

Responsabilità contrattuale

# La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa

di Antonino Procida Mirabelli di Lauro

Una ricostruzione critica dell'inedito orientamento della Terza Sezione introdotto dalla c.d. "sentenza Scoditti" in materia di responsabilità sanitaria che, senza aver rimesso la questione alle Sezioni Unite, predica una strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa del debitore (assicurato) che si pone in contrasto "siderale" con i *dicta* di due fondamentali decisioni delle SS.UU. (n. 13533 del 2001; n. 577 del 2008). Il contestato indirizzo opera un'indebita confusione tra la struttura e la disciplina delle responsabilità contrattuale e delittuale (art. 2043 c.c.), tra inadempimento e colpa, tra causalità c.d. "materiale" e c.d. "giuridica", accollando al creditore il rischio della causa ignota anche in tema di responsabilità contrattuale. Tale orientamento rappresenta un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sulle prestazioni c.d. routinarie e, oltre a violare l'art. 1218 c.c., disattende la recente riforma della responsabilità sanitaria (L. n. 24 del 2017) la quale ha inteso collocare in ambito extracontrattuale la sola responsabilità dell'ausiliare del debitore, ma in ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata, concedendo anzi al creditore danneggiato un'azione diretta nei riguardi dell'assicuratore del debitore.

## Il novello orientamento e la mancata rimessione della questione alle Sezioni Unite

La Terza Sezione civile della Cassazione, 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'anni (1) 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... extracontrattuale per colpa del debitore (assicurato), la rimessione della questione alle Sezioni Unite è doverosa in quanto, come si dirà, malgrado le affermazioni di circostanza, il novello orientamento introdotto dalla c.d. "sentenza Scoditti" (2) si pone in aperto contrasto con alcune fondamentali decisioni delle Sezioni Unite (SS.UU. n. 13533 del 2001; SS.UU. n. 577 del 2008) (3) nonché con le stesse scelte operate dal legislatore, sia nell'art. 1218 c.c., sia nella L. n. 24 del 2017.

Si tratta di una giurisprudenza più *militante* che *savante* (4) che, seguendo un orientamento del tutto minoritario anche all'interno della Terza

(1) Così, G. D'Amico, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in questa *Rivista*, 2018, 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".

(2) Per tale denominazione, G. D'Amico, *op. loc. cit.*, 357, nt. 46.

(3) Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, 1565 ss., annotata, in vario senso, da G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 707 ss.; 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. e impr.*, 2003, 903; V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giur.*, 2001, 1569 ss.; P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss. V., altresì, Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in questa *Rivista*, 2008, 790, con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

(4) 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 *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori*

Sezione civile (5), per di più giudicato “superato” proprio dalle Sezioni Unite con la sent. n. 577 del 2008, in poco più di un anno ha prodotto una sentenza *leader* (6) e molteplici decisioni, molte delle quali nella forma dell’ordinanza (7), nelle quali si predicano i nuovi “principi di diritto”.

### Causa incerta e prova del rapporto di “casualità”

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 debitore (8), anzi, sull’assicuratore del debitore-struttura sanitaria (art. 12, L. n. 24/2017) emerge anche dal carattere “ingiusto” delle decisioni rese sulla base della c.d. “sentenza Scoditti”. 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” (9), 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 decisioni (10) - 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 certo nel vincolo di solidarietà verso i

Colleghi o in un generale *favor* per le imprese di assicurazione, ma 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” (11), regola che, invece, molto opportunamente deve informare il solo processo penale. Come si è lucidamente rilevato, in presenza dell’indirizzo introdotto dalla “sentenza Scoditti” 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” (12).

Infatti, nella sent. 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” (13).

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

sulle sentenze, I, *Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, a cura di S. Bagni - M. Nicolini - E. Palici di Suni - L. Pegoraro - A. Procida Mirabelli di Lauro - M. Serio, Torino, 2016, 192 ss.

(5) Ades., 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 questa *Rivista*, 2014, 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*.

(6) Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in questa *Rivista*, 2017, 696 ss., con nota di D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*

(7) 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, ord., in *Pluris*; Cass., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19204, ord., *ivi*; Cass., Sez. III, 22 agosto 2018, n. 20905, ord., *ivi*; Cass., Sez. III, 13 settembre 2018, n. 22278, ord., *ivi*; Cass., Sez. III, 20 novembre 2018, n. 29853, ord., in *De Jure*.

(8) 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, 340, “il rischio della causa ignota è sempre sopportato dal debitore”.

(9) Sul punto, Cass., SS.UU. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Altalex*, n. 2253 del 13 settembre 2008, 12 s., e Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corriere giur.*, 2008, 35 ss., con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*.

(10) Emblematico il caso deciso da Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., 696 ss.

(11) In proposito è sufficiente rinviare all’“epocale” arresto Franzese (Cass., SS.UU. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 ss.).

(12) Così, M. Feola, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, 36, nel chiosare Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641 (Travaglino Presidente ed Estensore), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1285 ss.

(13) Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., 699.

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” (14). E ciò aveva consentito di escludere “la prova del nesso causale secondo i parametri premessi”.

Così, nella sent. 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 “concorsu 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” (15). 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” (16).

Del pari nell’ord. 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 rigettata (17).

Infine, nell’ord. n. 29853 del 2018 la Suprema Corte cassa la decisione della Corte d’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 complicità dell’ischemia-riperfusion che aveva causato al paziente la paraplegia e l’insufficienza renale denunciate” (18).

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 cc.dd. 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 creditore 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 di un rapporto di causalità, quello scrutinato dall’indirizzo che si ispira alla “sentenza Scoditti” sembra essere un rapporto di “casualità” materiale.

### La confusione tra le responsabilità contrattuale e delittuale (per colpa)

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” (19). La Cassazione dimentica di aver qualificato la fattispecie come inadempimento, e di essere in tema di responsabilità contrattuale, ed applica, invece, le regole di diritto comune previste in sede di responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.). Nella disciplina dell’inadempimento, come afferma chiaramente la più autorevole scienza giuridica (20), 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” della

(14) Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, ord., cit., 4.

(15) Cass., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29315, cit., 2.

(16) Cass., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29315, cit., 2.

(17) Cass., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19204, ord., cit., 2.

(18) Cass., Sez. III, 20 novembre 2018, n. 29853, ord., cit., 5.

(19) Tra le tante, Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, ord., cit., 3.

(20) Per tutti, G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 469; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 593-616), ora in *Scritti giuridici con presentazione di P. Rescigno*, I, Milano, 1973, 463; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione*, Milano, 1953, 128 ss.; L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, cit., 328 ss.

disciplina dell'inadempimento (21) 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 (22). Ma, 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 imputabile.

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" (23). 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 c.c., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa" (24).

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 spettava al creditore. Allorché il

debitore non riesca ad esonerarsi dalla responsabilità 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!) (25), 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*)" (26). Ma, dopo Nicola Coviello (27), 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 interpreta (28) il caso fortuito di cui all'art. 2051 c.c.

### Le ulteriori anomalie tecnico-giuridiche

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" (29), 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

(21) Sul punto, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 15 ss. Per una critica alle teorie che individuano nella colpa il fondamento della responsabilità contrattuale v., tuttavia, C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 8.

(22) In proposito si rinvia ad A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Feola, *Inadempimento e responsabilità*, in *Atti del Convegno "L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa"* (Camerino, 5-8 settembre 2018), Napoli, 2019, in corso di stampa.

(23) Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, ord., cit., 3.

(24) Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, ord., cit., 3.

(25) *Contra*, seguita dalle altre già citate decisioni, Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., 698.

(26) Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., 698.

(27) *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895.

(28) 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 - M. Feola, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, 561 ss.

(29) Sul punto, basti rinviare alla critica di L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 186 ss., 281 ss., 375 ss.

sufficiente la allegazione del mancato e/o difettoso risultato” (30). Ai sensi della disciplina generale e unitaria dell’inadempimento (31), 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)” (32). Deve trattarsi di un inadempimento qualificato. Ma sarà sempre il debitore a dover provare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che esso, pur esistendo, non è stato la causa del danno (33).

L’orientamento della Terza Sezione si rivela “assai distante dalla distinzione tra mezzi e risultato ma anche da ciò che può dirsi proprio della responsabilità contrattuale” (34). Infatti, 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” (35).

Quindi, se un primo errore 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 incomprensione 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” (36). 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” (37), 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” (38). E, “in tal caso, la causalità non va accertata in senso materiale, ma ricorrendo ad un criterio di ‘regolarità causale’”, nel senso di “ricomprendere 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.)” (39).

### La violazione del *dictum* delle SS.UU. n. 13533/2001

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 causalità (40). Ma anche le tesi “soggettive” che ravvisano nella diligenza di cui all’art. 1176 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 causale (41), 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

(30) A. di Majo, *La salute responsabile*, Torino, 2018, 12.

(31) Che l’art. 1218 c.c. rappresenti una disciplina unitaria alla stregua della quale valutare la responsabilità del debitore sia nelle “obbligazioni di risultato” sia in quelle “di mezzi” è opinione oggi del tutto prevalente: per tutti, G. D’Amico, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Padova, 2006, 141 ss.; id., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, 185 ss.

(32) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 12 e 13.

(33) Testualmente, A. di Majo, *op. ult. cit.*, 13.

(34) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 14.

(35) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 15.

(36) A. di Majo, *op. loc. ult. cit.*

(37) A. di Majo, *op. loc. ult. cit.*

(38) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 15, in nt. 11.

(39) A. di Majo, *op. loc. ult. cit.*

(40) Ad es., Cass., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19204, ord., cit., 2.

(41) Così, invece, tra le altre, Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit., 698.

queste splendide Sezioni Unite (42), 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" (43), agisca egli per l'adempimento 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'" (44). 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" (45). "Ma così non è" (46) per questo inusitato modello di responsabilità predicato dalla Terza 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" (47).

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.) (48).

### La contrapposizione "siderale" con SS.UU. n. 577/2008

È paradossale, poi, l'affermazione secondo la quale il novello orientamento "non si pone in contrasto" con quanto deciso da Cass., SS.UU. n. 577/2008 (49). 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" (50). 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" (51). Le Sezioni Unite non condividono proprio "il punto relativo alla prova del nesso di causalità [...] nei termini in cui è stato enunciato" (52), 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 extracontrattuale 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 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 imputabile (53).

(42) Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., 1567 s.

(43) Discorre, infatti, di "identità del regime probatorio, per i tre rimedi previsti dall'art. 1453", Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., 1567.

(44) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 16.

(45) A. di Majo, *op. loc. ult. cit.*

(46) A. di Majo, *op. loc. ult. cit.*

(47) A. di Majo, *op. loc. ult. cit.*

(48) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 17 (il corsivo è dell'A.).

(49) Tra le altre, Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, ord., cit., 3.

(50) Così, D. Zorzit, *La Cassazione*, cit., 700 e 703; conf., sul punto, G. D'Amico, *Il rischio della "causa ignota"*, cit., 352 ss.; R. Pardolesi e R. Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in questa *Rivista*, 2018, 9 ss.; B. Tassone, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *ivi*, 2018, 14 ss.

(51) Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., 790.

(52) Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., 790.

(53) Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., 790, che riproduce, quasi testualmente, il pensiero di L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato"*, cit., 314.

Il novello orientamento della Cassazione, però, appare anomalo anche rispetto alla giurisprudenza criticata dalle Sezioni Unite, che pur faceva corretta (anche se non condivisibile) applicazione della disciplina dell'inadempimento nelle obbligazioni "di mezzi". 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.

### Il regresso rispetto alla giurisprudenza sulle prestazioni cc.dd. routinarie

L'indirizzo introdotto dalla c.d. "sentenza Scoditti", 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" (54). 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)" (55). 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" (56).

Questo orientamento, che verrà poi superato dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2001 e del 2008 con l'abbandono della distinzione tra obbligazioni "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" (57), perché "tali regole, seppur appartenenti al diritto processuale, sono [...] strettamente legate alle norme del diritto materiale" (58).

### Il contrasto con la recente riforma legislativa

L'indirizzo scaturito dalla c.d. "sentenza Scoditti" si pone, infine, 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). Il sistema del c.d. "doppio binario", 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. 1228 (60), 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 colpa (61). La responsabilità del debitore (la struttura sanitaria) che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi,

(54) G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 351.

(55) G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 352.

(56) G. D'Amico, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell'A.).

(57) G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 351, in nt. 11.

(58) Così, L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato"*, cit., 319 e *passim*.

(59) A. di Majo, *La salute responsabile*, cit., 10.

(60) Sul punto, A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 921.

(61) Per l'unanime interpretazione in tal senso, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, cit., 64.

quindi, non può che essere contrattuale, come esattamente dispone la recente legge di riforma, che richiama esplicitamente gli artt. 1218 e 1228 c.c. (art. 7, comma 1).

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 presta la copertura assicurativa alla struttura sanitaria o all'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'incredibile 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" delle imprese di assicurazione 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 cc.dd. routinari e di condotte evidentemente negligenti e/o imperite 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.

---

(62) G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 355, in nt. 34.