

Il nesso di causalità nell'ambito della responsabilità medica alla luce delle sentenze San Martino 2019: onere probatorio e distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione

di Monica GUZZARDI *

SOMMARIO: **1.** Introduzione. Le Sentenze San Martino 2019. **2.** Le fonti delle obbligazioni e la natura della responsabilità medica: evoluzione giurisprudenziale e normativa. **3.** L'onere probatorio nel regime della responsabilità: superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. S.U. 13 13533/2001 e 577/2008. **4.** Le decisioni nn. 28991-28992/2019 della III sezione: il duplice nesso causale **5.** Ancora sul nesso di causalità materiale (nn. 28986-28990/2019): le preesistenze e la distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione. **6.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: L'Autrice, sottolineata l'importanza delle sentenze pubblicate dalla III Sez. della Corte di Cassazione - pubblicazione avvenuta simbolicamente nel giorno di San Martino del 2019 – ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale e legislativa in materia di responsabilità medica, soffermandosi, in particolare, sul regime probatorio. Si analizzano, infine, le sentenze nn. 28991-28992 con riguardo alla duplicità del nesso causale e al rischio della causa ignota, e le sentenze nn. 28986-28990, concernenti la valutazione delle preesistenze, ossia la liquidazione dei danni subiti da un soggetto già invalido.

ABSTRACT: The author reviews the development of Italian case-law and legislation on the issue of medical malpractice, and its rules of evidence, and underlines the importance of selected judgments of the Supreme Court (III section), which were symbolically published on San Martin's day in 2019. These judgments, namely no. 28991-28992, regard the double causal link and the risks connected to unknown causes, while no. 28986-28990, concern the assessment of pre-existing conditions, that is the settlement of claims arising from a subject previously affected by medical conditions.

1. Introduzione. Le sentenze "San Martino" 2019

* Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Catania.

L'11 Novembre 2019 sono state depositate e pubblicate nella cancelleria della Terza Sezione Civile della Suprema Corte di Cassazione dieci sentenze¹. La data di pubblicazione non sembra casuale, in quanto la data di deposito evoca il passaggio, altrettanto centrale, delle note quattro sentenze di "San Martino" 2008², con cui vennero tracciati i contorni del danno non patrimoniale.

La complessità della materia – anche alla luce dei diversi interventi legislativi succedutisi a distanza di pochi anni l'uno dall'altro – e la sua rilevanza sociale hanno spinto la Terza Sezione Civile, su idea e direzione del Consigliere Stefano Olivieri, alla creazione del "progetto sanità" (che, nell'organizzazione interna alla Terza Sezione, si affianca al "progetto locazioni" e al "progetto esecuzioni"), un gruppo di lavoro nato con l'obiettivo di individuare le questioni più controverse in materia di responsabilità sanitaria, rispetto alle quali era maggiormente avvertita la necessità di un intervento nomofilattico della Suprema Corte, in grado di orientare gli operatori del diritto³.

Brevemente, prima di affrontare il tema specifico oggetto delle sentenze 28991-28992 e 28986-28990, si ripercorrono i punti salienti delle sentenze San Martino 2019, le quali si occupano non soltanto di danni non patrimoniali ma affrontano, più genericamente, il tema della responsabilità sanitaria.

¹ M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno e Resp.* 1/2020 p.7; G. PONZANELLI, *Alcune considerazioni generali sulle dieci sentenze della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2019*, in *Corti supreme e salute 2019*, 3.

² Sono trascorsi ormai quasi dodici anni dal giorno di San Martino, 11 novembre, 2008, in cui la stessa Suprema Corte, ma in quel caso a Sezioni Unite, depositava quattro sentenze (n. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008 Pres. Carbone Rel. Preden), con le quali veniva chiarito, non solo cosa dovesse intendersi per "danno non patrimoniale", ma anche come dovesse essere risarcito, liquidato e provato in giudizio.

³ Le questioni sono state individuate, dal gruppo di lavoro, tra le liti pendenti dinanzi alla Corte, nonché facendo ricorso ai poteri straordinari di impugnazione, che la legge attribuisce al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, invertendo il normale rapporto ricorso – decisione di legittimità; successivamente, i ricorsi sono stati trattati nelle pubbliche udienze del 2, 3 e 4 luglio 2019 da cui le dieci "sentenze-pilota" pubblicate l'11 novembre scorso.

Ci si è domandati come mai un simile intervento non sia stato affidato alle Sezioni Unite; ebbene – come ha spiegato il Presidente titolare della Terza Sezione Civile, il dott. Angelo Spirito, al convegno del 27 novembre, tenutosi nell'Aula Magna della Suprema Corte – la risposta è che un intervento delle Sezioni Unite non era necessario: le sentenze depositate l'11 novembre scorso non hanno superato le cd. sentenze di San Martino, ma le hanno "attualizzate" ad undici anni dalla loro pubblicazione.

La pronuncia n. 28985 si occupa del concorso informato⁴, stabilendo che la violazione da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute e un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, rinvenibile quando, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. Il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione, che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, pur necessario ed anche se eseguito *'secundum legem artis'*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente, ossia senza un consenso consapevolmente prestato, dovrà conseguire alla allegazione del relativo pregiudizio ad opera del paziente, riverberando il rifiuto del consenso alla pratica terapeutica sul piano della causalità giuridica ex art. 1223 c.c. e, cioè, della relazione tra evento lesivo del diritto alla autodeterminazione – perfezionatosi con la condotta omissiva in violazione dell'obbligo informativo preventivo – e conseguenze pregiudizievoli che da quello derivano secondo un nesso di regolarità causale.

La pronuncia n. 28987 riguarda l'azione di rivalsa⁵ nel regime anteriore alla L. n. 24 del 2017, nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico. La responsabilità, per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo, deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale, a meno che dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione.

La pronuncia n. 28988⁶, concerne la personalizzazione del risarcimento, ossia il Collegio stabilisce a quali condizioni la misura standard di risarcimento

⁴ M. FOGLIA, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it; S. CACACE, *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019*, in *Danno e Resp.* 1/2020,11

⁵ F. CERIA, *L'azione di rivalsa della struttura nei confronti del medico: contenuti, limiti e onere della prova*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it; A. D'ADDA, *I limiti alla rivalsa della struttura sanitaria sul medico (e del debitore sul proprio ausiliario): la Suprema Corte si confronta con il sistema della responsabilità civile*, in *Danno e Responsabilità*, 1/2020.

⁶ G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*, in *Danno e Responsabilità* 1/2020 ; P.

(previsto dalla legge o stabilita in via equitativa dal giudice secondo il sistema del cd. punto variabile) può essere aumentata: posto che il grado di invalidità, indicato dal barème medico-legale, è già espressione delle conseguenze normalmente ed inevitabilmente prodotte dalla lesione. La cd. personalizzazione del risarcimento, dunque, può essere adoperata esclusivamente al fine di tener conto dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale e che costituiscono circostanza eccezionale prodotta dalla lesione.

La pronuncia n. 28989, si occupa del c.d. danno parentale⁷, stabilendo che ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale da perdita di persona cara, la congiunta attribuzione del danno morale (non altrimenti specificato) e del danno da perdita del rapporto parentale costituisce indebita duplicazione di risarcimento, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita (sul piano morale soggettivo), e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita (sul piano dinamico-relazionale), rappresentano elementi essenziali dello stesso complesso e articolato pregiudizio, destinato ad essere risarcito, sì integralmente, ma anche unitariamente. Allo stesso modo, in virtù del principio di unitarietà e onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, deve escludersi che, al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza del fatto illecito di un terzo, possano essere liquidati sia il danno da perdita del rapporto parentale che il danno esistenziale, poiché il primo già comprende lo sconvolgimento dell'esistenza, che ne costituisce una componente intrinseca.

La decisione n. 28990⁸ riguarda, oltre i profili più avanti illustrati, l'applicabilità o meno della legge cd. Balduzzi (decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 convertito con modificazioni nella legge 8 novembre 2012, n. 189) ai giudizi già pendenti. Partendo dal presupposto che la legge del 2012 non modifica *ex tunc* gli elementi costitutivi della fattispecie, ma impone l'applicazione anche al campo della responsabilità sanitaria delle Tabelle elaborate sulla scorta degli artt. 138 e 139 cod. ass., in materia di risarcimento per sinistri da circolazione stradale, il Collegio stabilisce che, fermo il limite del giudicato interno sul *quantum*, la legge cd. Balduzzi trova applicazione anche ai giudizi pendenti,

ZIVIZ, La personalizzazione del danno non patrimoniale derivate da lesione alla salute, in www.rivistaresponsabilitamedica.it.

⁷ S. ROSSI, *La Cassazione torna sul danno parentale*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it

⁸ S. CORSO, *Sulla "retroattività" dei nuovi criteri di valutazione del danno biologico nell'ambito della responsabilità medica*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it

relativi a fatti anteriori alla sua entrata in vigore, avendo riguardo esclusivamente ai criteri di liquidazione del danno non patrimoniale.

La pronuncia, n. 28993, concerne il danno da perdita di *chance*⁹ a carattere non patrimoniale, che viene individuato nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente – secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica – alla condotta colposa del sanitario ed integrante evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa), soltanto ove la perduta possibilità sia apprezzabile, seria e consistente.

La pronuncia n. 28994¹⁰, infine, ribadisce l'irretroattività relativa alle norme sostanziali, contenute nella l. 189/2012 e nella l. 24/2017, e la retroattività delle disposizioni le quali affermano l'applicazione, in punto di liquidazione del danno, degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private.

2. Le fonti delle obbligazioni e la natura della responsabilità medica: evoluzione giurisprudenziale e normativa.

Al fine di affrontare lo specifico tema relativo all'onere probatorio del nesso di causalità, in materia di responsabilità medica, alla luce dell'intervento nomofilattico della III sezione, è opportuno ripercorrere sommariamente l'evoluzione giurisprudenziale e normativa di tale peculiare responsabilità, nonché inquadrare quest'ultima quanto alla sua natura giuridica.

Ed invero, è noto come la responsabilità medica, seppur in un primo momento considerata quale ipotesi di responsabilità extracontrattuale¹¹, sia stata ricondotta tradizionalmente nell'ambito della c.d. responsabilità da contatto sociale¹².

A questo punto, occorre porre in essere alcune brevi considerazioni circa l'istituto della responsabilità nel nostro ordinamento giuridico.

L'art 1173, nell'elencare le fonti delle obbligazioni, chiude con una definizione senza dubbio molto elastica, da vera e propria norma di chiusura, in quanto

⁹ R. PUCELLA, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances* in *Danno e Resp.*, 1/2020.

¹⁰ P. ZIVIZ, *Irretroattività delle norme relative alla qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria* in www.rivistaresponsabilitamedica.it

¹¹ Cass. Civ. Sez. III, 24 marzo 1979 n. 1716, in *Giust Civ.*, 1979, 1440, I

¹² C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss.

affianca a quelle *ex contractu* ed *ex delictu*, anche "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"¹³.

Come noto, quindi, il legislatore prevede due tipi di responsabilità: la responsabilità contrattuale (o da inadempimento di una preesistente obbligazione) e la responsabilità aquiliana.

La principale differenza che intercorre tra i due modelli di responsabilità risiede nel fatto che la responsabilità aquiliana, disciplinata agli artt. 2043 e seguenti del c.c., tutela le violazioni del principio del "*neminem laedere*" (cioè della generica lesione dell'altrui diritto) a prescindere da un'obbligazione preesistente tra danneggiante e danneggiato.

Al contrario, la responsabilità contrattuale, disciplinata all'art. 1218 c.c., trova il suo fondamento proprio in un'obbligazione puntuale e preesistente tra debitore e creditore¹⁴.

La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ha evidente rilevanza pratica, in considerazione del diverso regime della prescrizione, decennale nel primo caso, e quinquennale nel secondo, nonché del diverso regime della mora del debitore in quanto la mora, nella responsabilità ex 2043 c.c., opera automaticamente. Ulteriore differenza si rinviene quanto al concetto di danni risarcibili, perché l'art 1225 c.c. limita il risarcimento al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione, allorché non sia ravvisabile, nella condotta del debitore, né dolo, né colpa, mentre tale criterio della prevedibilità del danno non si applica alla responsabilità extracontrattuale. Ne consegue che, posto che l'articolo 2056 c.c. non richiama l'articolo 1225, il risarcimento nell'illecito extracontrattuale è dovuto anche per

¹³ G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, VI[^] ed., Padova, 2009, p. 421 e ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 149 e ss. ; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

¹⁴ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953 I, p. 108 secondo cui il torto può essere definito come "contrattuale" se «è preceduto e qualificato da un rapporto di obbligazione, qualunque possa esserne la fonte», o come extracontrattuale o aquiliano «se questo rapporto manca», ed è qualificato «dalla inosservanza di un dovere di rispetto dell'interesse altrui». Quindi, le due situazioni sono nettamente distinte: «nell'una il torto consiste nell'inadempimento (imputabile) che si contrappone alla sopravvenuta impossibilità di prestare dipendente da causa non imputabile al debitore; nell'altra, invece, il torto consiste nell'indebita invasione della sfera d'interessi altrui»; C. BIANCA, *Diritto civile, volume V, Le responsabilità*, Giuffrè, 2019 ; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 484;

i *danni non prevedibili* mentre, nell'inadempimento contrattuale, i danni non prevedibili sono risarcibili solo se l'inadempimento è doloso.

L'altra differenza, che si mette in evidenza tra i due modelli di responsabilità, risiede nella diversità dell'onere probatorio: già la formulazione letterale, per un verso dell'art. 2043 c.c., per altro verso, dell'art. 1218 c.c. indica come il legislatore richieda un onere probatorio differente. Laddove si verta in tema di responsabilità aquiliana, a mente dell'art. 2043 c.c., sarà il danneggiato a dover provare il rapporto di causalità intercorrente tra fatto e danno, nonché la sussistenza del dolo o della colpa in capo al danneggiante. In tema di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., invece, il danneggiato deve solo provare il fatto dell'inadempimento e il danno arrecato, mentre spetta al debitore inadempiente provare che l'inadempimento non è lui imputabile.

Premessa tale distinzione, si rammenta come, a partire dal 1999, la giurisprudenza¹⁵ abbia accolto la teoria dei rapporti contrattuali di fatto nel nostro ordinamento e abbia stabilito che le regole della responsabilità contrattuale si applicano anche ai rapporti che nascono da contatto sociale; in particolare, con la sentenza Cass. Sez. III, n. 589/1999¹⁶, tale nozione è stata applicata al rapporto tra il medico del pronto soccorso, dipendente di un ente ospedaliero, e il paziente.

Tra il medico e il paziente, infatti, ancorché non sia stato stipulato alcun contratto, ricorre comunque un rapporto giuridico particolare, che non può essere ricondotto all'articolo 2043¹⁷. Quest'ultima norma, infatti, disciplina i

¹⁵ Il contatto sociale è stato rinvenuto dalla giurisprudenza di legittimità anche in relazione ad altre fattispecie quali: il rapporto insegnante-alunno, con particolare riguardo alle autolesioni del medesimo (Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346); nel caso della banca che paga l'assegno ad un soggetto non legittimato (Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712); in caso di responsabilità del mediatore 'tipico', il quale agisce in assenza di qualsiasi mandato e pone in essere un'attività giuridica in senso stretto, che instaura un contatto sociale qualificato (Cass. Civ., 14 luglio 2009, n. 16382); in caso di responsabilità precontrattuale (Cass. civ., sez. I, sent. 12 luglio 2016, n. 14188);

¹⁶ Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589 con commento di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corriere Giuridico*, 1999, 4, 448. Si profila, in definitiva, una "responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale" (Cass. n.589/1999).

¹⁷ A. MASONE, *La responsabilità del medico come responsabilità di tipo contrattuale*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2015, 1.

casi in cui tra il soggetto danneggiante e danneggiato non esiste alcun rapporto, se non un generico dovere di *neminem laedere*; si tratta in sostanza di un rapporto tra sconosciuti, ove uno dei due ha danneggiato l'altro. Il medico e il paziente invece, ancorché il medico sia un dipendente ospedaliero, non possono essere trattati come due sconosciuti; in particolare il medico "non è un *quisque de populo*" tenuto all'obbligo di non danneggiare l'altro, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento; al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l'azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente e ad operare affinché avvenga la guarigione.

Deve, inoltre, considerarsi che l'obbligazione di risarcire il danno in caso di inadempimento contrattuale, prevista e disciplinata dall'articolo 1218, non nasce solo dall'inadempimento di un contratto in senso stretto, ma anche da fonti non contrattuali: l'articolo 1173 prima citato, infatti, è esplicito in tal senso, stabilendo che l'obbligazione possa nascere da contratto, da fatto illecito, ma anche da ogni altro atto o fatto idoneo per l'ordinamento a produrre obbligazioni.

Il rapporto contrattuale di fatto è, quindi, uno dei quegli altri atti o fatti idonei per l'ordinamento a costituire fonte di un'obbligazione.

Occorre sottolineare che il contatto sociale, per essere inteso quale quasi contratto (e non come mero torto) e ingenerare, in caso di violazione, una responsabilità contrattuale (e non aquiliana), deve atteggiarsi come qualificato: difatti, non ogni contatto sociale, inteso come interazione tra soggetti, può dar luogo ad una responsabilità contrattuale da contatto, ma deve essere preordinato al perseguimento di uno specifico scopo che generi l'affidamento di una parte circa la correttezza e buona fede della controparte. Solo ove sussistano i predetti caratteri, il contatto sociale fa insorgere obblighi di protezione non legati ad obblighi di prestazione, la cui violazione sfocia in una responsabilità contrattuale.

Nello specifico settore medico, come da alcuni affermato, vi è un tratto peculiare e caratterizzante del contatto sociale, costituito dall'affidamento che il paziente ripone in un soggetto, come il medico, che esercita una delle c.d. professioni protette, e che ha per oggetto la tutela di beni garantiti a livello costituzionale; si tratta di un affidamento che la dottrina assume discendere dal peculiare *status* professionale da questi rivestito e derivante dal ruolo che il

soggetto medesimo svolge, che determina il sorgere di specifiche aspettative di condotta, connotate da un evidente carattere di obbligatorietà.¹⁸

Questa soluzione della questione ovviamente riverbera i suoi effetti sul regime applicabile alla responsabilità, in particolare sulla ripartizione dell'onere probatorio e sul termine di prescrizione.

In un primo momento, dunque, dottrina e giurisprudenza, declinavano la responsabilità medica nell'orbita dell'articolo 2043 c.c. La *ratio* è di facile intuizione, si voleva tutelare il sanitario, affibbiando un onere probatorio più greve al paziente/danneggiato e un termine prescizionale più breve per esercitare l'azione da parte dello stesso.

Detta teoria venne ribaltata successivamente, sia dalla giurisprudenza e sia dalla dottrina, con l'accoglimento della teoria del contatto sociale qualificato. Discende da ciò un onere probatorio per il paziente meno severo, in quanto egli deve solamente dimostrare il titolo su cui si fonda la sua domanda, ossia l'esistenza del contatto sociale, limitandosi ad allegare l'inadempimento del sanitario. Il medico, invece, deve dimostrare di aver agito con diligenza, perizia e prudenza, e che il danno non è dipeso dalla sua condotta inadempiente, ma dal caso fortuito o dalla forza maggiore.

Il legislatore del 2012, con la legge "Balduzzi"¹⁹, ha messo in discussione l'approdo cui era giunta la giurisprudenza di legittimità qualificando, all'articolo 3 della summenzionata legge, la responsabilità civile per colpa lieve come extracontrattuale.

¹⁸ F. ZAULI, *Responsabilità professionale da contatto sociale del medico ed inadempimento contrattuale della clinica*, in *La Responsabilità Civile*, 2011, 6, 431;

¹⁹ R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2013 pag.1 e ss.; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, Maggioli Editore, 2013; F. AGNINO, *La responsabilità medica ed evoluzione giurisprudenziale: resiste la teoria del contatto sociale anche dopo il decreto Balduzzi*, in *Ridare*; R. BREDA, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. Legge Balduzzi*, in *riv. it. med. leg.*, 2013, pag. 751 e ss.; D. POTETTI, *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale civile dopo il d.l. n.158 del 2012*, in *Giur merito*, 2013, pag. 1744; P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *resp. civ e prev.*, 2014 pag.1040; G. SILECI, *La legge Balduzzi: un'occasione per rivedere sulla responsabilità medica da contatto sociale*, in *Ridare*, 23 febbraio 2015; A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 15; R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art.3 del d.l. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impresa*, 2014,123 e ss..

La *ratio* che ha spinto il legislatore era volta a contrastare il fenomeno della cosiddetta “medicina difensiva”, determinato dal timore dei professionisti sanitari di incorrere in processi penali e in cause civilistiche di natura risarcitoria.

A seguito della promulgazione della L. 189/2012, tuttavia, si è registrato un contrasto giurisprudenziale tra coloro i quali hanno ritenuto che il richiamo all’articolo 2043 c.c., contenuto nell’articolo 3 della legge “Balduzzi”, indicasse la natura extracontrattuale della responsabilità sanitaria per colpa lieve e chi, invece, non lo riteneva idoneo a suffragare un mutamento prospettico nel modo di intendere tale forma di illecito²⁰.

Successivamente, il legislatore, con la legge n. 24 del 2017 (Legge Gelli-Bianco)²¹, ha messo fine agli accesi dibattiti che si erano sollevati a seguito della legge “Balduzzi”, arrivando ad affermare che vi è un duplice binario di responsabilità, contrattuale ex articolo 1218 c.c. per la struttura sanitaria, in ragione del rapporto di ospitalità con il paziente, ed extracontrattuale per il medico che esercita la professione nella stessa.

In conclusione, fino alla introduzione della Legge Gelli-Bianco la responsabilità derivante da errore medico nei confronti del paziente, nonostante il richiamo all’art. 2043 della L. Balduzzi, veniva ricondotta in ogni caso sotto il regime dell’art. 1218 c.c.: quella della struttura sanitaria, in quanto con questa il paziente ha stipulato un contratto di ospitalità; quella del medico dipendente

²⁰ La giurisprudenza, nonostante il richiamo dell’art. 3 della Legge Balduzzi all’art 2043 c.c., ha continuato a qualificare la responsabilità medica quale ipotesi di responsabilità contrattuale. Cass., 17 aprile 2014, n. 8940 in *Resp. civ e prev.*, 3/2014, pag. 803 secondo cui «L’articolo 3, comma 1, della legge n. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all’ esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell’inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 c.c., poiché in *lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l’irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell’orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni».

²¹ M. FRANZONI, *La responsabilità civile del personale medico dopo la legge Gelli*, in Istituzioni del Federalismo, 2017, n. 2; P. GATTARI *Prime riflessioni sulla riforma della responsabilità civile da attività sanitaria (Legge 8 marzo 2017 n. 24)* in *Questione giustizia*, 25 maggio 2017 ; R. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli*, in *La nuova procedura civile*, 2, 2017; C. NUZZO, *Responsabilità medica: questioni di diritto intertemporale e fatti ante Legge Gelli Bianco*, in *Giuricivile*, 2018, n. 5

dalla struttura sanitaria, in forza della sussistenza di un contatto sociale qualificato.

La Legge Gelli-Bianco, per abbattere il rischio di una medicina difensiva e per introdurre un modello di responsabilità meno gravoso nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, ha espressamente stabilito la natura aquiliana della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per i danni cagionati per effetto del suo operato.

Con riguardo al regime intertemporale, si rammenta, infine, che le sentenze 28990 e 28994 del 2019 hanno chiarito che le norme sostanziali contenute nella L. n. 189 del 2012, al pari di quelle di cui alla L. 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 pregressi²².

3) L'onere probatorio nel regime della responsabilità professionale: superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. SS.UU. 13533/2001 e 577/2008.

In merito alla ripartizione dell'onere probatorio in materia di responsabilità professionale è possibile distinguere due tappe fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale: *ante* e *post* intervento delle Sezioni Unite con la sentenza n. 13533/2001.

Prima delle SS.UU. 2001, si distingueva tra obbligazioni di mezzi e di risultato: nelle obbligazioni di risultato, il debitore è tenuto a raggiungere un certo scopo corrispondente all'interesse del creditore, lo sforzo di diligenza, pertanto, non rileva di per sé ma in via strumentale al perseguimento dello scopo stesso; nel caso di obbligazione di mezzi, invece, lo sforzo di diligenza rileva in sé costituendo l'essenza stessa del comportamento esecutivo a prescindere dal risultato ottenuto.

A fronte di tale suddivisione²³, la prestazione medica è stata concepita per lungo tempo come un'obbligazione di mezzi.

²² L. CALVAGNA, *La nuova responsabilità sanitaria e la questione dell'applicabilità della stessa a fatti antecedenti la sua entrata in vigore: la Legge Gelli-Bianco (n. 24/2017) si applica anche ai procedimenti pendenti?*, in *La Nuova Proc. Civ.*, 6, 2018.

²³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 e ss., secondo cui, nelle obbligazioni di mezzi, l'interesse protetto si presenta come strumentale all'interesse-presupposto, ma ciò non comporta certo l'assenza di un

Sulla base di ciò, l'orientamento giurisprudenziale prevalente riteneva che l'obbligazione di mezzi, per definizione, non poteva prevedere un risultato, neppure intermedio, ma aveva come contenuto indefettibile la diligenza da valutarsi in relazione alla natura dell'attività esercitata.

A questa distinzione conseguirebbero differenze proprio in ordine alla prova dell'inadempimento, spettando in caso di obbligazioni di mezzi al creditore di dare la prova della negligenza del debitore, laddove per le obbligazioni di risultato varrebbe invece la regola di cui all'art 1218, sicché una volta dimostrato il titolo della pretesa contrattuale, sarebbe stato onere del debitore provare che il risultato era stato raggiunto ovvero non era stato raggiunto per causa a sé non imputabile.

L'assunto muoveva per un verso, dal dato letterale dell'art. 1176 c.c.; per altro verso, dalle prescrizioni contenute nell'art. 2236 c.c. In particolare, l'art. 1176, comma 2, c.c., prevede che, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi non con riferimento al modello del buon padre di famiglia (cioè la diligenza dell'uomo medio, ragionevolmente scrupoloso), bensì con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Inoltre, l'art. 2236 c.c., in tema di responsabilità del prestatore d'opera, prevede che, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave (per imperizia).

risultato, il quale, tutt'al contrario, c'è ma non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore e quel che il creditore ha diritto ad attendersi consiste nella "produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento". Tale distinzione, risalente alla dottrina francese, trova fondamento da considerazioni di carattere pratico, secondo cui le prestazioni professionali intellettuali sono dirette ad un risultato risetto al quale è difficile garantire la realizzazione, in quanto aleatoria ed incerta, poiché dipende anche da circostanze che sfuggono alla sfera di controllo del professionista.

Sulla base del combinato disposto degli articoli 1176, comma 2, c.c. e 2236 c.c., tenuta nella debita considerazione la qualificazione della prestazione del medico come obbligazione di mezzi, si giungeva alla conclusione per cui la prova, che il medico doveva fornire, era incentrata sull'art. 1176 c.c., e quindi sullo sforzo diligente.

Sotto il profilo dell'onere della prova, dunque, la distinzione implicava che mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombe l'onere della prova che il mancato risultato sia dipeso da scarsa diligenza; nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombe l'onere della prova che il mancato risultato sia dipeso da causa a lui non imputabile. In altri termini, il medico doveva provare esclusivamente la diligenza richiesta dall'art. 1176, secondo comma, c.c.

Nella pratica, le problematiche più evidenti nascevano nell'ipotesi di inesatto adempimento dell'obbligazione: la giurisprudenza si chiedeva chi dovesse provare l'inesattezza. L'inesattezza, nel caso delle obbligazioni di mezzi, si rinveniva nella negligenza. Dunque, era il creditore a dover provare la negligenza, cioè colui che agiva doveva provare l'inesattezza della prestazione. Sulla base di siffatto approdo giurisprudenziale, di fatto, il medico non solo era sottratto al regime di cui all'art. 1218 c.c., ma non doveva provare alcunché.

Atteso quanto sopra, l'importanza di tale distinzione, secondo la tradizionale lettura, condizionava in maniera determinante la ripartizione dell'onere della prova. In caso di mancato od inesatto adempimento: nelle obbligazioni di mezzi, l'onere probatorio era posto in capo al creditore (il cliente), nelle obbligazioni di risultato, invece, l'onere probatorio gravava in capo al debitore (colui che doveva svolgere la prestazione).

In definitiva, mentre ai sensi dell'art.1218 c.c. sul creditore incombe l'onere di provare il titolo (contratto) dal quale scaturisce l'obbligazione e la scadenza del termine (se previsto) per l'adempimento, limitandosi ad allegare l'inadempimento (gravando ex adverso sul debitore l'onere della prova del fatto estintivo dell'obbligazione: adempimento o impossibilità sopravvenuta della prestazione); nel caso di obbligazioni di mezzi, il creditore è altresì tenuto a provare l'inesatto adempimento.

Tale onere subiva, tuttavia, un temperamento nel caso di interventi operatori di routine o comunque di non difficile esecuzione ai quali consegua un risultato (inaspettatamente) peggiorativo delle condizioni finali del paziente²⁴. Più specificamente, l'onere della prova è stato ripartito tra le parti nel senso che:

- *spetta al medico provare che il caso è di particolare difficoltà e al paziente l'inesatto adempimento del medico, ovvero le modalità di negligente esecuzione dell'intervento;*
- *ovvero, spetta al paziente provare che si tratta di un intervento di routine, o comunque di facile esecuzione, dal quale è derivato un esito peggiorativo e al medico fornire la prova liberatoria dell'esatto adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.*

²⁴ *In tali casi, infatti, la Cassazione ha più volte affermato che "la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile" (Cass. n. 6141/1978; Cass. n. 6220/1988; Cass. n. 3492/2002).*

La distinzione tra intervento di routine e intervento complesso implica, dunque, che nel primo caso si presume che l'eventuale esito infausto sia addebitabile ad un errore terapeutico grave del medico, avente rilevanza causale nella produzione dell'evento mortale; al paziente basta dimostrare la facilità dell'intervento perché si presuma l'esistenza di un errore terapeutico. Viceversa negli interventi complessi vale la presunzione opposta: al medico dunque è sufficiente provare la complessità dell'intervento per escludere la propria responsabilità.

Orbene, fino al 2001 (Sez. Un. n. 13533/2001), la giurisprudenza affermava che il creditore che lamentasse l'inesattezza della prestazione doveva non solo allegare, ma anche provare la sussistenza dei vizi, è facile comprendere che, grazie alla dicotomia mezzi/risultato, il debitore di una prestazione di mezzi finiva per essere trattato, ai fini della responsabilità, come un danneggiante aquiliano. Era il creditore a dover dimostrare, oltre al danno e al rapporto di causalità, anche l'inesatto adempimento (e, quindi, la negligenza) del debitore. I suddetti risultati sono stati riletti alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 13533²⁵, del 30 ottobre 2001, in tema di onere della prova. La giurisprudenza, infatti, ha stabilito che, indipendentemente dal tipo di azione promossa (esatto adempimento, risoluzione, risarcimento ed inesatto adempimento), il creditore deve provare il titolo (ossia la fonte: es. contratto, od altro atto o fatto idoneo) che dà origine al credito, ed allegare l'altrui inadempimento; spetta, invece, al debitore dimostrare l'adempimento o comunque l'impossibilità sopravvenuta di adempiere a sé non imputabile²⁶.

²⁵ Cass. SS.UU., 30 novembre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 12, 2001, 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349.

²⁶ La S.C. ha chiarito, inoltre, che eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno, si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione; che le regole di riparto indicate non trovano, peraltro, applicazione nell'ipotesi di inadempimento di obbligazioni negative. Nel caso delle obbligazioni negative, invero, è più facile per il creditore provare il fatto (positivo) dell'inadempimento (ad es. aver costruito a fronte dell'obbligo di non costruire), piuttosto che, per il debitore, provare il fatto (negativo) dell'adempimento (ossia non aver costruito).

La necessità di non differenziare il riparto dell'onere probatorio in base al tipo di azione esperita, deriva dalla circostanza che l'inadempimento costituisce presupposto comune alla domanda di adempimento, a quella di risoluzione, e a quella di risarcimento del danno: tutte e tre le azioni sono, infatti, funzionali alla statuizione che il debitore non ha adempiuto e le ulteriori pronunce – queste sì differenti in base all'azione esperita – sono consequenziali a detta statuizione²⁷.

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno affermato che, anche con riguardo all'inesatto adempimento, valgono le medesime regole probatorie, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Applicando detti principi alla responsabilità professionale del medico, viene superata la distinzione tra prestazione di facile esecuzione-routine e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Ne consegue che il paziente dovrà provare la fonte da cui deriva il proprio diritto alla prestazione sanitaria, contratto o contatto sociale qualificato, ed il danno che ne è derivato; non deve invece provare l'errore terapeutico, bensì solo allegarlo. Al medico spetterà invece la prova di aver tenuto un comportamento diligente e di non aver commesso alcun errore che abbia avuto rilevanza nella produzione dell'evento lesivo.

²⁷ Il punto di partenza del ragionamento della S.C. è costituito dall'art. 2697 c.c., a mente del quale grava sull'attore l'onere di fornire la prova del diritto fatto valere, e a carico del convenuto, l'onere di dimostrare i fatti modificativi o estintivi del diritto stesso; da questa disposizione normativa la Suprema Corte ha ricavato il principio della presunzione di persistenza del diritto, secondo cui, una volta provata da parte del creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto, entro un certo termine, grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, rappresentato dall'adempimento. Altro principio evocato dalle Sezioni Unite è quello di riferibilità o di vicinanza della prova, in forza del quale "l'onere della prova viene ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione". Risulta coerente con tale principio porre la prova dell'adempimento, ossia del fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, a carico del debitore convenuto, che ben potrà dare la prova diretta e positiva di un fatto riferibile alla sua sfera d'azione.

Il creditore, anche nel caso di obbligazioni di mezzi, dovrà limitarsi a provare il titolo del proprio credito e ad allegare l'inadempimento del debitore, gravando sempre e comunque su quest'ultimo la prova dell'esattezza dell'esecuzione. Applicando tali coordinate nell'ambito della responsabilità medica, il paziente danneggiato deve provare la fonte da cui deriva il proprio diritto alla prestazione sanitaria e il danno che ne è derivato, mentre l'errore terapeutico andrà solo allegato e non provato²⁸.

Con la sentenza della Cass. SS.UU. 2008²⁹, la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato cade definitivamente, perché si chiarisce che la prestazione non è mai solo sforzo diligente o solo risultato, posto che la diligenza è sempre finalizzata a soddisfare l'interesse del creditore ex 1174 c.c..

Viene, infatti, recepito dalla giurisprudenza il superamento della suddetta classificazione³⁰: tutte le obbligazioni hanno un risultato, il che è confermato dalla lettera dell'art. 1174 c.c., che parla di "interesse del creditore", che sicuramente può assumere forma di interesse finale o intermedio³¹.

²⁸ La differenza con le obbligazioni di risultato è attenuata, ma sopravvive: nelle obbligazioni di risultato, infatti, non basta la prova di essere stati diligenti, ma, ex art. 1218 c.c., l'onere liberatorio si articola su tre passaggi: 1) dimostrare che la prestazione è divenuta impossibile; 2) individuare la causa (che quindi non può rimanere ignota) che ha determinato tale impossibilità; 3) provare che il verificarsi di quella causa non è imputabile al debitore (e che quindi non è dipesa da sua colpa).

²⁹ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 in Resp. civ. prev., 2008, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/ di risultato*; Sulla tramontata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato vedasi anche S.U. 28.7.2005, n. 15781 in Resp. Civ. 2006, 229 con nota di G. FACCI, *L'obbligazione di risultato del progettista al vaglio delle sezioni unite*.

³⁰ A. NICOLUSSI *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico* in *Danno e Responsabilità* 8-9/2008 pag. 874, ritiene che "Uno degli equivoci che hanno ostacolato il riconoscimento del risultato nell'obbligazione del medico è la confusione tra risultato dovuto e realizzazione dell'interesse finale del paziente, la quale invece spesso non è che, potenzialmente e in concorso con altri fattori, il «risultato del risultato» dovuto dal medico. Ma anche un risultato intermedio è pur sempre un risultato." ; F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 85 e segg.

³¹ G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni di mezzi e di risultato alle obbligazioni governabili o non governabili*, in *Contratto e Impr.*, 2016, 6, 1391, suggerisce una rilettura della distinzione classica tra obbligazioni di mezzi e risultato, rilevando come in ogni attività esistano prestazioni che possono essere promesse, perché governabili dal debitore, ed altre che invece sfuggono al suo controllo e sono perciò non governabili, riguardo al risultato finale, ma non al risultato intermedio.

La Suprema Corte a Sezioni Unite chiarisce che : « in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo. »

Sulla base di ciò, si è, quindi, affermato che il debitore, quale che sia l'obbligazione, risponde ex art. 1218 c.c., anche sul punto in termini di onere della prova. Il che significa, con riferimento al caso di cui ci occupa, che la responsabilità e l'onere probatorio del debitore (medico) non può trovare fondamento nell'art. 1176 c.c., bensì nell'art. 1218 c.c..

Trattandosi di responsabilità contrattuale, circa l'onere della prova, il creditore deve provare il titolo (ad esempio il contratto) da cui deriva l'obbligazione inadempnuta o ritardata ed allegare il danno. Il debitore (ovvero, il medico) dovrà provare: anzitutto, che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità e spiegare (rectius, provare) l'impossibilità oggettiva della prestazione; in secondo luogo, una volta appurata l'impossibilità della prestazione, il medico dovrà spiegare che tale impossibilità è derivata da una causa a lui non imputabile, fornendo quindi la prova di aver ottemperato agli obblighi di diligenza (e perizia) prescritti dalla legge. In altri termini, il medico, dovrà esplicitare quei fattori causali estranei alla sua condotta che hanno ingenerato l'impossibilità della prestazione, provando l'interruzione del nesso di causalità (dovrà, in sostanza, provare il caso fortuito).

Le SS.UU., inoltre, chiariscono 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 significa, per un verso, 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»; per altro verso, che «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.»

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, pertanto, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore-paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

Sul debitore-professionista, al contrario, l'onere della dimostrazione del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento, poiché la prova della diligenza non è sufficiente, dovrà provare il decorso causale che ha impedito il risultato, ossia spiegare perché la prestazione è divenuta impossibile, e quindi dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore.

Alla stregua dell'orientamento, inaugurato nel 2008, il paziente che abbia allegato un "inadempimento qualificato" è esonerato dall'onere di provare il nesso causale, costituendo una implicita conseguenza della prova liberatoria addossata alla controparte, alla quale viene richiesto di dimostrare di avere esattamente adempiuto la prestazione sanitaria, oppure, in alternativa, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra il proprio inadempimento e la lesione lamentata dal paziente.³²

4) Le decisioni nn. 28991-28992/2019 della III sezione: il duplice nesso causale.

Dopo aver ricostruito, senza pretesa di esaustività ed ai fini di che trattasi, lo stato dell'arte in materia di responsabilità medica, soffermandosi, in particolare, oltre che sulla natura giuridica della stessa, sul riparto dell'onere probatorio delineato dalla giurisprudenza, è possibile analizzare *funditus* le recenti decisioni gemelle nn. 28991-28992, depositate dalla Suprema Corte lo

³² Secondo M. MAGLIULO- R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e Responsabilità* 2/2019, p. 262 «Il senso dell'introduzione dell'onere di allegare un inadempimento "qualificato" sembra essere proprio quello di chiarire che il meccanismo presuntivo può operare solo in presenza di un inadempimento che sia astrattamente efficiente ai fini della produzione del danno; dunque, non un qualsiasi inadempimento è rilevante e atto a fondare l'inversione dell'onere della prova, ossia la presunzione di causalità tra la condotta inadempiente e il danno, ma solo un inadempimento che sia astrattamente idoneo a provocare quel danno.»

scorso 11 novembre, nelle quali viene affrontato il tema del rapporto tra causalità materiale e inadempimento.

Si rammenta come duplice sia la funzione che la causalità svolge, nel sistema della responsabilità civile, in quanto, tramite la stessa, per un verso si imputa il fatto illecito al soggetto che se ne ritiene responsabile e, per l'altro, si stabiliscono le conseguenze pregiudizievoli del fatto, che si traducono nel danno risarcibile³³. Ne consegue che il nesso di causalità serve non solo a ricostruire gli eventi ed a collegare il danno con il soggetto che di esso si ritiene responsabile, ma anche a delimitare l'area del danno effettivamente risarcibile.

La Corte osserva che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portata della distinzione fra causalità ed imputazione.

La causalità attiene al collegamento naturalistico fra fatti accertato sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali. Essa attiene alla relazione probabilistica (svincolata da ogni riferimento alla prevedibilità soggettiva) tra condotta ed evento di danno (e fra quest'ultimo e le conseguenze risarcibili), da ricostruirsi secondo un criterio di regolarità causale, integrato, se del caso, da quelli dello scopo della norma violata e dell'aumento del rischio tipico, previa analitica descrizione dell'evento³⁴, mentre su un piano diverso si colloca la dimensione soggettiva dell'imputazione.

³³ G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 2019, pag. 1341; In dottrina contrari al doppio nesso di causalità: R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in Noviss. dig. it., vol. XVI, Torino, 1969, p. 13 ss. e S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in Dig., disc. priv., sez. civ., vol. V, Torino, 1989, p. 45 ss.

³⁴ Cass. civ. S. U. 11 gennaio 576 del 2008 in *Danno e responsabilità*, 2008, 10, 1011, con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*. Con tale sentenza si è statuito che, nell'ambito della responsabilità civile, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano (ad una valutazione *ex ante*) del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio".

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.).

La Corte rammenta come la causalità materiale si iscriva a pieno titolo anche nella dimensione della responsabilità contrattuale, stante la testuale conferma contenuta 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, mentre il comma 2 attiene, come è noto, alle conseguenze pregiudizievoli del danno evento (c.d. causalità giuridica).

Ogni forma di responsabilità è dunque connotata dalla congiunzione di causalità ed imputazione.

La causalità materiale – che attiene al collegamento naturalistico tra fatti e regola il nesso tra condotta ed evento di danno – è elemento che spetta al creditore danneggiato dimostrare.

Nel quadro della responsabilità contrattuale³⁵ – osserva la Corte – ove la soddisfazione dell'interesse è affidata alla prestazione che forma oggetto dell'obbligazione, la causalità materiale non sarebbe, in termini pratici, separabile dall'inadempimento, poiché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse protetto dal contratto e, dunque, al danno evento.

In quest'ambito, di causalità sarebbe lecito discorrere solamente nella sua accezione di causalità giuridica, ossia quale delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.).

³⁵ La Corte rammenta che «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.»

Sul piano probatorio, rileva la Cassazione, al creditore danneggiato spetta solo allegare l'inadempimento e nulla più, posto che ciò significa anche allegare nesso di causalità materiale e danno evento³⁶.

Una tale impostazione può applicarsi, per il Collegio, al solo schema classico dell'obbligazione di *dare* o di *fare*, ma non a quella avente ad oggetto un *facere* professionale, perché qui la causalità materiale riacquista la sua funzione di elemento ricostruttivo della relazione tra condotta ed evento.

Infatti, nell'ambito nella prestazione di *facere* professionale il danno evento non si identifica nella lesione dell'interesse oggetto dell'obbligazione, ma nell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato.

Vi è, dunque, in ambito professionale un interesse primario ed un interesse strumentale; il medico non assume l'obbligo di far guarire il paziente, così come l'avvocato non garantisce la vittoria della lite; ma per quanto guarigione e vittoria della lite non siano dedotte in obbligazione, sono ciononostante tipicamente connesse all'interesse regolato.

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.

La conseguenza, secondo i giudici di legittimità, è che l'interesse dedotto in obbligazione ha natura strumentale rispetto all'interesse primario o presupposto (alla salute), il quale non cade nel motivo irrilevante, perché è connesso all'interesse regolato sul piano della programmazione negoziale e, dunque, attiene al motivo comune, rilevante a livello di causa del contratto. Poiché, in questo genere di obbligazione, il danno evento coincide con la lesione dell'interesse presupposto e non dell'interesse corrispondente alla prestazione, la lesione di quest'ultimo – e dunque l'allegazione di inadempimento – non significa ancora aver dimostrato il danno evento, il quale riguarda un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione.

³⁶ L'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento fa sì che tema di prova del creditore resti solo quello della causalità giuridica (oltre che della fonte del diritto di credito), perché, come affermato da Cass. Sez. U. 30 ottobre 2001 n. 13533 del 2001, è onere del debitore provare l'adempimento o la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione (art. 1218 c.c.), mentre l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solo allegato dal creditore. Non c'è, quindi, un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale, perché allegare l'inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento.

Ne consegue la necessità per il creditore danneggiato di dimostrare il nesso di causalità materiale tra condotta e danno evento (e dunque lesione dell'interesse presupposto).

La Corte, poi, ritiene, che argomentando diversamente, cioè sostenendo 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.

Atteso quanto sopra, la causalità materiale nella disciplina delle obbligazioni non è così soltanto causa di esonero da responsabilità per il debitore (art. 1218 c.c.), e perciò materia dell'onere probatorio di quest'ultimo, ma è nelle obbligazioni di diligenza professionale anche elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio, ove risulti allegato il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie.

Il creditore di prestazione professionale che allegghi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (c.d. causalità giuridica), ma deve provare anche, avvalendosi eventualmente di presunzioni, il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità, impregiudicata la natura di inadempienza di quella condotta, inadempienza che al creditore spetta solo di allegare.

Una volta dimostrato, anche mediante presunzioni, il nesso eziologico tra condotta del debitore, nella sua materialità, e la lesione dell'interesse presupposto (e, dunque, l'aggravamento della condizione patologica o l'insorgenza di nuove patologie), sarà onere del danneggiante-debitore dare prova di avere adempiuto o della ricorrenza di una causa estranea, a lui non imputabile, che reso impossibile la prestazione.

Ne consegue l'emersione di un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo alla impossibilità di adempiere, a valle. Il nesso di causalità materiale, che il creditore della prestazione professionale deve provare, è quello fra intervento del sanitario e danno evento, in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie. Il nesso eziologico che, invece, spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, è quello fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art.

1176, comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218).

Se la prova della causa di esonero è stata raggiunta, vuol dire che l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia è eziologicamente riconducibile all'intervento sanitario, ma il rispetto delle *leges artis* è nella specie mancato per causa non imputabile al medico.

Ne discende che, se resta ignota, nonostante il ricorso a presunzioni, la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul creditore della prestazione professionale; se invece resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale, ovvero resta indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore.

La Corte, dunque, ammette espressamente di dare così continuità ad un orientamento della stessa, che nel tempo si è consolidato e secondo cui incombe sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e l'evento di danno, quale fatto costitutivo della domanda risarcitoria, non solo nel caso di responsabilità da fatto illecito, ma anche nel caso di responsabilità contrattuale (Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cui sono conformi: Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446).

Viene dunque affermato il principio secondo il quale: «ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione».

Emerge così, a parere della Corte, un duplice ciclo causale: il primo, relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore danneggiato, in quanto fatto costitutivo del diritto; il secondo, relativo all'impossibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore danneggiante, in quanto fatto estintivo del diritto. Di conseguenza, qualora al termine dell'istruttoria resti incerta la causa del danno o la (distinta) causa dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova graveranno sui soggetti rispettivamente onerati.

La sentenza in oggetto, quindi, riprendono espressamente quanto già affermato in Cass., 26 luglio 2017, n. 18392³⁷, ritenendo che non solo il danno, ma anche la sua eziologia faccia parte del fatto costitutivo che incombe all'attore provare. Viene quindi riaffermato il principio per cui anche nelle cause di responsabilità medica il rapporto eziologico è elemento costitutivo del diritto al risarcimento del danno e dev'essere, pertanto, provato da colui che asserisce di esserne titolare, vale a dire il paziente, sulla scorta del principio generale consacrato dall'art. 2697 c.c.; con l'indefettibile corollario che la domanda risarcitoria dev'essere respinta nei procedimenti nei quali la causa del danno sia rimasta incerta al termine dell'istruttoria, ricadendo la cd. causa ignota sul paziente³⁸.

L'indirizzo giurisprudenziale³⁹, consolidatosi con l'intervento nomofilattico delle sentenze San Martino, tuttavia, sembra discostarsi vistosamente dal percorso tracciato, ormai una decina d'anni orsono, dalla già ricordata Cass., sez. un., n. 577/2008. Secondo gli stessi Giudici si tratterebbe, tuttavia, di un contrasto solo «apparente» e invero ricomponibile alla luce di due ordini di ragioni⁴⁰.

³⁷ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e Resp.*, 2017, 696 e segg., con commento di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?* e in *Foro It.*, 2018, I, 1348 e segg., 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 *Resp. Med.*, 2017, 527 e segg. con nota di R.V. NUCCI, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: "qualificato inadempimento" e prova del nesso causale*

³⁸ Secondo B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso* in *Danno e Resp.* 1/2018 p.20 lo spostamento del rischio della causa ignota sul creditore potrebbe fornire notevoli spunti circa una ricostruzione dell'art. 1218 in chiave soggettiva.

³⁹ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova* in *Giur. It.*, 3, 2019, 709 critica l'orientamento della Suprema Corte che ritiene il nesso di causalità nella responsabilità professionale del medico oggetto di prova distinta rispetto all'inadempimento o alla colpa, addossandone l'onere al creditore. In tal modo, secondo l'Autore, le due specie della responsabilità civile, contrattuale e aquiliana, non divergerebbero sul versante del requisito della causalità ed è questo, a suo parere, un esito sistematico di cui si può fondatamente dubitare. Il rischio paventato dalla dottrina, pertanto, è che si venga così a delineare un sottosistema autonomo di responsabilità civile, che attinge elementi tanto dalla responsabilità contrattuale quanto da quella aquiliana: ne conseguirebbe la possibilità per l'esercente la professione sanitaria di usufruire di un regime di responsabilità a sé stante.

⁴⁰ M. FACCIOI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sull'onere probatorio del nesso eziologico e sul rischio della "causa ignota" nella responsabilità medica* in www.eclegal.it rammenta che, alla stregua del filone giurisprudenziale inaugurato dalla nota Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, l'esonero del paziente che abbia allegato un "inadempimento qualificato" dall'onere di provare il nesso causale costituisce una implicita conseguenza della prova liberatoria addossata alla controparte, alla quale viene richiesto di dimostrare di avere esattamente adempiuto la

In particolare, si richiama la diversa indagine causale spettante al creditore e al debitore dell'obbligazione di diligenza professionale. Da un lato, il creditore (paziente danneggiato) è tenuto a provare il nesso di causa materiale, quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità; dall'altro, sul debitore (medico e/o struttura sanitaria) incombe l'onere di provare il nesso di causa, relativo alla fattispecie estintiva dell'obbligazione. In questi termini, il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite n. 577 del 2008 non si pone in antitesi con la ricostruzione della III sezione: la causa, cui si fa riferimento nella citata sentenza a Sezioni Unite, non è quella della fattispecie costitutiva della responsabilità risarcitoria dedotta dal danneggiato, bensì quella della fattispecie estintiva dell'obbligazione opposta dal danneggiante. Emerge, dunque, la distinzione tra causalità materiale (relativa all'evento) e causalità giuridica (relativa al danno) da un lato, e causalità relativa all'impossibilità della prestazione, dall'altro.

Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto)⁴¹.

Pertanto, il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo qualora risulti provato il nesso eziologico fra evento dannoso e condotta del debitore. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari, sorge per il medico e/o la struttura sanitaria l'onere di provare che l'inadempimento è stato determinato da causa non imputabile.⁴²

prestazione sanitaria oppure, in alternativa, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante tra il proprio inadempimento e la lesione lamentata dal paziente.”

⁴¹ I. RICCETTI, *Responsabilità della struttura sanitaria : non è più sufficiente la (già difficile) allegazione dell'inadempimento qualificato per soddisfare l'onere probatorio del danneggiato?* in Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc. 2, 2018, pag. 712. L'Autrice insiste su come ci si sia discostati dal principio di vicinanza della prova, in quanto “chiedere all'attore di delimitare il fondamento della propria domanda, non limitandosi ad allegare il danno subito, ma allegando altresì un inadempimento qualificato, risulti essere conforme ai principi informativi della materia; ma non altrettanto può dirsi per l'onere imposto al paziente di arrivare ad individuare quel preciso inadempimento che si ponga incontrovertibilmente in nesso di causa con il danno patito”.

⁴² S. CAFARELLI, *L'onus probandi della causalità materiale nella responsabilità sanitaria e il rischio della c.d. "causa ignota"* in www.giustiziacivile.com, Gennaio 2020, secondo cui,

La seconda ragione, per cui l'indirizzo in esame non contrasterebbe con le regole probatorie declamate da Cass., sez. un., n. 577/2008, risiede nel fatto che tali regole vennero affermate «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, in assenza di fattori alternativi "più probabili" nel singolo caso di specie, la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già 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, c.c. e non – si badi – la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.»⁴³.

Nonostante lo sforzo interpretativo della giurisprudenza, la dottrina solleva numerose perplessità circa la scomposizione del nesso eziologico in due segmenti ⁴⁴, ritenendo addirittura che con tale orientamento, da ultimo riaffermato con le sentenze 28991-28992 del 2019, si è intrapreso un percorso che riporta indietro nel tempo di almeno quarant'anni gli orientamenti in tema sia di responsabilità contrattuale, sia di (prova del) rapporto di causalità, sulla base di un'evidente confusione tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.).

ricomposto nei predetti termini il paventato contrasto, sembra condivisibile tale diverso orientamento, che valorizza la funzione di armonizzazione intrapresa dalle singole sezioni della Suprema Corte, in un'ottica di "nomofilachia dinamica". Il precedente delle Sezioni Unite non viene dunque "ribaltato" né tantomeno scalfito dalla ricostruzione de qua, bensì riletto in chiave evolutiva e adattato al contesto ordinamentale, sì da acquisire stabilità nel tempo.

⁴³ P. PROTO PISANI, INTERVENTO AL CONVEGNO DI NOTO DEL 9 GIUGNO 2018 *La responsabilità medica alla luce della legge "Gelli – Bianco": profili sostanziali* rileva che nella fattispecie all'esame delle Sezioni Unite, non avendo la struttura assolto all'onere probatorio a suo carico circa 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 era in una situazione in cui, in base alle regole sull'onere della prova, poteva ritenersi raggiunta la prova della "trasfusione con sangue infetto", cioè dell'inadempimento, e, per presunzioni, anche la prova del nesso causale. Porre a carico della struttura l'esistenza di un'altra causa del contagio in questa sentenza significa, forse, porre a carico della struttura la prova contraria della raggiunta prova sul nesso causale.

⁴⁴ R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e Resp.*, 2018, 10 ss.

Secondo tale dottrina, addirittura l'orientamento introdotto dalla c.d. "sentenza Scoditti"⁴⁵ si pone in aperto contrasto con alcune fondamentali decisioni delle Sezioni Unite (SS.UU. n. 13533 del 2001; SS.UU.n. 577 del 2008), nonché con le stesse scelte operate dal legislatore, sia nell'art. 1218 c.c., sia nella L. n. 24 del 2017, facendo emergere, a parere di tali considerazioni critiche, la "scoperta" di una strana teoria sull'inadempimento extracontrattuale per colpa del debitore (assicurato)⁴⁶.

La "riforma Scoditti", dal nome dell'estensore delle sentenze del 2019, nonché estensore della sentenza prima citata del 2017, secondo tale ottica, opererebbe una non richiesta "decontrattualizzazione" della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che si pone al di là dalla legge, anzi contro di essa, e si discosta in maniera abissale dalle soluzioni dettate, nel 2001 e nel 2008, dalle Sezioni Unite⁴⁷. Inoltre, contrasterebbe con i fini della L. Gelli poiché, ribaltando gli oneri probatori, e facendo gravare sul paziente la causa incerta e/o ignota, trasferirebbe nuovamente il peso del danno dall'assicuratore del debitore al paziente creditore, lasciando l'evento dannoso (non risarcito) là dove miseramente cade.

La preoccupazione, che sembra emergere da tali valutazioni critiche, è che verrebbe nella sostanza ad essere ridimensionata la posizione del paziente-

⁴⁵ G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 3, 2018, p. 357, ove rileva che "la sentenza- Scoditti - forse *malgré soi* - implica un ritorno alla (vecchissima) posizione che caratterizzava la giurisprudenza prima della sentenza n. 6141 del 1978"

⁴⁶ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa* di Antonino Procida Mirabelli di Lauro in *Danno e Resp.* 2, 2019, 248

⁴⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum* di in *Danno e Resp.* 1/2020 rileva che tale orientamento, nell'estemporaneo tentativo di perseverare nell'individuazione di un tronco "comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale", suddividono la disciplina dell'inadempimento, dai più creduta unitaria, in (almeno) due "tronchi", secondo che riguardi lo "schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile", nel quale v'è "l'assorbimento pratico della causalità materiale nell'adempimento", ovvero il "diverso territorio del *facere* professionale", in cui "la causalità materiale" tornerebbe "a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta. Quindi, anche sotto il profilo sistematico questo tentativo si rivela, secondo l'Autore, assai infelice poiché, sulla base della divisione proposta nel diritto delle obbligazioni, il "tronco comune" con la responsabilità extracontrattuale riguarderebbe le sole obbligazioni di *facere* professionale, mentre per lo "schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile" permarrrebbe "l'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento".

attore, a fronte di una maggiore possibilità di esonero dal risarcimento per le strutture sanitarie e per le compagnie assicuratrici di queste ultime.

Ed invero, imponendo al danneggiato di soddisfare un onere probatorio di fatto molto vicino a quello che caratterizza le ipotesi di responsabilità extracontrattuale, si solleva dal rischio della causa ignota, non solo il sanitario ma anche la struttura, la cui responsabilità è contrattuale (anche dopo la novella legislativa), con la conseguenza pratica che verrebbe, nella sostanza, esonerata dal risarcimento anche la compagnia assicuratrice della struttura sanitaria.

Nonostante tale critiche, l'indirizzo propugnato appare muoversi in sintonia con la *ratio* della nuova disciplina della responsabilità medica, introdotta dalla già menzionata Legge Gelli-Bianco, che pur non contenendo alcuna previsione in tema di nesso causale, persegue l'obiettivo ridimensionare l'elevato contenzioso e, quindi, contrastare il fenomeno della medicina difensiva, tramite la mitigazione del regime della responsabilità civile e penale, incombente su professionisti sanitari e strutture ospedaliere⁴⁸.

5) Ancora sul nesso di causalità materiale: le preesistenze e la distinzione tra concausa di lesione e concausa di menomazione.

Con le sentenze 28986 e 28990 del 2019⁴⁹, la Corte di Cassazione ha continuato ad occuparsi, in una diversa ottica, di nesso di causalità, affrontando il tema delle preesistenze, ossia analizzando il problema della determinazione e liquidazione dei danni subiti da un soggetto già invalido.

In chiave ricostruttiva del sistema, la Corte distingue tra l'imputazione causale dell'evento di danno e la successiva indagine volta all'individuazione e quantificazione delle singole conseguenze pregiudizievoli: sul primo versante il riferimento normativo sarebbe agli artt. 40 e 41 c.p. e sul secondo all'art. 1223 c.c.⁵⁰.

L'accertamento del nesso di causalità materiale, criterio oggettivo di imputazione della responsabilità del fatto volto a stabilire, per l'appunto, se vi

⁴⁸ F. CUTTAIA, *Responsabilità civile sanitaria: l'evoluzione della giurisprudenza di Cassazione* in www.dirittoeconti.it

⁴⁹ in *Danno e Resp.* 1/2020, 49, con commento di D. AMRAM, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019.*

⁵⁰ M. AZZALINI, *Preesistenze, determinazione del pregiudizio risarcibile, ruolo del medico legale: la Suprema Corte fissa i paletti in tema di concorso di cause e aggravamento del danno* in www.rivastaresponsabilitamedica.it

sia responsabilità e a chi vada ascritta, deve essere compiuto tenendo conto degli artt. 40 e 41 c.p., e dunque, ad avviso della Corte, non sarebbe possibile una sorta di frazionamento del nesso in questione, tale da determinare una riduzione della responsabilità del danneggiante, a causa, ad esempio, della minore incidenza dell'apporto della sua condotta rispetto ad un concorrente fatto naturale.

Ne consegue che i risultati dell'indagine relativa all'accertamento del nesso di causalità materiale, possono essere unicamente i seguenti:

a) se viene processualmente accertato che la causa naturale è tale da escludere il nesso di causa tra condotta ed evento, la responsabilità dell'agente va esclusa e quindi la domanda deve essere rigettata (ad esempio: un trasportato in automobile subisce lesioni perché colpito da un fulmine; nessuna responsabilità può essere addebitata al conducente);

b) se la causa naturale ha rivestito efficacia eziologica non esclusiva, ma soltanto concorrente rispetto all'evento, la responsabilità dell'evento deve essere per intero ascritta all'autore della condotta illecita (ad esempio: il trasportato in automobile subisce gravi lesioni in quanto colpito da un fulmine, ma poi muore in quanto il veicolo esce di strada per altra ragione rispetto al fulmine; in questo caso in cui concorre la causa naturale e la colpa del conducente, tutta la responsabilità è da imputarsi a quest'ultimo)⁵¹.

L'accertamento del nesso di causalità giuridica, invece, è volto a stabilire il perimetro delle conseguenze dannose risarcibili dell'evento, e serve quindi a determinare la misura del risarcimento stesso, ossia il *quantum*. Tale nesso deve essere accertato secondo il cosiddetto metodo della prognosi postuma, vale a dire in base ad un giudizio controfattuale ex art. 1223 c.c., andando a valutare come si sarebbero atteggiate le cose laddove l'evento non si fosse verificato.

In tale quadro, la distinzione tra causalità materiale e giuridica imporrebbe di considerare se la preesistenza di malattie o menomazioni in capo alla vittima del fatto illecito incida sul primo o sul secondo dei due nessi causali, essendo entrambe le ipotesi astrattamente prospettabili.

⁵¹ Resta esclusa, di conseguenza, « la possibilità di qualsiasi riduzione proporzionale della responsabilità in ragione della minore incidenza dell'apporto causale del danneggiante, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile ».

Ed invero, la preesistenza di invalidità biologica, pone all'interprete un problema di causalità materiale se questa è una concausa della lesione (ad esempio: il responsabile infligge un lieve urto, altrimenti innocuo, a persona affetta da osteogenesi imperfetta o sindrome di Lobstein, provocandole gravi fratture) e giuridica se rappresenta una concausa di menomazione (ad esempio: il responsabile provoca l'amputazione della mano destra a chi aveva già perduto l'uso della sinistra).

In considerazione di tale schema, la Corte prospetta un'alternativa tra due scenari:

- quello in cui le "forzose rinunce" patite dal soggetto leso sarebbero state le medesime anche laddove questi si fosse trovato pienamente integro prima del fatto lesivo, nel qual caso non sarebbe da riconoscere alla preesistenza alcuna rilevanza giuridica; ad esempio: un soggetto che avendo una ridotta capacità uditiva, patisca un trauma che provochi la sordità, che però sarebbe stata inevitabile anche se la lesione avesse attinto una persona sana)

- oppure quello in cui conseguenze dannose sono state aggravate dalla menomazione preesistente

(ad esempio: un soggetto privo degli arti inferiori, perde le due braccia che utilizzava per spingere la carrozzella).

Secondo il Collegio, pertanto, occorre distinguere, alla luce di un criterio controfattuale, tra l'ipotesi in cui i postumi riportati dal soggetto già invalido siano analoghi a quelli che avrebbe riportato un soggetto sano e l'ipotesi in cui i postumi siano, invece, più gravi. Nel primo dei due casi si sarà in presenza di una menomazione cd. coesistente: la preesistenza sarà ininfluente e di essa non si dovrà tener conto nella determinazione del risarcimento dovuto; nel secondo si sarà in presenza di una menomazione cd. concorrente in cui, al contrario, si dovrà tener conto del fatto che il soggetto era già invalido.

Per quest'ultimo caso, quello cioè dell'aggravamento dei c.d. "postumi permanenti" preesistenti, la Corte fissa le coordinate che l'interprete deve affrontare: l'accertamento e la liquidazione.

Per un verso, in ordine al criterio di accertamento del danno, si afferma che le preesistenze non debbono incidere sulla determinazione della percentuale di invalidità permanente, da determinarsi sempre e comunque in base all'invalidità riscontrabile concretamente e complessivamente. Per altro verso, con riferimento invece alla liquidazione del danno, occorre quantificare l'invalidità accertata e quella ipotizzabile in assenza della condotta censurata, operando poi una sottrazione tra l'una e l'altra.

Con riguardo al campo di azione del medico legale, le sentenze chiariscono come sia compito del CTU stabilire il grado d'invalidità complessivo del soggetto e il grado d'invalidità precedente all'evento infausto; successivamente, invece, sarà compito del giudice convertire in denaro il grado di invalidità percentuale e, procedendo con il cd. metodo differenziale, sottrarre il secondo dal primo per determinare il *quantum* di risarcimento dovuto.

Orbene, quanto all'ambito operativo del medico legale, la Corte, riaffermando, conformemente alla ricostruzione operata, che il tema della causalità giuridica ricomprende in sé quello della determinazione del perimetro dei danni risarcibili, e premessa una riflessione anche di matrice sistematica sull'origine e la *ratio* del danno alla salute, conclude nel senso che il relativo accertamento spetti esclusivamente al Giudice. Rispetto alla questione delle preesistenze, quindi, il medico legale sarebbe chiamato, in pratica, a valutare, senza correttivi e senza applicazione di formule proporzionali, il grado di invalidità del soggetto leso e a indicare la percentuale di invalidità permanente sussistente in capo a questi prima del fatto lesivo, mettendo poi tali dati a disposizione del Giudice.

In definitiva, sarà poi il Giudice ad affrontare, sulla base dei segnalati principi, anche la questione della liquidazione del danno, applicando il criterio di causalità giuridica⁵², coniugato con il principio della preponderanza (più probabile che non) sul piano probatorio, così da estromettere, da un lato, dal novero delle conseguenze dannose quelle preesistenti al fatto lesivo e da garantire, dall'altro, un risarcimento del danno rispettoso dei principi di integralità e proporzionalità. Conformemente a tale dichiarato obiettivo, la Corte evidenzia che, per evitare esiti iniqui o paradossali eventualmente conseguenti alla rigida applicazione dell'indicato criterio, il giudice potrà sempre, in via equitativa ex art. 1226 c.c., aumentare o diminuire il risultato finale.

In definitiva, la Corte statuisce che le preesistenze devono essere apprezzate sulla base di una valutazione postuma rispetto a quelle effettive conseguenze dell'evento dannoso che si sarebbero determinate sulla persona laddove non vi

⁵² F. ROSADA, *Lesione biologica preesistente aggravata da un secondo infortunio: criteri per l'accertamento e la liquidazione del danno*, www.ridare.it, fasc., 25 novembre 2019 sottolinea, aderendovi, la presa di posizione in ordine alla competenza esclusiva del giudice – anziché del medico legale – quale unico soggetto preposto dell'accertamento della causalità giuridica del danno biologico.

fosse una pregressa menomazione. In questo contesto si distingue tra concausa di lesioni, attinenti al nesso di causalità materiale, e giuridicamente irrilevanti⁵³, e concausa di menomazioni, distinte a loro volta in coesistenti e concorrenti, precisando che il concetto di "coesistenza" va valutato a posteriori ed in concreto, non *a priori* ed in astratto⁵⁴.

Sono "coesistenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presentino sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi; saranno, invece, "concorrenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate, e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi. Le menomazioni coesistenti sono di norma irrilevanti ai fini della liquidazione; mentre quelle concorrenti vanno di norma tenute in considerazione nella liquidazione del risarcimento, e non nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente, il quale va determinato sempre e comunque in base all'invalidità concreta e complessiva riscontrata *in corpore*, senza innalzamenti o riduzioni, i quali si tradurrebbero in una attività liquidativa esulante dai compiti dell'ausiliario medico-legale. Quest'ultimo, quale consulente tecnico, pertanto, dovrà fornire al giudice, *peritus peritorum*, il grado di invalidità permanente della vittima all'esito dell'infortunio e quello antecedente, indicando imprescindibilmente il criterio adottato; e a questo punto sarà il giudice a convertire in denaro l'effettivo postumo permanente e quello antecedente all'infortunio e quindi sottrarre il secondo al primo. Ne consegue che le preesistenze sono tradotte in moneta attraverso la sottrazione tra "l'invalidità accertata e quella ipotizzabile" qualora il danno non si fosse prodotto.

6) Osservazioni conclusive.

⁵³ Cass. Sent. Sez. III n. 28986/2019: 1.5 «Se la preesistenza ha concausato la lesione iniziale dell'integrità psicofisica (come nel caso di scuola dell'emofiliaco cui venga inflitta una minuscola ferita), di essa non dovrà tenersi conto nella liquidazione del danno, e tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente. In questo caso infatti la preesistenza della patologia costituisce una concausa naturale dell'evento di danno, ed il concorso del fatto dell'uomo con la concausa naturale rende quest'ultima giuridicamente irrilevante in virtù del precepto dell'equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p.»

⁵⁴ Le menomazioni possono classificarsi anche mediante un criterio cronologico rispetto al fatto generatore: monocrone, laddove la compromissione all'integrità psicofisica emerge attraverso un simultaneo o progressivo aggravamento, ovvero policrone, laddove la nuova menomazione si inserisca nell'ambito di una patologia pregressa e preesistente.

I risultati cui è giunta la giurisprudenza con le sentenze San Martino meritano certamente un plauso alla luce dell'intento ricostruttivo e sistematico percorso dalla III Sezione della Suprema Corte. Ed invero si rammenta che, malgrado non si tratti di sentenze rese nella composizione a Sezioni Unite, la funzione di nomofilachia può, e deve, essere garantita anche dalle sezioni semplici ai sensi dell'art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 (Ordinamento Giudiziario).

Si evidenzia, tuttavia, con riguardo alle problematiche affrontate, che lo statuto del risarcimento del danno di un soggetto già invalido, e dunque, la questione relativa alle preesistenze, sia, al momento, la parte più immune da critiche. Come ampiamente riportato, infatti, le sentenze redatte dal Consigliere Scoditti sono state criticate in virtù di una presunta contaminazione tra il regime della responsabilità contrattuale e quello della responsabilità extracontrattuale nonché di un preteso contrasto con i principi statuiti nel 2008 dalle Sezioni Unite. Ciò nonostante, lo stesso relatore si era preoccupato di chiarire i presunti profili in contrasto con le Sezioni Unite in precedenti sentenze, rese a partire dal 2017 e che, a parere di chi scrive, non possono non intendersi richiamate.

Alla luce della ricostruzione effettuata nelle sentenze in commento, emerge, dunque, come il nesso di causalità permei tutte le forme di responsabilità e che i principi, sostanziali e processuali, in materia di onere probatorio, impongano al debitore di provare gli elementi costitutivi della fattispecie. Sicchè, in materia di responsabilità medica, ove non si verifica l'assorbimento della causalità materiale nell'inadempimento, il rischio che la causa del danno resti ignota grava sul paziente.

Ne consegue che, laddove il debitore-paziente abbia assolto il proprio onere probatorio – cioè abbia non solo allegato l'inadempimento, ma provato il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento – il creditore, per andare esente da responsabilità, dovrà provare il nesso eziologico fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale ex art. art. 1218 c.c. Ed è in questo senso che, a parere della giurisprudenza, emerge il duplice nesso causale: il primo relativo all'evento dannoso, la cui prova grava su colui che agisce; il secondo, relativo all'impossibilità ad adempiere, quale fatto estintivo dell'obbligazione, la cui prova grava sul danneggiante.

L'anzidetta duplicità del nesso causale implica che, in tema di causa ignota, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova graveranno su coloro che ne sono onerati e, dunque, siano le seguenti: qualora al termine

dell'istruttoria resti incerta la causa del danno, questa graverà sul paziente; qualora, invece, resti incerta la diversa causa concernente l'impossibilità di adempiere, ovvero resti indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadranno sul debitore.

Il nesso di causalità, in conclusione, rappresenta uno dei *leitmotive* delle sentenze San Martino 2019, mettendo a dura prova l'abilità del giudice civile nella ricostruzione dei fatti nonché nella liquidazione dei danni per i soggetti già invalidi prima dell'evento dannoso.