

Onere della prova

Cassazione Civile, Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 - Pres. G. Travaglino - Est. E. Scoditti - G.E. c. Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro già Azienda USL N. (*omissis*)

In tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "leges artis" nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in questa <i>Rivista</i> , 2017, 696 ss. Oltre alle sentenze del 7 dicembre 2017, n. 29315 (Cass., Sez. III), in <i>Pluris</i> , e del 15 febbraio 2018, n. 3704 (Cass., Sez. III), <i>ivi</i> , molte altre decisioni assumono la forma dell'ordinanza: ad es., Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, in <i>Pluris</i> ; Cass., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19204, <i>ivi</i> ; Cass., Sez. III, 22 agosto 2018, n. 20905, <i>ivi</i> ; Cass., Sez. III, 13 settembre 2018, n. 22278, <i>ivi</i> ; Cass., Sez. III, 20 novembre 2018, n. 29853, in <i>DeJure</i> .
Difforme	Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in questa <i>Rivista</i> , 2008, 790. Alla quale <i>adde</i> , tra le tante, Cass., Sez. VI, Ord., 30 dicembre 2011, n. 30267, in <i>Pluris Rep.</i> ; Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, <i>ivi</i> , anche in questa <i>Rivista</i> , 2014, 33; Cass., Sez. III, 22 maggio 2014, n. 11363, in <i>Pluris Rep.</i> ; Cass., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547, <i>ivi</i> ; Cass., Sez. III, 6 ottobre 2014, n. 21025, <i>ivi</i> .

La Corte (*omissis*)

Fatto di causa

1. G.E. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Firenze l'Azienda Unità Sanitaria Locale 10 di Firenze chiedendo il risarcimento del danno, sia *iure proprio* che ereditario, per la morte della propria madre B.M.L. deducendo che la causa del decesso era imputabile a colpa medica. Il Tribunale adito rigettò la domanda. Avverso detta sentenza propose appello la G. Con sentenza di data 4 aprile 2017 la Corte d'appello di Firenze, previa CTU, rigettò l'appello.

2. Osservò la corte territoriale, premesso che l'onere della prova circa il nesso causale era a carico dell'attrice, che il CTU, dopo avere escluso che la causa del decesso fosse stata la pancreatite (non di tipo emorragico), aveva evidenziato per un verso che una TAC all'addome, che pure sarebbe stato opportuno effettuare, non avrebbe fornito elementi decisivi ai fini dell'opzione di un nuovo trattamento chirurgico, per l'altro che, benché l'ipotesi di un terzo intervento chirurgico fosse stata un'ipotesi da considerare, altrettanto valida era stata la scelta attendista dei sanitari, in quanto l'eventuale terzo trattamento chirurgico avrebbe realizzato chances di sopravvivenza quantificabili in misura di poco superiori al 40%, ma vi sarebbe stato un elevatissimo rischio di mortalità perioperatoria. Aggiunse che il CTU medesimo aveva concluso che, 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, attribuibile

genericamente ad uno stato di shock ed insufficienza multiorgano. Osservò quindi che non risultava raggiunta la soglia del "più probabile che non" quanto alla correlazione causale fra la morte e la condotta dei sanitari e che irrilevante era l'ulteriore affermazione del CTU circa l'obiettiva incertezza sulle ragioni effettive della morte, una volta che era stata esclusa la riconducibilità dell'evento ai sanitari.

3. Ha proposto ricorso per cassazione G.E. sulla base di tre motivi e resiste con controricorso la parte intimata. Successivamente alla fissazione del ricorso in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380 bis.1 c.p.c. è stata disposta la trattazione in pubblica udienza. È stata presentata memoria.

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo si denuncia violazione degli artt. 1218 e 2697 c.c. Osserva la ricorrente che l'incertezza in ordine al nesso causale si ripercuote negativamente sulla struttura sanitaria, su cui incombe il relativo onere probatorio, con conseguente necessità di valutare la colpa dei sanitari, e che il giudice di appello è pervenuto al convincimento dell'assenza del nesso causale argomentando dalla percentuale di possibilità di sopravvivenza che la paziente avrebbe avuto in caso di effettuazione dell'intervento chirurgico, laddove invece avrebbe dovuto chiedersi quante possibilità di sopravvivenza avrebbe avuto la paziente senza essere sottoposta ad intervento e solo qualora le stesse fossero state superiori al 42% avrebbe dovuto ritenere lecita la condotta attendista (ma priva di approfondimenti diagnostici) dei sanitari.

1.1. Il motivo è infondato. La questione posta dal motivo di censura attiene al rapporto fra responsabilità contrattuale nel campo medico e causalità materiale. Negare che incomba sul paziente creditore di provare l'esistenza del nesso di causalità fra l'inadempimento ed il pregiudizio alla salute, come si assume nel motivo, significa espungere dalla fattispecie costitutiva del diritto l'elemento della causalità materiale. Di contro va osservato che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità ed imputazione.

La causalità attiene al collegamento naturalistico fra fatti accertati sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali. Essa attiene alla relazione probabilistica (svincolata da ogni riferimento alla prevedibilità soggettiva) tra condotta ed evento di danno (e fra quest'ultimo e le conseguenze risarcibili), da ricostruirsi secondo un criterio di regolarità causale, integrato, se del caso, da quelli dello scopo della norma violata e dell'aumento del rischio tipico, previa analitica descrizione dell'evento (cfr. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, pag. 13 e Cass. 11 luglio 2017, n. 17084), mentre su un piano diverso si colloca la dimensione soggettiva dell'imputazione. Quest'ultima corrisponde all'effetto giuridico che la norma collega ad un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore, che è rappresentato dall'inadempimento nella responsabilità contrattuale e dalla colpa o il dolo in quell'aquiliana (salvo i casi di imputazione oggettiva dell'evento nell'illecito aquiliano - artt. 2049, 2050, 2051 e 2053 c.c.).

Che la causalità materiale si iscriva a pieno titolo anche nella dimensione della responsabilità contrattuale trova una testuale conferma nell'art. 1227 c.c., comma 1, che disciplina proprio il fenomeno della causalità materiale rispetto al danno evento sotto il profilo del concorso del fatto colposo del creditore (Cass. 19 luglio 2018, n. 19218; 21 luglio 2011, n. 15991), mentre il comma 2 attiene, come è noto, alle conseguenze pregiudizievoli del danno evento (c.d. causalità giuridica). Ogni forma di responsabilità è dunque connotata dalla congiunzione di causalità ed imputazione. Su questo tronco comune intervengono le peculiarità della responsabilità contrattuale.

1.1.1. Il tratto distintivo della responsabilità contrattuale risiede nella premessa della relazionalità, da cui la responsabilità conseguente alla violazione di un rapporto obbligatorio. Il danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione non richiede la qualifica dell'ingiustizia, che si rinviene nella responsabilità extracontrattuale, perché la rilevanza dell'interesse leso dall'inadempimento non è affidata alla natura di interesse meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico, come avviene per il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. (cfr. Cass. Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500), ma alla corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione (arg. ex art. 1174 c.c.). È la fonte contrattuale dell'obbligazione che conferisce rilevanza giuridica all'interesse regolato.

Se la soddisfazione dell'interesse è affidata alla prestazione che forma oggetto dell'obbligazione vuol dire che la

lesione dell'interesse, in cui si concretizza il danno evento, è cagionata dall'inadempimento.

La causalità materiale, pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento per la differenza fra eziologia ed imputazione, non è praticamente separabile dall'inadempimento, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento. La causalità acquista qui autonomia di valutazione solo quale causalità giuridica, e dunque quale delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.). L'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento fa sì che tema di prova del creditore resti solo quello della causalità giuridica (oltre che della fonte del diritto di credito), perché, come affermato da Cass. Sez. U. 30 ottobre 2001 n. 13533 del 2001, è onere del debitore provare l'adempimento o la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione (art. 1218 c.c.), mentre l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solo allegato dal creditore. Non c'è quindi un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale perché allegare l'inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento.

Tale forma del rapporto fra causalità materiale e responsabilità contrattuale attiene tuttavia allo schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile. Nel diverso territorio del *facere* professionale la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta secondo le regole generali sopra richiamate. Sul punto valgono le seguenti considerazioni.

1.1.2. Se l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario del creditore, causalità ed imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale (e non solo su quello strutturale) perché il danno evento consta non della lesione dell'interesse alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, ma della lesione dell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato. La distinzione fra interesse strumentale, affidato alla cura della prestazione oggetto di obbligazione, ed interesse primario emerge nel campo delle obbligazioni di diligenza professionale. La prestazione oggetto dell'obbligazione non è la guarigione dalla malattia o la vittoria della causa, ma il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore. Il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie attinge non l'interesse affidato all'adempimento della prestazione professionale, ma quello presupposto corrispondente al diritto alla salute.

Benché guarigione dalla malattia o vittoria della causa non siano dedotte in obbligazione, esse non costituiscono un motivo soggettivo che resti estrinseco rispetto al contratto d'opera professionale, ma sono tipicamente connesse all'interesse regolato perché la possibilità del loro soddisfacimento è condizionata dai mutamenti intermedi nello stato di fatto determinati dalla prestazione professionale. L'interesse corrispondente alla prestazione

oggetto di obbligazione ha natura strumentale rispetto ad un interesse primario o presupposto, il quale 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. Non c'è obbligazione di diligenza professionale del medico o dell'avvocato se non in vista, per entrambe le parti, del risultato della guarigione dalla malattia o della vittoria della causa.

Dato che il danno evento nelle obbligazioni di diligenza professionale riguarda, come si è detto, non l'interesse corrispondente alla prestazione ma l'interesse presupposto, la causalità materiale non è praticamente assorbita dall'inadempimento. Quest'ultimo coincide con la lesione dell'interesse strumentale, ma non significa necessariamente lesione dell'interesse presupposto, e dunque allegare l'inadempimento non significa allegare anche il danno evento il quale, per riguardare un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione, non è necessariamente collegabile al mancato rispetto delle *leges artis* ma potrebbe essere riconducibile ad una causa diversa dall'inadempimento.

La violazione delle regole della diligenza professionale non ha dunque un'intrinseca attitudine causale alla produzione del danno evento. Aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie non sono immanenti alla violazione delle *leges artis* e potrebbero avere una diversa eziologia. Si riespande così, anche sul piano funzionale, la distinzione fra causalità ed imputazione soggettiva sopra delineata. Persiste, nonostante l'inadempimento, la questione pratica del nesso eziologico fra il danno evento (lesione dell'interesse primario) e la condotta materiale suscettibile di qualificazione in termini di inadempimento. Il creditore ha l'onere di allegare la connessione puramente naturalistica fra la lesione della salute, in termini di aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie, e la condotta del medico e, posto che il danno evento non è immanente all'inadempimento, ha anche l'onere di provare quella connessione, e lo deve fare sul piano meramente naturalistico sia perché la qualifica di inadempimento deve essere da lui solo allegata, ma non provata (appartenendo gli oneri probatori sul punto al debitore), sia perché si tratta del solo profilo della causalità materiale, il quale è indifferente alla qualifica in termini di valore rappresentata dall'inadempimento dell'obbligazione ed attiene esclusivamente al fatto materiale che soggiace a quella qualifica. La prova della causalità materiale da parte del creditore può naturalmente essere raggiunta anche mediante presunzione.

Argomentare diversamente, e cioè sostenere che anche nell'inadempimento dell'obbligazione di diligenza professionale non emerge un problema pratico di causalità materiale e danno evento, vorrebbe dire implicitamente riconoscere che oggetto della prestazione è lo stato di salute in termini di guarigione o impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie, ma ciò non è perché il parametro per 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. Per riprendere le parole di un'autorevole dottrina della metà del secolo scorso, 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. Lo stato di salute, come si è detto, integra la causa del contratto, ma l'obbligazione resta di diligenza professionale.

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 ove risulti allegato il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie. Il creditore di prestazione professionale che alleghi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (c.d. causalità giuridica), ma deve provare anche, avvalendosi eventualmente pure di presunzioni, il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità, impregiudicata la natura di inadempimento di quella condotta, inadempimento che al creditore spetta solo di allegare.

1.1.3. Una volta che il creditore abbia provato, anche mediante presunzioni, il nesso eziologico fra la condotta del debitore, nella sua materialità, e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, sorgono gli oneri probatori del debitore, il quale deve provare o l'adempimento o che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile. Emerge così un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il nesso di causalità materiale che il creditore della prestazione professionale deve provare è quello fra intervento del sanitario e danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie; il nesso eziologico che invece spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, è quello fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176, comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218). Se la prova della causa di esonero è stata raggiunta vuol dire che l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia è sì eziologicamente riconducibile all'intervento sanitario, ma il rispetto delle *leges artis* è nella specie mancato per causa non imputabile al medico. Ne discende che, se resta ignota anche mediante l'utilizzo di presunzioni la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore della prestazione professionale, se invece resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale, ovvero

resta indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore. È bene rammentare che tali principi si collocano nell'ambito delle regole sull'onere della prova, le quali assumono rilievo solo nel caso di causa rimasta ignota. Si tratta quindi della regola residuale di giudizio grazie alla quale la mancanza, in seno alle risultanze istruttorie, di elementi idonei all'accertamento, anche in via presuntiva, della sussistenza o insussistenza del diritto in contestazione determina la soccombenza della parte onerata della dimostrazione rispettivamente dei relativi fatti costitutivi o di quelli modificativi o estintivi (Cass. 16 giugno 1998, n. 5980; 16 giugno 2000, n. 8195; 7 agosto 2002, n. 11911; 21 marzo 2003, n. 4126).

1.1.4. Va data così continuità all'orientamento di questa Corte che nel tempo si è consolidato e secondo cui incombe sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra 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 (Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cui sono conformi: Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446; 23 ottobre 2018, n. 26700; 20 agosto 2018, n. 20812; 13 settembre 2018, n. 22278; 22 agosto 2018, n. 20905; 19 luglio 2018, n. 19204; 19 luglio 2018, n. 19199; 13 luglio 2018, n. 18549; 13 luglio 2018, n. 18540; 9 marzo 2018, n. 5641; 15 febbraio 2018, nn. 3704 e 3698; 7 dicembre 2017, n. 29315; 14 novembre 2017, n. 26824; si vedano tuttavia già prima Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; 17 gennaio 2008, n. 867; 16 gennaio 2009, n. 975; 9 ottobre 2012, n. 17143; 26 febbraio 2013, n. 4792; 31 luglio 2013, n. 18341; 12 settembre 2013, n. 20904; 20 ottobre 2015, n. 21177; 9 giugno 2016, n. 11789).

1.1.5. In conclusione va affermato ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, il seguente principio di diritto: "ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione".

1.2. Con l'ulteriore argomento contenuto nel motivo di censura la ricorrente prospetta una responsabilità per omissione dei sanitari e denuncia che il giudice di appello avrebbe dovuto procedere al relativo giudizio controfattuale. La corte territoriale ha affermato che l'esistenza di una patologia addominale era soltanto ipotetica e che comunque, anche ammettendo l'esistenza di una tale patologia, la scelta attendista dei medici fu altrettanto valida di quella dell'esecuzione dell'intervento chirurgico perché, a fronte della realizzazione di chances di sopravvivenza quantificabili in misura di poco superiore al 40%, vi era un elevatissimo rischio di mortalità perioperatoria. Il

giudizio di fatto del giudice di merito non è stato quindi nel senso che vi era un 40% di possibilità di sopravvivenza se l'intervento chirurgico fosse stato eseguito, ma è stato nel senso che non era stata accertata l'esistenza di patologia addominale, sicché la possibilità di sopravvivenza conseguente all'intervento va valutata non rispetto ad un dato accertato, ma rispetto ad una semplice ipotesi (e cioè ove ammessa l'esistenza della patologia addominale). Non essendo stata accertata la premessa fattuale della condotta medica che avrebbe sortito l'esito positivo per la paziente, non ricorreva per il giudice di merito il presupposto per il giudizio controfattuale richiesto dalla valutazione della responsabilità per omissione.

In secondo luogo, e tale aspetto concerne non il giudizio di diritto ma l'indagine fattuale del giudice di merito, questi ha accertato che non poteva aversi rilevanza sul piano dell'efficienza naturalistica dell'omissione perché l'identificata possibilità di sopravvivenza era comunque controbilanciata dall'elevatissimo rischio di mortalità perioperatoria, al punto che, ma trattasi di profilo rilevante non sul piano causale ma di quello soggettivo del rispetto delle *leges artis*, opportuna era stata la scelta attendista dei sanitari.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 115 c.p.c. Osserva la ricorrente che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di appello secondo cui il CTU aveva riconosciuto l'esistenza della responsabilità solo con l'affermazione che pur in presenza di qualche condotta ipoteticamente colposa dei sanitari era incerta la correlazione causale fra tale condotta ed il decesso, in altri luoghi dell'elaborato della consulenza vi era il riconoscimento dell'omesso approfondimento diagnostico da parte dei sanitari e che in violazione dell'art. 115 vi era un palese errore di percezione delle risultanze della CTU (su cui Cass. n. 9356 del 2017).

3. Con il terzo motivo si denuncia omesso esame di fatto decisivo e controverso. Osserva la ricorrente che il giudice di appello ha omesso di esaminare il fatto confermato dal CTU di omesso approfondimento diagnostico, ascrivibile a colpa dei sanitari, e che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di appello, il CTU non aveva escluso l'ipotesi della pancreatite acuta, limitandosi a sostenere che non era stata di contenuto emorragico.

4. I motivi secondo e terzo, in quanto afferenti al profilo dell'inadempimento della prestazione sanitaria, devono intendersi assorbiti una volta che sia stato escluso il nesso di causalità, il quale integra una questione pregiudiziale rispetto a quello del rispetto delle *leges artis*. Il terzo motivo è comunque inammissibile con riferimento alla circostanza della pancreatite sia perché la denuncia di vizio motivazionale attinge non un fatto, ma la valutazione del CTU, sia perché tale valutazione risulta contemplata dalla motivazione.

5. L'assestamento in corso della giurisprudenza sulla questione del nesso causale costituisce ragione per compensare le spese processuali.

Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 e viene disatteso, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art.

1, comma 17, che ha aggiunto al testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, il comma 1 - quater della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Rigetta il primo motivo del ricorso, dichiara in parte inammissibile il terzo motivo e per il resto assorbito il ricorso.

Dispone la compensazione delle spese processuali.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Dispone che in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle persone fisiche riportati nella sentenza.

Inadempimento e causalità "materiale": *perseverare diabolicum* di Antonino Procida Mirabelli di Lauro

Una ricostruzione critica delle nuove sentenze in materia di responsabilità da inadempimento... extracontrattuale della struttura sanitaria che, operando un'indebita confusione tra le discipline dell'inadempimento (ex art. 1218 c.c.) e della responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.), fanno gravare sul creditore, ma limitatamente alle obbligazioni di *facere* professionale, la prova dell'"inadempimento" e del rapporto di causalità materiale con il danno-evento, accollando a questi il rischio della causa incerta e/o ignota. Tale orientamento, censurato anche dagli Autori che qualificano l'obbligazione sanitaria come obbligazione "di mezzi" o con "risultato indeterminato", frantuma l'unitarietà del diritto delle obbligazioni e duplica la disciplina dell'inadempimento. Rappresenta un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sulle prestazioni c.d. routinarie e, oltre a violare gli artt. 1218 e 2697 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 palese 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, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., la questione sia rimessa alle Sezioni Unite. *Perseverare diabolicum*.

Di là dalla legge, contro la legge

Come si era previsto, anzi, come si era temuto (1), la Terza Sezione civile della Cassazione, pur dopo la mèsse di critiche ricevute (2), perfino da quella parte della dottrina che difende (ma con rigore scientifico) la partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato" (3), 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 inconciliabili 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" (4), distonico (5), comunque espressione di una censurabile "confusione" (6) tra le

(1) A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in questa *Rivista*, 2019, 249 ss.

(2) Oltre al mio lavoro, cit. in nt. 1, per tutti, A. di Majo, *La salute responsabile*, Torino, 2018, 15 ss.; G. D'Amico, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in questa *Rivista*, 2018, 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 e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in questa *Rivista*, 2018, 10 ss.; 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, 33 ss.; M. Magliulo e R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in questa *Rivista*, 2019, 256 ss.; F. Piraino, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709 ss.

(3) Ad es., A. di Majo, *op. cit.*, 30; G. D'Amico, *op. cit.*, 357 ss.

(4) Per tutti, F. Piraino, *op. cit.*, 715.

(5) M. Magliulo e R. Pardolesi, *op. cit.*, 264.

(6) A. Procida Mirabelli di Lauro, *op. cit.*, 250 ss.

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" (7).

La "riforma Scoditti", nell'operare una non richiesta "decontrattualizzazione" della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, si pone di là dalla legge, anzi contro di essa, e si discosta in maniera abissale dalle soluzioni dettate, nel 2001 (8) e nel 2008 (9), dalle Sezioni Unite.

Nel tentativo di giustificare la propria teoria, il Consigliere-estensore, questa volta "in veste di commentatore" (10), afferma, ma in maniera che è persa "del tutto pretestuosa" (11), 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)" (12). 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 commento.

La legge Gelli-Bianco, nell'adottare il sistema del c.d. "doppio binario", ha avuto il merito di aver ricomposto l'interpretazione dell'art. 1228 (13), 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 (14). 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. 8 marzo 2017, n. 24). Quando è intervenuta la riforma, l'orientamento introdotto dalla Terza Sezione (la prima sentenza è stata pubblicata nel luglio 2017) (15) non esisteva ancora. Ciò rende palese la volontà del legislatore di sottoporre la struttura sanitaria (e 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 2008 (16). E ciò conformemente alla qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa.

La corretta soluzione sistematica introdotta dal legislatore sottende almeno due finalità, la prima teorica, l'altra pratica: impedire il paradosso secondo il quale, in presenza del tanto declamato "contratto di spedalità", anche la responsabilità della struttura sanitaria possa essere identificata con la responsabilità di quel "passante" che Günter Haupt (17) consegnerà 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

(7) Così, invece, B. Tassone, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in questa *Rivista*, 2018, 22; più cauta D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, *ivi*, 2017, 707 ss., ove tenta di proporre una "possibile lettura 'di sistema'".

(8) Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. 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 *Corr. giur.*, 2001, 1569 ss.

(9) 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*.

(10) Così, F. Piraino, *op. cit.*, 713, in nt. 24.

(11) Ancora F. Piraino, *op. cit.*, 723.

(12) 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.

(13) Sul punto, A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 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, 218 s.

(14) Per l'unanime interpretazione in tal senso, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 64.

(15) Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in questa *Rivista*, 2017, 696 ss.

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

(17) *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ora nella trad. it. di G. Varanese, Torino, 2012, 50 ss.

comune” (18) 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 cade (19).

Sotto questo profilo, le sentenze-gemelle qui commentate (nn. 28991 e 28992 del 2019) si allineano perfettamente a quelle già esaminate in precedenza (20): 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” (21). Questo *leitmotiv*, o altri simili, ricorrono nel 100% dei casi decisi, e ciò dovrebbe iniziare a far preoccupare cittadini e giuristi. Se il paziente muore, meglio per lui, perché il danno tanatologico non sarebbe comunque risarcibile sulla base dell’ormai secolare paradosso secondo cui *mors omnia solvit* (22). Ma se, sventuratamente, 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 consistenza (23).

L’“abbraccio mortale” dell’assicurazione o, meglio, degli assicuratori alla responsabilità civile, del quale ha parlato di recente anche un esimio Maestro come Francesco Donato Busnelli (24), 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 hanno decretato “le *déclin de la responsabilité individuelle*” (25), 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. 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) (26). La possibilità di prevedere anche in ambito sanitario un piano generale di *social security* (27) o, quanto meno, di assicurazione sociale, come quello esistente nel settore degli infortuni sul

(18) Testualmente, Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, par. 1.1., in fine.

(19) Così anche R. Pardolesi e R. Simone, *Nesso di causa*, cit., 10 ss.

(20) Sul punto si rinvia ad A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza Sezione*, cit., 249 s. 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 *DeJure*. *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, Ord., 30 dicembre 2011, n. 30267, 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*.

(21) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991, nel par. 2 del “fatto di causa”.

(22) Paradosso oggi confermato da Cass., SS.UU., 22 luglio 2015, n. 15350, in questa *Rivista*, 2015, 889 ss., con nota critica di R. Pardolesi e R. Simone, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, la quale, novant’anni dopo, ribadisce le

argomentazioni di Cass., SS.UU., 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Foro it.*, 1926, I, c. 328, al fine di superare l’*overruling* proposto da Cass., Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, in questa *Rivista*, 2014, 385. Su quest’ultima decisione, i commenti favorevoli di C.M. Bianca, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 396 ss.; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno da perdita della vita e il “nuovo statuto” dei danni risarcibili*, in questa *Rivista*, 2014, 686 ss.; e già N. Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 523 ss.; Id., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 213.

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

(24) F.D. Busnelli, *Tanto tuonò, che... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il “sistema”*, in *Corr. giur.*, 2015, 1206 ss.

(25) Magistralmente G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965, 194 ss.

(26) Tra le varie alternative, sull’autoassicurazione, di recente, L. Velliscig, *Assicurazione ed “autoassicurazione” nella gestione dei rischi sanitari. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018.

(27) Sia consentito rinviare al mio contributo, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992, *passim*, che è stato occasione di ulteriore dibattito (Id., *I danni alla persona tra*

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.

Un salto all'indietro, verso l'irresponsabilità

Nelle sentenze 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” (28). Paradiso dei professionisti sanitari e forensi, i quali operavano in un clima di pressoché totale irresponsabilità (29). 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.) (30). 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 imperizia, negligente e/o imprudente esecuzione della prestazione professionale (31). Da qui parte l'evoluzione della problematica della responsabilità sanitaria che

troverà il suo momento più alto proprio nelle sentenze delle Sezioni Unite (32).

La nostalgia per un ritorno al passato emerge anche dalla letteratura presa a modello dalle sentenze che si commentano. Dopo la citazione di Nicola Coviello (ovvero di uno scritto datato 1895) (33), nell'insofferente tentativo di identificare il caso fortuito con l'assenza di colpa secondo l'ancestrale uguaglianza “*casus = non culpa*” (34), 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” (35). 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 obbligazioni (36).

Questo “salto all'indietro” pone, probabilmente, una lapide sulla “dottrina delle Corti” (37), semmai sia esistita. Ma riesce comunque difficile comprendere come una Sezione che ha difeso strenuamente sino all'ultimo, anche dopo la legge Balduzzi, la teoria del “contatto sociale” in campo sanitario (38), sia del tutto incoerentemente passata da una totale contrattualizzazione dell'intero rapporto, ad una integrale (e non richiesta) “decontrattualizzazione” che, come s'è detto, 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

responsabilità civile e sicurezza sociale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 763 ss.; Id., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale. A proposito del modello neozelandese*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 599 ss.; Id., *Hacia un “Derecho Común” de la Responsabilidad Civil*, in *La Responsabilidad Civil*, a cura di C. Fernández Sessarego, Vol. III, Lima, 2010, 41 ss.).

(28) 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.

(29) Discorre di un “intollerabile regime di irresponsabilità professionale”, R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, II ed., 2011, VII.

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

(31) Secondo M. Magliulo - R. Pardolesi, *Pluralità di nessi*, cit., 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”.

(32) Oltre a Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., 790, cfr. Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, cit., 1565 ss.

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

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

(35) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.2.

(36) Cfr. C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 12; A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Feola, *Inadempimento e responsabilità*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (Camerino, 5-8 settembre 2018), Napoli, 2019, 168 ss.; G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 18 ss.

(37) Per tale definizione, F.D. Busnelli, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in questa *Rivista*, 2014, 471 s.

(38) Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in questa *Rivista*, 2013, 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. Contratto e torto*, Torino, 2014, 435 s.

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*) (39). 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.

Il carattere sotto-sistemico della soluzione: la “frantumazione” del diritto delle obbligazioni e la duplicazione della disciplina dell’inadempimento

La soluzione proposta dal novello orientamento assume un carattere senz’altro a-sistemico o, *recte*, nuovamente sotto-sistemico (40). 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. 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” (41), dall’altro, di prevedere una disciplina unitaria dell’inadempimento in vista del superamento della partizione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato” (42), le sentenze in epigrafe, nell’estemporaneo tentativo di perseverare nell’individuazione di un tronco “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” tornerrebbe “a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell’evento alla condotta” (43).

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” (44). 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” (45) 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” (46). L’inadempimento, coincidendo con la lesione dell’interesse strumentale, non significherebbe “necessariamente lesione dell’interesse presupposto”. Argomentare diversamente “vorrebbe dire implicitamente riconoscere che oggetto della prestazione è lo stato di salute in termini di guarigione o impedimento della sopravvivenza dell’aggravamento o di nuove patologie, ma ciò non è perché il parametro da valutare se c’è stato

(39) In argomento, l’approfondita indagine di M. Feola, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, 329 ss.; Ead., *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, *op. ult. cit.*, 522 ss.

(40) In senso analogo, M. Magliulo - R. Pardolesi, *op. ult. cit.*, 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, 392 ss.

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

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

(43) All’unisono, Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1 e 1.1.1., in fine.

(44) Così Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, nel par. 1.1.1., in fine.

(45) 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., 265.

(46) Così Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.2.

inadempimento dell'obbligazione professionale è fornito dall'art. 1176, comma 2, cod. civ., il quale determina il contenuto della prestazione in termini di comportamento idoneo per il conseguimento del risultato utile" (47).

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" (48). 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 di causa del contratto" (49). Quindi, l'interesse primario integrerebbe la causa del contratto ma non la prestazione oggetto dell'obbligazione (che sarebbe 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" (50).

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 del debitore (art. 1218 cod. civ.), e perciò materia dell'onere probatorio di quest'ultimo, ma è nelle obbligazioni di diligenza professionale anche elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio" (51).

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") sia la prova del rapporto causale tra "inadempimento" e danno-evento. Ma in questa maniera dimostra ancora una volta di adottare, 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 debitore.

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" (52), rappresenta un indimostrato postulato che proviene da quella antica e "falsa" (53) idea, assai contestata nella stessa esperienza francese (54), che intende proporre, sulla base di un'erronea simmetria, "una rappresentazione unitaria del danno contrattuale e di quello extracontrattuale" (55). 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" (56). 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'

(47) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.2.

(48) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.2.

(49) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.2.

(50) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.2.

(51) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.2., in fine.

(52) Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, par. 1.1.4.

(53) G. Visintini, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, 16.

(54) Per tutti, P. Rémy, *La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 323 ss. L'orientamento trae spunto dalle pagine di D. Tallon, *L'inexécution du contrat: pour une présentation*, *ivi*, 1994, 223 ss.; *Id.*, *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, 429 ss.

(55) Criticamente anche A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 163.

(56) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 164.

relativamente a fatti e valori 'negativi' ad essi riferibili, secondo un indice tipologico" (57). 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" (58). 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 penale i maggiori tratti di somiglianza di tipo strutturale" (59). 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" (60).

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" (61). Soltanto successivamente alla prova, da parte del debitore, dell'esatto adempimento (che è vicenda estintiva 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" (62).

Così, anche chi distingue tra obbligazioni con risultato determinato (a priori) 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" (63).

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 l'impossibilità" (64). 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" (65). 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" (66).

La strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa ha sollevato molteplici perplessità anche nella più autorevole dottrina, la quale,

(57) A. di Majo, *op. ult. cit.*, 166 (il corsivo è dell'A.).

(58) Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 39, con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

(59) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 729.

(60) A. di Majo, *op. loc. ult. cit.*; in questi termini, già G. Gorla, *Sulla c.d. causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 417.

(61) G. D'Amico, *Il rischio*, cit., 357.

(62) G. D'Amico, *op. loc. ult. cit.*

(63) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 720 e 724.

(64) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 725.

(65) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 733 s.

(66) F. Piraino, *op. loc. ult. cit.*

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 extracontrattuale (67). 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 microsistema della responsabilità della struttura sanitaria!

La solita confusione tra inadempimento e responsabilità extracontrattuale

La Cassazione, nel tentativo di rispondere alle critiche ricevute, 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 dottrina (68). Anche Cesare Massimo Bianca, considerato il corifeo della tesi “soggettiva” (69) 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” (70).

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” 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.) - anche in virtù del “principio di persistenza” del diritto insoddisfatto, che perdura fin quando il debitore non ne provi l'estinzione - dimostrando 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” (71), mentre la negligenza e 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 prestazione (ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.), ovvero 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 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,

(67) A. di Majo, *La salute*, cit., 14.

(68) Concordano, sul punto, G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 469 ss.; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni* (già in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 593-616), ora in *Scritti giuridici* con presentazione di P. Rescigno, I, Milano, 1973, 463 ss.; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 128 ss.; L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988,

ora in *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 374 ss. Con riferimento a tale aspetto, C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento*, cit., 12; A. Procida Mirabelli di Lauro - M. Feola, *Inadempimento e responsabilità*, cit., 168 ss.; G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale*, cit., 18 ss.

(69) Ad es., da F. Piraino, *Il nesso di causalità*, cit., 718, in nt. 56, e 713, in nt. 21.

(70) C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, cit., 2.

(71) A. di Majo, *La salute*, cit., 27.

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” (72). Ne consegue che il relativo onere della prova, così come a suo tempo affermato dalla più autorevole dottrina (73), non può non gravare sempre sul debitore, sul quale incombe il rischio della causa ignota.

Quindi, se nella responsabilità extra-contrattuale la causalità materiale 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” (74). Ma se è proprio la struttura dell'art. 1218 c.c. ad escludere che la causalità materiale 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” (75).

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 “in astratto” a causare il tipo di pregiudizio sofferto dal creditore. 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” (76). 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” (77).

La Cassazione, con un'eterogenesi 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 traspare proprio dal “principio di diritto” enucleato dalla Cassazione, ove si parla, prima, della responsabilità del “sanitario”, e non della struttura sanitaria, poi, ancora, della causalità della “condotta del sanitario”. La Suprema corte pensa alla responsabilità della struttura sanitaria in un contesto tipicamente extra-contrattuale, 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.

La soluzione propugnata, quindi, 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” (78) che predica regole incompatibili con l'art. 1218 c.c. e con l'intero sistema del diritto delle obbligazioni.

L'osservanza dell'art. 374 c.p.c. e la necessaria remissione della questione alle Sezioni Unite

Per buona sorte le critiche, sul punto unanimi, espresse dalla dottrina hanno impedito che la Cassazione potesse continuare ad affermare (anche nelle decisioni che si commentano) che l'orientamento introdotto fosse “compatibile” o addirittura “in linea”

(72) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 719.

(73) L. Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 379. Sullo specifico punto, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Feola, *La cooperazione mancata*, cit., 25 ss.

(74) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 718 s.

(75) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 730.

(76) F. Piraino, *op. ult. cit.*, 736.

(77) F. Piraino, *op. loc. ult. cit.*

(78) F. Piraino, *op. loc. ult. cit.*

con le regole sancite dalle Sezioni Unite nel 2001 e nel 2008.

Affermazione definita “paradossale” (79) nella misura in cui intendeva celare che tale indirizzo si poneva in contrasto “siderale” (80) con le suddette decisioni.

Tuttavia, anche nelle sentenze in esame 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 cascano 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*” (81). Le Sezioni Unite non condividono proprio “il punto relativo alla prova del nesso di causalità [...] nei termini in cui è stato enunciato” (82).

Nel “principio di diritto” enunciato dalle sentenze gemelle si afferma l’esatto contrario: “ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l’inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è *onere del danneggiato provare*, anche a mezzo di presunzioni, il

nesso di causalità fra l’aggravamento della situazione patologica, o l’insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario”.

Il contrasto sulla questione di diritto è palese: secondo le Sezioni Unite il creditore non deve provare il nesso di causalità tra inadempimento ed evento dannoso. Secondo l’orientamento della Terza Sezione il creditore deve provare il nesso di causalità tra l’evento dannoso e la condotta del “sanitario”.

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.

Perseverare diabolicum!

(79) Per tutti, A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza Sezione*, cit., 253; F. Piraino, *op. ult. cit.*, 713. Anche M. Magliulo - P. Pardolesi, *Pluralità di nessi*, cit., 265, sottolineano “l’inconciliabilità degli argomenti addotti a suo sostegno con i principi espressi dalle sezioni unite”; cfr., sul punto, G. D’Amico, *Il rischio*, cit., 352 ss.; R. Pardolesi - R. Simone, *Nesso di causa*, cit., 9 ss.;

B. Tassone, *Responsabilità contrattuale*, cit., 14 ss.; D. Zorzit, *La Cassazione*, cit., 700 ss.

(80) Così la stessa D. Zorzit, *op. ult. cit.*, 700 e 703.

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

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