



TITOLO CORSO

L'evoluzione della responsabilità civile

Programma del corso: P22043

25 – 27 maggio 2022

Napoli, Castel Capuano – 26 maggio 2022

Responsabilità sanitaria e causalità: tra inadempimento e fatto illecito

Emilio Iannello, Consigliere della Corte di cassazione

Responsabilità sanitaria e causalità: tra inadempimento e fatto illecito. Reali e apparenti discontinuità nella evoluzione della giurisprudenza

Sommario

1. Premessa.....	1
2. Alle origini del fenomeno.....	3
3. La prima direttrice del percorso: l'esegesi riduttiva dell'art. 2236 cod. civ. e la distinzione tra interventi di facile esecuzione (o di routine) e interventi di difficile esecuzione (o interventi complessi) (Cass. n. 6141 del 1978).....	3
4. Seconda direttrice: il fondamento (contrattuale) della responsabilità del medico e della struttura sanitaria.....	6
4.1. (Segue): a) il fondamento contrattuale della responsabilità del medico dipendente.....	7
4.2. (Segue): b) il fondamento contrattuale della responsabilità della struttura.....	9
5. Conseguenze (nulle) della “contrattualizzazione” della responsabilità medica in punto di riparto dell'onere probatorio. Sostanziale unitarietà delle regole operative.....	10
6. L'omogeneità delle regole di riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale (Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001).....	12
7. L'onere della prova del nesso di causa nella responsabilità medica secondo Cass. Sez. U. n. 577 del 2008.....	14
8. Lo statuto della responsabilità sanitaria dopo le leggi Balduzzi e Gelli-Bianco.....	19
9. Le nuove precisazioni della Cassazione sull'onere della prova del nesso causale (Cass. n. 18392/2017 e il doppio ciclo causale).....	22
10. Le posizioni della dottrina.....	24
11. Le sentenze di San Martino 2019 (Cass. nn. 28991 – 28992 del 2019).....	32
12. Le reazioni della dottrina.....	38
12.1. Le critiche.....	39
12.2. Le aperture e i possibili punti di contatto.....	40
13. Le presunzioni e le inferenze probabilistiche (probabilità statistica o pascaliana vs. probabilità logica o baconiana).....	42



1. Premessa.

La vicenda della responsabilità sanitaria nella giurisprudenza civile della Corte di cassazione è storia di un processo graduale di approfondimento, e in parte anche di ripensamento, della struttura e della funzione della responsabilità contrattuale, quando in particolare ha riferimento alle obbligazioni di c.d. *diligenza professionale*.

Non è il caso di soffermarsi in questa sede sui vari fattori che hanno influito su tale percorso, nato da una più diffusa consapevolezza dei propri diritti da parte dell'utente

del servizio sanitario e dalla crescente attenzione da parte della giurisprudenza ai diritti della persona costituzionalmente tutelati, ma divenuto poi esso stesso causa dell'esplosione della materia nelle statistiche giudiziarie a partire dalla fine degli anni novanta e della conseguente nascita della c.d. medicina difensiva ⁽¹⁾.

Importa piuttosto qui evidenziare, in via di primo approccio, che detto processo ha riguardato entrambi i due grandi pilastri della responsabilità medica: da un lato, la *colpa professionale*; dall'altro, il *nesso di causa* (tra condotta ed evento di danno). In entrambi i casi con risultati condizionati, in misura più o meno marcata, dall'attribuzione di un fondamento contrattuale o invece extracontrattuale alla responsabilità del medico e della struttura (piano, questo, sul quale, com'è noto, è in fine intervenuto anche il legislatore).

Diverse sono state, dunque, le direttrici lungo le quali esso si è sviluppato, attraverso graduali acquisizioni, spesso l'una dall'altra reciprocamente condizionate.

Il tema della presente relazione riguarda in particolare il nesso di causa e, più specificamente, il riparto del relativo onere probatorio.

Un problema al riguardo si pone ovviamente solo nei casi in cui sulla sussistenza (o l'insussistenza) di un nesso di causa tra condotta, colpevole o inadempiente, del medico o della struttura e danno non si possa giungere ad un fondato convincimento sulla base degli elementi di prova acquisiti.

Il c.d. «*rischio della causa ignota*» incombe, però, come noto, assai di frequente nelle cause di responsabilità medica, e ben si comprende, dunque, il rilievo decisivo che può spesso assumere la regola di giudizio da applicare ai fini del riparto del relativo onere.

Deve tuttavia fin d'ora avvertirsi che, in realtà, un vero e proprio dibattito sul tema, anche con toni piuttosto accesi, è sorto solo negli ultimi anni, a seguito della nota pronuncia di Cass. Sez. U. n. 877 del 2008 e, soprattutto, a fronte delle pronunce di Cass. Sez. III n. 18392 del 2017 e Cass. Sez. III nn. 28991-28992 del 2019.

Queste ultime, infatti, secondo gran parte dei commentatori avrebbero segnato un momento di discontinuità rispetto alle precedenti acquisizioni; secondo altri invece — oltre che secondo quanto affermato nelle sentenze stesse e nei numerosi provvedimenti conformi che ne hanno consolidato l'indirizzo — rappresentano solo una più articolata e compiuta elaborazione dei principi in materia.

¹ V. C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. Civ. Prev.* 2016, fasc. 1, p. 22 ss.

2. Alle origini del fenomeno.

Il punto di partenza è certo: «*in principio, per la classe medica, fu il tempo della immunità*» (2).

Nell'Ottocento non si concepiva proprio che il medico potesse sbagliare (*The doctor can do no wrong*), sicché per affermarne la responsabilità occorreva la prova «*dell'animo deliberato di malaffare*» (Cass. Napoli 24 luglio 1871). La situazione non mutò di molto all'inizio del secolo seguente: stante la presunzione di capacità nascente dalla laurea (Cass. Sez. Un. civ., 22 dicembre 1925), una responsabilità del medico poteva ipotizzarsi nei casi limite della «*trascuranza di canoni fondamentali o elementari della medicina*» ovvero del «*grossolano errore*» (Cass. 21 marzo 1941)(3).

Una eco di tale impostazione si ritrova nelle pronunce che, ancora fino agli anni '70, e in ambito penale anche oltre (4), facendo applicazione incondizionata dell'art. 2236 cod. civ. (secondo cui «*se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*») ritenevano predicabile la responsabilità del medico solo per colpa grave (oltre che, naturalmente, per dolo).

3. La prima direttrice del percorso: l'esegesi riduttiva dell'art. 2236 cod. civ. e la distinzione tra interventi di facile esecuzione (o di routine) e interventi di difficile esecuzione (o interventi complessi) (Cass. n. 6141 del 1978)

Proprio dall'art. 2236 cod. civ. prese le mosse l'opera di graduale erosione della descritta condizione di favore della classe medica, attraverso una lettura — a partire

² Così, icasticamente, G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. Civ. Prev.* 2016, fasc. 1, p. 93 ss..

³ Per tali riferimenti v. G. TRAVAGLINO, *op. loc. cit.*

⁴ La più risalente giurisprudenza penale della Corte riteneva configurabile la responsabilità penale per i reati di omicidio e lesioni colpose solo in caso di colpa grave, identificata nella «*condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica*». Dopo iniziali generici riferimenti alla peculiarità della scienza e dell'arte medica, il fondamento positivo di tale atteggiamento venne appunto individuato nell'applicabilità, anche in ambito penale, dell'art. 2236 cod. civ., di cui venne fatta, però, una larghissima applicazione confinando le ipotesi di responsabilità al solo «*errore inescusabile derivante o dalla mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione*» o al «*difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica e diligenza, che non devono mai mancare in chi esercita la professione sanitaria*», anche a prescindere dalla sussistenza di problemi tecnici di speciale difficoltà. Per approfondimenti e ampie citazioni della giurisprudenza penale sul tema v. G. CANZIO – P. PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in *Corti supreme e salute*, 2019, fasc. 1, p. 82, e ivi note 1 - 4

da una pronuncia della Corte Costituzionale ⁽⁵⁾, seguita poi dalla giurisprudenza di merito e da quella di legittimità — riduttiva della limitazione della responsabilità per sola colpa grave, che la riservò alla sola ipotesi della (colpa per) imperizia, con esclusione della negligenza e della imprudenza (ritenute, dunque, idonee a fondare la responsabilità anche in ipotesi di colpa lieve).

Quella esegesi — chiaramente debitrice della teoria del Mengoni che, nell'ambito della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, aveva proposto un'interpretazione della disposizione di cui all'art. 2236 cod. civ. che riferisse la limitazione di responsabilità ai profili della colpa professionale in senso stretto, cioè all'imperizia tecnica ⁽⁶⁾ — aprì la strada ad un percorso che finirà di fatto con l'annullare la rilevanza pratica dell'attenuazione di responsabilità *ex art. 2236*.

Capostipite di tale tendenza fu l'arresto di Cass. n. 6141 del 1978 ⁽⁷⁾ che, per la prima volta, applicò la distinzione — mantenuta per i successivi vent'anni ⁽⁸⁾ — tra interventi di facile e interventi di difficile esecuzione. Pronunciando in un caso in cui

⁵ Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, rilevò che «*la particolare disciplina in tema di responsabilità penale, desumibile dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) del codice penale, in relazione all'art. 2236 del codice civile, per l'esercente una professione intellettuale quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, è il riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917) "di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso"*». La Corte considerò, altresì, che l'esenzione o limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 cod. civ., secondo la giurisprudenza e la dottrina, non operava al di fuori dell'ambito dell'imperizia, in riferimento alla quale «*l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito*», mentre per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità. Ritenne, quindi, non fondata la questione sollevata con riferimento all'art. 3 Cost. perché «*il differente trattamento giuridico riservato al professionista la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, e ad ogni altro agente che non si trovi nella stessa situazione, non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni (del soggetto) personali o sociali. La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti*».

⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, IV, p. 206. Per una illustrazione chiara e sintetica della teoria v. V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. Impresa* 2016, fasc. 2, p. 456 ss.

⁷ Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141 (Pres. Pedroni – Est. Schermi) in *Foro it.* 1979, I, c. 4; anche in *Arch. civ.*, 1979, p. 35; *Giur. it.*, 1979, I, p. 953. V. anche Cass. n. 1441 del 1979; n. 8845 del 1995; n. 977 del 1991.

⁸ V. Cass. Sez. III, 16 novembre 1988, n. 6220, Rv. 460568; Sez. III, 01 febbraio 1991, n. 977, Rv. 470735; Sez. III, 16 novembre 1993, n. 11287, Rv. 484346; Sez. III, 18 ottobre 1994, n. 8470, Rv. 488123; Sez. III, 11 aprile 1995, n. 4152, Rv. 491742; Sez. III, 30 maggio 1996, n. 5005, Rv. 497884; Sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, Rv. 501774, non massimata sul punto; Sez. III, 4 febbraio 1998, n. 1127, Rv. 512202; Sez. III, 19-05-1999, n. 4852, Rv. 526403; Sez. III, 23 febbraio 2000, n. 2044, Rv. 534275; Sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, Rv. 54392

era dedotta la responsabilità (contrattuale, come appresso si ricorderà) di un ente ospedaliero per i danni causati a un paziente dalle prestazioni mediche dei sanitari dipendenti, affermò il principio secondo cui *«nel settore chirurgico, quando l'intervento operatorio non sia di difficile esecuzione ed il risultato conseguito sia peggiorativo delle condizioni finali del paziente, il cliente adempie l'onere a suo carico provando che l'intervento operatorio era di facile esecuzione e che ne è conseguito un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo; spetta, poi, all'ente ospedaliero fornire la prova contraria, o dall'esistenza di una particolare condizione fisica del cliente non accettabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale, o che la prestazione professionale era stata eseguita idoneamente e l'esito peggiorativo era stato causato dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile»*.

Lungo lo stesso sentiero interpretativo si giungerà poi all'affermazione del principio secondo cui l'attenuazione di responsabilità *ex art. 2236 «non si applica a tutti gli atti del medico, ma solo ai casi di particolare complessità o perché non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire»*. L'attenuazione di responsabilità è, peraltro, ulteriormente limitata dalla richiesta, in capo al professionista, di una scrupolosa attenzione, pretendendosi dallo specialista uno standard di diligenza superiore al normale: così, il richiamo (ormai, poco più che formale e declamatorio) al concetto di colpa grave non vale più come criterio di valutazione di una grossolana divergenza dalla diligenza media, ma come scarto di diligenza esigibile da uno specialista (dal quale, appunto, pretendere una preparazione ed un dispendio di attività superiore al normale) ⁽⁹⁾, mentre non si consente al non specialista il trattamento di un caso altamente specialistico ⁽¹⁰⁾.

Ai fini della presente disamina quel che importa però sottolineare è che **il principio non toccava affatto il diverso tema dell'onere della prova del nesso causale tra evento di danno (esito peggiorativo delle condizioni di salute) e condotta dei sanitari**; l'acquisizione di detta prova, come emerge anche dalla massima sopra trascritta di Cass. n. 6141 del 1978, era data in quel caso per presupposta (ed il suo onere era comunque pacificamente posto a carico del paziente); il principio riguardava, dunque, solo la prova della colpa professionale, della quale il paziente era esonerato (sia che agisse *ex lege Aquilia*, sia che agisse sulla base di un contratto, per quanto si dirà più avanti, par. 6), potendosi tale colpa

⁹ Cass. n. 4437 del 1982; n. 977 del 1991

¹⁰ Cass. n. 2428 del 1990, che ritenne responsabile un ortopedico il quale, senza esperienza nel campo, affrontò un intervento di alta chirurgia neoplastica

ritenere dimostrata già di per sé dall'esito negativo di un intervento di facile esecuzione.

In tal senso, e solo in tal senso, poteva dirsi, da allora, che, in caso di interventi di facile esecuzione, *res ipsa loquitur* ⁽¹¹⁾.

4. Seconda direttrice: il fondamento (contrattuale) della responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

Il criterio di imputazione della responsabilità medica venne a lungo caratterizzato da una netta divaricazione tra l'ipotesi in cui il medico agisse come libero professionista in base a un contratto d'opera professionale con il paziente ovvero come dipendente della struttura cui il paziente si era rivolto.

Tale criterio era di natura contrattuale, ovviamente, nel primo caso.

Lo era anche, nel secondo caso, con riferimento alla struttura, ma la spiegazione teorica, inizialmente, ne comportava una limitazione pratica piuttosto evidente.

Il fondamento contrattuale della responsabilità della struttura era stato, infatti, affermato sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto ⁽¹²⁾. Ne derivava che la relativa disciplina fosse tratta in via di applicazione analogica al rapporto paziente-struttura delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente e riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico; il presupposto, infatti, per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura era l'accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso la stessa.

Alla responsabilità del medico operante quale dipendente della struttura era, invece, attribuita natura extracontrattuale.

Si riteneva, infatti, che parte nel contratto d'opera professionale, e nel conseguente rapporto obbligatorio, fosse soltanto l'ente ospedaliero, non anche il medico dipendente che provvede in concreto allo svolgimento dell'attività diagnostica e terapeutica. In questa prospettiva il medico dipendente – pur essendo a sua volta legato all'ente dal rapporto di impiego pubblico o privato e obbligato nei confronti di quest'ultimo a svolgere l'attività di diagnosi e terapia – era ritenuto comunque estraneo al contratto tra struttura e paziente sia in sede di conclusione che di esecuzione (assumendo in tale contesto la mera veste di organo dell'ente); ragione

¹¹ Cass. n. 8470 del 1994; v. anche G. TRAVAGLINO, *Nessi di causa e prove presuntive*, p. 320, nota 164

¹² Cass. n. 1698 del 2006; n. 9085 del 2006; n. 10297 del 2004; n. 3492 del 2002; n. 11001 del 2003; n.11316 del 2003

per cui — si affermava — non poteva incorrere in responsabilità contrattuale, ma solo in responsabilità aquiliana nei confronti del paziente.

Entrambi questi postulati sono stati oggetto di *revirement* particolarmente incisivi nell'evoluzione della giurisprudenza che si sta per sommi capi ripercorrendo.

4.1. (Segue): a) il fondamento contrattuale della responsabilità del medico dipendente.

Il primo, in ordine cronologico, si registra con riferimento alla responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria.

La diversità dei regimi di imputazione — ancorché apprezzabile, come si dirà, nei suoi effetti pratici, solo con riferimento alla prescrizione e sebbene non ponesse grossi problemi nemmeno sul piano processuale, essendo ammesso nel nostro ordinamento (a differenza, ad es., di quello francese) il c.d. *cumulo proprio di azioni*, contrattuale ed extracontrattuale, che si configura nel caso in cui un unico fatto lesivo, proveniente dal medesimo autore, integri al contempo l'inadempimento dell'obbligazione e l'illecito aquiliano ⁽¹³⁾ — apparve nondimeno irragionevole a fronte di situazioni sostanzialmente identiche.

L'insofferenza verso tale irragionevole divaricazione portò così, anzitutto, a ritenere applicabile in via analogica l'art. 2236 cod. civ., proprio della responsabilità contrattuale, anche alla responsabilità aquiliana del medico dipendente. Ciò in quanto la *ratio* di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito ⁽¹⁴⁾.

¹³ Sulla distinzione tra concorso c.d. proprio e concorso c.d. improprio di azioni, v. C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale e aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contratto e impr.*, 1996, p. 642. Sul tema del concorso o cumulo delle due azioni, P. IAMICELI, *La responsabilità civile del medico*, in P. Cendon (a cura di), *La responsabilità civile. Il diritto privato nella giurisprudenza*, VI, Torino, Utet, 1998, p. 315; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. Sacco (dir), *Trattato di dir. civ.*, Torino, Utet 1998, p. 679; Id., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, Cedam, 1989, pp. 19, 47, 125; G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 36; C. ROSSELLO, *Concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, pp. 317 ss.; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in G. Visintini (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 158. La giurisprudenza ha sempre ammesso il cumulo c.d. proprio: Cass. Sez. III, 9 gennaio 1979, n. 119, Rv. 396184; Sez. I, 22 settembre 1983, n. 5638, Rv. 430587; Sez. L., 5 ottobre 1994, n. 8090, Rv. 488007; Sez. I, 21 giugno 1999, n. 6233, Rv. 527734.

¹⁴ Cass. Sez. U. 6 maggio 1971, n. 1282; Cass. Sez. II, 17 marzo 1981, n. 1544, Rv. 412206; Sez. L., 7 agosto 1982, n. 4437, Rv. 422427; Sez. III, 26 marzo 1990, n. 2428, Rv. 466151; Sez. III, 12 agosto 1995, n. 8845, Rv. 493662; Sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440, Rv. 510087; Sez. III, 20 novembre 1998, n. 11743, Rv. 520892

Sulla strada di una tendenziale parificazione dei regimi era però destino giungere all'affermazione della natura contrattuale della responsabilità anche del medico dipendente.

Un primo tentativo in tale direzione si ebbe con l'arresto di Cass. 1° marzo 1988, n. 2144.

Muovendo dalla configurazione della responsabilità dell'ente ospedaliero come responsabilità diretta, di natura contrattuale, si osservava, in tale pronuncia, che, per l'art. 28 Cost., accanto alla responsabilità dell'ente esiste la responsabilità del medico dipendente; che tali responsabilità hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria, che, stante detta comune radice, la responsabilità del medico dipendente è come quella dell'ente pubblico di tipo professionale contrattuale; che pertanto ad essa vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilità del medico in tema di prestazione professionale, in esecuzione di un contratto d'opera professionale.

L'affermazione poggiava, però, su un debole fondamento teorico, poco tempo dopo evidenziato dal ben più noto arresto di Cass. 22 gennaio 1989, n. 589.

Si osservò, infatti, che l'art. 28 Cost. si limita ad affermare una responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti con violazione dei diritti, ma — rinviando a tal fine alle «*leggi penali, civili ed amministrative*» — nulla dice da sé sulla natura della responsabilità, rimessa appunto alle leggi ordinarie. Né la questione poteva dirsi risolta per il richiamo al fatto che sia la responsabilità del medico che quella dell'ente gestore «*hanno radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente nell'ambito dell'organizzazione sanitaria*». Infatti, la natura di una responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) «*va determinata non sulla base della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente, ma sulla base della natura del precetto che quella condotta viola*».

L'esito era, però, condiviso, trattandosi di individuare solo un più solido fondamento.

Cosa cui lo stesso arresto di Cass. n. 589 del 1999 ⁽¹⁵⁾ provvede richiamando, da un lato, l'art. 1173 cod. civ. — il quale, nel prevedere che «*le obbligazioni derivano da*

¹⁵ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 (Pres. Bile – Est. Segreto), in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di F. DI CIOMMO e A. LANOTTE; in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. CARBONE; in *Corr. Giur.*, 1999, 441, con nota di A. DI MAJO. Per la teoria del “contatto sociale” v. già, in dottrina, C. CASTRONOVO, *Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 191 ss.. Per un approccio critico alla teorica del contatto sociale, v. tra gli altri E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, n. 7-8, 2011, 1453 ss., secondo cui è sì innegabile che la pronuncia n.

contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» consente di considerare fonti dell'obbligazione «*principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative»* —, dall'altro, la figura, già desunta da altri settori dell'ordinamento, del «*rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale*».

Coniugando tali indicatori e argomentando dalla natura «*protetta*» dell'attività medica (in quanto subordinata ad una speciale abilitazione da parte dello Stato) e dal fatto che tale attività deve essere esercitata secondo standard di diligenza uguali, indipendentemente dal fatto che essa sia o meno richiesta in base ad un contratto d'opera professionale, la S.C. affermò il principio, da allora imperante per i successivi quasi vent'anni, secondo cui anche la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve considerarsi da inadempimento, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio sussistente tra le parti, bensì in virtù di un rapporto di fatto originato dal «*contatto sociale*».

Secondo questo indirizzo, il medico designato dalla struttura sanitaria non può essere considerato come l'autore di un fatto illecito aquiliano, poiché la vicenda non inizia con la violazione del principio *alterum non laedere* e con il cagionare un danno ingiusto, ma si struttura come rapporto in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico che ha il dovere di prestargliele in virtù del servizio pubblico sanitario nazionale (¹⁶).

4.2. (Segue): b) il fondamento contrattuale della responsabilità della struttura.

Nella stessa direzione del potenziamento degli strumenti di tutela del paziente si colloca, pochi anni dopo, anche il superamento del visto limite dei presupposti per far valere la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

Tale obiettivo è stato ottenuto dalla giurisprudenza riconsiderando il suddetto rapporto in termini autonomi dal rapporto paziente-medico e riqualificandolo come un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (di *spedalità* o di *assistenza sanitaria*), con conseguente apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori e trovano la fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente.

589 del 1999 abbia corretto il tiro, rifuggendo dal paradigma dell'obbligazione senza prestazione, ma al contempo non è riuscita a dare una qualunque spiegazione «*del passaggio dalla dimensione del contatto puramente sociale al piano della rilevanza giuridica*».

¹⁶ V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.* 2013, fasc. 4, pp. 378 ss..

Questo percorso interpretativo, anticipato dalla giurisprudenza di merito, ha trovato conferma in una sentenza delle Sezioni Unite ⁽¹⁷⁾, seguita da altre delle sezioni semplici ⁽¹⁸⁾, che si esprimeva a favore di una lettura del rapporto tra paziente e struttura (in quel caso privata) che valorizzasse la complessità e l'atipicità del legame che si instaura e che va oltre la fornitura di prestazioni alberghiere, comprendendo la messa a disposizione di personale medico ausiliario e paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni. In virtù del contratto, la struttura deve fornire al paziente una prestazione articolata, definita genericamente di «*assistenza sanitaria*», che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi accessori e c.d. di protezione ⁽¹⁹⁾.

5. Conseguenze (nulle) della “contrattualizzazione” della responsabilità medica in punto di riparto dell’onere probatorio. Sostanziale unitarietà delle regole operative.

Giunti a questo punto nella ricostruzione degli itinerari della giurisprudenza, occorre chiedersi quali furono, in concreto, i riflessi pratici, sulle concrete regole operative, del processo di «*contrattualizzazione*» della responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria per i danni da *malpractice* sanitaria.

La risposta è che, a ben vedere, questi si risolvevano di fatto solo nel rendere uguali i termini di prescrizione (decennale) della relativa azione ⁽²⁰⁾; nessuna sostanziale novità era invece apprezzabile in punto di riparto e contenuto degli oneri probatori.

¹⁷ Cass. Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, Rv. 555494

¹⁸ Cass. Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066, Rv. 574562; Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 571, Rv. 581222; Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, Rv. 587618; Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24759, Rv. 601025; Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743, Rv. 608088

¹⁹ In questi termini descrive e ribadisce detto indirizzo, in motivazione, Cass. Sez. U. 11 gennaio 2008, n. 577, sulla quale si tornerà più avanti nel testo per l'affermazione di altro principio di più diretta rilevanza ai fini della presente disamina. Sul tema, v., in dottrina, M. GORGONI, *La responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno Resp.* 2016, p. 807 ss.

²⁰ Altra rilevante differenza tra le due forme di responsabilità era stata per vero individuata da Cass. n. 589 del 1999 nel fatto che solo in quella contrattuale avrebbe in teoria potuto assumere rilievo la lesione dell'interesse positivo (ossia il mancato conseguimento del risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, si sarebbe dovuto raggiungere, non accompagnato però da nessun peggioramento delle iniziali condizioni di salute), mentre in quella extracontrattuale la responsabilità del medico sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo). Senonché, come sottolinea la stessa sentenza, pacificamente anche coloro che considerano la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente di natura extracontrattuale, ritengono poi che essa copra entrambe le situazioni suddette.

Ed invero, quanto all'onere della prova della colpa professionale, la giurisprudenza era già giunta per altra via ad applicare criteri di riparto e contenuti analoghi sia che ci si muovesse in ambito contrattuale, sia che ci si muovesse in ambito extracontrattuale.

Anche muovendo in ambito contrattuale, infatti, si faceva leva sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato per affermare che, nelle prime, cui era ricondotta l'obbligazione assunta dal medico o dalla struttura, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza.

Per converso la giurisprudenza riteneva applicabile in via analogica l'art. 2236 cod. civ., proprio della responsabilità contrattuale, anche alla responsabilità aquiliana del medico dipendente; affermava che la regola sulla diligenza professionale, di cui all'art. 1176, secondo comma, cod. civ., vale come criterio di giudizio della condotta medica sia per la colpa contrattuale che per quella aquiliana ⁽²¹⁾.

Si era così già realizzato nella pratica un regime della responsabilità medica tendenzialmente unitario, tranne che, come detto, in punto di termine di prescrizione, a prescindere dalla qualificazione della responsabilità di volta in volta dedotta.

Ciò ha indotto taluni a parlare di «*sottosistema della responsabilità civile*» ⁽²²⁾ o di «*regime uniforme e transtipico*» ⁽²³⁾, per evidenziare la specialità di una disciplina che supera i comparti corrispondenti ai classici regimi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, definendosi piuttosto in funzione del genere di attività esercitata e delle conseguenze che possono derivarne.

Tanto più tale unitarietà di disciplina era di fatto indiscussa con riferimento al tema che qui in particolar modo interessa, ossia la prova del nesso di causa tra condotta ed evento di danno.

Non era mai stato messo in dubbio, infatti, che, anche agendo *ex contractu*, la prova del nesso di causa tra inadempimento ed evento di danno andava offerta dal creditore/danneggiato.

²¹ Cass. Sez. III, 26 marzo 1990, n. 2428, Rv.

²² R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 785; Ead., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam Padova 1995. V. anche U. IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.* 2005, fasc. 2, p. 130; E. PALMERINI, *Il «sottosistema» della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*, in *Nuova Giur. Civ.* 2011, 5, 10464; U. SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova Giur. Civ.* 2018, 11, 1676.

²³ V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 89

6. *L'omogeneità delle regole di riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale* (Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001).

Lo stato dell'arte era quello descritto quando irruppe nel contesto ermeneutico di riferimento la fondamentale pronuncia di Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001 ⁽²⁴⁾, la quale, pur non occupandosi di responsabilità medica ⁽²⁵⁾, fissò tuttavia un principio di portata generale destinato ad avere diretta incidenza sul tema.

Con tale pronuncia venne superato il precedente orientamento secondo cui l'onere della prova dell'inadempimento dipendeva dal contenuto della pretesa dedotta in giudizio (e che riconosceva all'inadempimento natura di fatto estintivo nell'azione di adempimento e di fatto costitutivo nell'azione di risoluzione e di risarcimento danni), come pure venne superata la tesi che, pur negando la possibilità di ricostruire diversi oneri probatori in relazione al diverso *petitum* oggetto delle domande, distingueva a seconda che l'inadempimento lamentato consistesse in inadempimento definitivo o ritardo o in adempimento inesatto.

²⁴ Cass. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533 (Pres. Vela – Est. Preden) in *Foro it.*, 2002, I, 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 356 ss., con nota di B. MEOLI; in *I Contratti*, 2002, 118 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*. Cfr. altresì G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e impr.*, 2002, 903 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2006, 66 ss.; M. MAGGIOLO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, fasc. 6, 165 ss.; F. BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, *passim*, spec. 47 ss. Per una critica della soluzione elaborata dalle sezioni unite cfr. C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato* 2004, p. 115, nt. 105.

²⁵ Si trattava di una domanda di condanna al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno conseguente ad inadempimento dell'obbligo contrattuale di insonorizzazione di una parete divisoria, rigettata in appello per mancata prova, da parte dell'attore, dell'inadempimento; il ricorso poneva la questione se sia il creditore agente, che lamenta la violazione del suo diritto, ad essere gravato dell'onere di dimostrare il mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione, quale fondamento dell'azione di esatto adempimento, di risoluzione o di risarcimento del danno, ovvero se incombesse al debitore resistente, che eccepiva l'estinzione dell'obbligazione per adempimento, la prova dell'avvenuto compimento dell'attività solutoria. Sul punto vi era contrasto nella giurisprudenza tra un indirizzo maggioritario, che diversificava il regime probatorio secondo che il creditore agisse per l'adempimento, nel qual caso si riteneva sufficiente che l'attore fornisse la prova del titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, ovvero per la risoluzione, nel qual caso si riteneva che il creditore dovesse provare, oltre al titolo, anche l'inadempimento, integrante anch'esso fatto costitutivo della pretesa; ed un altro orientamento, minoritario, che tendeva ad unificare il regime probatorio gravante sul creditore, senza distinguere tra le ipotesi in cui agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, ritenendo in ogni caso sufficiente la prova del titolo che costituisce la fonte dell'obbligazione che si assume inadempita, spettando al debitore provare il fatto estintivo dell'avvenuto adempimento. Indirizzo, quest'ultimo, cui aderì la pronuncia delle Sezioni Unite.

Facendo riferimento ad esigenze di omogeneità, al principio di persistenza del diritto e a quello di vicinanza della prova, Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001 stabilì, in materia di responsabilità contrattuale, un'unica regola probatoria, sia nel caso in cui venga proposta domanda di adempimento, di risoluzione o di risarcimento, sia nel caso in cui si agisca per il mancato o l'inesatto adempimento. In tutte queste ipotesi il creditore è solo tenuto a dimostrare esclusivamente la fonte del suo diritto, spettando al debitore la prova di aver adempiuto (²⁶).

Tale pronuncia determinò, nelle cause di risarcimento danni da *malpractice* sanitaria, l'inversione dell'onere della prova della difformità della condotta tenuta dal medico da quella prescritta dalle regole dell'arte.

Ne seguirà anche l'abbandono della distinzione tra interventi di facile esecuzione e interventi complessi.

Alla luce, infatti, dei principi affermati dalle Sezioni Unite e della qualificazione in termini contrattuali della responsabilità della struttura e del medico, tre sentenze della S.C. — la n. 9471, la n. 10297 e la n. 11488 del 2004 (²⁷), cui si uniformò la giurisprudenza successiva — esclusero che la distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione potesse costituire valido criterio di riparto dell'onere della prova, ed attribuirono: al paziente l'onere di dimostrare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgere di nuove patologie per effetto dell'intervento; all'ente e/o al sanitario quello di provare che la prestazione professionale è stata eseguita diligentemente e che gli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

Le pronunce non chiarirono su chi dovesse gravare la prova del nesso eziologico tra prestazione ed evento dannoso, ma la giurisprudenza immediatamente successiva è stata chiara e univoca nell'affermare che tale onere era a carico del danneggiato (²⁸).

È oltremodo significativo al riguardo che Cass. Sez. U. n. 577 del 2008 (che segna il cruciale passaggio successivo dell'evoluzione in esame), ha così sintetizzato (in motivazione, § 4.2) il criterio di riparto fino allora costantemente seguito: «*la giurisprudenza delle sezioni semplici di questa Corte, applicando questo principio [il*

²⁶ Fatta eccezione per l'inadempimento delle obbligazioni negative, la prova del quale è posta a carico del creditore, sul rilievo che trattasi di fatto positivo *ex art.* 1222 cod. civ..

²⁷ Cass. 19 maggio 2004, n. 9471; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, pubblicate in *Danno e resp.* 2005, 26 ss., con commento di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*; anche in *Corr. giur.*, 2005, p. 33, con nota di A. DI MAJO; *Foro it.*, 2004, I, c. 3328, con nota di A. BITETTO; *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2115; *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 552, con nota di C. PASQUINELLI; *Giur. it.*, 2005, p. 1413, con nota di S. PERUGINI.

²⁸ V. Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. 11 novembre 2005, n. 22894; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085.

riferimento è proprio a Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001, n.d.r.] *all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico ha ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario. Resta a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente (Cass. n. 12362 del 2006; Cass.11.11.2005, n.22894; Cass.28.5.2004, n.10297; Cass.3.8.2004, n.14812)».*

7. *L'onere della prova del nesso di causa nella responsabilità medica secondo Cass. Sez. U. n. 577 del 2008.*

Un'analisi specifica del tema dell'onere della prova del nesso causale tra azione od omissione del medico o della struttura ed evento dannoso venne per la prima volta condotta da Cass. Sez. U. n. 577 del 2008 ⁽²⁹⁾, la quale, a differenza di Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001, si trovava ad affrontare un caso in cui in discussione era il danno derivante da dedotto inadempimento di una obbligazione di *facere* professionale.

Il caso riguardava, più precisamente, la richiesta risarcitoria di un paziente che lamentava di aver contratto l'epatite C a seguito di una trasfusione di sangue infetto eseguita presso una clinica privata.

²⁹ Cass. 11 gennaio 2008, n. 577 (Pres. Carbone – Est. Segreto), in *Danno e resp.*, 2008, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) aspetti della controversia medica*; in *Resp. civ.*, 397 ss., con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 616 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le Sezioni Unite fanno il punto di tema di prova della responsabilità sanitaria*; in *Giur. it.*, 2008, 2197 ss., con nota di M. G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *Danno e resp.*, 2008, 871-879, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*; in *Giur. it.*, 2008, p. 1653, con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, e p. 2196, con nota di G.M. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *La responsabilità civile*, 2009, p. 221, con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*; *ivi*, 2008, p. 397, con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; *ibid.*, p. 687, con nota di M. DRAGONE, *Le sezioni unite, la «vicinanza alla prova» e il riparto dell'onere probatorio*. Cfr. anche G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 393 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 703 ss., e M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, in *Tratt. teor. prat. dir. priv.* diretto da G. ALPA-S. PATTI, Padova, 2009, p. 209 ss..

La domanda era stata respinta in primo e in secondo grado sul rilievo che l'attore non aveva provato il nesso di causalità tra l'emotrasfusione e l'epatite C, «*poiché non era stato provato ... che alla data del ricovero non fosse portatore già della patologia lamentata*».

La sentenza d'appello venne impugnata dal danneggiato lamentandosi che «*erratamente ... (la Corte di merito aveva) ritenuto che fosse onere di esso attore provare il nesso causale tra emotrasfusione e l'epatite C di cui soffriva, nonché provare che esso attore non fosse già portatore di tale malattia al momento del ricovero*».

Il motivo venne accolto «*nei termini che seguono*».

Tali termini possono qui sinteticamente così riassumersi.

Premessi ampi riferimenti alla natura contrattuale della responsabilità della struttura si afferma anzitutto che «*il problema del riparto dell'onere probatorio deve seguire i criteri fissati in materia contrattuale, alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento*».

Si ricorda, quindi, qual è stato il criterio di riparto che le sezioni semplici della S.C. hanno «*ritenuto*» di dover trarre da quel principio (tale parte della motivazione è esattamente quella sopra già trascritta al termine del precedente paragrafo della presente relazione).

Detto ciò, si afferma che «*il punto relativo alla prova del nesso di causalità non può essere condiviso, nei termini in cui è stato enunciato, poiché esso risente implicitamente della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla predetta sentenza delle S.U. n. 13533/2001 (vedasi anche S.U. 28.7.2005, n. 15781)*».

La parte immediatamente seguente della motivazione (§§ 5.1 – 5.4) è dedicata ad evidenziare i profili problematici della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, specie se applicata alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni: in realtà — si dice — «*in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile*». In tale contesto argomentativo si rimarca come il principio affermato da Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001 — secondo cui il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per

l'inadempimento — non si richiama mai, in alcun modo, alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Sembra dunque chiaro che la «*non condisione*» del principio che, in punto di riparto dell'onere probatorio nelle cause di responsabilità professionale del medico, le sezioni semplici avevano affermato alla luce di Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001 — principio che, si ricorda, poneva chiaramente a carico del creditore l'onere della prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e l'evento dannoso — riguardasse non il «*riparto*» dell'onere probatorio quanto piuttosto il «*contenuto*» di tale onere, nel senso che non potesse questo diversamente modularsi a seconda che si considerasse l'obbligazione dedotta in contratto come obbligazione di mezzi, nella quale «*essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza*», o come obbligazione di risultato, nella quale «*invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile*» (§ 5.4 della sentenza).

La regola di riparto *come* enunciata dalle sezioni semplici è dunque corretta dalle S.U. nei termini seguenti.

«6.1. Prestata piena adesione al principio espresso dalla pronunzia suddetta, ritengono queste S.U. che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.

«Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno.

«Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

«6.2. Nella fattispecie, quindi, avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria (ed il punto non è in contestazione) ed il danno assunto (epatite), allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero».

Che il dissenso rispetto all'indirizzo delle sezioni semplici riguardasse non l'onere della prova a carico del creditore ma il suo contenuto (o, più propriamente ancora, il grado di probabilità idoneo a giustificare il convincimento della sussistenza del nesso

causale) lo si desume dalle conclusioni che dal suesposto ragionamento le S.U. trassero con riferimento al ricorso in esame:

«7.2. Ne consegue che la sentenza impugnata, la quale ha posto a carico del paziente (creditore) la prova che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite, ha violato i principi in tema di riparto dell'onere probatorio, fissati in tema di azione per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale».

Si rilevò, in sostanza, che il paziente aveva dimostrato di aver subito l'emotrasfusione e di aver contratto l'epatite, mentre l'ospedale non aveva dimostrato che il sangue non era infetto.

Mancava infatti la documentazione circa la tracciabilità del sangue, i test ematochimici eseguiti sul paziente prima della trasfusione e sul sangue trasfuso. Inoltre, dalla cartella clinica erano state rilevate delle incongruenze, che seppur non direttamente collegate al caso, dimostravano una negligenza nella sua tenuta (compilazione e custodia) che consentiva di ricorrere alle presunzioni semplici.

Il ricorso, dunque, venne accolto e fu enunciato il seguente principio:

«In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato.

«Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante».

Tale sentenza è stata salutata come una sostanziale vittoria della corrente di pensiero che, dalla matrice contrattualistica del rapporto medico – paziente, aveva tratto la conseguenza che gravasse al debitore la prova della sua completa innocenza, pretendendo dal medico, dall'infermiere e da tutti i professionisti sanitari di provare la propria diligenza e perizia in ogni prestazione⁽³⁰⁾

Tale lettura ha un suo fondamento ma, alla luce di quanto esposto, non sembra possa arriversi a dire che la sentenza abbia anche addossato al debitore il rischio della causa ignota⁽³¹⁾.

³⁰ G.M. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, cit.

³¹ In tal senso v., in dottrina, G. CANZIO – P. PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza*, cit., p. 118, i quali notano, efficacemente, come «... a ben vedere, nella fattispecie all'esame delle Sezioni unite, il paziente aveva allegato il fatto inadempimento costituito dalla "trasfusione di una sacca di sangue infetto", astrattamente idoneo a produrre il contagio da epatite C, e la struttura sanitaria non aveva fornito la prova "che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del

ricovero”. *Quello che si vuole mettere in luce è che, nella fattispecie all’esame delle Sezioni unite, non avendo la struttura assolto all’onere probatorio a suo carico circa la natura non infetta della sacca o l’adempimento agli obblighi normativi esistenti al tempo dell’intervento e relativi alle trasfusioni di sangue, quali quelli relativi alla identificabilità del donatore e del centro trasfusionale di provenienza (c.d. tracciabilità del sangue), si versava in una situazione in cui, in base alle regole sull’onere della prova, poteva ritenersi appurato l’inadempimento “qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno”, e raggiunta la prova per presunzioni del nesso causale. Porre a carico della struttura l’esistenza di un’altra causa del contagio in questa sentenza significa porre a carico della struttura la prova contraria della raggiunta prova sul nesso causale».*

Nello stesso senso osserva G. TRAVAGLINO, *Nessi di causa e prova presuntiva* (scritto in corso di pubblicazione), a pag. 312: «una più attenta lettura della motivazione della sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 577 del 2008, che, nell’affermare un principio ulteriore e diverso rispetto a quello predicato dalle stesse sezioni unite nel 2001, ne integra e ne modifica significativamente il contenuto, estendendolo a quei rapporti obbligatori non contemplati della prima pronuncia»; e poi a pag. 318, nel raffrontare Cass. Sez. U. n. 13533 del 2001 e Cass. Sez. U. n. 577 del 2008: «Una ricostruzione appena fedele (e appena intellettualmente onesta) dei principi (niente affatto consonanti) espressi dalle due sentenze conduce alle seguenti conclusioni: 1. Nonostante il “formale ossequio” al principio probatorio affermato dalla sentenza del 2001, la pronuncia del 2008 afferma un principio del tutto diverso (che, ad essere generosi, costituisce una “specificazione estensiva” del primo, resa, peraltro, necessaria dalla diversità dell’obbligazione esaminata); 2. Affermare che il creditore deve limitarsi ad allegare esclusivamente l’inadempimento è cosa del tutto diversa dall’affermare che l’allegazione del creditore non può limitarsi ad un inadempimento qualunque esso sia, (come affermato nel 2001), ma deve estendersi ad un inadempimento qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno; 3. Il fondamento logico, prima ancora che giuridico, del principio affermato nel 2001 era quello dell’impossibilità del creditore di provare il fatto negativo dell’inadempimento, mentre nella responsabilità sanitaria il paziente è tenuto a provare il fatto positivo dell’aggravamento, della nuova patologia o (per bocca dei suoi eredi) della morte. 4. Mentre nella sentenza del 2001 non v’era cenno del problema causale (ritenendosi la causalità “assorbita” dall’inadempimento), la sentenza del 2008 richiede l’allegazione di un inadempimento astrattamente efficiente alla produzione del danno, che altro non significa se non onere probatorio di allegazione del nesso tra condotta e inadempimento sul piano della causalità generale; 5. La sentenza del 2001, discorrendo espressamente di presunzione della persistenza del diritto 161, desumibile dall’art. 2697 c.c., in virtù del quale, una volta provata dal creditore l’esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine, non poteva che riferirsi alle obbligazioni di dare o di fare compatibili con l’apposizione di un termine (tali non essendo, per ovvi motivi, quelle dell’operatore sanitario); 6. La stessa pronuncia, nell’unificare, quoad probationem, i diversi tipi di obbligazione, unificava nel contempo la disciplina, su quel medesimo piano, tanto della domanda di adempimento, quanto quella dell’inesatto adempimento, quanto ancora quella del risarcimento – mentre l’obbligazione sanitaria non pare davvero suscettibile di alcuna ulteriore richiesta “di adempimento” da parte del creditore; 7. Nel discorrere della posizione del creditore che deduce di non essere stato pagato (e che avrebbe serie difficoltà ad individuare fatti positivi contrari), la sentenza del 2001 mostra, in definitiva, di avere a mente un modello – quello delle obbligazioni di dare – imprevedibile nelle obbligazioni di fare professionale da professione intellettuale».

In prospettiva non dissimile v. anche B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, 2^a ed., Giappichelli Torino 2021, pp. 110 s., secondo il quale «la statuizione contenuta nella sentenza n. 577/2008 che ha dato origine al dibattito ... era suscettibile di una diversa lettura» e cioè nel senso che «se non è discutibile che l’attore dovesse provare il nesso fra l’emotrasfusione e la contrazione

8. *Lo statuto della responsabilità sanitaria dopo le leggi Balduzzi e Gelli-Bianco.*

È in questo contesto che, nella seconda decade del nuovo secolo, si ha l'intervento in materia, per la prima volta, anche del legislatore.

L'intento è evidentemente quello di restituire ai sanitari una meno onerosa posizione processuale nel crescente contenzioso.

Un primo tentativo in tal senso si ebbe con l'emanazione della c.d. legge Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. con modif. dalla legge 8 novembre 2012, n. 189).

Esso, tuttavia, non trovò efficace espressione nella norma, a causa della scarsa chiarezza del testo (art. 3), che ha lasciato prevalere una esegesi conservativa del «diritto vivente»⁽³²⁾.

È dunque intervenuta, pochi anni dopo, la legge c.d. Gelli-Bianco (legge 8 marzo 2017, n. 24), entrata in vigore il 1° aprile 2017, il cui art. 7 non lascia più adito a dubbi sull'intento di indirizzare il contenzioso verso un c.d. doppio binario: responsabilità contrattuale delle strutture (*ex art. 1218 c.c.* per l'inadempimento o l'inesatto adempimento del contratto concluso con il paziente al momento del ricovero; *ex art. 1228 c.c.* per il danno cagionato dal professionista/ausiliario di cui si

della patologia, pare troppo avergli chiesto di dimostrare di non averla già contratta e che mai altrove era stato sottoposto a emotrasfusioni infette o a emotrasfusioni tout court.

³² V. Cass. 17 aprile 2014, n. 8940 (Pres. Finocchiaro – Est. Frasca) [«La norma dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 189 del 2012, quando dispone nel primo inciso che «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve» e, quindi, soggiunge che «in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile», poiché omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso solo la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. dev'essere interpretata, conforme al principio per cui *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civilistica. Deve, viceversa, escludersi che con detto inciso il legislatore abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale»]. In termini convergenti si era già espressa Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030 (Pres. Trifone – Est. Petti).

Nella giurisprudenza di merito v. in tal senso: Trib. Milano, 18 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*; Id. 20 febbraio 2015, in *Resp. Civ. Prev.* 2015, p. 163, con nota di M. GORGONI; Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 368; Trib. Cremona, 19 settembre 2013, in *www.altalex.com*; Id. 1 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, in *Danno resp.*, 2013, 378.; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Arezzo 14 febbraio 2013, in *Danno resp.* 2013, 373 ss. con nota di V. CARBONE.

Contra: Trib. Varese 26 novembre 2012; Trib. Torino, 26 febbraio 2013; in *Danno resp.* 2013, 373 ss; Trib. Milano, 17 luglio 2014 in *Dir. Pen. Contemporaneo*; Id. 23 luglio 2014; Id. 2 dicembre 2014; Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013 in *Resp. Civ. Prev.* 2013, 1988 con nota di C. SCOGNAMIGLIO.

sia avvalsa per l'adempimento dell'obbligazione); extracontrattuale del sanitario operante al suo interno, dipendente o meno che sia, salva l'ipotesi che lo faccia sulla base di accordo negoziale con il paziente ⁽³³⁾).

I problemi di diritto (in senso lato) intertemporale posti dalla qualificazione operata dal legislatore della responsabilità del medico dipendente in termini di responsabilità extracontrattuale sono stati risolti dalla S.C. nell'ambito del c.d. Progetto Sanità ⁽³⁴⁾ da Cass. n. 28994 del 2019 ⁽³⁵⁾, che — ritenuta la legittimità della qualificazione

³³ Tra i commenti alla novella: M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (Legge Gelli Bianco): profili civilistici*, in *Studium Iuris*, 2017, 659 ss., 781 ss., in parte sviluppato in ID., *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pacini, 2018; AA.VV., *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di Alpa, Pacini, 2017; R. PUCCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico paziente?*, in *Resp. med.*, 2017, 3 s.; M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, *ibidem*, 5 ss.; M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, *ibidem*, 17 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico*, *ibidem*, 35 ss.; R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 261 ss.; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, *ibidem*, 268 ss.; A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 217 ss.; C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde*, *ibidem*, 377 ss.; R. CALVO, *La "decontrattualizzazione" della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 453 ss.; P.G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco - Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, 728 ss.; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 5, 752 ss.; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della legge 8 marzo 2017, n. 24)*, *ibidem*, 1115 ss.; C. COLOMBO, *Profili civilistici della riforma della responsabilità sanitaria*, in *ODCC*, 2017, 299 ss.; V. CARBONE, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, 737 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, *ibidem*, 740 ss.; C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 410 ss.; AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli - Bianco (legge n. 24/2017)*, a cura di Volpe, Zanichelli, 2018; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2018, 359 ss.; E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3 prima frase, art. 7, L. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 829 ss.; B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli - Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, E.S.I., 2018, 115 ss.; AA.VV., *La nuova responsabilità medica*, a cura di Ruffolo, Giuffrè, 2018.

³⁴ Così denominato il progetto organizzativo adottato dal Presidente Titolare della Terza Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione, e realizzato, in estrema sintesi, attraverso la trattazione in tre udienze tematiche all'inizio di luglio del 2019, di ricorsi prospettanti le questioni di maggior rilievo nomofilattico in tema di responsabilità sanitaria e di danno alla persona, con l'intento di offrire soluzioni interpretative chiare e univoche, in funzione dell'obiettivo di una tendenziale uniformità degli indirizzi giurisprudenziali. Ne è sortita, poi, la pubblicazione di dieci sentenze nella stessa data dell'11 novembre 2019 (dalla n. 28985 alla n. 28994).

³⁵ Cass. 11 novembre 2019, n. 28994 (Pres. G. Travaglino – Est. C. Valle), in *Resp. Civ. Prev.* 2020, p. 169, con nota di C. CONSOLO – S. BARONE, *Responsabilità del medico e regolazione della successione di leggi di qualificazione*; in *La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2020, p. 318, con nota

giuridica della fattispecie operata direttamente dal legislatore (benché con evidente invasione di un campo proprio della giurisdizione) — ha tuttavia affermato il principio secondo cui «*le norme sostanziali contenute nella legge n. 189 del 2012, al pari di quelle di cui alla legge n. 24 del 2017, non hanno portata retroattiva, e non possono applicarsi ai fatti avvenuti in epoca precedente alla loro entrata in vigore, a differenza di quelle che, richiamando gli artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni private in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi*»⁽³⁶⁾.

Ai fini, dunque, della presente disamina appare chiaro che la novella incide solo sui criteri di imputazione, determinando il ritorno al modello dualistico di responsabilità.

La qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale della responsabilità del medico risolve però solo in parte il «*rischio della causa ignota*», non solo per la negata applicabilità della nuova qualificazione (normativa) ai fatti pregressi, ma anche e soprattutto perché l'opposta qualificazione rimane valida e operante nei confronti della struttura sanitaria, pubblica o privata, ossia del soggetto nei cui confronti, per intuibili motivi, del tutto prevedibilmente si rivolgerà sempre, in via preferenziale e quanto meno in via cumulativa, la pretesa risarcitoria.

Resta pertanto attuale il problema sorto dopo le sentenze delle Sezioni Unite del 2001 e del 2007 di cui si è detto.

Lungi dall'essere sopito, il dibattito si è anzi riaperto, come s'è detto, in termini anche piuttosto vivaci, a seguito dei pronunciamenti sul tema della Terza Sezione civile, tra il 2017 e il 2019, sui quali occorre concentrare la restante parte della presente relazione.

di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla "irretroattività" della disciplina sostanziale della L. n. 189/2012 e della L. n. 24/2017.*

³⁶ Per tale ultimo principio v., nell'ambito del medesimo Progetto, *funditus*, Cass. 11 novembre 2019, n. 28990 (Pres. G. Travaglino – Est. S. Olivieri), in *Resp. Civ. Prev.* 2020, p. 213, con nota di P. ZIVIZ, *A ritroso (prevista l'applicazione retroattiva per le tabelle normative)*; in *La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2020, p. 318, con nota di C. BOITI, *Medical malpractice e applicazione retroattiva del criterio tabellare di liquidazione del danno*; in *Corr. Giur.* 2020, p. 128; in *Danno e resp.*, 2020, 1, 36, con nota di D. AMRAM, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019* (commento, quest'ultimo, concentrato però sul diverso tema, pure affrontato da Cass. n. 28990 del 2019, del c.d. danno differenziale, a sua volta sviluppato dalla numericamente successiva Cass. n. 28996 del 2019, Pres. G. Travaglino – Est. M. Rossetti).

9. *Le nuove precisazioni della Cassazione sull'onere della prova del nesso causale (Cass. n. 18392/2017 e il doppio ciclo causale).*

Si arriva così, nove anni dopo l'arresto di Cass. S.U. n. 577 del 2008, in una temperie ancora caratterizzata dalla ricerca di soluzioni che ponessero gli esercenti la professione sanitaria in una posizione meno gravosa nell'ambito del crescente contenzioso, alla pronuncia di Cass. n. 18392 del 2017 ⁽³⁷⁾, la quale, in dichiarata continuità con detto arresto, compie una raffinata operazione di sistemazione concettuale, culminata nell'affermazione di principio secondo cui «*ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione; l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari*».

Questi, in sintesi, i passaggi argomentativi:

– il nesso causale (tra azione/omissione del medico ed evento di danno) è elemento del fatto costitutivo della pretesa risarcitoria;

– secondo la regola generale (art. 2697 cod. civ.: *onus probandi incumbit ei qui dicit*) la sua prova incombe sull'attore/danneggiato;

– il principio affermato da Cass. S.U. n. 577 del 2008 solo apparentemente enuncia una regola opposta, in quanto si riferisce in realtà non al nesso causale che lega l'evento di danno all'azione od omissione del sanitario (**causa costitutiva** del diritto al risarcimento), ma al diverso nesso causale che intercorre tra inadempimento e fatto non imputabile al debitore/sanitario (**causa estintiva** dell'obbligazione).

Occorre dunque distinguere due *cicli causali*:

– il primo riguarda l'evento di danno, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) e caratterizza negli stessi termini gli oneri di allegazione e prova del danneggiato («**tronco comune**» delle azioni di danno)(c.d. **causalità costitutiva**);

³⁷ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392 (Pres. Travaglino – Est. Scoditti) (spesso citata, dal nome del suo estensore, come «sentenza Scoditti» o del doppio ciclo causale) in: *Foro it.* 2018, I, c. 1348, con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*; in *Danno e resp.* 2017, fasc. 6, p. 696, con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*; *ivi* 2018, fasc. 3, p. 345, con nota di G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria.*

– il secondo è proprio della responsabilità contrattuale e riguarda l'impossibilità di adempiere (per fatto non imputabile al debitore) come causa di estinzione dell'obbligazione, la cui prova è a carico del debitore (c.d. **causalità estintiva**);

– la dimostrazione di tale causa estintiva passa attraverso la prova della non imputabilità del fatto che ha reso impossibile la prestazione (*casus=non culpa*)⁽³⁸⁾ e, dunque, della diligenza del debitore, che però, a questo fine, non attiene all'adempimento ma alla «*conservazione della possibilità di adempiere*»;

– essa va quindi valutata secondo il parametro della diligenza ordinaria (o del buon padre di famiglia: art. 1176, comma primo, cod. civ.), a differenza di quella relativa alla prestazione dedotta in contratto, che va valutata secondo la diligenza professionale (art. 1176, comma secondo, cod. civ.).

Discende da tali regole che il rischio della causa ignota: a) graverà sul creditore/danneggiato, se riguarda l'evento di danno; b) graverà invece sul debitore/danneggiante, se riguarda la causa esterna imprevedibile e inevitabile che ha reso impossibile l'adempimento.

Con la ovvia precisazione che il (secondo) ciclo causale, relativo alla possibilità di adempiere, acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore.

Cass. n. 18392 del 2017 ha segnato la giurisprudenza successiva della Terza Sezione, presto conformatasi al nuovo paradigma⁽³⁹⁾.

³⁸ Tradizionale equazione con la quale si esprime una nozione «soggettiva» di impossibilità della prestazione, i cui limiti e la cui corretta accezione sono ulteriormente illustrati (e diversamente modulati in rapporto agli sviluppi ricostruttivi di cui si dirà appresso) dallo stesso estensore (E. SCODITTI) nel suo scritto *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.* 2018, V, c. 265, come riferiti non all'inadempimento (che trova il suo criterio di verifica e imputazione nel mero dato oggettivo della mancata o inesatta attuazione del contenuto della prestazione) ma alla responsabilità da inadempimento, come criterio di imputazione della causa che ha reso impossibile la prestazione. V. sul tema, ivi citati, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, II. Il comportamento del debitore*, Milano, 1984, 77 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 270 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. privato*, 2008, 8 ss.; F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. privato*, 2011, p. 1042

³⁹ V. Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, I, 557, con nota di B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*; 7 dicembre 2017, n. 29315; 29 gennaio 2018, n. 2061, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2019, 587, con nota di R.M. DE ANGELIS, *Sulla prova del nesso causale*; 15 febbraio 2018, nn. 3698 e 3704; 9 marzo 2018, n. 5641, in *Foro it.* 2018, c. 1579; 31 maggio 2018, n. 13752; 31 maggio 2018, n. 13766; 13 luglio 2018, n. 18540; 13 luglio 2018 n. 18549 e 19 luglio 2018, n. 19199, in *Foro it.*, 2018, I, 3582, con nota di R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*; 19 luglio 2018, n. 19204; 20 agosto 2018, n. 20812; 22 agosto 2018, n. 20905; 13 settembre 2018, n. 22278; 23 ottobre 2018, n. 26700; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446; 20 novembre 2018, n. 29853; 17 gennaio 2019, n. 1045; 26 febbraio 2019, n. 5487, in *Foro*

10. Le posizioni della dottrina.

È bene anzitutto rilevare che l'orientamento che addossa al creditore l'onere di provare il nesso causale tra danno e inadempimento godeva già di un'ampia e autorevole "copertura" dottrinale⁽⁴⁰⁾.

Non è dunque l'impostazione dogmatica in sé ad essere considerata realmente innovativa o addirittura eversiva, anche dai critici più accesi, quanto piuttosto la affermata «non discontinuità» con il principio affermato da Cass. S.U. n. 577 del 2008⁽⁴¹⁾; affermazione — per vero dai più non condivisa — cui si giunge attraverso l'inedita teorizzazione del «doppio ciclo causale» (si dice, infatti, che quel principio riguardava il secondo ciclo causale, non dunque la causa costitutiva del diritto al risarcimento, ma la causa impeditiva dell'adempimento).

Venendo comunque alle posizioni della dottrina espresse successivamente alla pronuncia del 2017, o a commento della stessa, giova anzitutto segnalare che una più articolata — e, in parte, ammorbidita — prospettazione dei principi enunciati da Cass.

it., 2019, c. 1603, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*.

⁴⁰ F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.* 1912, p. 747; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano 2012, p. 149; L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile. Vol. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino 1989, p. 157; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XVIII^a ed., Milano 2009, pp. 308 s.; M. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. Civ.* 2010, p. 2218; M. FACCIOLI, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, in *Resp. Civ.* 2012, p. 333; A. BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.* 2012, p. 882; L. NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.* 2012, p. 953; R. PUCCELLA, *Inadempimento "qualificato", prova del nesso di causa e favor creditoris*, in *Resp. Civ. Prev.* 2014, p. 1087; M. FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. Impr.* 2014, p. 100; G. MIOTTO, *L'onere della prova del nesso causale nella responsabilità medica (ovvero l'adempimento della prestazione, questo sconosciuto)*, in *Resp. Civ. Prev.* 2015, p. 1916; R. PUCCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.* 2016, p. 822; A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit..

⁴¹ Ma converrà, in proposito, tornare a rimarcare che l'attribuzione al paziente/danneggiato dell'onere della prova del nesso causale si era già continuato ad affermare nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza del 2007 e prima di quella del 2017: v. *ex aliis* Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Ragiusan*, 2013, 354 ss.; Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, in *I Contratti*, 2014, p. 139 ss., con nota di A. PUTIGNANO, *Danno da parto in presenza di cause patologiche pregresse e onere della prova*; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904; Cass. 20 ottobre 2015, n. 21177; Cass. 9 giugno 2016, n. 11789.

n. 18392 del 2017 viene, poco tempo dopo, offerta dal suo stesso estensore, in sede «dottrinale»⁽⁴²⁾.

La tesi ivi sostenuta è che «*la l. n. 24 del 2017 impone un adeguamento delle conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite della Corte di cassazione in materia di responsabilità contrattuale del medico. Alla luce dell'acquisita rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida deve essere recuperata la distinzione fra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi quale distinzione fra interventi routinari e non routinari*».

Viene in tal senso evocata anche la distinzione tra **interesse strumentale** (immanente alla prestazione dedotta in obbligazione) e **interesse primario** (il risultato ultimo che si intende conseguire, che però rimane, come tale, estraneo al perimetro dell'obbligazione).

Distinzione in concreto non percepibile per le obbligazioni di risultato, ma rilevante per quelle di mezzi.

«*Se l'intervento sanitario non è routinario – osserva l'A. – e l'obbligazione è quindi di mezzi, una volta che il medico abbia provato l'esecuzione della prestazione nel rispetto delle leges artis, spetta al paziente provare che l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di nuova patologia sono stati determinati da negligenza o imprudenza del medico*».

Si ipotizza, infatti, che in questa tipologia di obbligazioni, una volta che il debitore abbia confutato l'inadempimento contestatogli dal creditore mediante la prova dell'avvenuta osservanza delle regole di perizia, spetti a quest'ultimo di individuare il fattore causale della mancata realizzazione del proprio interesse, ossia del danno: un fattore alternativo alla condotta del debitore ma da questi prevedibile ed evitabile, dunque a lui imputabile a titolo di responsabilità.

La prova, da parte del debitore, di aver osservato le *leges artis*, farebbe in altre parole scattare un nuovo ciclo causale (il terzo) questa volta a carico del creditore, tenuto a allegare e dimostrare la causa ignota e la sua prevedibilità da parte del debitore.

La ricostruzione operata da Cass. n. 18392 del 2017 è favorevolmente commentata da P. SPAZIANI⁽⁴³⁾ che, a tal fine, muove da una netta critica del principio affermato da Cass. S.U. n. 13533 del 2001.

⁴² E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit.

⁴³ P. SPAZIANI, *Nesso causale e inadempimento: da questione probatoria a discriminante strutturale*, in AA. VV., *Rassegna della Giurisprudenza di legittimità - Gli orientamenti delle Sezioni civili - Approfondimenti tematici* (anno 2019), curata dall'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, per i tipi dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato. V. anche ID., *La prova della responsabilità per fatto ingiusto: condotta, nesso causale, misurazione del danno*

Osserva, infatti, l'A. che «*sul piano dogmatico, non appariva pienamente giustificata l'equiparazione di tale regime*» (s'intende, quello di riparto dell'onere della prova in tema di responsabilità contrattuale) a quello degli altri rimedi posti a tutela del diritto di credito, atteso che nella domanda di adempimento o di risoluzione del contratto (art. 1453 cod. civ.), diversamente che in quella di risarcimento del danno (art. 1218 cod. civ.), per un verso l'*inadempimento* non rientra tra i *fatti costitutivi* della pretesa (costituendo soltanto un presupposto logico della domanda), mentre, per altro verso, l'*adempimento* si caratterizza come fatto estintivo del diritto di credito e forma pertanto oggetto delle eventuali eccezioni del debitore, rientrando tra i fatti che egli ha l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697, comma secondo, cod. civ..

Al contrario, nella domanda di risarcimento del danno contrattuale è l'*inadempimento* ad integrare, insieme al *danno* e al *nesso causale*, la vicenda fattuale *costitutiva* della fattispecie, talché il trasferimento di tale vicenda dalla sfera dell'onere probatorio dell'attore (in cui rientra *naturaliter* in base all'art. 2697, comma primo, cod. civ.) in quella del convenuto, può trovare giustificazione soltanto nei principi di *presunzione di persistenza del diritto* e di *vicinanza della prova*.

Ma tali principi, mentre possono essere invocati in relazione al fatto di inadempimento (essendo più agevole per il debitore dare la prova positiva del fatto estintivo dell'obbligazione che non, per il creditore, fornire la dimostrazione negativa della sua inesistenza), difficilmente possono trovare applicazione in relazione alla dimostrazione del nesso causale tra quel fatto e il danno che ne è conseguito: tanto il nesso causale "materiale" (intercorrente tra l'inadempimento e l'evento di danno) quanto il nesso causale "giuridico" (intercorrente tra l'evento lesivo e le sue conseguenze pregiudizievoli), integrano infatti elementi egualmente "distanti" da entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, talché non può ipotizzarsi a carico del debitore l'onere di fornire una prova liberatoria rispetto all'assenza del nesso di causa analoga a quella richiestagli in relazione all'esattezza dell'adempimento»⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾.

(Relazione informativa destinata ai magistrati ordinari in tirocinio generico impegnati nella settimana di formazione interdisciplinare sul tema delle prove: Scandicci 17-21 giugno 2019).

⁴⁴ P. SPAZIANI, *Nesso causale e inadempimento*, cit., p. 4.

⁴⁵ Merita di essere segnalato che le tesi di P. SPAZIANI, e in particolare il riferimento alla neutralità, in argomento, del criterio di *persistenza del diritto* e di *vicinanza della prova*, risultano fatte proprie da Cass. 18 febbraio 2020, n. 4009 (Pres. Spirito – Est. Gorgoni), in *Foro it.* 2020, I, c. 1595, con nota (critica) di R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da «facere» professionale*; ivi (solo massima), I, c. 1999, con nota (ancor più aspramente critica) di F. PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*. Come segnalato da detti commenti, la sentenza n. 4009 del 2020, successiva alla pubblicazione delle sentenze di San Martino del 2019 (di cui si dirà in seguito nel testo), pur facendone menzione, sembra però in effetti fermarsi all'approccio più

Ben più numerose sono state però le reazioni - più o meno apertamente - critiche⁽⁴⁶⁾.

La «sentenza Scoditti» del 2017 è stata, infatti, vista – benché ciò, come detto, sia espressamente in essa negato – come una netta inversione di rotta rispetto a Cass. Sez. U. n. 577 del 2008 ed un regresso ad una fase, che sembrava abbandonata, di sostanziale *favor debitoris* con l'effetto, al contempo, di elidere in gran parte, sul piano del riparto degli oneri probatori, la differenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, finendo così con il risultare finanche più sbilanciata in favore della classe medica di quanto non intendesse esserlo lo stesso legislatore con la legge n. 24 del 2017⁽⁴⁷⁾.

Il nocciolo di tali critiche, da un punto di visto strettamente teorico-concettuale, può essere sintetizzato nelle seguenti proposizioni, che converrà tenere presenti in vista della successiva tappa del percorso in esame.

I) È pacifico che nella responsabilità extracontrattuale il giudizio causale (causalità materiale) è criterio di imputazione oggettiva (del danno), il dolo o la colpa è criterio di imputazione soggettiva.

rigoroso e schematico alla complessa tematica declinato dalla sentenza del 2017 (n. 18392). E questo sembra per vero anche l'auspicio di P. SPAZIANI, *op. cit.*, secondo il quale le sentenze di San Martino 2019 «*si pongono in controtendenza rispetto all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della teorica dell'inadempimento degli ultimi decenni, nella quale si era affermata una concezione della responsabilità contrattuale fondata sull'unicità della regola dettata dall'art. 1218 c.c., in quanto regola generale valevole per ogni tipo di obbligazione*» e «*tornano ad introdurre una distinzione strutturale nella fattispecie di responsabilità contrattuale, fondata sulla diversa tipologia di obbligazione*».

⁴⁶ R.V. NUCCI, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: "qualificato Inadempimento" e prova del nesso causale*, in *Resp. Med.* 2017, 527; D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.* 2017, p. 696; G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.* 2018, p. 349; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp.* 2018, p. 14 ss.; R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?*, in *Danno e resp.* 2018, p. 5 ss.; G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, in *Foro it.* 2018, I, c. 1348; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e "più probabile che non"*, in *Foro it.* 2018, I, c. 557; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento ... extracontrattuale per colpa*, in *Danno e resp.* 2019, p. 248; M. MAGLIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.* 2019, p. 256; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. It.* 2019, p. 709 ss.

⁴⁷ Un'operazione – si è detto (F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 717, nt. 50) – di restaurazione, che minaccia di lasciare il danno là dove cade (*a loss shall remain where it falls*).

Orbene, secondo la «sentenza Scoditti», anche nella responsabilità contrattuale, il giudizio causale è allo stesso modo criterio di imputazione oggettiva, mentre l'inadempimento lo è di imputazione soggettiva.

Tale asserto è criticato sul rilievo che nella responsabilità contrattuale non vi è spazio per una analoga distinzione tra imputazione oggettiva e soggettiva, poiché ad entrambe presiede l'inadempimento.

Ciò in quanto l'inadempimento all'obbligazione implica di per sé l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta del debitore (inadempiente) e l'evento lesivo (ossia la lesione dell'interesse del creditore ad acquisire l'utilità proveniente dalla prestazione del debitore).

Conseguentemente la prova del nesso di causalità (materiale) è contenuta *in re ipsa* nella prova dell'inadempimento imputabile, restando «*assorbita*» in quest'ultima ⁽⁴⁸⁾(⁴⁹).

Tale conclusione poggia anche sul rilievo che «*nell'obbligazione la responsabilità costituisce uno stadio del medesimo rapporto obbligatorio che, venuta meno o divenuta non più utile in termini oggettivi la prestazione originaria, muta il proprio oggetto nella prestazione di risarcimento del danno, finalizzata ad attuare per equivalente il risultato atteso e a rimuovere il costo dei danni conseguenti all'inadempimento. Il fatto costitutivo in senso proprio della responsabilità consiste, dunque, nell'esistenza del rapporto obbligatorio di cui il vincolo di responsabilità rappresenta un'epifania*» ⁽⁵⁰⁾.

II) Dare la prova del nesso di causa (tra inadempimento ed evento di danno) significa dover dimostrare una sequenza concreta di eventi (sino a quello finale, che rappresenta il danno), tra i quali sia possibile istituire (e dimostrare l'esistenza di) nessi di collegamento e/o di derivazione. «*Ma come si fa a provare (in concreto) tali nessi se non si sono prima provati (perché non si era tenuti a farlo), nel loro effettivo e specifico svolgimento, i singoli fatti della sequenza (e, in particolare, il fatto che si pone all'origine della sequenza medesima)?*» ⁽⁵¹⁾. In altre parole, dimostrare il nesso

⁴⁸ Così F. PIRAINO, *op. cit.*, p. 717 ss..

⁴⁹ Sul tema dell'assorbimento del nesso causale (da considerare in realtà una imprecisione concettuale) v. più avanti nel testo: § 11 (nota 62)

⁵⁰ Così F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in AA.VV., *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, fascicolo speciale monotematico del Foro italiano a cura di R. PARDOLESI, 2020, c. 196; v. già ID., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 717 s. e, ivi citati, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, p. 456; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072-1073 e ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011, 299 e segg.

⁵¹ G. D'AMICO, *Il rischio della causa ignota*, cit., p. 354.

non richiede anche, prima, la dimostrazione dell'errore, ossia della condotta erronea che ha causato il danno (⁵²)?

III) Nel ragionamento si annida uno «*slittamento semantico*» che ha mutato l'oggetto della prova gravante sul debitore-medico dal fattore causale del danno alternativo all'inadempimento, nel fattore causale che ha reso impossibile la prestazione (⁵³).

Il medico e/o la struttura, però, possono essere chiamati (anzi, sono normalmente chiamati, quando risulti in concreto accertata una loro condotta che sia qualificabile come inadempimento) a dimostrare che l'inadempimento (pur essendosi, in ipotesi, verificato) non ha avuto efficienza causale rispetto all'evento dannoso di cui si discute. A maggior ragione hanno interesse a dimostrare la causa che ha provocato l'evento dannoso, «nonostante la corretta esecuzione della prestazione» (esecuzione che, dunque, non è stata affatto «impedita» da quella causa) (⁵⁴).

IV) L'implicazione necessaria tra evento di danno e inadempimento è, in realtà, ritenuta non predicabile anche da quelli tra i citati Autori che maggiormente si sono spesi sul tema nel descritto attuale contesto, ovvero i professori Giovanni D'AMICO e Fabrizio PIRAINO, con riferimento ad alcune categorie di obbligazioni, che, il primo identifica – sostanzialmente recuperando la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato (ovvero quella tra interventi *routinari* e interventi complessi) – in quelle aventi ad oggetto prestazioni mediche difficili (in contrapposizione a quelle «*ad alta vincolatività*»), il secondo identifica in quelle «*con risultato indeterminato*» (in contrapposizione a quelle «*con risultato determinato*»).

Nondimeno, anche in tal genere di obbligazioni, secondo entrambi, non si giustifica la regola di riparto affermata da Cass. n. 18392 del 2017.

La convergenza delle critiche si ferma però qui, sviluppando poi i due Autori percorsi argomentativi nettamente diversi.

IV.1) Secondo il D'AMICO, infatti, nelle obbligazioni di mezzi il debitore oltre a poter dimostrare il fatto non imputabile che ha reso impossibile l'adempimento (art. 1218 cod. civ.), ha anche (e si tratterà, anzi, dell'ipotesi più frequente) la possibilità di provare che, con la propria condotta, egli ha in realtà correttamente adempiuto la prestazione dovuta (risultando quella condotta conforme agli standard di

⁵² P. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale*, cit., p. 706.

⁵³ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 714

⁵⁴ G. D'AMICO, *Il rischio della «causa ignota»*, cit., p. 354; ID., *La prova del nesso di causalità*, cit., c. 1348 ss..

perizia/diligenza richiesti e non essendoci qui un *preciso* risultato che possa considerarsi «promesso», e non potendosi, pertanto, dal suo mancato avverarsi, trarre alcuna presunzione assoluta di inadempimento).

Con la conseguenza che, (solo) in tal caso, 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), ricadrebbe sul creditore stesso (⁵⁵).

IV.2) Diversamente il PIRAINO riconosce bensì «*un fondo di verità*» sotteso alla distinzione tra obbligazioni «*di risultato*» e obbligazioni «*di mezzi*», ma sostiene che esso si esaurisce nell'aver colto la varietà morfologica del contenuto delle obbligazioni, con incidenza sui temi di allegazione e prova, senza poter giustificare una diversificazione delle regole di responsabilità (funzione, dunque, *connotativa*, non *denotativa*, del criterio della determinatezza o meno del risultato) (⁵⁶).

Secondo l'A., in questa tipologia di obbligazioni, la perdita lamentata dal creditore può essere considerata un danno risarcibile soltanto se, **a seguito di una valutazione necessariamente a posteriori**, si appuri che l'utilità perduta coincide proprio con quella che, nel quadro di un giudizio controfattuale, il creditore avrebbe potuto ottenere qualora il debitore si fosse determinato in maniera diversa nel rispetto dei criteri di esattezza e di correttezza della prestazione. Non basta dunque un sindacato incentrato sulla sola condotta.

In questa valutazione trova spazio allora una **componente eziologica** che, però, non si esplica su di un **piano concreto**, ma su un **piano astratto**. Occorre, cioè, ricondurre la condotta del debitore sotto una legge scientifica, o statistica, di copertura così da verificare se il tipo di danno lamentato dal creditore corrisponde al novero dei pregiudizi rispetto ai quali quel tipo di condotta si pone come antecedente secondo il modello nomologico-deduttivo. Non è qui in questione la prova dell'esistenza del nesso di causalità, ma la possibilità stessa di qualificare quanto lamentato dal creditore come danno da inadempimento.

Ciò si traduce nella necessità: a) **per il creditore**, di allegare (e provare) **l'attitudine in astratto** della condotta inesatta del debitore a produrre il tipo di pregiudizio lamentato; non è invece necessario che il creditore fornisca elementi per la verifica della causalità individuale; b) per il debitore, **di conseguenza**, o di sconfessare la legge scientifica o statistica di copertura o di provare l'esistenza, in concreto, di una causa del danno alternativa alla propria condotta (fattore causale

⁵⁵ Quest'ultima prospettiva, come si è visto, è stata accolta da E. SCODITTI nello scritto sopra citato. È invece criticata da F. PIRAINO, *opp. cit.*

⁵⁶ In semiotica la *denotazione* identifica la relazione tra significante e significato; la *connotazione* vale a integrare ed arricchire il significato ma non a distinguerlo da quello primario.

esterno che esclude non l'inadempimento, come il fatto non imputabile *ex art. 1218 cod. civ.*, ma l'obbligo di risarcimento).

La **prova del fattore causale alternativo** va equiparata sul piano dogmatico alla prova della causa di impossibilità della prestazione non imputabile al debitore sotto il comune segno dell'esonerazione dalla responsabilità: questa esclude **l'inadempimento** (art. 1218 cod. civ.); quella esclude il **danno** come conseguenza della condotta del sanitario (inadempiente o meno che sia).

V) Su di un piano intermedio merita di essere qui ricordata altra voce dottrinale⁽⁵⁷⁾ secondo cui il **principio di omogeneità** (Cass. S.U. n. 13533 del 2001) è in realtà neutrale dal punto di vista ricostruttivo, *«perché omogeneo sarebbe anche un sistema che gravasse della prova sempre il creditore»* e che, nei fatti, *«affrettato»* si è rivelato l'abbandono, sulla base di quel principio, da parte della giurisprudenza, della **tradizionale dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato** quale criterio per *«differenziare la conformazione dell'onere della prova dell'adempimento»* (la cui persistente *«vitalità»* è testimoniata proprio dalle menzionate nuove proposte classificazioni).

Illusorio, dunque, secondo l'A., è il beneficio che quel principio arrecherebbe in termini di semplificazione dei criteri di riparto dell'onere della prova, in quanto destinato a infrangersi contro *«un'unica e innegabile realtà logico-giuridica: non tutte le prestazioni sono uguali per livello di alea implicita, non tutte le obbligazioni sono uguali per tasso di diligenza efficiente e non tutti i rapporti sono uguali per allocazione intersoggettiva del rischio»*.

Per tal motivo, osserva l'A., *«un regime probatorio forzatamente omogeneo, così rigido da non poter assecondare l'eterogeneità delle fattispecie, è votato all'instabilità, alla crisi e, in ultimo, al rigetto»*.

Così come, dunque, troppo severo si è rivelato il regime probatorio instaurato dalla giurisprudenza dopo Cass. S.U. n. 577 del 2008 per il debitore di prestazione medica, tanto da produrre *«una crisi di rigetto, sfociata in progetti legislativi di rigidità uguale e contraria»*, allo stesso modo, all'opposto, *«gravi interrogativi»* suscita *«la razionalità di un sistema probatorio indifferente – ancora una volta – alla multiforme configurazione degli ambiti di rischio»*.

Evidenziata, quindi, la non decisività dei criteri di vicinanza della prova e del brocardo, in cui esso si riflette, *«negativa non sunt probanda»* (poiché privo di logica giustificazione ove si tratti di provare una proposizione antitetica ad una proposizione affermativa specifica: *negativa praegnans probari potest*), l'A. osserva che l'onere di

⁵⁷ E. CARBONE, *Sviluppi in tema di onere probatorio e adempimento delle obbligazioni*, in *Giur. It.* 2018, fasc. 11, p. 2557 ss.

allegazione in capo al creditore/paziente danneggiato può svolgere un'utile, ancorché molto parziale, **funzione delimitativa**, onerando il debitore a provare solo il contrario dell'inadempimento o dell'inesattezza allegati dal creditore, anziché il contrario di tutti gli inadempimenti e tutte le inesattezze astrattamente concepibili».

Resta comunque indispensabile, secondo l'A., che il riparto dell'onere probatorio guardi «*prima di ogni altra cosa alla verosimiglianza del fatto e agli ambiti di rischio, ove non voglia scadere in distribuzioni pragmaticamente irrazionali o eticamente orientate*».

11. Le sentenze di San Martino 2019 (Cass. nn. 28991 – 28992 del 2019).

Nell'acceso dibattito di cui si è fatto cenno irrompono le due sentenze gemelle emesse dalla Terza Sezione Civile, per la penna dello stesso estensore della sentenza n. 18392 del 2017, il giorno di San Martino del 2019.

L'intento – che le accomuna alle altre emesse nello stesso contesto (in tema di responsabilità medica e danno alla persona: c.d. Progetto Sanità) – è quello di affrontare uno dei nodi, come si è visto, più intricati e problematici ed offrirne una chiave di lettura chiara e univoca, in funzione dell'obiettivo di prevedibilità e certezza degli indirizzi giurisprudenziali.

Con riferimento al tema in esame il risultato è, sostanzialmente, quello del consolidamento del principio affermato dalla sentenza del 2017; esso, però, viene ottenuto alla luce di un più articolato percorso argomentativo diretto a tener conto – e in certa misura anche ad accogliere – alcuni dei rilievi mossi dalla dottrina.

Trovano ingresso in tal senso alcuni passaggi argomentativi già svolti da E. SCODITTI in sede dottrinale nel ricordato scritto (⁵⁸); non anche però (ma la fattispecie non ne dava occasione) la parte relativa a quello che qui si è definito «*terzo ciclo causale*».

Recita così, fedelmente, la massima di Cass. n. 28991 del 2019 (⁵⁹):

«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

⁵⁸ E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017*, cit..

⁵⁹ La sentenza «gemella» n. 28992 del 2019 non è massimata, ma pienamente sovrapponibile a quella della sentenza n. 28991 ne è la motivazione (paragrafi da 1.1 a 1.1.5).

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».

Questi, in sintesi, i passaggi argomentativi delle sentenze «gemelle» di San Martino *bis*.

I) 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**.

È un collegamento naturalistico fra fatti accertato sulla base delle **cognizioni scientifiche** del tempo ovvero su **basi logico-inferenziali**.

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. sez. U. 11 gennaio 2008, n. 576 pag. 13 e Cass. 11 luglio 2017, n. 17084) ⁽⁶⁰⁾.

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'inadempienza 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.).

⁶⁰ Sul tema delle *regole causali di struttura* (o criteri di struttura in ambito civile) v., G. TRAVAGLINO, *Nessi di causa e prove presuntive*, cit., pp. 302 – 306, il quale li indica in quelli della «*regolarità causale, scopo della norma violata, rischio tipico, allocazione razionale del danno*» precisando che si tratta dei «*criteri di struttura (o di causalità generali) che, singolarmente o congiuntamente applicati, a seconda delle circostanze del caso concreto, consentono all'interprete di disporre dei necessari strumenti di analisi della struttura causale sul piano generale*».

Concettualmente distinte sono le regole probatorie o *criteri causali “di funzione”* (o «*criteri di causalità individuale del singolo caso concreto*») i quali «*gravitano nell'orbita della probabilità prevalente o specifica nella sua duplice accezione (preponderanza dell'evidenza e probabilità relativa)*».

Queste ultime sono «*destinate a coniugarsi con le regole di struttura suddette*», sebbene, «*in mancanza di una “regola di copertura” sul piano della causalità generale, il giudizio non deve necessariamente arrestarsi qualora l'indagine probabilistica applicata con riferimento al caso concreto possa condurre, comunque, a positiva soluzione, in ordine alla predicibilità del nesso eziologico, la singola vicenda processuale*» (G. TRAVAGLINO, *op. cit.*, p. 307).

Per una piana e sintetica esposizione degli stessi concetti v. anche, in motivazione, Cass. 29 marzo 2022, n. 10046 (Pres. Est. Travaglino), in particolare §§ 1.3 – 1.5

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 ⁽⁶¹⁾.

Ogni forma di responsabilità è dunque connotata dalla **congiunzione di causalità ed imputazione**. Su questo «**tronco comune**» intervengono le peculiarità della responsabilità contrattuale.

II) 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.

III) 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

⁶¹ Questo passaggio del ragionamento è ripreso da G. TRAVAGLINO, *Nessi di causa*, cit., il quale osserva che la norma di cui all'art. 1227, comma primo, cod. civ. «*appare obiettivamente esplicativa del fatto che, anche nel territorio della responsabilità contrattuale, si pone una autonoma questione di causalità materiale: se il legislatore disciplina normativamente l'ipotesi del contributo causale del creditore alla genesi dell'evento di danno costituito dall'inadempimento, va conseguentemente predicato, specularmente e secondo logica, la necessaria esistenza (e la conseguente, autonoma rilevanza) anche del contributo causale del debitore, al fine di valutare, poi, "l'entità delle conseguenze che sono derivate" dalla condotta colposa della controparte.*

«*A sua volta, la norma di cui all'art. 1221 c.c., dettata anch'essa in tema di responsabilità contrattuale, è volta a disciplinare una fattispecie di causalità materiale ipotetica: la condotta del debitore in mora viene ricondotta, sotto il profilo causale, al ritardo nell'adempimento, nonostante (e in deroga alla regola dell'art. 1218 c.c.) la sopravvenuta impossibilità della prestazione sia dovuta ad una causa a lui non imputabile (salva la prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore)*».

autonomia di valutazione solo quale *causalità giuridica*, e dunque quale delimitazione del danno risarcibile.

L'«**assorbimento pratico**»⁽⁶²⁾ 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. S.U. 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.

IV) 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)

⁶² Osserva G. TRAVAGLINO, *op. cit.*, p. 312 che in realtà non di «*assorbimento*» si tratta, ma di «*prova evidenziale*».

Ciò in quanto «*l'immanenza all'inadempimento della causalità materiale nelle obbligazioni di dare o di consegnare (il cui contenuto è rappresentato dalla prestazione di cose) e – in parte – di fare (le cui prestazioni hanno ad oggetto fatti o non fatti) non ne comporta il suo c.d. "assorbimento", perché, come si è visto poc'anzi, la questione del concorso causale del fatto colposo del creditore ai sensi dell'art. 1227, comma 1°, c.c. è a sua volta immanente a qualsiasi tipo di obbligazione ex contractu. Se al creditore è sufficiente l'allegazione dell'inadempimento (nel quale è, di regola, "assorbita" la causalità materiale), è la stessa norma sul concorso a predicare l'esistenza (e la necessità di accertamento) di un possibile contributo causale del creditore stesso, e dunque, specularmente, per elementari motivi di logica perfino non giuridica, di quello del debitore*».

Quel che accade piuttosto in questi casi è che la stessa *fattispecie legale* sta a *dimostrare ex se* il nesso causale, senza però che per tal motivo si possa negare, concettualmente e naturalisticamente, la relazione tra due fatti che restano distinti: da un lato la condotta inadempiente, dall'altro la lesione dell'interesse sotteso al rapporto. In tal senso, dunque, è più corretto parlare di «prova evidenziale» (o di prova *prima facie*: l'*Anscheinsbeweis* germanico): sintagma con il quale si intende esprimere la «*corrispondenza del fatto allegato ad una fattispecie tipica – onde le caratteristiche del singolo caso non rilevano, in linea di principio, nel giudizio sul singolo fatto, con il conseguente onere, per la parte, di dimostrare soltanto la ricorrenza della fattispecie "tipica". La differenza con la prova presuntiva sta nel fatto che tale genere di prova, così interpretata, non muove dallo svolgimento dei fatti, secondo regole di esperienza, verso la fattispecie concreta, ma si colloca all'interno della tipicità della fattispecie astratta, onde ritenerne dimostrato un elemento costitutivo*» (così, ancora, G. TRAVAGLINO, *op. cit.* p. 280 s.)

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 ⁽⁶³⁾.

⁶³ Osserva al riguardo G.TRAVAGLINO, *op. cit.*, p. 312, nota 149 che «è vero che, come si osserva in dottrina, nella sentenza di cui a Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876 (in *Contratti*, 2014, p. 888, con nota di F. PIRAINO, Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza) si legge che “non esistono obbligazioni nelle quali il risultato possa prescindere da un dovere di condotta, così come non esistono obbligazioni nelle quali la condotta non sia orientata positivamente alla produzione di un risultato utile al creditore”. Ma è anche vero ... che, poco più innanzi, si predica espressamente un ulteriore specificazione, e cioè che “è possibile identificare obbligazioni, per così dire di risultato, nell’ipotesi in cui il risultato viene a trovarsi in un rapporto di causalità necessaria con l’attività del debitore, ovvero, il raggiungimento del risultato non dipende da alcun altro fattore estraneo al comportamento del debitore. E, viceversa, in tutte le ipotesi in cui il raggiungimento del risultato dipende oltre che dal comportamento del debitore dalla concomitanza di ulteriori fattori, l’obbligazione può continuarsi a qualificare quale obbligazione di mezzi” (con buona pace dell’intempestivo de profundis intonato alla predetta distinzione)»

V) **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.

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.

VI) 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 emerga 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 ⁽⁶⁴⁾, «*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.

VII) 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 ... (da qui in poi le ulteriori considerazioni ribadiscono quanto già affermato da Cass. n. 18392 del 2017).

12. Le reazioni della dottrina.

Pur dando atto della «*predisposizione di un più preciso corredo concettuale*», ed al contempo degli «*arretramenti*» ed «*aggiustamenti di tiro*» compiuti rispetto alla strada tracciata nel 2017, la dottrina rimane, in netta prevalenza, apertamente critica rispetto all'orientamento allora inaugurato dalla Terza Sezione Civile, successivamente più volte ribadito ed ora ulteriormente consacrato dalle sentenze del 2019, almeno nelle sue linee concettuali di fondo.

La quantità e la qualità dei commenti ⁽⁶⁵⁾ – a volte dai toni fin troppo accesi – testimoniano l'attenzione della dottrina civilistica e l'importanza da essa attribuita a tale scelta.

⁶⁴ Il riferimento è a L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit. p. 189

⁶⁵ A.M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *Giustizia civile.com* 2020; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Prestazione professionale sanitaria e prova dell'inadempimento dell'obbligazione: tornare ai "mezzi" senza dirlo?*, in *Giustizia civile.com* 2020; R. SIMONE, *Ombre e nebbia di San Martino; la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, in *Foro it.* 2020, I, c. 210; R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, in AA.VV., *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, fascicolo speciale monotematico del Foro italiano a cura di R. PARDOLESI, 2020, c. 136; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, *ibidem*, c. 150; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cass.*, *ibidem*, p. 162; F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, *ibidem*, c. 170; U. IZZO, *In tema di tecnica e*

12.1. Le critiche.

Temi di critica continuano, naturalmente, ad essere: l'impostazione teorica di fondo, considerata frutto di una indebita commistione di paradigmi propri della responsabilità contrattuale con quelli della responsabilità extracontrattuale; l'attribuzione alla causalità materiale di un rilievo (quello di criterio di imputazione oggettiva) distinto da quello dell'inadempimento (criterio di imputazione soggettiva); l'individuazione di un doppio ciclo causale; l'esito finale dell'attribuzione al creditore/paziente del rischio della causa ignota dell'evento dannoso.

Con più specifico riferimento alle precisazioni ed ai nuovi argomenti svolti nelle sentenze del 2019, le critiche più acute sul piano teorico si appuntano in particolare:

a) sul sostanziale recupero, con valenza non solo descrittiva (o connotativa), ma anche dogmatica (o denotativa) — dietro l'enucleazione di una categoria di obbligazioni di *facere* professionale dalle ampie maglie (senza cioè alcuna distinzione tra quelle «ad alta vincolatività»⁽⁶⁶⁾ o «a risultato predeterminabile»⁽⁶⁷⁾ e quelle invece che tali non sono) — della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato; tra le prime verrebbero in sostanza annoverate tutte le obbligazioni di *facere* professionale, sia pure sotto il diverso nome di obbligazioni «di diligenza professionale»;

b) sul rilievo attribuito (e sulla relativa giustificazione), nelle obbligazioni di *facere* professionale, ai fini della configurazione del danno evento, all'interesse primario presupposto, distinto da quello, strumentale, contrattualmente regolato;

c) sull'identificazione, in tal genere di obbligazioni, dell'oggetto della prestazione con il «perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore».

Delle prime già si è detto nel dare sommariamente conto del dibattito sviluppatosi dopo la sentenza del 2017.

politica della responsabilità medica, ibidem, c. 198; A. DI MAJO, La doppia natura della responsabilità del medico, in Giur. It. 2020, p. 37; M. FRANZONI, Onere della prova e il processo, in Resp. Civ. Prev. 2020, p. 195; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum, in Danno resp. 2020, c. 75; C. SCOGNAMIGLIO, La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario, in Corr. Giur. 2020, p. 307; ID., L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario, in Resp. Civ. Prev. 2020, p. 202. V. anche A. PLAIA, Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico, in Giur. it., 2020, p. 1327; ID., La responsabilità del medico e l'argomento statistico, in I contratti 2020, fasc. 3, p. 341 ss.; N. RIZZO, Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze, in Nuova giur. civ., 2020, p. 327; E. LABELLA, Il nesso di causalità nelle «obbligazioni di diligenza professionale», in Europa e dir. privato, 2020, p. 277.

⁶⁶ G. D'AMICO, *opp. citt.*

⁶⁷ F. PIRAINO, *opp. citt.*

Con riferimento al secondo tema si è osservato ⁽⁶⁸⁾ che «*il danno da inadempimento può commisurarsi all'interesse al miglioramento dello stato di salute o al contenimento degli effetti della patologia in quanto, e solo in quanto, quest'ultimo, nel singolo caso concreto e all'esito di una valutazione a posteriori che risalga a ritroso la condotta del debitore-medico, risulti dovuto e non già soltanto presupposto*» e si è contestato che tale interesse, se in ipotesi esterno al perimetro dell'obbligazione, possa rilevare ai fini predetti «*in ragione della valorizzazione fattane dalla causa del contratto*».

A tale argomento (definito «*nulla più che un gioco di parole*»)⁽⁶⁹⁾ si muove, infatti, una duplice obiezione: a) varrebbe nei confronti della struttura ospedaliera, ma non del medico dipendente poiché, nel nuovo regime, responsabile solo *ex lege Aquilia*, e risulterebbe pertanto impossibile stabilire a quale parametro commisurare il danno subito dal paziente ⁽⁷⁰⁾; b) non è concepibile un motivo rilevante sul piano della causa, che non si rifletta anche sugli effetti del negozio (ossia, sulla prestazione dovuta)⁽⁷¹⁾.

Il terzo rilievo, infine, si sostanzia nella osservazione che «*non è corretto ravvisare l'oggetto dell'obbligazione professionale in una qualità della condotta del debitore*», e ciò in quanto «*il risultato atteso*» si identifica sempre in una «*utilità ulteriore*» rispetto alla condotta ⁽⁷²⁾.

12.2. Le aperture e i possibili punti di contatto.

Come s'è già accennato, molti commentatori non mancano tuttavia di sottolineare i passaggi, nelle «sentenze Scoditti» del 2019, dai quali è possibile cogliere il riconoscimento di alcune delle obiezioni mosse alla originaria troppo schematica ricostruzione e l'attenuazione della rigidità della regola che addossa al creditore la prova del nesso causale.

⁶⁸ F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale*, cit., c. 181.

⁶⁹ F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, c. 182.

⁷⁰ F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, c. 181. La critica riecheggia quanto sopra s'è detto a proposito di una delle differenze tra i due diversi criteri di imputazione; differenza però considerata solo teorica da Cass. Sez. U. n. 877 del 2008, per essere nella pratica considerato imputabile *ex lege Aquilia* anche il mancato raggiungimento del risultato positivo sperato (v. *supra* nota 20)

⁷¹ F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, c. 182 e, ivi citati, R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Prova del nesso di causa*, cit., c. 140 (per i quali «*l'espedito ... di far rientrare nella causa del contratto, per il tramite del motivo comune alle parti, ciò che — la salute — in tesi si assume rimanere fuori dal perimetro dell'obbligazione, appare davvero spericolato e alla fine indifendibile. Dentro o fuori, prosit. Ma dentro e fuori a un tempo, proprio no!*»). Sul punto si vedano però le osservazioni di TRAVAGLINO, di cui sopra s'è già detto (nota 63).

⁷² Ancora F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, c. 186; v. però, sul punto, la contro-obiezione di G. TRAVAGLINO già sopra riferita alla nota 63.

Il riferimento è, da un lato, al rilievo dell'«**assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento**»⁽⁷³⁾, tale da sollevare il creditore dall'onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale⁽⁷⁴⁾: «*assorbimento*» affermato tuttavia (solo) in relazione allo «*schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile*», con esclusione delle obbligazioni di «*facere professionale*»; dall'altro, all'insistita precisazione circa la possibilità, per il creditore, di assolvere l'onere di provare il nesso causale anche a mezzo di **presunzioni**⁽⁷⁵⁾.

Sotto quest'ultimo profilo si è in particolare rimarcato come, sul piano della prova per presunzioni, avrà agio di operare l'orientamento giurisprudenziale consolidato in tema di negligente tenuta della cartella clinica e potrà, soprattutto, essere recuperata la distinzione tra prestazioni *routinarie* [o «ad esito vincolato» o «con risultato predeterminabile»⁽⁷⁶⁾] e prestazioni che implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (le prime autorizzando la presunzione che il mancato conseguimento del risultato in questione appaia come collegato necessariamente ad un inadempimento del debitore)⁽⁷⁷⁾.

Le distanze, insomma, tra le diverse impostazioni concettuali, pur innegabili sul piano teorico, appaiono destinate a ridursi alquanto negli esiti pratici.

Partendo da posizioni opposte, l'una e l'altra impostazione si mostrano infatti costrette a venire a patti con le obiezioni dell'altra e nell'avvicinarsi finiscono con il

⁷³ Sul punto e sulla opportunità di una sua più precisa definizione concettuale in termini di «*prova evidenziale*» si rimanda a quanto esposto sopra, nota 62

⁷⁴ Lo sottolineano un po' tutti i commentatori; v., in particolare, G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, c. 153; F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, c. 174.

⁷⁵ Anche su tale aspetto, come si vedrà di importanza centrale, si concentra l'attenzione di molti commentatori: v. G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, c. 158 (e ivi nt. 27); C. SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa*, cit., p. 210 s.; F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, c. 190 s.; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica*, cit., c. 166; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, cit., c. 211.

⁷⁶ Definizioni, come detto, preferite, rispettivamente, da G. D'AMICO e da F. PIRAINO (*opp. citt.*).

⁷⁷ A tali presunzioni fanno in particolare riferimento sia C. SCOGNAMIGLIO, sia G. D'AMICO (*opp. locc. ult. citt.*), il quale ultimo rileva trattarsi di «*presunzioni giurisprudenziali*» distinte dalle presunzioni semplici di cui all'art. 2729 cod. civ., riconoscendo tuttavia che le sentenze in commento fanno, invece, più ampio e generico riferimento a questo secondo istituto (G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, c. 158, nt. 27, e ivi ulteriori rimandi). Sulla nozione di «*presunzione giurisprudenziale*» v. M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, I, 740 e segg.; ID., *La semplice verità, il giudizio e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 233 e segg.; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, *passim*, in part. 173 e segg.. Con specifico riferimento all'applicazione delle presunzioni giurisprudenziali nell'ambito della responsabilità medica v. M. FACCIOLI, «*Presunzioni giurisprudenziali*» e *responsabilità sanitaria*, in *Contr. e Impr.*, 2014, p. 79 e segg., nonché V. OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 1249 ss..

predicare regole di riparto dell'onere probatorio, a ben vedere, nei fatti, destinate ad avvicinarsi alquanto.

13. Le presunzioni e le inferenze probabilistiche (probabilità statistica o pascaliana vs. probabilità logica o baconiana)

Appare in tal senso degno di nota che, una delle ricostruzioni antitetiche più accuratamente argomentate ⁽⁷⁸⁾, predica anch'essa, nel caso di prestazioni con risultato non predeterminato (o, più precisamente, secondo l'A., determinabile solo *a posteriori*), oneri di allegazione (e prova) per il creditore più pregnanti della mera generica allegazione dell'inadempimento e del danno.

Si tratta, bensì, come detto, di oneri declinati sul piano della **causalità generale o astratta** (dell'attitudine, cioè, in astratto, della condotta inesatta del debitore a produrre il tipo di pregiudizio lamentato dal debitore) da verificare in rapporto alle leggi scientifiche o statistiche di copertura (probabilità statistica o pascaliana); non dunque sul piano della **causalità individuale o del caso concreto**, da verificare alla luce «*degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)*» ⁽⁷⁹⁾⁽⁸⁰⁾.

⁷⁸ F. PIRAINO, *opp. citt., passim*.

⁷⁹ Va rammentato che la Suprema Corte afferma, con orientamento costante, che il c.d. standard di «*certezza probabilistica*» in materia civile, presupposto per ritenere provato un fatto ed in particolare il nesso di causalità materiale, non può essere ancorato esclusivamente alla c.d. probabilità quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, nell'esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). V. Cass. S.U. 11 gennaio 2008, nn. 576-584; v. anche, conf., Cass. 29 dicembre 2016, n. 27449; Cass. 3 gennaio 2017, n. 47; Cass. 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. 27 settembre 2018, n. 23197.

Mette conto, tuttavia, al riguardo segnalare che le «sentenze gemelle» del 2019 (Cass. nn. 28991-28992 del 2019) mantengono sul tema un approccio generico, evidenziando (§ 1.1) che «la causalità attiene al collegamento naturalistico fra fatti accertato *sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali* [dove l'avverbio «ovvero» sembra avere valore di congiunzione non esplicativa ma disgiuntiva, n.d.r.]»

⁸⁰ Secondo acquisito insegnamento della dottrina processualistica il ragionamento inferenziale si riscontra sia nella valutazione delle prove dirette (ad es., con riguardo alla prova testimoniale, sul presupposto che un teste attendibile ha detto che un enunciato di fatto è vero - e sulla premessa che le prove attendibili forniscono informazioni veritiere - il giudice trae la conferma della verità di quell'enunciato in base alla prova esperita), sia, più marcatamente, nella valutazione delle prove indirette o per induzione, che trovano fondamento nell'operazione logica mediante la quale, muovendo da un fatto noto assunto come premessa, vengono tratte conclusioni intorno alla verità o falsità di un fatto ignorato. In base all'inferenza probatoria si attribuisce un certo grado di conferma probatoria agli enunciati di fatto che hanno formato oggetto della prova. La determinazione del grado di conferma (che può riguardare tanto la verità quanto la falsità dell'enunciato di fatto e che

Ciò non toglie però che in tal modo — ossia, anche nell'assolvimento dell'onere di allegazione e prova gravante, secondo la citata dottrina, sul creditore/danneggiato, alla stregua del più lato paradigma pascaliano — ci si muova pur sempre sul piano dei criteri che pongono una correlazione, di tipo probabilistico inferenziale, tra due fatti o classi di fatti, sembrando lecito allora domandarsi fino a qual punto, nella pratica, sarà possibile cogliere di volta in volta la differenza — che in teoria certamente sussiste — tra un tal genere di attività assertivo-probatoria e quella che le sentenze del 2019 riconoscono, ripetutamente, che il creditore possa compiere per il tramite di **presunzioni** ⁽⁸¹⁾.

può essere forte, debole o nullo) deriva da inferenze logiche che tengono conto della *quantità* e della *qualità* delle prove disponibili, del loro grado di *attendibilità* e della loro *coerenza*. Al riguardo la menzionata dottrina processualistica fa riferimento al concetto di probabilità logica (o baconiana) che fonda il grado di conferma di un enunciato sulla base degli elementi di prova che lo riguardano. Ciò sul rilievo che anche un evento statisticamente poco frequente, può, nel caso concreto, essere ritenuto conseguenza del fatto allegato ove la ipotizzata relazione inferenziale trovi, in ambito civile, maggiori elementi di conferma che di esclusione e viceversa. Secondo efficace definizione «*la probabilità logica alla quale è interessato il giudice non è quella del sapere nomologico utilizzato per la spiegazione del caso, bensì attiene ai profili inferenziali della verifica probatoria condotta in chiave induttiva, cioè alla luce delle emergenze del caso concreto*»: M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Schlesinger*, Giuffrè Milano 1992, p. 212 ss.; v. anche ID., *La prova del nesso causale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, pp. 129-130; ID., *La valutazione delle prove*, in *Le prove nel processo civile*, Milano, 2012, p. 207 e ss.; v. anche, sul tema, G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, p. 102 ss.; ID., *Nessi di causa e prova presuntiva*, cit., pp. 273 - 276; P. SPAZIANI, *La prova della responsabilità per fatto ingiusto*, cit., p. 20; R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. It.*, 2018, 2526; ID., *Logica del giudice, standard di prova e controllo in Cassazione*, in *Judicium* [<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2019/10/R.-Poli.pdf>]; A. PLAIA, *op. cit.*.

⁸¹ Secondo TARUFFO, *op. cit.*, 118, «*una frequenza statistica, anche se relativamente elevata, non fornisce mai la prova che un singolo evento si è davvero verificato*», e ciò in quanto «*i dati statistici “parlano di classi di eventi e non di eventi singoli, e servono a fare previsioni invece che accertare fatti singoli già accaduti”*».

L'assunto, tuttavia, non è del tutto pacifico in dottrina.

Secondo F. SCHAUER (2008), citato da R. POLI, *Logica del giudice*, cit., p. 14, nt. 53, «*se si dispone di una statistica particolarmente elevata relativa alla connessione tra due tipi di eventi, ciò può essere sufficiente a stabilire che nel caso singolo si è davvero verificata una associazione tra i due eventi specifici, ed anche ove si tratti di una connessione causale*». Si è inoltre osservato (ancora R. POLI, *op. loc. cit.*), che «*se è certamente vero che le leggi statistiche parlano di classi di eventi e non di eventi singoli, è altrettanto vero che tale aspetto caratterizza negli stessi termini le massime di esperienza. Non vi è infatti dubbio che qualsiasi generalizzazione basata sull'esperienza, anche quelle ritenute più “sicure” e “convincenti”, non possa dire e non dica nulla della verità dello specifico e concreto fatto ignoto oggetto di prova. Tuttavia, anche da parte dei critici delle massime d'esperienza si riconosce che esse, o più in generale le nozioni di senso comune, sono una componente ineliminabile del ragionamento decisorio e giustificativo del giudice, e svolgono un ruolo centrale proprio nell'ambito della prova e della sua valutazione. Ebbene, in altre parole, ... se si riconosce l'ineliminabilità del ricorso alle massime d'esperienza nella valutazione delle prove e la loro idoneità a costituire la premessa maggiore di un*

Per converso, se l'attore/creditore offre la prova per presunzioni predicata dalle sentenze Scoditti del 2019, le regole del processo non escludono certo che il debitore possa offrire la *contro-prova* atta a falsificare il risultato probabilistico raggiunto con gli elementi di giudizio offerti dal primo. Anche dal lato del debitore, dunque, al di là del diverso schema concettuale utilizzato, non sembra si possano ravvisare così nette differenze nella pratica.

Può darsi il caso che quel genere di relazione inferenziale predicata dall'attore a fondamento della domanda non regga alla verifica condotta alla luce delle risultanze raccolte ovvero non sia sufficientemente giustificata in relazione alle circostanze del caso concreto.

Qui si coglie la differenza tra le due impostazioni dogmatiche.

Secondo Cass. nn 28991-28992 del 2019, la domanda andrebbe in tal caso rigettata⁽⁸²⁾; secondo l'impostazione contraria la domanda (ove risulti comunque assolto l'onere dell'attore dell'allegazione di un inadempimento eziologicamente connotato sul piano astratto) andrebbe invece accolta⁽⁸³⁾.

ragionamento inferenziale che conduce alla affermazione di verità di un determinato enunciato fattuale – enunciato che di conseguenza il giudice può portare a fondamento della sua decisione –, la stessa idoneità deve essere riconosciuta, a fortiori, alle leggi scientifiche statistiche che, a ben vedere, non sono altro che massime d'esperienza qualificate».

Anche secondo G. TRAVAGLINO, *op. cit.*, p. 274, non si può negare che «*la probabilità quantitativa, specie nelle forme delle frequenze statistiche, possa giocare un ruolo in seno al ragionamento probatorio volto all'accertamento della causalità, ma ... la sua utilizzazione presuppone il verificarsi di tre condizioni, due positive (di fondamento e di rilevanza) una negativa (di non sovrapposizione percentualistica). È necessario, da un canto, disporre di dati che abbiano un solido fondamento scientifico, dall'altro, verificarne la rilevanza rispetto allo specifico accertamento del caso concreto, dall'altro ancora ragionare in termini di probabilità statistica senza che le percentuali ricavabili incidano sulla probabilità percentualistica del singolo caso sottoposto all'esame del giudice».*

Si tratta dunque di strumenti logici da maneggiare con molta cura, nella consapevolezza dell'incombente pericolo di un «*calo di tensione*» e di un «*approccio più lasco e abborracciato al problema della causalità materiale*», segnalato da F. PIRAINO (*Ancora sul nesso di causalità materiale*, cit., c. 194), quale conseguenza della «*connotazione probabilistica assunta dal giudizio causale, soprattutto a seguito del mutamento epistemologico nella filosofia della scienza che ha condotto alla presa di coscienza dello statuto soltanto probabile degli asserti scientifici*» e della conseguente nascita, in campo di diritto civile, della «*convinzione, chiaramente errata, che l'irrompere della probabilità giustifichi un minore rigore in sede di ricostruzione del nesso causale*».

⁸² V. in tal senso, da ultimo, proprio sulla base della natura e degli esiti del ragionamento probabilistico da utilizzare, Cass. 07/03/2022, n. 7355 (Pres. Travaglino – Est. Pellicchia)

⁸³ A. PLAIA (*op. cit.*, nt. 23), critico verso tale ultima impostazione e favorevole alla ricostruzione accolta da Cass. nn. 28991-28992 del 2019, fa l'ipotesi di un bambino cui venga diagnosticata una lesione cerebrale, patologia che può essere genetica, o successiva al parto, ma anche possibile conseguenza di una condotta imperita del medico. «*Questa ipotesi causale – osserva l'A. –, fondata su una probabilità statistica, è però astratta e nulla ci dice sul caso concreto e già accaduto, almeno sinché non trovi conforto sul piano strettamente probatorio e cioè della*

Appare però evidente che, in tal modo, la distanza tra le due impostazioni si trasferisce interamente sul piano della valutazione della relazione probabilistico-inferenziale proposta a supporto degli oneri di allegazione e prova comunque gravanti in capo al creditore/danneggiato.

E non può non rilevarsi, però, al riguardo, che la conclusione che questa non raggiunga il grado richiesto di conferma probatoria passa necessariamente attraverso la valutazione degli elementi acquisiti; intanto l'uno o l'altro esito potranno essere affermati, in quanto tali elementi (si reputi) emergano (oppure no) dalla attività probatoria delle parti e, dunque, anche da quella del convenuto, oltre che, naturalmente, *in primis*, dalla consulenza tecnica d'ufficio, perno immancabile in tal genere di contenzioso.

Nella concreta dinamica processuale finisce, dunque, con il ridursi alquanto (se non svanire del tutto), almeno sul piano pratico, il peso della differenza tra le opzioni dogmatiche di fondo, atteso che, a fronte dell'allegazione da parte dell'attore/danneggiato (che, giova ripetere, è reputata necessaria anche dai sostenitori della impostazione, per così dire, più favorevole al creditore), di un inadempimento eziologicamente rilevante (secondo causalità statistica o pascaliana) il convenuto che non voglia correre il rischio di affidarsi alla sola (scivolosa) difesa dell'inidoneità di quella relazione inferenziale a dar prova del nesso di causa, avrà tutto l'interesse (e l'onere) di fornire in giudizio gli elementi di falsificazione, in concreto, di quella inferenza ⁽⁸⁴⁾.

"probabilità logica". Si pensi, ancora, ad un intervento chirurgico al polso in ragione di una frattura di radio cui, secondo le prospettazioni del paziente, sarebbe seguita una lesione del nervo mediano. Anche qui, la letteratura scientifica ci dice che la lesione del nervo è un "tipo" di danno che può essere conseguenza di un trattamento chirurgico imperito del polso, ancorché possa anche essere possibile "complicanza" iatrogena (cioè causata dall'intervento medico, ma) non evitabile, oppure essere conseguenza della frattura stessa (causata dalla contusione o dall'edema). L'imperizia del medico è, allora, eziologicamente rilevante in astratto, ma occorre valutare se, in concreto, il danno sia "più probabilmente che no" una complicanza inevitabile, ovvero se possa dirsi vera "più probabilmente che no" - tenendo conto anche del livello di probabilità statistica, che tuttavia è solo un argomento tra tanti - che a cagionare la lesione sia stata l'imperizia del medico. Ebbene, anche in un caso di questo tipo, la frequenza statistica della complicanza iatrogena assai poco ci dice in termini di "probabilità logica", potendo, al più, valere quale argomento di prova, certamente insufficiente a rendere credibile razionalmente l'ipotesi eziologica allegata».

⁸⁴ Sembra utile segnalare al riguardo che la valutazione della validità del ragionamento inferenziale trova limitati spazi di sindacabilità nel giudizio di legittimità. Cass. S.U. 24 gennaio 2018, n. 1785, occupandosi dei criteri e dei requisiti da osservare per la denuncia, in cassazione, del vizio di violazione o di falsa applicazione dell'art. 2729 cod. civ., ha in proposito affermato che tale denuncia «si può prospettare ... sotto i seguenti aspetti:

aa) il giudice di merito (ma è caso scolastico) contraddice il disposto dell'art. 2729 cod. civ., primo comma, affermando (e, quindi, facendone poi concreta applicazione) che un ragionamento presuntivo può basarsi anche su presunzioni (*rectius*: fatti), che non siano gravi, precise e concordanti: questo è un errore di diretta violazione della norma;

bb) il giudice di merito fonda la presunzione su un fatto storico privo di gravità o di precisione o di concordanza ai fini della inferenza dal fatto noto della conseguenza ignota, così sussumendo sotto la norma dell'art. 2729 cod. civ. fatti privi di quelle caratteristiche e, quindi, incorrendo in una sua falsa applicazione, giacché dichiara di applicarla assumendola esattamente nel suo contenuto astratto, ma lo fa con riguardo ad una fattispecie concreta che non si presta ad essere ricondotta sotto tale contenuto, cioè sotto la specie della gravità, precisione e concordanza.

Con riferimento a tale secondo profilo, si rileva che, com'è noto, la gravità allude ad un concetto logico, generale o speciale (cioè **rispondente a principi di logica in genere oppure a principi di una qualche logica particolare, per esempio di natura scientifica o propria di una qualche *lex artis***), che esprime nient'altro — almeno secondo l'opinione preferibile — che la presunzione si deve fondare su un ragionamento probabilistico, per cui dato un fatto A noto è probabile che si sia verificato il fatto B (non è condivisibile, invece, l'idea che vorrebbe sotteso alla "gravità" che l'inferenza presuntiva sia "certa").

La precisione esprime l'idea che l'inferenza probabilistica conduca alla conoscenza del fatto ignoto con un grado di probabilità che si indirizzi solo verso il fatto B e non lasci spazio, sempre al livello della probabilità, ad un indirizzarsi in senso diverso, cioè anche verso un altro o altri fatti.

La concordanza esprime — almeno secondo l'opinione preferibile — un requisito del ragionamento presuntivo (cioè di una applicazione "non falsa" dell'art. 2729 cod. civ.), che non lo concerne in modo assoluto, cioè di per sé considerato, come invece gli altri due elementi, bensì in modo relativo, cioè nel quadro della possibile sussistenza di altri elementi probatori considerati, volendo esprimere l'idea che, in tanto la presunzione è ammissibile, in quanto indirizzi alla conoscenza del fatto in modo concordante con altri elementi probatori, che, peraltro, possono essere o meno anche altri ragionamenti presuntivi.

Ebbene, quando il giudice di merito sussume erroneamente sotto i tre caratteri individuatori della presunzione fatti concreti accertati che non sono invece rispondenti a quei caratteri, si deve senz'altro ritenere che il suo ragionamento sia censurabile alla stregua dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 3 e compete, dunque, alla Corte di cassazione controllare se la norma dell'art. 2729 cod. civ., oltre ad essere applicata esattamente a livello di proclamazione astratta dal giudice di merito, lo sia stata anche a livello di applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili alla fattispecie astratta.

Essa può, pertanto, essere investita ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 3 dell'errore in cui il giudice di merito sia incorso nel considerare grave una presunzione (cioè un'inferenza) che non lo sia o sotto un profilo logico generale o sotto il particolare profilo logico (interno ad una certa disciplina) entro il quale essa si collochi. La stessa cosa dicasi per il controllo della precisione e per quello della concordanza.

In base alle considerazioni svolte la deduzione del vizio di falsa applicazione dell'art. 2729, primo comma, cod. civ., suppone allora un'attività argomentativa che si deve estrinsecare nella puntuale indicazione, enunciazione e spiegazione che il ragionamento presuntivo compiuto dal giudice di merito — assunto, però, come tale e, quindi, *in facto* per come è stato enunciato — risulti irrispettoso del paradigma della gravità, o di quello della precisione o di quello della concordanza.

Occorre, dunque, una preliminare attività di individuazione del ragionamento asseritamente irrispettoso di uno o di tutti tali paradigmi compiuto dal giudice di merito e, quindi, è su di esso che la critica di c.d. falsa applicazione si deve innestare ed essa postula l'evidenziare in modo chiaro che quel ragionamento è stato erroneamente sussunto sotto uno o sotto tutti quei paradigmi.

Di contro la critica al ragionamento presuntivo svolto da giudice di merito sfugge al concetto di falsa applicazione quando invece si concreta o in un'attività diretta ad evidenziare soltanto che le circostanze fattuali in relazione alle quali il ragionamento presuntivo è stato enunciato dal giudice di merito, avrebbero dovuto essere ricostruite in altro modo (sicché il giudice di merito è partito in definitiva da un presupposto fattuale erroneo nell'applicare il ragionamento presuntivo), o nella mera prospettazione di una inferenza probabilistica semplicemente diversa da quella che si dice

È evidente, in ultima analisi, che tutte le volte almeno in cui quella relazione inferenziale possa ritenersi idonea a sorreggere, sul piano probatorio, il convincimento dell'esistenza di un nesso causale, viene a perdersi ogni supposta differenza tra quella impostazione concettuale e quella predicata dalle sentenze di San Martino della Terza Sezione.

Non solo, ma in tale prospettiva trova anche conferma l'affermata continuità di indirizzo di queste ultime con la pronuncia di Cass. Sez. U. n. 577 del 2008.

Questa invero nel predicare, a carico dell'attore danneggiato, un onere di allegazione di un «inadempimento qualificato», altro non indicava se non la necessità di accompagnare l'allegazione dell'inadempimento anche alla allegazione di una relazione inferenziale, sia pure su di un piano astratto, tra questo e il danno patito [l'aggettivo «qualificato» è in quella sentenza specificato con la alternativa locuzione aggettivale «(inadempimento) astrattamente efficiente alla produzione del danno»].

Ma non ha certo anche affermato che — ove rimanesse comunque in dubbio, sulla base della sola relazione inferenziale evidenziata dagli elementi offerti, l'ascrivibilità causale del danno all'inadempimento — la responsabilità risarcitoria dovesse ugualmente essere affermata per essere in capo al debitore l'onere di colmare, in negativo, quel dubbio, attraverso la prova positiva della non ascrivibilità causale.

Il caso esaminato e le ragioni specifiche di quella decisione dimostrano che non era questo il senso dell'affermazione dal momento che il principio enunciato dalle Sezioni Unite «venne ... affermato a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato" allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare - di per sé, ed in assenza di fattori alternativi "più probabili", nel caso singolo di specie - la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta (si che la prova della prestazione sanitaria conteneva in sé quella del nesso causale), con la conseguenza che non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2 (e non - si badi - la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 cod. civ.)»⁽⁸⁵⁾.

applicata dal giudice di merito, senza spiegare e dimostrare perché quella da costui applicata abbia esorbitato dai paradigmi dell'art. 2729, primo comma (e ciò tanto se questa prospettazione sia basata sulle stesse circostanze fattuali su cui si è basato il giudice di merito, quanto se basata altresì su altre circostanze fattuali)».

⁸⁵ Così espressamente, in motivazione, Cass. n. 29315 del 2017 (Pres. Travaglino – Est. Sestini), già citata *supra*, nota 39, che, per tal motivo, esclude che la ricostruzione operata da Cass. n. 18392 del 2017 possa dirsi in contrasto con il principio affermato da Cass. S.U. n. 577/2008.

Appare in tal senso anche significativo che, successivamente alle sentenze di San Martino 2019, Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128 (ud. 20 novembre 2019), Pres. Travaglino – Est. Fieconi, in *Foro it.* 2020, I, c. 1595, con nota di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da «facere» professionale*, cit. — abbia deciso il caso di responsabilità medica al suo

In questi termini sembra allora si possa convenire, in conclusione, con le osservazioni di quella dottrina ⁽⁸⁶⁾ che, nel riconoscere alla Cassazione di avere svolto pregevolmente il suo compito di fissare con la massima chiarezza possibile i principi che, in termini sostanziali e processuali, devono indirizzare il giudice del merito, ricorda che *«sarà (soltanto) quest'ultimo a poter accertare, in concreto, le circostanze idonee, grazie alle produzioni delle parti e soprattutto alla c.t.u., a valorizzare e far funzionare il meccanismo processuale della presunzione (anche e in primo luogo in considerazione del carattere della prestazione), che perciò rimane, nelle controversie più spinose e comunque nei casi in cui vi sia il rischio della c.d. "causa ignota", la vera chiave di volta della decisione».*

EMILIO IANNELLO

esame (che poneva la questione dell'onere della prova e del rischio della causa ignota) espressamente richiamando a fondamento il principio affermato da Cass. S.U. n. 577 del 2008.

⁸⁶ F. MACARIO, *op. cit.*, c. 166.