imputabile ad un errore del medico (e, quindi, ad un inadempimento)»⁵⁴. Il debitore, per escludere la propria responsabilità doveva «*non tanto* [...] *provare di non essere in colpa* (cioè di aver rispettato le regole tecniche che andavano applicate nel caso di specie, e, quindi, di aver adempiuto la propria obbligazione)», quanto dimostrare, quale «*unica prova capace di esonerarlo da responsabilità*, che l'insuccesso dell'intervento (ossia la mancata realizzazione dell'interesse del creditore)» era stato determinato «dal sopravvenire di una causa estranea (imprevedibile e inevitabile) che [aveva] reso "impossibile" il conseguimento del "risultato" che l'intervento avrebbe dovuto procurare»⁵⁵.

Questo orientamento, che verrà poi superato dalle sentenze delle Sezioni unite del 2001 e del 2008 con l'abbandono della distinzione tra obbligazioni

⁵² Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790, che riproduce, quasi testualmente, il pensiero di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 314.

⁵³ G. D'AMICO, *o.c.*, p. 351.

⁵⁴ G. D'AMICO, *o.c.*, p. 352.

⁵⁵ G. D'AMICO, *o.l.u.c.* (il corsivo è dell'A.).

“di mezzi” e “di risultato”, aveva comunque il merito di aver ricostruito la disciplina delle obbligazioni “di mezzi” nel campo dell’inadempimento e di aver compreso che «non si possono toccare le regole sull’onere della prova senza modificare la fattispecie sostanziale della responsabilità»⁵⁶, perché «tali regole, seppur appartenenti al diritto processuale, sono [...] strettamente legate alle norme del diritto materiale»⁵⁷.

Il novello indirizzo della Terza Sezione si pone anche in evidente contrasto con la scelta consapevole del legislatore di disciplinare in termini extracontrattuali (per colpa) (art. 2043 c.c.) la sola responsabilità degli operatori sanitari, salvo che abbiano agito nell’adempimento di obbligazioni contrattuali assunte con il paziente, ma in ambito contrattuale la responsabilità delle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private che, «nell’adempimento della propria obbligazione», si siano avvalse «dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura stessa» (art. 7, commi 1 e 3, l. n. 24 del 2017). Questo sistema⁵⁸, che pur è sembrato pervaso da una qualche «contraddittorietà» nella misura in cui dispone che «il medico non risponde della propria “prestazione” ma solo per aver arrecato danno ad altri come un *quisque de populo* (art. 2043, c.c.)»⁵⁹, ha però il merito di aver ricomposto l’interpretazione dell’art. 1228⁶⁰, riconducendo anche gli operatori sanitari nel novero degli ausiliari del debitore che, a differenza di quest’ultimo, responsabile a titolo contrattuale e oggettivo dei loro fatti dolosi e colposi, rispondono a titolo extracontrattuale e per colpa⁶¹.

La coerenza del sistema, poi, trova il suo fondamento nella proponibilità, da parte del soggetto danneggiato, esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 8), dell’azione diretta nei confronti dell’impresa di assicurazione che “garantisce” la struttura sanitaria o l’esercente la professione sanitaria che abbia prestato la propria attività ai sensi del comma 2 dell’art. 10 (art. 12, comma 1). Malgrado il nostro legislatore continui a prevedere un’incredi-

⁵⁶ G. D’AMICO, *o.c.*, p. 351, in nt. 11.

⁵⁷ Così, L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 319 e *passim*.

⁵⁸ Sul quale, per tutti, D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Milano, 2018; P. IANNONE, *La responsabilità medica. Le novità della legge 24/2017*, Roma, 2018; A.M. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuove prospettive di tutela per il paziente?*, in *Danno resp.*, 2019, p. 461 ss.; B. MEOLI, S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Napoli, 2018; F. VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, Bologna, 2018; G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017.

⁵⁹ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 10.

⁶⁰ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 921.

⁶¹ Per l’unanime interpretazione in tal senso, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64.

bile ipotesi di contrattazione obbligatoria asimmetrica (nel senso che sono obbligati a stipulare il contratto di assicurazione le strutture e gli operatori sanitari, ma non le imprese di assicurazione), che ha determinato a tutt'oggi gravissime conseguenze (una fuga "autorizzata" degli assicuratori dal settore *med-mal*, con conseguente enorme incremento dei premi richiesti da imprese che operano in regime di sostanziale monopolio), la strada dell'azione diretta tende a riversare, così come accade nella r.c. auto, il costo dei danni sugli assicuratori, ovvero su soggetti istituzionalmente idonei ad assumere il rischio del danno, rendendo inopponibili «al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, comma 6» (art. 12, comma 2).

In presenza di questa normativa, lo strano orientamento della Terza Sezione civile che colloca in ambito extracontrattuale la disciplina dell'inadempimento anche per le strutture sanitarie si rivela essere del tutto contrastante con la lettera e lo spirito della legge e rischia di «creare una ampia area di "irresponsabilità", che finisce per coprire anche comportamenti di cui pure sia stata accertata la negligenza e/o l'imperizia o l'imprudenza»⁶². Pur in presenza di interventi *routinari* e di condotte evidentemente negligenti, imperite e/o imprudenti dei sanitari, in tutte le decisioni esaminate la causa rimane sempre ignota e il danno permane là dove cade, ovvero sul paziente. Questo censurabile tentativo di "contro-riforma giurisprudenziale", che indebitamente allinea la responsabilità "contrattuale" della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale per colpa dell'ausiliare (art. 1228 c.c.), si risolve in un ingiustificato *favor* per le sole imprese di assicurazione.

4. Come si era previsto, anzi, come si era temuto⁶³, la Terza Sezione civile della Cassazione, pur dopo la mèsse di critiche ricevute⁶⁴, perfino da quella parte della dottrina che difende (ma con rigore scientifico) la partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"⁶⁵, ha deciso di perseverare in quella "strana teoria" che tende a ricostruire la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica o privata con regole che sono tratte dalla responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.), ma che sono in-

⁶² G. D'AMICO, *Il rischio*, cit., p. 355, in nt. 34.

⁶³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione*, cit., p. 249 ss.

⁶⁴ Oltre al lavoro cit. in nt. prec., per tutti, A. DI MAJO, *o.c.*, p. 15 ss.; G. D'AMICO, *o.c.*, p. 357; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3582 ss.; ID., *Nesso di causa*, cit., p. 10 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La cooperazione mancata*, cit., p. 33 ss.; M. MAGLIULO e R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno resp.*, 2019, p. 256 ss.; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss.

⁶⁵ Ad es., A. DI MAJO, *o.c.*, p. 30; G. D'AMICO, *o.c.*, p. 357 ss.

conciliabili sia con la disciplina dell'inadempimento di cui all'art. 1218 c.c., sia con la regola iscritta nell'art. 2697 c.c. Orientamento, questo, giustamente considerato «erroneo»⁶⁶, distonico⁶⁷, comunque espressione di una censurabile «confusione»⁶⁸ tra le fattispecie dell'inadempimento e della responsabilità extracontrattuale. Infatti, soltanto chi non ha una chiara percezione della disciplina dell'inadempimento (*ex art. 1218 c.c.*) e, più in generale, dei tratti distintivi strutturali e funzionali delle due specie della responsabilità civile può chiedersi «perché la sussunzione di una fattispecie concreta nella disciplina della responsabilità contrattuale o extracontrattuale [...] debba portare all'applicazione di oneri probatori opposti con riguardo all'accertamento dell'elemento eziologico»⁶⁹. In questa confusione incorre anche quella dottrina che propone di applicare alla responsabilità contrattuale lo stesso rapporto di causalità materiale previsto per il «danno ingiusto»⁷⁰, ma senza distinguere tra causalità generale e causalità individuale e senza avvedersi che, in tema di responsabilità contrattuale, è l'art. 1218 a disciplinare la materia.

Un difetto molto diffuso tra gli studiosi della responsabilità extracontrattuale è quello di pensare che la stessa si esaurisca nella responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.) e che le regole e i principi ad essa sottesi possano ricevere un'automatica trasposizione in tema di responsabilità contrattuale. Ma tale erronea convinzione, che tende a considerare la c.d. responsabilità contrattuale come una *species* minore racchiusa nell'ambito della più generale e primaria responsabilità extracontrattuale, non può non passare attraverso l'attento studio dell'obbligazione e, soprattutto, della disciplina dell'inadempimento, l'unica idonea ad incidere e a conformare quel rimedio che, in maniera abbastanza imprecisa e generica, viene indicato con l'espressione «responsabilità contrattuale».

La riforma giurisprudenziale tentata dalla Terza Sezione, nell'operare una non richiesta de-contrattualizzazione della responsabilità contrattuale sanitaria, si pone di là dalla legge, anzi contro di essa, e si discosta in maniera abissale dalle soluzioni dettate, nel 2001⁷¹ e nel 2008⁷², dalle Sezioni unite.

Nel tentativo di giustificare la propria teoria, il Consigliere-estensore, questa volta «in veste di commentatore»⁷³, afferma, ma in maniera che è parsa

⁶⁶ Per tutti, F. PIRAINO, *o.c.*, p. 715.

⁶⁷ M. MAGLIULO e R. PARDOLESI, *o.c.*, p. 264.

⁶⁸ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *o.u.c.*, p. 250 ss.

⁶⁹ Così, invece, B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 22; più cauta D. ZORZIT, *La Cassazione*, cit., p. 707 ss., ove tenta di proporre una «possibile lettura “di sistema”».

⁷⁰ P.G. MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, in *Danno resp.*, 2020, p. 153 ss.

⁷¹ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1565 ss.

⁷² Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

⁷³ Così, F. PIRAINO, *o.c.*, p. 713, in nt. 24.

«del tutto pretestuosa»⁷⁴, che il novello orientamento troverebbe fondamento proprio nella riforma legislativa e, in particolare, nell'introduzione, anche in sede di responsabilità contrattuale, «della rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida (art. 5)»⁷⁵. Ma in tal modo, nell'ascrivere al piano della causalità (materiale) un sistema di regole che ha il precipuo scopo di "oggettivare" la perizia della struttura sanitaria nell'adempimento della sua obbligazione, si finisce con il confondere il piano della causalità con quello dell'imputazione, cioè proprio quei piani che dovrebbero essere sempre tenuti distinti, almeno secondo quanto affermato dalle due sentenze in esame.

La legge Gelli-Bianco, nell'adottare un sistema bipolare, ha avuto il merito di aver ricomposto l'interpretazione dell'art. 1228⁷⁶, ricomprendendo anche gli operatori sanitari nel novero degli ausiliari del debitore che, a differenza di quest'ultimo, responsabile a titolo contrattuale e oggettivo dei loro fatti dolosi e colposi, rispondono a titolo extracontrattuale e per colpa⁷⁷. La responsabilità della struttura sanitaria che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, invece, è stata esplicitamente qualificata come "contrattuale" dalla recente legge di riforma, che esattamente richiama gli artt. 1218 e 1228 c.c. (art. 7, comma 1, l. n. 24 del 2017). Quando è intervenuta la riforma, l'orientamento introdotto dalla Terza Sezione (la prima sentenza è stata pubblicata nel luglio 2017)⁷⁸ non esisteva ancora. Ciò rende palese la volontà del legislatore di sottoporre la struttura sanitaria (e, soprattutto, il suo assicuratore) ad una disciplina differenziata rispetto a quella (extracontrattuale per colpa) che riguarda il singolo operatore sanitario ausiliare del debitore, cioè alla disciplina dell'inadempimento ed al riparto degli oneri probatori così come dettati dalle Sezioni unite nel 2008⁷⁹. E ciò conformemente alla qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa⁸⁰.

La corretta soluzione sistematica introdotta dal legislatore sottende almeno due finalità, la prima teorica, l'altra pratica: impedire il paradosso secondo

⁷⁴ Ancora F. PIRAINO, *o.c.*, p. 723.

⁷⁵ E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 265 s.

⁷⁶ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione*, cit., p. 921. Per tale rilievo, sollevato ancor prima della riforma, ID., *Obbligazione – Prestazione – Protezione*, in H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 218 s.

⁷⁷ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., p. 64.

⁷⁸ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 696 ss.

⁷⁹ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

⁸⁰ A. AMIDEI, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, p. 49.

il quale, in presenza del declamato “contratto di spedalità”, anche la responsabilità della struttura sanitaria possa essere identificata con la responsabilità di quel “passante” che Günter Haupt⁸¹ ha consegnato alla storia del diritto moderno; trasferire il rischio del danno “da inadempimento” dall’ausiliare del debitore al debitore medesimo, anzi all’assicuratore del debitore, in virtù dell’azione diretta concessa al paziente dall’art. 12, comma 1.

Le sentenze in esame rinnegano entrambi gli aspetti: da un lato definiscono come contrattuale una responsabilità che, volutamente costruita su un «tronco comune»⁸² con la responsabilità extracontrattuale, viene allineata alla struttura di quest’ultima e diviene incompatibile con la disciplina dell’inadempimento. Dall’altro, ribaltando gli oneri probatori, e facendo gravare sul paziente la causa incerta e/o ignota, trasferiscono nuovamente il peso del danno dall’assicuratore del debitore al paziente creditore, lasciando l’evento dannoso (non risarcito) là dove miseramente cade⁸³.

Sotto questo profilo, le sentenze-gemelle qui commentate (nn. 28991 e 28992 del 2019) si allineano perfettamente a quelle già esaminate in precedenza⁸⁴: la struttura sanitaria e il suo assicuratore sono considerati sistematicamente irresponsabili in quanto, «pur in presenza di qualche condotta ipoteticamente colposa dei sanitari, era incerta la correlazione causale fra tale condotta ed il decesso, di cui non era stato possibile identificare con precisione la causa»⁸⁵. Questo *Leitmotiv*, o altri simili, ricorrono nella quasi totalità dei casi decisi, e ciò dovrebbe iniziare a far preoccupare cittadini e giuristi. Il paziente che dovesse sopravvivere con gravi handicap fisici e/o psichici, oltre al danno subirebbe anche la beffa di vedersi negare il risarcimento e di dover provvedere, con i propri mezzi economici, ad un sostentamento divenuto estremamente più “costoso”, sia dal punto di vista patrimoniale, sia da quello esistenziale.

Se la Cassazione dovesse decidere di perseverare in questo orientamento, in presenza di una costante ed insuperabile “incertezza eventistica”, l’unico rimedio rimasto al paziente (non più creditore della prestazione della struttura sanitaria, ma semplice “danneggiato” in via extracontrattuale) sarebbe quello di proporre in ogni caso, in via subordinata, la distinta ed autonoma domanda avente ad oggetto il danno da perdita di *chance*, sempre che questo sia caratterizzato da apprezzabilità, serietà e consistenza⁸⁶.

⁸¹ *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ora nella trad. it. di G. Varanese, Torino, 2012, p. 50 ss.

⁸² Testualmente, Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991, in *Danno resp.*, 2020, p. 72, annotata da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”*: perseverare diabolicum. La scelta, della Rivista, di pubblicare soltanto la sentenza n. 28991 (e non la 28992) è dipesa, probabilmente, dalla sostanziale identità delle due decisioni.

⁸³ Così anche R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nesso di causa*, cit., p. 10 ss.

⁸⁴ Sul punto si rinvia ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione*, cit., p. 249 s.

⁸⁵ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, cit., p. 71.

⁸⁶ Così, M. FEOLA, *Paralogismi e morfologia*, cit., p. 36.

L'“abbraccio mortale” dell'assicurazione o, meglio, degli assicuratori alla responsabilità civile, del quale ha parlato di recente anche un esimio Maestro⁸⁷, induce a pensare che l'impresa assicurativa, nella forma di una (onni) potente società per azioni, spesso transnazionale e globalizzata, che si propone di perseguire essenzialmente uno scopo egoistico di lucro, non sia più idonea a garantire il risarcimento dei danni in settori di primaria importanza, come quello della responsabilità sanitaria. Il legislatore e, soprattutto, la giurisprudenza, che dagli anni '80 avevano decretato «le *déclin de la responsabilité individuelle*»⁸⁸, inducendo la dottrina a interrogarsi sull'incidenza dell'assicurazione (obbligatoria) sulla struttura e sulle funzioni della responsabilità civile, sembrano oggi aver imboccato un opposto itinerario, sempre più sensibile agli interessi degli assicuratori e delle loro *lobbies*. Ma la legge di riforma, nel disporre l'obbligo di assicurazione per le strutture e per gli altri operatori sanitari prevede, in alternativa, l'eventualità di assumere «altre analoghe misure» (art. 10, comma 1, l. n. 24 del 2017)⁸⁹. La possibilità di prevedere anche in ambito sanitario un piano generale di *social security*⁹⁰ o, quanto meno, di assicurazione sociale, come quello esistente nel settore degli infortuni sul lavoro, avrebbe il pregio di sollevare gli operatori sanitari dal dover corrispondere premi elevatissimi (la cui spropositata entità dipende non tanto dalla frequenza e dalla gravità dei “sinistri”, quanto dal sostanziale regime di monopolio nel quale operano in Italia le assicurazioni *med-mal*) e di garantire alle vittime della imperizia e della negligenza medica la giusta riparazione per i danni sofferti.

5. Nelle decisioni in esame non v'è nulla di nuovo, se non la nostalgia di ritornare a quell'epoca (anteriore al 1978) in cui la prestazione sanitaria era (ma erroneamente) qualificata ai sensi della responsabilità extracontrattuale (per colpa), spesso anche in presenza di un contratto d'opera, e in cui il nesso di “causalità materiale” doveva essere provato (ma prevalentemente in sede penale) con certezza, seppure “morale”⁹¹. Paradiso dei professionisti sanitari e forensi, i quali operavano in un clima di pressoché totale irrespon-

⁸⁷ F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il “sistema”*, in *Corriere giur.*, 2015, p. 1206 ss.

⁸⁸ Magistralmente G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965, p. 194 ss.

⁸⁹ Tra le varie alternative, sull'autoassicurazione, L. VELLISCIG, *Assicurazione ed “autoassicurazione” nella gestione dei rischi sanitari. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018.

⁹⁰ Sia consentito rinviare al mio contributo, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992, *passim*; cui *adde* ID., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 763 ss.

⁹¹ Come è noto, la Cassazione (penale) abbandonerà il criterio della certezza degli effetti della condotta a favore di «quello della probabilità di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli)» con il “caso Melis”, deciso dalla IV Sez. pen. il 7 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1986, II, c. 355.

sabilità⁹². Ma la Cassazione, con un opportuno *revirement*, nel ricondurre la responsabilità professionale medica nell'alveo della responsabilità contrattuale, proprio dal 1978 aveva iniziato a distinguere gli interventi cc.dd. routinari dalle prestazioni che implicavano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.)⁹³. In presenza di un intervento routinario, il verificarsi di un esito peggiorativo per la salute del paziente veniva ricondotto alla prestazione sanitaria, dovendo presumersi la imperita, negligente e/o imprudente esecuzione della prestazione professionale⁹⁴. Da qui parte l'evoluzione della problematica della responsabilità sanitaria che troverà il suo momento più alto proprio nelle sentenze delle Sezioni unite⁹⁵.

La nostalgia per un ritorno al passato emerge anche dalla letteratura presa a modello dal novello orientamento. Dopo la citazione di Nicola Coviello (ovvero di uno scritto datato 1895)⁹⁶, nell'insostenibile tentativo di identificare il caso fortuito con l'assenza di colpa secondo l'ancestrale dogma «*casus = non culpa*»⁹⁷, la Cassazione cita un'altra più recente dottrina «della metà del secolo scorso», per carpire l'ovvia, ma sintomatica considerazione secondo la quale «la guarigione o l'impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie dipendono troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato perché possano essere dedotte in obbligazione»⁹⁸. Ma, in questa maniera, con simili argomentazioni si gettano alle ortiche circa settant'anni di evoluzione della più avvertita giurisprudenza e della migliore dottrina, da Giuseppe Osti, Emilio Betti e, soprattutto, Luigi Mengoni ai più recenti studiosi del diritto delle obbligazioni⁹⁹.

Questo “salto all'indietro” pone, probabilmente, una lapide sulla “dottrina delle Corti”¹⁰⁰, semmai sia esistita. Ma riesce comunque difficile com-

⁹² Discorre di un «intollerabile regime di irresponsabilità professionale», R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, II ed., Padova, 2011, p. VII.

⁹³ Il *leading case* è Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, c. 4.

⁹⁴ Per M. MAGLIULO e R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi*, cit., p. 259, l'esecuzione dell'intervento routinario «identificava, quindi, un'obbligazione di risultato, al cui mancato raggiungimento veniva ricondotta una presunzione semplice d'inadempimento della prestazione da parte del sanitario».

⁹⁵ Oltre a Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790, cfr. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1565 ss.

⁹⁶ *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

⁹⁷ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., p. 698.

⁹⁸ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

⁹⁹ Sul punto, cfr. C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 12; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Inadempimento e responsabilità*, cit., p. 168 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 18 ss.

¹⁰⁰ Per tale definizione, F.D. BUSNELLI, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, p. 471 s.

prendere come una Sezione che ha difeso strenuamente sino all'ultimo, anche dopo la legge Balduzzi, la teoria del "contatto sociale" in campo sanitario¹⁰¹, affermando come fosse «evidente che la materia della responsabilità civile» dovesse seguire «le sue regole consolidate [...] anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale»¹⁰², sia del tutto incoerentemente passata da una totale contrattualizzazione dell'intero rapporto, ad una integrale (e non richiesta) "de-contrattualizzazione" che, come s'è sottolineato, va ben oltre la legge.

Vero è che la giurisprudenza, per sua natura, dovendo decidere singoli casi, non può porsi obiettivi teorici e sistematici. La contraddittorietà dei criteri adottati dalle Corti francesi nella partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato" ne è una prova evidente soprattutto in tema di contratti "atipici", là dove la qualificazione dell'obbligazione serve al giudice per individuare la disciplina applicabile e il relativo criterio d'imputazione della responsabilità (oggettiva o per *faute prouvée*)¹⁰³. Tuttavia, la coerenza e il rigore giuridico delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, soprattutto di Cassazione, dovrebbero essere pensati anche con riguardo al complessivo sistema del diritto civile.

Invece la soluzione proposta dal novello orientamento assume un carattere senz'altro a-sistematico o, *recte*, nuovamente sotto-sistematico¹⁰⁴. Ma questa volta il sotto-sistema è costruito all'incontrario: non a tutela del paziente, ma a protezione delle strutture sanitarie e, soprattutto, degli assicuratori (là dove abbiano avuto la benevolenza di assicurare la struttura sanitaria). A fronte delle regole "sistematiche" prospettate dalle Sezioni unite, che si erano proposte, da un lato, di individuare l'«identità del regime probatorio, per i tre rimedi previsti dall'art. 1453»¹⁰⁵, dall'altro, di prevedere una disciplina unitaria dell'inadempimento in vista del superamento della partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"¹⁰⁶, le sentenze qui commentate, nell'estemporaneo tentativo di perseverare nell'individuazione di un tronco

¹⁰¹ Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno resp.*, 2013, p. 367; argomenta tale posizione M. FEOLA, *La responsabilità del professionista sanitario per il danno da "nascita malformata"*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 435 s.

¹⁰² Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit., p. 367.

¹⁰³ Sul punto, l'approfondita indagine di M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 329 ss.; EAD., *Le obbligazioni di sécurité "di mezzi"*, cit., p. 522 ss.

¹⁰⁴ In senso analogo, M. MAGLIULO e R. PARDOLESI, *o.u.c.*, pp. 256 e 258, ove rilevano che «la spinta alla parcellizzazione è un male subdolo [...]. Ma il diritto è e dovrebbe essere un'altra cosa». Con riferimento al sotto-sistema sanitario, R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Torino, 1995, p. 392 ss.

¹⁰⁵ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567 s.

¹⁰⁶ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

«comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale», suddividono la disciplina dell'inadempimento, dai più creduta unitaria, in (almeno) due “tronchi”, secondo che riguardi lo «schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile», nel quale v'è «l'assorbimento pratico della causalità materiale nell'adempimento», ovvero il «diverso territorio del *facere* professionale», in cui «la causalità materiale» tornerebbe «a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta»¹⁰⁷.

Quindi, anche sotto il profilo sistematico questo tentativo si rivela assai infelice poiché, sulla base della divisione proposta nel diritto delle obbligazioni, il “tronco comune” con la responsabilità extracontrattuale riguarderebbe le sole obbligazioni di *facere* professionale, mentre per lo «schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile» permarrebbe «l'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento»¹⁰⁸. Tuttavia, a differenza di quel sostiene la Cassazione, non v'è un “tronco comune”, ma ci sono due “tronchi”, anzi due “tronchi” e un “tronchetto”: il primo tronco costituito dalla responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.) e dal “tronchetto” delle obbligazioni di *facere* professionale, che così vengono espunte dal diritto delle obbligazioni ed assorbite nella responsabilità extracontrattuale per colpa; il secondo “tronco” sarebbe costituito da tutte le altre obbligazioni di dare o di fare «contenute nel codice civile». Quindi, la «teoria dell'obbligazione»¹⁰⁹ professata dalla Cassazione infrange irrimediabilmente l'unitarietà del “diritto delle obbligazioni” e duplica la disciplina dell'inadempimento: le obbligazioni di *facere* professionale sarebbero sottoposte al «ciclo causale» previsto dalla «fattispecie costitutiva» prescritta dall'art. 2043 c.c.; tutte le altre obbligazioni, alla disciplina dell'inadempimento così come disposta dall'art. 1218 c.c.

Per giustificare questo inspiegabile fenomeno, la Cassazione rinnega la stessa struttura unitaria del rapporto obbligatorio, presentando l'obbligazione di “*facere* professionale” come un'obbligazione *extra ordinem*, nella quale «l'interesse corrispondente alla prestazione» sarebbe «solo strumentale all'interesse primario del creditore»¹¹⁰. L'inadempimento, coincidendo con la lesione dell'interesse strumentale, non significherebbe «necessariamente lesione dell'interesse presupposto»¹¹¹. Argomentare diversamente «vorrebbe dire implicitamente riconoscere che oggetto della prestazione è lo stato di sa-

¹⁰⁷ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 72.

¹⁰⁸ Così Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 72.

¹⁰⁹ Questo è infatti il sotto-titolo che E. SCODITTI assegna al suo contributo: *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit., p. 265.

¹¹⁰ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 72.

¹¹¹ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

lute in termini di guarigione o impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie, ma ciò non è perché il parametro da valutare se c'è stato inadempimento dell'obbligazione professionale è fornito dall'art. 1176 c.c., comma 2, il quale determina il contenuto della prestazione in termini di comportamento idoneo per il conseguimento del risultato utile»¹¹².

La questione illustrata in questi termini è ancora una volta affetta da evidenti distonie: la Cassazione, da un lato, confonde nuovamente il profilo dell'imputazione (art. 1176, comma 2) con il problema della causalità, nell'affermare il dogma secondo il quale soltanto «nelle obbligazioni di diligenza professionale [...] la causalità materiale non è praticamente assorbita dall'inadempimento»¹¹³. Dall'altro, è costretta a distinguere tra interesse strumentale e interesse primario o presupposto, il quale, tuttavia, «non ricade nel motivo irrilevante dal punto di vista contrattuale perché non attiene alla soddisfazione del contingente ed occasionale bisogno soggettivo ma è connesso all'interesse regolato già sul piano della programmazione negoziale e dunque del motivo comune rilevante al livello della causa del contratto»¹¹⁴. Quindi, l'interesse primario integrerebbe la causa del contratto ma non la prestazione oggetto dell'obbligazione (che sarebbe, invece, l'interesse strumentale). Ma poi la Cassazione contraddittoriamente afferma che «Non c'è obbligazione di diligenza professionale del medico e dell'avvocato se non in vista, per entrambe le parti, del risultato della guarigione dalla malattia o della vittoria della causa»¹¹⁵.

Queste caotiche argomentazioni appaiono, però, del tutto ininfluenti ai fini della dimostrazione dell'assunto secondo il quale «la causalità materiale nella disciplina delle obbligazioni non è così soltanto causa di esonero da responsabilità per il debitore (art. 1218 c.c.), e perciò materia dell'onere probatorio di quest'ultimo, ma è nelle obbligazioni di diligenza professionale anche elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio»¹¹⁶.

La Cassazione tenta di dimostrare che il binomio "imputazione"- "causalità" opererebbe sincreticamente, così come disposto dall'art. 1218 c.c., soltanto nello «schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile», mentre si disgiungerebbe nelle obbligazioni di *facere* professionale, le quali richiederebbero, da parte del creditore, sia la prova dell'inadempimento (inteso come «violazione delle regole della diligenza professionale»¹¹⁷) sia la prova del rapporto causale tra "inadempimento" e danno-evento. Ma in questa maniera dimostra ancora una volta di adottare,

¹¹² Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

¹¹³ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., pp. 72 e 73.

¹¹⁴ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

¹¹⁵ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

¹¹⁶ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

¹¹⁷ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 73.

nella costruzione della “fattispecie costitutiva” della responsabilità, il dettato dell’art. 2043 c.c., dimenticando che ai sensi dell’art. 1218 c.c. la causalità opera soltanto in maniera inversa, quale causa di esonero dalla responsabilità per inadempimento, sia nelle obbligazioni “di mezzi” sia in quelle “di risultato” (se proprio vogliamo riesumare tale partizione), e che l’onere della prova della vicenda estintiva (e della causa incerta) grava sempre sul debitore¹¹⁸.

L’affermazione secondo la quale incomberebbe «sul creditore l’onere di provare il nesso di causalità tra la condotta del sanitario e l’evento di danno quale fatto costitutivo della domanda risarcitoria, non solo nel caso di responsabilità da fatto illecito ma anche nel caso di responsabilità contrattuale»¹¹⁹, rappresenta un indimostrato postulato che proviene da quella antica e «falsa»¹²⁰ idea, assai contestata nella stessa esperienza francese¹²¹, che intende proporre, sulla base di un’erronea simmetria, «una rappresentazione unitaria del danno contrattuale e di quello extra-contrattuale»¹²². Resta però fermo «che la declamata unità di entrambe le forme di danno è contrastata da una serie di argomenti troppo seri per essere messi da parte»¹²³. Ad esempio, la «contraddizione» secondo la quale «una regola *causale* venga proprio espressa sul terreno dell’inadempimento» (art. 1223 c.c.), ovvero proprio «laddove non sembra esservi spazio *per una concatenazione causale* tra fatti o accadimenti bensì *tra* fatti (quale l’inadempimento) e *valori ad essi riferiti* (in termini di commisurazione negativa delle perdite subite e del mancato guadagno)», va risolta «non leggendo l’art. 1223 nei termini [...] di *una regola causale* ma più semplicemente di regola che fa riferimento ad un criterio di “normalità” relativamente a fatti e valori “negativi” ad essi riferibili, secondo un indice tipologico»¹²⁴. Anche la Cassazione concorda nel ritenere che gli artt. 1223 ss. risolvano «un problema che non è più di causalità, ma di ammontare del danno risarcibile»¹²⁵. E neppure possono venire in soccorso gli artt. 40 e 41 c.p., ovvero le uniche norme dettate nel nostro ordinamento in tema di rapporto di causalità materiale, la cui estensione al diritto civile «non può spingersi oltre l’area della responsabilità aquiliana, che delle due specie della responsabilità civile [...] è quella che condivide con la responsabilità

¹¹⁸ In questi termini, autorevolmente, già L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 340.

¹¹⁹ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 74.

¹²⁰ G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 16.

¹²¹ Per tutti, P. RÉMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d’un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.; e già D. TALLON, *L’inexécution du contrat: pour une présentation*, *ivi*, 1994, p. 223 ss.; ID., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p. 429 ss.

¹²² Criticamente anche A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 163.

¹²³ A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 164.

¹²⁴ A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 166 (il corsivo è dell’A.).

¹²⁵ Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, p. 39.

penale i maggiori tratti di somiglianza di tipo strutturale»¹²⁶. Ben altro ruolo assume, infatti, la regola causale con riguardo all'illecito aquiliano, «con riferimento al criterio di imputazione secondo il quale non possono essere imputati alla colpa del soggetto eventi ad esso *non causalmente* riferibili»¹²⁷.

L'inaccettabilità delle argomentazioni (e delle conclusioni) alle quali perviene l'orientamento della Terza Sezione è testimoniata anche da quegli studiosi i quali qualificano l'obbligazione sanitaria come un'obbligazione "di mezzi". Mentre nelle obbligazioni "di risultato" «la sola prova idonea ad escludere la responsabilità consiste nell'individuazione da parte del debitore di una "causa estranea" determinativa dell'insuccesso», nelle obbligazioni "di mezzi", non occorrendo che il debitore dimostri il sopravvenire di una "causa estranea" che abbia impedito la realizzazione dell'interesse del creditore, egli potrà anche limitarsi «alla dimostrazione di avere osservato correttamente le "regole dell'arte", e così di aver "adempito" il proprio obbligo»¹²⁸. Soltanto successivamente alla prova, da parte del debitore, dell'esatto adempimento (che è vicenda estintiva, e non costitutiva, del rapporto!), «il rischio della mancata individuazione di una "causa alternativa" (prevedibile ed evitabile) che possa spiegare la mancata realizzazione dell'interesse del creditore (una volta escluso che questa "causa" possa essere stata l'inadempimento dell'obbligazione) non può che ricadere sul creditore stesso»¹²⁹.

Così, anche chi distingue tra obbligazioni con risultato determinato (*ex ante*) ed obbligazioni con risultato indeterminato, nelle quali il risultato dovuto non è predeterminato o predeterminabile in maniera sufficientemente precisa, ma che «può essere individuato soltanto "a posteriori" perché il soddisfacimento dell'interesse primario – ed originario – del creditore non è dominato interamente dalla capacità realizzativa del debitore», conclude che tale distinzione, pur non insignificante ai fini del concreto svolgimento del giudizio di responsabilità, «non introduce una diversificazione neppure sul piano della distribuzione del rischio della causa ignota perché, per regola generale, il rischio grava sempre in capo al debitore»¹³⁰.

Tale conclusione è offerta dalla struttura stessa del giudizio di responsabilità contrattuale per come delineato dall'art. 1218 c.c., «il quale, nel considerare esonerato il debitore soltanto in presenza della prova dell'impossibilità della prestazione prodotta da una causa a lui non imputabile, implicitamente indica come imprescindibile l'individuazione dell'evento che ha prodotto

¹²⁶ F. PIRAINO, *o.c.*, p. 729.

¹²⁷ A. DI MAJO, *o.l.u.c.*; in questi termini, già G. GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 417.

¹²⁸ G. D'AMICO, *Il rischio*, cit., p. 357.

¹²⁹ G. D'AMICO, *o.l.u.c.*

¹³⁰ F. PIRAINO, *o.c.*, pp. 720 e 724.

l'impossibilità»¹³¹. In presenza di una disciplina unitaria dell'inadempimento, l'unica differenza è ravvisabile nel fatto che nelle obbligazioni con risultato determinabile soltanto "a posteriori" (tra le quali v'è l'obbligazione sanitaria) il creditore debba allegare «l'attitudine in astratto della condotta inesatta del debitore a produrre il tipo di pregiudizio lamentato dal debitore», non di certo provare «che la causalità materiale ricostruita in astratto abbia operato anche in concreto»¹³². La verifica della sussistenza del nesso eziologico sul piano della causalità individuale «si rivela imprescindibile in un contesto di incertezza iniziale dell'imputazione oggettiva del danno, quale tipicamente è quello della responsabilità aquiliana»; non, invece, in tema di responsabilità contrattuale, ove può esigersi, ma soltanto nelle obbligazioni a risultato indeterminato, «un'allegazione più circostanziata in ordine all'inadempimento e al danno, volta a illustrare la riconducibilità, sul piano della causalità generale, del tipo di pregiudizio contestato dal creditore al tipo di condotta di inadempimento in cui si iscrive quella tenuta dal debitore»¹³³.

La strana teoria dell'inadempimento... extracontrattuale per colpa ha sollevato molteplici perplessità anche in un'autorevole dottrina, la quale, forse, con sottile ironia, si è chiesta se tale "scoperta", assai distante «dalla distinzione tra mezzi e risultato ma anche da ciò che può dirsi proprio della responsabilità contrattuale», rappresenti una «via di mezzo» tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale¹³⁴. Ma, evidentemente, "vie di mezzo" o "terzi generi" di responsabilità non esistono e non possono esistere nel nostro diritto, soprattutto, poi, se sono costruiti sul solo sotto-sistema della responsabilità della struttura sanitaria!

6. La Terza Sezione, nel tentativo di rispondere alle critiche ricevute dalla prima ondata di decisioni in materia¹³⁵, con le sentenze-gemelle del 2019 propone due distinte discipline dell'inadempimento, secondo che si tratti dello "schema classico" di obbligazione ovvero di obbligazioni aventi ad oggetto il "facere professionale".

Tuttavia nel nostro sistema civilistico esiste una disciplina unica e unitaria dell'inadempimento, che trova il suo punto di riferimento nell'art. 1218 c.c. Conclusione unanimemente condivisa dalla più autorevole dottrina¹³⁶. An-

¹³¹ F. PIRAINO, *o.c.*, p. 725.

¹³² F. PIRAINO, *o.c.*, p. 733 s.

¹³³ F. PIRAINO, *o.l.u.c.*

¹³⁴ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 14.

¹³⁵ Sulla quale, *retro*, i §§ 1-3.

¹³⁶ Concordano, sul punto, G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 469 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 593-616), ora in *Scritti giuridici* con pres. di P. Rescigno, I, Milano, 1973, p. 463 ss.; E. BETTI, *Teoria generale*

che Cesare Massimo Bianca, considerato il corifeo della tesi “soggettiva”¹³⁷ e il probabile ispiratore del novello orientamento (ma il suo pensiero penso sia stato frainteso), non dubita che sia «ampia e unitaria» la nozione di inadempimento dell’obbligazione, quindi «idonea a comprendere le varie ipotesi di inosservanza del programma obbligatorio»¹³⁸.

Il problema, quindi, riguarda il diverso operare del rapporto di causalità “materiale” e dell’onere della prova nella responsabilità extra-contrattuale e nell’inadempimento. Nel primo caso è l’attore, cioè il “passante” che, in assenza di qualsiasi premessa relazionale, deve provare che proprio quella determinata condotta abbia causato “materialmente” e “in concreto” quell’evento dannoso. Il rapporto di causalità materiale pone in relazione i due “passanti”, facendo sorgere (unitamente ad altre “condizioni”; eventuale colpa o dolo, ingiustizia del danno) l’obbligazione risarcitoria in capo al danneggiante nei riguardi del danneggiato. Nel secondo, il creditore esaurisce il suo onere di provare i fatti che sono a fondamento del suo diritto (art. 2697, comma 1, c.c.) – in virtù del “principio di persistenza” del diritto, che perdura fin quando il debitore non ne provi l’estinzione – provando la fonte del suo diritto (contratto, ad es.) ed allegando un inadempimento qualificato, “astrattamente” idoneo a causare il danno (ovvero proprio la «violazione delle regole della diligenza professionale» e la loro astratta efficienza a causare il danno patito, non certo il mancato “risultato” della guarigione o della sopravvivenza). Le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee-guida (art. 5 l. n. 24 del 2017) hanno lo scopo di “tipizzare” la nozione di (perizia e/o) imperizia, ovvero l’astratta «mancata o difettosa capacità di ordine tecnico-professionale»¹³⁹, mentre la negligenza e/o l’imprudenza, cioè il mancato rispetto della diligenza qualificata richiesta dall’art. 1176, comma 2, c.c. dovranno essere valutate con riferimento alla condotta esigibile “in concreto”, nella scelta e nella corretta esecuzione di una linea-guida che sia adeguata alla specificità del caso concreto. Anche volendo qualificare l’obbligazione sanitaria come un’obbligazione “di mezzi”, è sempre il debitore che deve provare la vicenda estintiva del rapporto obbligatorio, cioè l’esattezza dell’adempimento, dimostrando la rigorosa osservanza delle linee-guida (perizia) e la diligente e prudente esecuzione della

delle obbligazioni, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione*, Milano, 1953, p. 128 ss.; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 374 ss. Con riferimento a tale aspetto, C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento*, cit., p. 12; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Inadempimento e responsabilità*, cit., p. 168 ss.; G. D’AMICO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 18 ss.

¹³⁷ Ad es., da F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., pp. 718, in nt. 56, e 713, in nt. 21.

¹³⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, cit., p. 2.

¹³⁹ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 27.

prestazione (ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.), o che l'inadempimento sia stato dovuto ad impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (artt. 1218 e 1256, comma 1, c.c.).

Richiedere al creditore la prova del nesso di causalità materiale concreta o "individuale"¹⁴⁰ significa, seppur limitatamente alle obbligazioni di «*facere professionale*», applicare surrettiziamente la disciplina della responsabilità extra-contrattuale di cui all'art. 2043 c.c. Infatti, a differenza di quanto accade in questo diverso modello di responsabilità, in cui «l'incertezza provocata dall'accertamento sul piano della causalità individuale di una pluralità di fattori causali alternativi alla condotta del danneggiante oppure la prova di concause prevalenti *ex art. 41, comma 2, c.p.* incidono sull'affermazione della responsabilità e, dunque, gravano sul danneggiato», nella responsabilità contrattuale «le medesime circostanze operano diversamente: tanto l'incertezza causale provocata dall'accertamento di una causa alternativa reale del danno quanto la prova di una concausa prevalente *ex art. 41, comma 2, c.p.* assumono rilievo solo successivamente in sede di esonero dalla responsabilità»¹⁴¹. Ne consegue che il relativo onere della prova, così come a suo tempo affermato dalla più autorevole dottrina¹⁴², non può non gravare sempre sul debitore, sul quale incombe il rischio della causa ignota.

Quindi, se nella responsabilità extracontrattuale la causalità materiale individuale o concreta integra senz'altro la "fattispecie costitutiva" di responsabilità, nella responsabilità contrattuale è l'inadempimento a presiedere (anche) all'imputazione del danno patito dal creditore a carico del debitore, esibendo «un'intrinseca connotazione eziologica» che rende ultronea ogni «specifica ed autonoma indagine sulla causalità materiale»¹⁴³. Ma se è proprio la struttura dell'art. 1218 c.c. ad escludere che la causalità materiale concreta possa rivestire il ruolo di elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità contrattuale (così come la Cassazione vorrebbe), «ciò non preclude un suo rilievo in sede di esonero come causa non positivizzata di esclusione della responsabilità, nella forma della prova della derivazione causale del danno da un fattore del tutto estraneo all'oggetto dell'obbligazione»¹⁴⁴.

Le Sezioni unite, quando dispongono che il creditore allegghi un inadempimento qualificato, cioè "astrattamente" idoneo a causare il danno, richiedono proprio questo, cioè che la condotta inesatta del debitore sia efficiente

¹⁴⁰ Su tale nozione, per tutti, L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, p. 196 ss.

¹⁴¹ F. PIRAINO, *o.c.*, p. 719.

¹⁴² L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 379. Sullo specifico punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La cooperazione mancata*, cit., p. 25 ss.

¹⁴³ F. PIRAINO, *o.c.*, p. 718 s.

¹⁴⁴ F. PIRAINO, *o.c.*, p. 730.

“in astratto” a causare il tipo di pregiudizio sofferto dal creditore. V’è un evidente richiamo alla generica possibilità che, sulla base di un modello nomologico astratto, eventualmente asseverato da leggi scientifiche a carattere probabilistico che indicano «la frequenza statistica con cui un evento di un certo tipo è seguito da un evento di un altro tipo»¹⁴⁵, quel determinato inadempimento “possa” essere stato, in astratto, la causa del danno. Ma pretendere dal creditore anche la prova «che, sul piano concreto, questa astratta attitudine causale della condotta del debitore si sia tradotta nella effettiva causazione della modificazione negativa lamentata» significa violare il disposto dell’art. 1218 c.c., equiparando la posizione del creditore «a quella di un qualunque danneggiato in un contesto aquiliano»¹⁴⁶. Includere nell’onere probatorio del creditore «anche la causalità individuale avrebbe l’ulteriore implicazione di autorizzare il debitore a difendersi semplicemente mettendo in dubbio l’efficienza causale della propria condotta, visto che, in questa cornice molto discutibile, la mera incertezza causale gioverebbe a lui mentre nuocerebbe al creditore»¹⁴⁷.

La Cassazione, con un’eterogeneità dei fini, più che pensare alla disciplina dell’inadempimento dell’obbligazione e, quindi, alla responsabilità debitoria della struttura sanitaria, dimostra di pensare al “fatto illecito”, alla condotta attiva od omissiva del singolo sanitario ausiliare del debitore, il cui problema di responsabilità è risolto, oggi pacificamente, sul piano della responsabilità extracontrattuale. Una sorta di confessione trasparente proprio dal “principio di diritto” enunciato dalla Cassazione, ove si parla, prima della responsabilità del «sanitario»¹⁴⁸, e non della struttura sanitaria, poi, ancora, della causalità della «condotta del sanitario»¹⁴⁹ (e non della struttura sanitaria!). La Suprema corte pensa alla responsabilità della struttura sanitaria in un contesto tipicamente extracontrattuale, richiedendo che tale “condotta” sia la causa in senso materiale dell’evento di danno, come se la struttura sanitaria, *recte* “il sanitario”, sia un *quisque de populo* che, con il suo comportamento, arreca danno a un terzo. La Cassazione discorre impropriamente di “inadempimento”, ma nella sostanza si riferisce al “fatto illecito” dell’ausiliare del debitore (art. 1228 c.c.), la cui causalità materiale va provata sulla base di quanto richiesto dall’art. 2043 c.c., ma non invece dall’art. 1218 c.c.

7. Consapevoli (quanto meno a livello freudiano) delle distopie, sotto l’aspetto non soltanto teorico, ma anche pratico, delle soluzioni predicate,

¹⁴⁵ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 311.

¹⁴⁶ F. PIRAINO, *o.c.*, p. 736.

¹⁴⁷ F. PIRAINO, *o.l.u.c.*

¹⁴⁸ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 74.

¹⁴⁹ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 74.

le due sentenze in esame ricorrono all'*escamotage* di riconoscere esplicitamente al creditore danneggiato la prova della causalità «anche a mezzo di presunzioni»¹⁵⁰. Ma, evidentemente, la presunzione del rapporto eziologico inverte l'onere della prova della causalità sulla base di una valutazione essenzialmente "in astratto" e ribalta il rischio della causa incerta, che va a gravare, esattamente, sul debitore e non sul creditore.

La riprova di quanto qui rilevato è testimoniato non dalle due decisioni in esame, che pur richiamando genericamente la prova presuntiva poi, nella sostanza, la ignorano, ma da una ulteriore decisione della Cassazione la quale, nel citare in motivazione promiscuamente sia l'orientamento delle Sezioni unite (la n. 577 del 2008) sia quello (contrapposto) delle più recenti decisioni della Terza Sezione, cassa a sorpresa la decisione della Corte d'appello di Torino proprio per non aver dato adeguato rilievo alla "prova presuntiva" della causalità. Ma in tal modo finisce così con l'allinearsi al *dictum* delle Sezioni unite là dove conclude: «allegato e provato la ricorrenza di un inadempimento "qualificato" (ossia l'impianto di una valvola difettosa) tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi "più probabili", la presunzione della derivazione dei successivi interventi e ricoveri dalla condotta inadempiente, spettava ai convenuti l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2»¹⁵¹.

Nella fattispecie, «essendo rimasta oscura la causa degli interventi successivi al primo, spettava ai convenuti dimostrare il verificarsi di una causa imprevedibile ed inevitabile che aveva reso necessari gli ulteriori interventi sulle valvole impiantate alla paziente»¹⁵². Questa decisione, malgrado un formale riferimento anche all'orientamento qui contestato, nella sostanza ribadisce una regola del tutto opposta. Pur sulla base di un'implicita qualificazione dell'obbligazione sanitaria come obbligazione di mezzi, l'allegazione, da parte del creditore, di un inadempimento qualificato (impianto di una valvola difettosa) "astrattamente" idoneo a causare il danno fa gravare sul debitore la prova della vicenda estintiva del rapporto: l'esatto adempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile. In assenza di tale prova l'inadempimento del debitore è considerato causa non soltanto dei danni conseguenti al primo intervento, ma anche di quelli derivanti dai successivi interventi e ricoveri. E la causa incerta, com'è logico, è fatta gravare sul debitore. Qui la Cassazione maschera con il ricorso alla prova presuntiva quello che è il regime ordinario dell'inadempimento, pur

¹⁵⁰ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), cit., p. 74.

¹⁵¹ Cass., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31966, in *Danno e resp.*, 2019, p. 375, con nota di L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'équipe*.

¹⁵² Cass., 11 dicembre 2018, n. 31966, cit., p. 375.

in una prospettiva “soggettiva” che identifica quest’ultimo con la condotta negligente, imperita e/o imprudente del debitore.

La soluzione propugnata dall’orientamento contestato, invece, oltre a mettere in discussione l’unitarietà del diritto delle obbligazioni e dell’inadempimento, «deforma il giudizio di responsabilità contrattuale», nella «convinzione fuorviante che la responsabilità medica sia governata da esigenze del tutto specifiche, tali da giustificare la predisposizione di un regime a sé stante»¹⁵³ che predica regole incompatibili con l’art. 1218 c.c. e con l’intero sistema del diritto delle obbligazioni.

Per buona sorte le critiche, sul punto unanimi, espresse dalla dottrina hanno impedito che la Cassazione potesse continuare ad affermare (anche nelle due decisioni che si commentano) che il novello orientamento fosse “compatibile” o addirittura “in linea” con le regole sancite dalle Sezioni unite nel 2001 e nel 2008. Affermazione definita “paradossale”¹⁵⁴ nella misura in cui intendeva celare che tale indirizzo si poneva in contrasto “siderale”¹⁵⁵ con le suddette decisioni.

Anche alla luce delle due decisioni esaminate il contrasto permane e, se possibile, diviene ancora più evidente.

Tralasciando i molteplici argomenti di dettaglio, che hanno dimostrato l’incompatibilità della novella “teoria” con il diritto delle obbligazioni e dell’inadempimento, il punto decisivo del contrasto è il seguente, perché riguarda le *rationes decidendi* dei due contrapposti orientamenti: le Sezioni unite cassano la decisione d’appello perché aveva deciso sulla base del censurato indirizzo secondo il quale «gravasse sull’attore [...] oltre alla prova del contratto, anche quello dell’aggravamento della situazione patologica o l’insorgenza di nuove patologie *nonché la prova del nesso di causalità tra l’azione e l’omissione del debitore e tale evento dannoso*»¹⁵⁶.

Nel “principio di diritto” enunciato dalle sentenze-gemelle si afferma l’esatto contrario: «ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario [*recte*, della struttura sanitaria] 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 [recte, della struttura sanitaria]*».

¹⁵³ F. PIRAINO, *o.l.u.c.*

¹⁵⁴ Per tutti, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione*, cit., p. 253; F. PIRAINO, *o.c.*, p. 713. Anche M. MAGLIULO e P. PARDOLESI, *Pluralità di nessi*, cit., p. 265, sottolineano «l’inconciliabilità degli argomenti addotti a suo sostegno con i principi espressi dalle sezioni unite»; conf., sul punto, G. D’AMICO, *Il rischio*, cit., p. 352 ss.; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nesso di causa*, cit., p. 9 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 14 ss.; D. ZORZIT, *La Cassazione*, cit., p. 700 ss.

¹⁵⁵ Così la stessa D. ZORZIT, *o.c.*, pp. 700 e 703.

¹⁵⁶ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 790.

Il contrasto sulla “questione di diritto” è palese: secondo le Sezioni unite il creditore non deve provare il nesso di causalità materiale tra inadempimento ed evento dannoso, poiché tale onere grava sul debitore. Secondo l’orientamento della Terza Sezione il creditore deve provare il nesso di causalità tra l’evento dannoso e la condotta del “sanitario” (*recte*, inadempimento della struttura sanitaria).

Ma il contrasto non finisce qui: secondo le Sezioni unite la causa incerta grava sul debitore; secondo le decisioni della Terza sezione la causa incerta grava sul creditore.

Orbene, l’art. 374 c.p.c. riformato, oltre alla facoltà del Primo Presidente di «disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici», dispone che, «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Quindi, se proprio la Terza sezione decidesse di voler perseverare in questo censurabile orientamento, l’evidente contrasto tra il principio di diritto dettato dalle Sezioni unite nel 2008 e tra quello, specularmente contrapposto, espresso nelle decisioni della Terza sezione esige che la questione sia rimessa alle Sezioni unite.