LA RESPONSABILITÀ MEDICA: VOCI A CONFRONTO

Genova, 25 novembre 2021

I nessi di causalità e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario

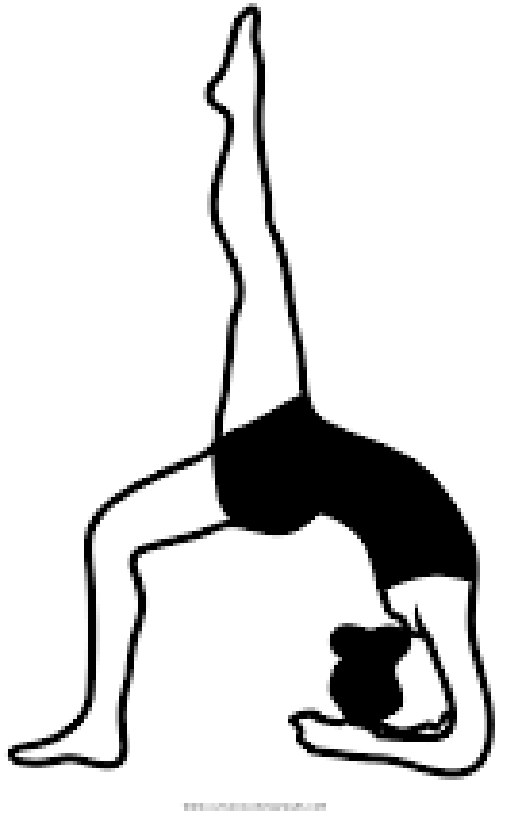
Stefano G. Guizzi

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Una piccola «**provocazione**»: è proprio questa la ***sedes materiae***?

Oppure, discorrere di nessi causali, in relazione all'adempimento di un'obbligazione, non equivale ad avallare quella «***innaturale torsione***», **in senso aquiliano**, della **responsabilità contrattuale**, oggetto in dottrina (**F. PIRAINO**, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e Resp.*, 2020, p. 559 ss.), di accesa critica?



Critica, peraltro, non disgiunta da quella di chi reputa (**A. PALMIERI – R. PARDOLESI**, *Responsabilità sanitaria o nomofilachia inversa*, in *Foro It.*, 2019, I, 1603) l'enunciazione del **principio del «doppio ciclo causale»**, nella verifica dell'esatto adempimento dell'obbligazione di *facere* professionale (segnatamente, quella del medico), l'esempio di una «***giurisprudenza rampante***» …

… della Terza Sezione Civile della Cassazione, che avrebbe **disatteso** il **divieto** di cui all'**art. 374, comma 3, c.p.c.**, non essendosi conformata a ben due diversi arresti delle Sezioni Unite (**Cass. Sez. Un., sent. 30 ottobre 2001, n. 13533** e **Cass. Sez. Un., sent. 11 gennaio 2008, n. 577**) …

… infrangendo, inoltre, l'unitarietà del sistema della responsabilità contrattuale, cavando «***dal baule delle anticaglie***» (**F. PIRAINO**, *op. cit.*, p. 564) la **distinzione** tra **obbligazioni «di mezzo» e «di risultato»**, sebbene da tempo abbandonata, ancora una volta, dalle Sezioni Unite (**Cass. Sez. Un., sent. 28 luglio 2005, n. 15781**)

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Ma **cosa ha affermato** la Terza Sezione Civile della Cassazione con riferimento all'obbligazione di *facere* professionale (dei sanitari)?

Il suo **intervento** si è articolato in **due momenti** …

… avendo **dapprima** riconosciuto l'esistenza, in tale ambito, di «un **duplice ciclo causale**, l'uno relativo **all'evento dannoso**, a monte, l'altro relativo **all'impossibilità di adempiere**, a valle», precisando che «**il primo**, quello relativo all'evento dannoso, **deve essere provato dal creditore/danneggiato**, **il secondo**, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere **provato dal debitore/danneggiante**», chiamato, in particolare, a dimostrare «che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione
(fatto estintivo del diritto)»
(**Cass. Sez. 3, sent. 26 luglio 2017, n. 18392**) …

… per **affinare successivamente** tale conclusione, nelle cd. «sentenze gemelle» pronunciate nell'ambito del «progetto sanità» (noto anche «**San Martino-bis**»), **ricollegando** tale **dicotomia** di oneri probatori alla constatazione che, nell'adempimento delle obbligazioni di diligenza professionale, «il **danno evento** consta della **lesione** non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "*leges artis*" nella cura dell'interesse del creditore) ma del **diritto alla salute** (**interesse primario presupposto** a quello contrattualmente regolato)» (**Cass. Sez. 3, sent. 11 novembre 2019, n. 28991 e n. 28992**)

Si tratta di **due interventi distinti**, da illustrare separatamente, anche perché nel **secondo** di essi la Terza Sezione Civile ha cercato di **farsi carico delle obiezioni**, avanzate da esponenti della comunità scientifica, in relazione alla enunciazione, appunto, del principio del «doppio ciclo causale»

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Quanto al **primo** dei due interventi (**Cass. Sez. 3, sent. n. 18392 del 2017, *cit.***), tale è, in sintesi, il suo *iter* argomentativo:

- il **nesso di causalità** materiale tra la condotta del sanitario e l'evento di danno è un elemento del **fatto costitutivo** della pretesa risarcitoria;
- l'**onere della prova**, dunque, grava **sull'attore** ex art. 2697, co. 1, c.c.;
- **il principio affermato** dalle Sezioni Unite (**Cass. Sez. Un. n. 577 del 2008, *cit.***) **non è contraddetto**, in quanto esso **si riferisce** non al nesso causale che lega l'evento di danno all'azione od omissione del sanitario (causa costitutiva del diritto al risarcimento), bensì a quello che intercorre tra inadempimento e fatto non imputabile al debitore/sanitario (**causa estintiva dell'obbligazione**).

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa nelle obbligazioni di *facere* professionale.

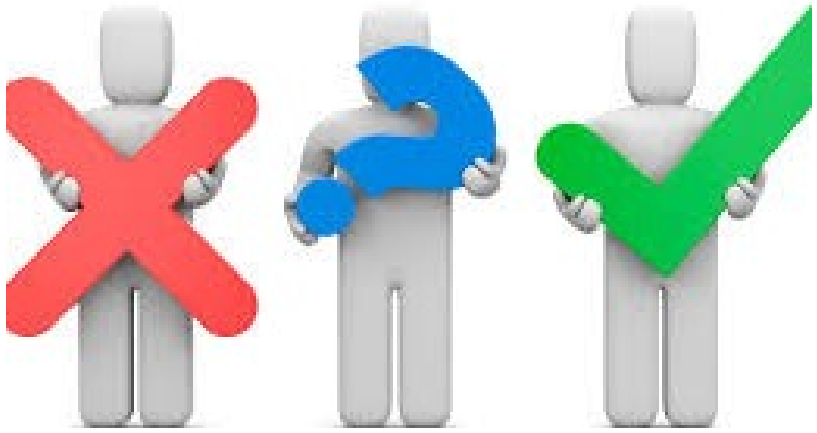
Ciò premesso, occorre distinguere **due «cicli causali»**, **il primo** attiene all'«evento di danno» e – nelle ipotesi tanto di responsabilità contrattuale, quanto di responsabilità aquiliana – va provato del creditore/danneggiato (cd. «**causalità costitutiva**»), **il secondo** – esclusivo, invece, della responsabilità *ex contractu* – attiene all'impossibilità di adempiere (per fatto non imputabile al debitore) come causa di estinzione dell'obbligazione, la cui prova è a carico del debitore (c.d. «**causalità estintiva**»)

Orbene, mentre il «rischio» della «**causa ignota**» dell'**evento di danno** risulta a carico **creditore/danneggiato**, la dimostrazione della causa estintiva passa attraverso la prova della non imputabilità del fatto che ha reso impossibile la prestazione (*casus=non culpa*) e, dunque, della diligenza del debitore, la quale però, a questo fine, non attiene all'adempimento ma alla «conservazione della possibilità di adempiere», essendo, dunque, da valutare secondo il modello «ordinario» di diligenza, e non in base alla diligenza «specifica» del professionista, con conseguente applicazione del co. 1 (e non del co. 2) dell'art. 1176 c.c.

Alcune **critiche dottrinarie**:

- l'«**artificiosità**» della **distinzione** tra «causalità costitutiva» e «causalità estintiva», è poco più che un **espediente retorico** per negare un'effettiva discontinuità rispetto al principio affermato dalle Sezioni Unite **(F. PIRAINO**, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. It.*, 2019, p. 709 ss.);
- nella **responsabilità contrattuale** (diversamente che in quella aquiliana), l'imputazione oggettiva e quella soggettiva dell'evento dannoso non sono concettualmente distinguibili, poiché la **prova** del **nesso di causalità** (materiale) è contenuta ***in re ipsa*** in quella dell'inadempimento imputabile (**F. PIRAINO**, *op. ult. cit.*, p. 717);

- **provare la «causalità costitutiva»** significa dover **dimostrare** – soprattutto nel caso di prestazione professionale «con risultato non predeterminabile», nonché di evento dannoso con possibile origine «multifattoriale» – **una sequenza concreta di accadimenti**, destinati a culminare nell'evento dannoso, accadimenti tra cui istituire (e dimostrare l'esistenza di) nessi di collegamento e/o di derivazione, la prova dei quali, tuttavia, **presuppone** …



… proprio la **preliminare dimostrazione** del fatto che si pone all'origine della sequenza medesima, ovvero **l'errore del sanitario** (**G. D'AMICO**, *La prova del nesso di causalità materiale e il rischio della cd. «causa ignota» nella responsabilità medica*, in *Foro It.*, 2018, I, 1348 ss.), nel senso che l'accertamento del nesso causale presuppone, innanzitutto, la prova della condotta erronea che ha causato il danno (**D. ZORZIT**, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e Resp.*, 2017, p. 696 ss.).

Alle **prima critica** tra quelle illustrate ha ritenuto di dare **risposta** – sempre sul piano della riflessione dottrinaria – proprio l'estensore della sentenza qui in esame, il quale ha osservato come sia stata **l'adozione di una disciplina legislativa specifica**, quanto alla responsabilità per *malpractice* sanitaria, ovvero …

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

… la **legge cd. «Gelli-Bianco»**, ad **imporre** un «***adeguamento delle conclusioni***» già raggiunte in passato dalle **Sezioni Unite**, visto che l'acquisita rilevanza, sul piano del diritto positivo, «*delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida*» imporrebbe un recupero della dicotomia «*fra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi quale distinzione fra interventi routinari e non routinari*» (cfr. **E SCODITTI**, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro It.*, 2018, V, 265 ss.)

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Ma una **risposta** più articolata alle critiche della dottrina (o, almeno, un tentativo di fornirla) è stata offerta con il **secondo intervento giurisprudenziale** al quale si faceva riferimento, ovvero le «**sentenze gemelle**» rese nell'ambito delle dieci denominate «San Martino-bis» (**Cass. Sez. 3, sent. nn. 28991 e 28992 del 2019**) …

… vale a dire enunciando il principio secondo cui «in tema di inadempimento di **obbligazioni di diligenza professionale** sanitaria, **il danno evento** consta della **lesione** non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore), ma **del diritto alla salute** (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato)…

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori
nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

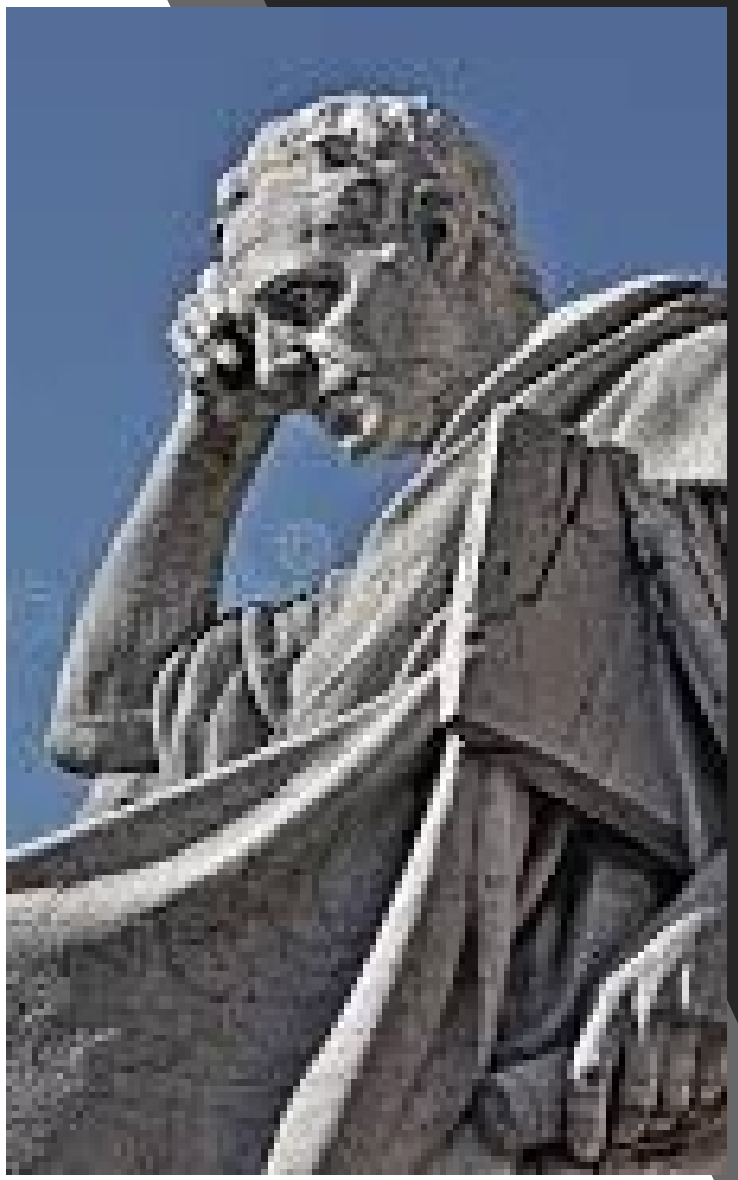
… sicché, ove sia **dedotta la responsabilità contrattuale** del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, **è onere del danneggiato provare**, anche a mezzo di **presunzioni**, **il nesso di causalità** fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è **onere della parte debitrice provare**, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'**impossibilità dell'esatta esecuzione** della prestazione»

Questi i **passaggi argomentativi** delle sentenze in esame:

- anche in relazione alla fattispecie della responsabilità contrattuale si pone un problema di **causalità materiale**, come testualmente conferma **l'art. 1227, co. 1, c.c.**, che dà rilievo al concorso del fatto colposo del creditore nella eziologia dell'evento dannoso;
- ogni forma di responsabilità è, pertanto, connotata dalla **congiunzione di causalità ed imputazione**, sebbene in quella **contrattuale** tale congiunzione si connoti in modo **peculiare**;

- siffatta peculiarità è costituita dalla cd. «**relazionalità**» del **rapporto obbligatorio**, sicché il **danno** derivante dall'inadempimento **non richiede** la qualifica dell'**ingiustizia**, propria invece della responsabilità aquiliana, 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., ma **alla corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione** (arg. ex art. 1174 c.c.);

- da quanto premesso consegue che, su un **piano generale**, la **causalità materiale**, pur teoricamente distinguibile dall'**inadempimento** per la differenza fra eziologia ed imputazione, **non è praticamente separabile da esso**, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque all'evento dannoso;

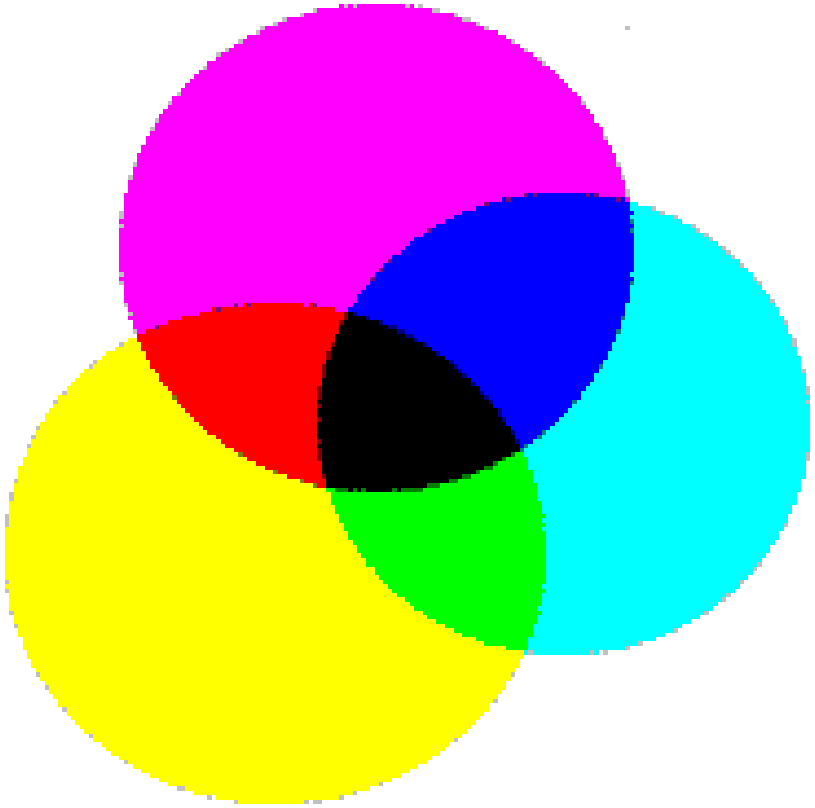


- di talché, e sempre sul **piano generale**, nell'ambito della responsabilità contrattuale, **non sussiste** un **onere** di **specifica allegazione** (e tanto meno di **prova**) della **causalità materiale**, perché allegare l'inadempimento significa allegare anche il nesso di causalità e l'esistenza dell'evento dannoso, secondo quanto, da tempo, affermato dalle Sezioni Unite (**Cass. Sez. Un., sent. n. 13533 del 2001, *cit*.**);

- nondimeno, su un **piano particolare**, ovvero nel «diverso territorio del ***facere* professionale**», la **causalità materiale** torna ad assumere **autonoma rilevanza** anche **funzionalmente** (e non solo strutturalmente), in quanto, se **l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario** del creditore, **l'evento dannoso** è costituito della **lesione** non del primo, bensì **del secondo** (tutela della salute, esito favorevole della causa, etc.) ;

- tale **interesse «presupposto»**, rispetto a quello corrispondente alla prestazione (ovvero, la diligente esecuzione del *facere* professionale, o meglio, il rispetto delle *leges artis*), **non** costituisce un **motivo soggettivo**, che resta estrinseco rispetto al contratto d'opera professionale, ma è tipicamente **connesso all'interesse** da esso **regolato**, rilevando così sul piano della «**causa in concreto**»;
- allegare la lesione dell'interesse strumentale non significa, dunque, aver necessariamente dimostrato la lesione dell'interesse presupposto, ovvero l'evento dannoso, la **prova** della cui ricorrenza è a carico **del creditore**, il quale può anche fornirla per **presunzioni** (artt. 2727 e 2729 cod. civ.).

La (ri)**sistemazione concettuale** operata dalle «sentenze gemelle» consente, se non di appianare (tutte) le critiche avanzate da una parte della comunità scientifica, almeno di individuare alcuni possibili «**punti di contatto**» tra **dottrina e giurisprudenza di legittimità** (così **E. IANNELLO**, *L'onere della prova del nesso causale nela responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *www.giustiziainsieme.it*).



Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Innanzitutto, la **puntualizzazione** compiuta fa **salva**, **sul piano generale**, **l'impostazione** – già seguita dalle **Sezioni Unite** – secondo cui l'allegazione dell'inadempimento comporta che debba ritenersi provato, per ciò solo, il suo con l'evento dannoso, individuando le «sentenze gemelle» un **diverso regime solo** per le **obbligazioni di *facere* professionale**, operando, così, un mero «*distinguishing*» rispetto all'indirizzo delle Sezioni Unite.

In secondo luogo, **il riferimento all'art. 1174 c.c.** meglio giustifica, rispetto al precedente arresto del 2017, la conclusione sul (diverso) riparto, tra creditore e debitore, degli oneri probatori.

Se è vero che tale norma, al di là della sua rubrica – che pone l'accento sulla patrimonialità della prestazione – individua nella ***utilitas creditoris*** un ***quid pluris*** rispetto all'atto cui è tenuto il debitore (nel senso che l'interesse creditorio, che l'obbligazione è preordinata a realizzare, non si esaurisce in quello alla mera esecuzione della prestazione), allora la mancata realizzazione di tale *quid pluris* non può essere **provata** che **dal creditore**.

Risulta così confermata la **distinzione tra causalità e inadempimento**, giacché, **a ritenere il contrario**, si dovrebbe concludere che **oggetto** della **prestazione professionale** sia il **risultato utile**, e specificamente nel caso della prestazione sanitaria, la guarigione del paziente o l'impedimento di quelle sopravvenienze costituite dall'aggravamento del suo stato di salute oppure dall'insorgenza di nuove patologie, e ciò **in contrasto con l'art. 1176, co. 2, c.c.,** alla stregua del quale il contenuto della prestazione va individuato nell'osservanza di un comportamento che sia solo «idoneo» al conseguimento di quel risultato.

Valga, sul punto, quanto osservava una tra le più autorevoli dottrine della seconda metà del '900: «*la* ***guarigione*** *o* ***l'impedimento della sopravvenienza*** *dell'aggravamento o di nuove patologie* ***dipendono troppo poco*** *dalla* ***volontà del medico*** *e dalla collaborazione del malato* ***perché possano essere dedotte in obbligazione***» [così **L. MENGONI**, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, p. 189].

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Di particolare **importanza** appare tale affermazione, specie con riferimento alle **prestazioni sanitarie** definite «**a risultato non predeterminabile**» (ovvero, non connotate da «**alta vincolatività**»), cioè quelle contraddistinte da speciale complessità, perché essa «alleggerisce» la posizione del medico, scongiurando il **rischio** di una **medicina (solo) «difensiva»**.

D'altra parte, in relazione alle **prestazioni** che **non** siano invece **riconducibili a tale modello**, va apprezzata l'importanza dell'affermazione secondo cui la **prova** del **nesso causale** può essere fornita anche **a mezzo di presunzioni** ...

… e ciò perché, nei casi in cui l'esecuzione della **prestazione** richieda la soluzione di problemi tecnici di **non speciale difficoltà**, l'uso delle presunzioni, non diversamente da quanto avveniva allorché la giurisprudenza di legittimità postulava il ricorso alla presunzione *res ipsa loquitur*, potrebbe condurre ad un **esito analogo** a quello prospettato dalle **Sezioni Unite** …

… secondo le quali, ai fini del risarcimento del danno da inesatto adempimento di una prestazione sanitaria, è sufficiente **allegare** un **inadempimento «astrattamente idoneo a cagionare il danno»**, dovendo il debitore fornire la prova esonerativa da responsabilità, dimostrando che esso non vi è stato ovvero che è dipeso da causa al medesimo non imputabile
(cfr. **Cass. Sez. Un. n. 577 del 2008, *cit*.**)

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Da segnalare, infine, che proprio la peculiare configurazione data al cd. «**interesse presupposto**», rispetto a quello avente ad oggetto l'osservanza delle *leges artis,* ha permesso, di recente, alla Corte di Cassazione (cfr. **Cass. Sez. 3, sent. 8 luglio 2020, n. 14258**) di **circoscrivere** l'applicazione del principio della «**efficacia protettiva del contratto verso terzi**».

Essa è stata limitata al **solo ambito** dei cd. «***wrongful birth damages***», ovvero delle **azioni risarcitorie** che trovino titolo nelle **relazioni contrattuali** intercorse tra la **puerpera** e il professionista che ne abbia seguito la gestazione e/o il parto, con riferimento ai danni cagionati al nascituro (o al nato).

Stefano G. Guizzi

I nessi di causa e la ripartizione dei relativi oneri probatori nell'adempimento delle obbligazioni del professionista sanitario.

Difatti, se è vero che per «postulare **l'efficacia protettiva verso terzi**, occorre che **l'interesse di cui essi siano portatori** risulti anch'esso **strettamente connesso** a quello "**regolato già sul piano della programmazione negoziale**"», tale evenienza può ritenersi integrata unicamente nel caso, appunto, degli interessi dell'intero nucleo familiare dei quali la gestante/partoriente, nel relazionarsi contrattualmente con il sanitario, si fa portatrice …

… dovendo, invece, collocarsi **tutti gli altri casi** di **danno** da **perdita o lesione** del **rapporto parentale**, anche da *malpractice* sanitaria, nell'ambito della sola **responsabilità aquiliana**.