

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

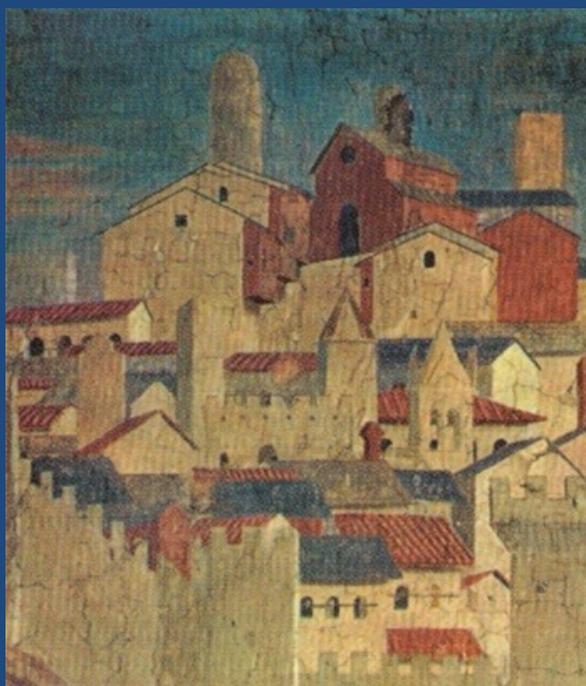
GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



ESTRATTO PER L'AUTORE

www.personaemercato.it

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

INDICE

<i>Presentazione</i>	p. IX
1. ADDIS F., <i>Autotutela contrattuale</i>	p. 3
2. ALESSI R., <i>Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia</i>	p. 49
3. ANGELONE M., <i>Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi</i>	p. 91
4. ASTONE M., <i>Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca</i>	p. 119
5. AZZARRI F., <i>I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico</i>	p. 133
6. BARBA A., <i>Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato</i>	p. 179
7. BARBA V., <i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i>	p. 219
8. BARENGHI A., <i>Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte</i>	p. 269
9. BARGELLI E., <i>Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza</i> ..	p. 287
10. BATTELLI E., <i>Il contratto di "pacchetto turistico" nei rapporti tra codice civile, codice del turismo e codice del consumo</i>	p. 313
11. BERTELLI F., <i>I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza</i>	p. 349
12. BILOTTI E., <i>Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata</i>	p. 391
13. BONILINI G., <i>Prelazione, e «alienazione» di un diritto</i>	p. 449
14. BUCELLI A., <i>L'«algebra del diritto» (appunti per una ricerca)</i>	p. 461
15. BUSNELLI F.D., <i>Immagini vecchie e nuove nella tutela della salute del minore</i> ...	p. 495

16. CAMARDI C., <i>Mancata cooperazione all'adempimento e risoluzione del contratto</i>	p. 521
17. CAPALDO G., <i>Dalla governance degli enti privati alla regolazione del mercato unico sostenibile</i>	p. 551
18. CARAPEZZA FIGLIA G., <i>Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali</i>	p. 589
19. CARLEO R., <i>Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica</i>	p. 611
20. CATERINI E., <i>Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale</i>	p. 631
21. CAVALLARO M., <i>Tutela dei risparmiatori e salvaguardia dell'interesse pubblico nella vicenda dei buoni postali trentennali</i>	p. 655
22. CENINI M., <i>Pandemia, sopravvenienze e globalizzazione</i>	p. 677
23. CIOFFI C.B.N., <i>La trasparenza della causa dei contratti derivati</i>	p. 695
24. CIPRIANI N., <i>Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto</i>	p. 741
25. CORDIANO A., <i>Cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare tra funzioni solidaristiche e istanze di autoresponsabilità</i>	p. 767
26. CREA C., <i>Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi</i>	p. 803
27. D'AMICO G., <i>L'insostituibile leggerezza della fattispecie</i>	p. 837
28. DELFINI F., <i>Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto</i>	p. 865
29. DEPLANO S., <i>Dignità della persona e stati intersessuali</i>	p. 895
30. DI NELLA, <i>Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti</i>	p. 933
31. DI ROSA G., <i>La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem</i>	p. 995
32. EMILIOZZI E.A., <i>Le firme elettroniche</i>	p. 1029
33. FACCIOLI M., <i>La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza</i>	p. 1043
34. FARINA V., <i>Problemi vecchi e nuovi in tema di data certa e fallimento</i>	p. 1059
35. FEMIA P., <i>Opposizione ermeneutica ed effettività</i>	p. 1107

36. FICI A., *I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato* p. 1151
37. FOGLIA M., *Divagazioni sul diritto alla felicità (fra legge e giudice)*p. 1185
38. FOLLIERI L., *Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione*p. 1203
39. FRANZONI M., *Il contratto d’accertamento: un paradosso*p. 1235
40. FREZZA G., *Usucapione decennale e i rapporti fra trascrizione e buona fede*p. 1259
41. GABRIELLI E., *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica* p. 1279
42. GALLARATI A., *Il «contratto» figurato ex articolo 23 tuf*p. 1313
43. GALLO P., *Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività*p. 1353
44. GAMBINO F., *Il problema della «certezza» nell’impiego della buona fede contrattuale*p. 1395
45. GARACI I., *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale*p. 1405
46. GENOVESE A., *La clausola di recesso*p. 1439
47. GIANNINI M., *Prodotti di finanza sociale ed effettività delle tutele*p. 1465
48. GORASSINI A., *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?*p. 1495
49. GORGONI A., *Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita* p. 1505
50. GRANELLI C., *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/2161/UE*p. 1569
51. GRISI G., *La quarantena dei contratti di durata*p. 1593
52. GRONDONA M., *L’ermeneutica giuridica fra politica e diritto, ovvero: alla ricerca dell’ordine (premesse per una discussione)* p. 1633
53. GROSSI P., *La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi*p. 1665
54. IAMICELI P., *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*p. 1687

55. IMBRENDA M., *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*p. 1753
56. IMBRUGLIA D., *Restituzioni ed effettività della tutela*p. 1783
57. LANDINI S., *Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile* p. 1803
58. LASSO A., *Riflessioni su autonomia privata e persona umana*p. 1815
59. LECCESE E., *L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della costituzione)*p. 1843
60. LENZI R., *L'affidamento fiduciario tra tipo e categoria*p. 1891
61. LISELLA G., *Circonvenzione d'incapace: annullamento del testamento e inimpugnabilità post mortem del matrimonio? analisi di una significativa vicenda giudiziaria* p. 1921
62. LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*p. 1935
63. LONGOBUCCO F., *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*p. 1967
64. LUCCHINI GUASTALLA E., *Emergenza Covid-19 e diritto privato: quali rimedi?..*p. 1985
65. LUCIFERO N., *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. Lgs. 198/2021*p. 2005
66. MACARIO F., *Rinegoziazione del contratto e obbligo di rinegoziare: dai problemi dell'emergenza covid-19 alla 'modernizzazione' del diritto contrattuale ...*p. 2037
67. MAUGERI M., *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi* p. 2071
68. MAURO M., *La vendita online di prodotti alimentari: procedimento di conclusione del contratto e rimedi*p. 2093
69. MAZZAMUTO S., *Una lunga storia: i progetti di codificazione europea sul contratto*p. 2143
70. MELI M., *Persona, mercato e cambiamenti climatici*p. 2191
71. MESSINEO E., *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*p. 2221

72. MESSINETTI R., <i>Salute, cura, libertà. Attualità della costituzione in tempo di pandemia</i>	p. 2261
73. MEZZANOTTE F., <i>Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')</i>	p. 2305
74. MICKLITZ H.W., <i>Diritto regolamentare e privato europeo – tra eleganza neo-classica e pasticche postmoderno</i>	p. 2347
75. MINERVINI E., <i>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</i>	p. 2385
76. MONTECCHIARI T., <i>Diritti della persona e responsabilità civile nell'era digitale</i>	p. 2415
77. MONTINARO R., <i>Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law</i>	p. 2443
78. MORACE PINELLI A., <i>È tempo di abrogare la separazione giudiziale</i>	p. 2495
79. MOSCATI E., <i>Rent to buy: un nuovo contratto tipico. luci e ombre della legislazione novellistica</i>	p. 2523
80. NAPPI F., <i>Enti no profit e regole di mercato: il progetto di un caso "in uso accademico"</i>	p. 2573
81. NERVI A., <i>Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. appunti per una ricerca</i>	p. 2583
82. NICOLUSSI A., <i>Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio</i>	p. 2605
83. NIVARRA L., <i>Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale</i>	p. 2729
84. NONNE L., <i>"Le parole tra noi leggere": la topica dei rimedi e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare</i>	p. 2757
85. ONORATO M., <i>Accordi a sfavore di terzo?</i>	p. 2795
86. ORLANDI M., <i>Silentium legis</i>	p. 2823
87. ORLANDO S., <i>Le figure sintomatiche nel diritto privato</i>	p. 2857
88. PAGLIANTINI S., <i>In memoriam del consumatore medio</i>	p. 2879
89. PALADINI M., <i>I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede"</i>	p. 2909

90. PARENTE F., <i>Ricerca scientifica, sperimentazione e brevetto biotecnologico: le ragioni di una tutela</i>	p. 2935
91. PASQUINO T., <i>I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	p. 2965
92. PASSAGNOLI G., <i>Liberalità indirette e patto di famiglia</i>	p. 3001
93. PATTI F.P., <i>Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione nel contesto europeo</i>	p. 3015
94. PATTI S., <i>Note in tema di presunzioni semplici</i>	p. 3041
95. PENNASILICO M., <i>Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza</i>	p. 3075
96. PERLINGIERI G., <i>Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo</i>	p. 3125
97. PESCATORE V., <i>Diritto all'identità personale e divieto dei 'trattamenti di conversione'</i>	p. 3187
98. PILIA C., <i>La responsabilità sociale nella crisi pandemica Covid-19</i>	p. 3221
99. PIRAINO F., <i>Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione</i>	p. 3291
100. PIRILLI D., <i>Tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti: l'esempio di alcune clausole del contratto di assicurazione</i>	p. 3369
101. PISTELLI F., <i>Il controllo del rischio finanziario nel contratto</i>	p. 3389
102. PLAIA A., <i>Per una responsabilità medica "razionalmente credibile"</i>	p. 3419
103. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., <i>Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile</i>	p. 3435
104. PROTO PISANI A., <i>Brevi note sull'art. 844 cc. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge</i>	p. 3475
105. PROTO M., <i>Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto a un rimedio effettivo</i>	p. 3485
106. PUTORTI V., <i>Patrimonio digitale e successione mortis causa</i>	p. 3507
107. RENDA A., <i>Il donation-based crowdfunding</i>	p. 3543
108. RENDE F., <i>Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale</i>	p. 3599

109. RICCI F., <i>Le nuove scritture nell'era del documento informatico</i>	p. 3639
110. RIZZI A., <i>L'autonomia privata nelle crisi di sistema</i>	p. 3677
111. RIZZO N., <i>Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria</i>	p. 3729
112. ROBLES M., <i>Per una "grammatica" (negoziale) dei conflitti ambientali</i>	p. 3799
113. ROSSI CARLEO L., <i>La violazione del dovere di fedeltà fra «prisma della violazione del rapporto e dell'interesse lesa» e prisma della violazione dei diritti fondamentali</i>	p. 3839
114. ROSSI F., <i>Contratti del minore e responsabilità per i danni prodotti alla parte capace</i>	p. 3853
115. RUSSO T.V., <i>L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della 'manutenzione' dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica</i>	p. 3877
116. SALANITRO U., <i>A Strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale</i>	p. 3909
117. SARDINI A., <i>Se conoscere le proprie origini non è (sempre) possibile</i>	p. 3927
118. SARTORIS C., <i>Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus</i>	p. 3955
119. SCAFFIDI D., <i>Profili critici del sindacato di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione put a prezzo predeterminato</i>	p. 3987
120. SCAGLIONE F., <i>Interessi della persona e tutela del credito</i>	p. 4027
121. SCOGNAMIGLIO C., <i>Per una lettura in chiave funzionale del 'sistema' delle invalidità</i>	p. 4051
122. SCOTTI A., <i>La disciplina della cartolarizzazione dei crediti tra esigenze di tutela dei debitori ceduti ed esigenze di tutela degli investitori</i>	p. 4081
123. SINISCALCHI A.M., <i>La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali</i>	p. 4105
124. SIRENA P.– BRIZZOLARI V., <i>Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebita</i>	p. 4151
125. SIRGIOVANNI B., <i>Revisione del contratto al tempo del Covid-19</i>	p. 4168
126. TAMPONI M., <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i>	p. 4197

127. TESCARO M., <i>La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti</i>	p. 4217
128. TROIANO O., <i>Rinnovamento giuridico e riforma dei codici civili</i>	p. 4231
129. UDA G.M., <i>La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali</i>	p. 4251
130. VALONGO A., <i>Nuovi diritti per i minori stranieri non accompagnati alla luce della legge 7 aprile 2017, n. 47</i>	p. 4301
131. VENOSTA F., <i>Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"</i>	p. 4337
132. VENTURELLI A., <i>Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana</i>	p. 4365
133. VENUTI M.C., <i>Solidarietà post-coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata</i>	p. 4405
134. VERDICCHIO V., <i>La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita</i>	p. 4451
135. VILLANACCI G., <i>La variegata disciplina rimediale nel riequilibrio contrattuale.</i>	p. 4487
136. VIRGADAMO P., <i>Ripudio subito o divorzio ricercato? La sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti</i>	p. 4507
137. ZACCARIA A., <i>L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19</i>	p. 4529
138. ZACCHEO M., <i>Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi</i>	p. 4541
139. ZOPPINI A., <i>Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio</i>	p. 4569

ARMANDO PLAIA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Palermo

PER UNA RESPONSABILITÀ MEDICA “RAZIONALMENTE CREDIBILE”

SOMMARIO: 1. La “contrattualizzazione” della responsabilità civile: tre ragioni di un’evoluzione. – 2. Ritorno alle obbligazioni di mezzi: l’art. 7, L. 24/2017 (c.d. Gelli- Bianco) e la giurisprudenza sul nesso di causalità. – 3. Attuazione del diritto ad una “buona cura” vs. compensazione della perdita correlata alla lesione dell’interesse (alla conservazione del proprio stato di salute).

1. *La “contrattualizzazione” della responsabilità civile: tre ragioni di un’evoluzione.*

Nella prima decade degli anni duemila si è assistito ad un imponente fenomeno di “contrattualizzazione” della responsabilità civile, sia in ragione di una espansione per così dire “esterna” dell’ambito operativo dell’art. 1218 c.c., in luoghi in precedenza appannaggio della responsabilità extracontrattuale, sia in ragione di una riespansione “interna”, e cioè di un ritorno ad un’applicazione della stessa disposizione a tutte le obbligazioni, senza più deroghe. Ci si riferisce, per un verso, alle note vicende dell’*obbligazione senza prestazione* o, se si vuole, del *contatto sociale*, e del riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (quest’ultima peraltro ritenuta compatibile con la validità del contratto); per altro verso, al declino della tradizionale distinzione tra “obbligazioni di mezzi” e “obbligazioni di risultato”.

Esattamente venti anni fa, infatti, la giurisprudenza, accogliendo la teoria dell’*obbligazione senza prestazione*, formulata nel nostro

sistema giuridico da Carlo Castronovo¹, ha assecondato un rapido processo di generalizzazione della *culpa in contrahendo* tipizzata all'art. 1337 c.c., valorizzando l'affidamento del terzo riposto sullo *status* di taluni soggetti qualificati (medico dipendente, insegnante) e l'obbligo di protezione (di tale affidamento) innescato dalla regola della buona fede e gravante su questi ultimi². In questo modo, la tutela del terzo entrato in contatto con il soggetto qualificato, e da quest'ultimo danneggiato, è divenuta contrattuale in ragione della ritenuta violazione di un obbligo di protezione, e cioè di un'obbligazione priva di prestazione (per il debitore) e di pretesa (per il creditore), avente fonte in un fatto (l'affidamento) idoneo a produrla ex art. 1173 c.c.³ Si ammette dunque che l'ipotesi archetipica della responsabilità da contatto – che genera responsabilità (soltanto) in ragione di una tipizzazione legislativa (1337 c.c.) – possa replicarsi ogni qual volta, pur non sussistendo una indicazione legislativa tipica ed esplicita, possa comunque affermarsi la sussistenza di un affidamento meritevole di protezione ingenerato da uno *status* qualificato.

La seconda ragione che induce a parlare di “contrattualizzazione” della responsabilità civile è il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.⁴, tradizionalmente ricondotta invece all'illecito aquiliano⁵. Argomentando dalla violazione del dovere di buona fede, si perviene, con un ritardo di quasi mezzo secolo rispetto alla formulazione della tesi da parte di Luigi Mengoni, all'accoglimento dell'idea che la responsabilità precontrattuale, poiché scaturente dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente al danno, non possa ritenersi una vicenda che coinvolge soggetti estranei, e debba invece considerarsi una *species*

¹ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 521.

² Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, c. 4; in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, il quale non sembra condividere, probabilmente non a torto, che l'opzione interpretativa prescelta sia quella più aderente alla realtà materiale.

³ Cfr. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2017, p. 955.

⁴ Cfr. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 985.

⁵ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1227, con nota di CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*.

del *genus* responsabilità contrattuale. Tutto ciò, peraltro, accade negli stessi anni in cui si registra un ampliamento del perimetro operativo della responsabilità precontrattuale, ora ritenuta compatibile con la validità del contratto⁶, secondo la teorica dei “vizi incompleti”: quest’ultima generalizza⁷ il congegno normativo tipizzato all’art. 1440 c.c. (dolo incidente) e, come attesta la diffusa casistica sui contratti finanziari, apre alla risarcibilità del danno precontrattuale a favore della parte di un contratto (valido ma) svantaggioso⁸.

Nel frattempo, e siamo alla terza ragione dell’evoluzione sin qui tratteggiata, la regola dell’art. 1218 c.c. – ormai estesa anche all’ipotesi della violazione di una *obbligazione senza prestazione* e al danno da comportamento precontrattuale scorretto e risarcibile (anche soltanto se il contratto è svantaggioso) – torna ad applicarsi, senza più eccezioni, a tutte le obbligazioni, comprese a quelle che per circa cinquant’anni ad essa si erano sostanzialmente sottratte⁹. È ben noto, infatti, che tradizionalmente alle c.d. “obbligazioni di mezzi” si è applicato l’art. 1176 c.c. in luogo dell’art. 1218 c.c., sul presupposto che nelle stesse non fosse promesso e dedotto in obbligazione un risultato. In sostanza, queste obbligazioni si sono sempre sottratte al regime dell’art. 1218 c.c., in virtù del quale spetta al debitore, che voglia andare esente da responsabilità, dover provare l’impossibilità non imputabile dell’adempimento. In applicazione

⁶ Convinto assertore di tale compatibilità, sul presupposto che validità e responsabilità operano su piani diversi e non entrano in contraddizione è stato VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 100.

⁷ Cfr. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995 e BENATTI, *Culpa in Contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 298.

⁸ Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 2, c. 440, con nota di SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di un contratto valido: l’area degli obblighi di informazione*. Cfr. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 785.

⁹ Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871, con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*. Sulla posizione delle Sezioni unite cfr. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 393.

dell'art. 1176 c.c., si è invece fatto gravare sul creditore di una prestazione professionale l'onere di provare l'inadempimento del debitore e cioè la sua colpa, secondo una logica non dissimile da quella aquiliana. Con l'abbandono di questa classificazione, dunque, l'art. 1218 c.c. torna a rioccupare lo spazio in precedenza sottrattogli e la responsabilità contrattuale perde ogni contaminazione con la logica aquiliana. È questo, se si vuole, un ulteriore momento di "contrattualizzazione" della responsabilità civile, questa volta nel senso di una applicazione piena e senza deroghe del più severo regime per il danneggiante/debitore prescritto all'art. 1218 c.c.

2. *Ritorno alle obbligazioni di mezzi: l'art. 7, L. 24/2017 (c.d. Gelli- Bianco) e la giurisprudenza sul nesso di causalità.*

In questo contesto, si inseriscono due vicende, una legislativa e una giurisprudenziale, che segnano invece un arretramento o comunque un depotenziamento della regola della responsabilità contrattuale sancita all'art. 1218 c.c. Per un verso, infatti, il legislatore interviene a gamba tesa sul tema del *contatto sociale qualificato* ("obbligazione senza prestazione") e impone la qualificazione aquiliana della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera¹⁰. Per altro verso, la giurisprudenza¹¹ riscrive, a vantaggio del

¹⁰ Art. 7, L. 24/2017, c.d. Gelli- Bianco. Cfr. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018 e VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 959.

¹¹ Si veda in particolare Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1348, con nota di D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*; in *Danno e resp.*, 2018, p. 345, con nota di D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*. Su tale pronuncia cfr. anche PARDOLESI e SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 5; PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, c. 709; SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 265. Nonché Cass., ord., 15 febbraio 2018, n. 3693, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3582, con nota di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*. Infine, Cass., 11 novembre 2019, n. 28992, commentata da PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*,

debitore/danneggiante, le regole operative sull'onere della prova del nesso di causalità in ambito contrattuale. Si consolida infatti la tesi, in precedenza piuttosto controversa, secondo cui il nesso eziologico tra condotta del debitore e danno debba essere provato dal creditore danneggiato. La logica aquiliana torna così ad aggravare nuovamente il carico probatorio del creditore, questa volta, però, non in punto di prova dell'adempimento/inadempimento – in ossequio alla teorica delle “obbligazioni di mezzi” – ma piuttosto con riferimento alla prova del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento dannoso.

Nell'ultimo ventennio, infatti, a partire da un'importante decisione delle Sezioni unite sull'onere probatorio nella tutela contrattuale¹², si è affermata l'idea – in precedenza sostenuta soltanto da un indirizzo minoritario, peraltro solo per l'inadempimento e *non per l'inesatto adempimento* - che il creditore dovesse soltanto allegare – e non provare – l'inadempimento del debitore, e che spettasse invece a quest'ultimo la prova dell'adempimento dell'obbligazione ovvero dell'impossibilità dell'adempimento per causa non imputabile. Idea giustificata, a dire delle Sezioni unite, da esigenze di uniformità di trattamento di tutte le azioni contrattuali (adempimento, risoluzione, risarcimento), di semplificazione (da qui la forzatura dell'equiparazione tra inadempimento e inesatto adempimento) e dai c.d. principi di “persistenza del diritto” e di “vicinanza della prova”, entrambi correttivi delle rigidità della norma codicistica generale sull'onere della prova (art. 2697 c.c.). Questa nuova regola, inopinatamente

e D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di PARDOLESI, Roma, 2020, pp. 150, 169.

¹² Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 118, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*.

estesa anche all'inesatto adempimento¹³, poco più tardi¹⁴ si è significativamente consolidata anche nell'ambito della responsabilità contrattuale medica, ove si era appunto ritenuto che il paziente (creditore) potesse semplicemente allegare l'inadempimento del sanitario o della struttura, spettando, invece, a questi ultimi (debitore) fornire la prova dell'assenza di colpa, nonché – secondo alcuni giudici – che il danno (peggioramento dello stato di salute o mancato miglioramento), pur riconducibile *in astratto* ad un inadempimento eziologicamente “qualificato”¹⁵ del medico – secondo l'allegazione del paziente/creditore - non fosse in *concreto* da ricondurre ad una condotta inadempiente (pur sussistente).

Viene così obliterata definitivamente la categoria delle “obbligazioni di mezzi” e la tradizionale deroga, a queste ultime riservata, al severo dispositivo dell'art. 1218 c.c.; in tal modo, anche nelle prestazioni sanitarie di ordinaria o particolare difficoltà (ad esito cioè non scontato) – e non più soltanto in quelle routinarie¹⁶ – l'onere

¹³ Aspetto criticato da MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, cit., p. 118, NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 871, D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 356. Vedi invece VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, cit., p. 393.

¹⁴ Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

¹⁵ Così, Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

¹⁶ Considerate *quoad effectum* obbligazioni di risultato già a partire da Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 953, con un “percorso a ritroso” osserva NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 871, imposto dal peccato originale della distinzione tra mezzi e risultato. Tradizionalmente – in ragione di una presunzione “giurisprudenziale” di inadeguata esecuzione della prestazione professionale, correlata all'insuccesso di un intervento “non difficile” – si è imposto al medico la dimostrazione che l'esito infausto fosse stato causato dal “sopravvenire di un evento imprevisto e imprevedibile, oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale”. Il commiato dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato, come si è anticipato nel testo, ha recato con sé anche l'abbandono della distinzione tra prestazioni routinarie e prestazioni di (ordinaria o) particolare difficoltà. Tale classificazione ha mantenuto così una residuale valenza come criterio rilevante (non più per la distribuzione dell'onere probatorio ma) per la determinazione del

della prova dell'adempimento sarebbe ormai gravato sul medico/debitore.

Il già citato intervento legislativo e la posizione più di recente assunta dalla giurisprudenza sul nesso di causalità segnano invece una battuta d'arresto e anzi un ritorno, per qualcuno condivisibile¹⁷, alle "obbligazioni di mezzi" e cioè ad un regime meno severo (questa volta in punto di prova del nesso di causalità) per il medico.

3. Attuazione del diritto ad una "buona cura" vs. compensazione della perdita correlata alla lesione dell'interesse (alla conservazione del proprio stato di salute).

Dopo essere giunta, al crepuscolo del secolo scorso, a qualificare come contrattuale la responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera – in un momento storico in cui si riteneva ancora che spettasse al paziente l'onere di provare l'imperizia e la negligenza - la giurisprudenza aveva, per la verità, continuato a ragionare in termini "aquiliani", come dimostra l'affermazione, mai messa da parte, secondo cui il nesso di causalità sarebbe requisito di fattispecie (come appunto accade nella responsabilità *ex art. 2043 c.c.*). Poco più in là, si perviene però alla creazione di una *presunzione giurisprudenziale*¹⁸ di inadempimento e, coerentemente con tale approdo, si opta per una sorta di "terza via" in punto di nesso di causa: sul paziente si fa gravare un mero onere di allegazione di un inadempimento "qualificato", mentre sul medico la ben più gravosa prova dei fatti a fondamento della insussistenza del nesso. Si è trattato, a dirla tutta, di un tentativo di rimodulazione dei temi di prova

grado della colpa (art. 2236 c.c.): il medico che provi la difficoltà della prestazione può invocare a suo favore la regola dell'art. 2236 c.c. ed essere esonerato da responsabilità per imperizia lieve.

¹⁷ D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit. , p. 358, nota 46, per il quale potrebbe anche mantenersi «ferma (se si vuole) l'idea che la prova del nesso di causalità spetta (in linea di principio) al creditore, ma riconoscendo che quest'onere probatorio si inverte in presenza di prestazioni mediche "ad alta vincolatività", nelle quali il mancato conseguimento del "risultato" giustifica una "presunzione giurisprudenziale" di sussistenza del nesso di causa».

¹⁸ Tale presunzione consente, per via generale e astratta (cioè in tutte le prestazioni routinarie), di spostare sul medico la prova dell'adempimento.

in grado di conciliare la struttura sostanzialmente “aquiliana” della fattispecie con la regola ormai contrattuale e più severa per il danneggiante.

Il vero è che le tre grandi novità che hanno interessato la responsabilità contrattuale nell’ultimo ventennio, e cioè la “contrattualizzazione” della responsabilità medica (1999), l’inversione dell’onere di prova (dell’inadempimento e soprattutto) dell’inesatto adempimento (2001), e l’abbandono esplicito della categoria delle “obbligazioni di mezzi” (2008), restituiscono un sistema incoerente e, come si è osservato, eccessivamente rigido¹⁹. Il nuovo assetto conseguente allo spostamento della responsabilità medica verso la responsabilità contrattuale (1999) – in cui è comunque ancora il paziente, creditore di una prestazione di mezzi, a dover provare la colpa, *tranne che nelle prestazioni routinarie* – ha infatti retto sino al tempo in cui in quest’ultimo ambito, quello contrattuale, albergavano ancora le obbligazioni di mezzi e la relativa disciplina *sostanzialmente* aquiliana in punto di *favor debitoris* (è il creditore-danneggiato a dover provare la colpa). Quando, però, qualche anno più tardi, la giurisprudenza ha abbandonato quella distinzione – potrebbe dirsi, prima sul piano processuale (2001) e poi sostanziale (2008) – i nodi sono venuti al pettine: il medico, che aveva già indossato malvolentieri il “camice” contrattuale, non ha infatti retto la severità di un regime - in cui è *sempre* il debitore a dover provare l’assenza di colpa – tradizionalmente poco congeniale alle obbligazioni professionali, con la conseguenza che legislatore (2017) e giurisprudenza – come era forse prevedibile²⁰ – hanno dovuto venirgli in soccorso, (ri)qualificando la fattispecie in senso extracontrattuale e sgravandolo dell’onere della prova del nesso di causalità.

L’obiezione più seria che, in particolare, viene mossa all’orientamento giurisprudenziale in questione è che l’adozione di una tale re-

¹⁹ Si veda il contributo di IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica in Responsabilità sanitaria in Cassazione: tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., p. 198, in cui si auspica un ritorno ad una regola “flessibile”.

²⁰ Cfr. le considerazioni di IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro dell’evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2005, p. 130.

gola di decisione del fatto incerto segnerebbe un ritorno alla distinzione tra “obbligazioni di risultato” e “obbligazioni di mezzi” e ad un regime di responsabilità contrattuale differenziato in ragione del tipo di obbligazione inadempita. Per di più, si osserva, il regime di responsabilità (meno severo) correlato all’inadempimento di un’obbligazione di “fare professionale” verrebbe a coincidere, in punto di nesso di causalità, con quello della responsabilità extracontrattuale.

Andrebbe, invece, ribadita l’unitarietà dell’obbligazione e del regime di responsabilità contrattuale, non intaccate, si aggiunge, dalla varietà “morfologica” che caratterizza talune obbligazioni, in particolare quelle in cui la prestazione dovuta e il risultato atteso dal creditore non sono “predeterminati”²¹. In queste ultime, questa la tesi sostenuta, si pone il problema dell’accertamento sia dell’inadempimento, sia della relazione eziologica tra quest’ultimo e il danno conseguente alla mancata soddisfazione dell’interesse del creditore: «si rende, quindi, necessario un ulteriore passaggio, deputato ad appurare se la modificazione subita dal creditore sia riconducibile alla condotta inesatta, commissiva od omissiva, del debitore»²². Questa indagine causale, si precisa, costituirebbe una “coda” del giudizio di inadempimento, e non sarebbe invece un giudizio di causalità in senso proprio (e cioè “in concreto”).

L’esito interpretativo cui questa dottrina²³ approda non persuade per almeno tre ragioni. Sul piano dell’ancoraggio normativo, il fatto che il codice civile non disciplini il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale è in parte giustificato dalla circostanza che il vincolo assorbe e risolve il problema dell’imputazione oggettiva, e cioè dell’individuazione del soggetto (il debitore, appunto) cui imputare il danno²⁴. Talora, invece, l’esigenza di un’indagine volta

²¹ Cfr. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, cit., pp. 720, 732.

²² PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 733.

²³ PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 735

²⁴ Lo chiarisce molto bene PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 719, secondo cui nella responsabilità contrattuale, non v’è uno spazio autonomo né per l’imputazione soggettiva, né per quella oggettiva, entrambe presiedute dall’inadempimento. Quest’ultimo, osserva acutamente l’Autore, «esibisce un’intrinseca connotazione

all'accertamento del nesso eziologico si ripropone. Questa dottrina, in tale ultimo caso, propone un giudizio causale che si arresti al piano astratto della compatibilità del tipo di danno subito con il tipo di inadempimento: la riconducibilità del primo al secondo, si dice, verrebbe confermata dalla circostanza che una certa tipologia di esito infausto è conseguenza, in un certo numero di casi, di una certa tipologia di imperizia o negligenza. Il giudizio causale viene, in tal modo, agganciato ad una frequenza meramente statistica, che qualifica l'inadempimento come eziologicamente rilevante. Il collegamento causale così instaurato, si conclude, andrebbe invece smentito dal medico, mediante l'indicazione e la prova di un evento alternativo idoneo a cagionare il danno. Si suggerisce, così, una regola di distribuzione dell'onere della prova ancorata al dispositivo normativo dell'art. 1218 c.c. sull'impossibilità non imputabile²⁵.

Tale regola, tuttavia, non ci pare possa essere applicata analogicamente al problema del nesso di causalità, come invece si sostiene²⁶, poiché il concetto di "impossibilità non imputabile" della prestazione vale a coprire soltanto talune marginali ipotesi di scuola in cui la causa sopravvenuta (non già cagioni autonomamente l'evento dannoso, ma) renda impossibile la prestazione, e dunque estingua il diritto di credito: si pensi al caso del farmaco improvvisamente non reperibile per una calamità naturale²⁷ o a quello dell'incidente stradale incolpevole che impedisca al medico di giungere in tempo per l'intervento. La disciplina che l'art. 1218 c.c. detta per la causa di esonero da responsabilità (quella dell'impossibilità) non

eziologica che rende superflua una specifica ed autonoma indagine sulla causalità materiale» e ciò spiega, continua PIRAINO, perché la causalità non sia elemento costitutivo distinto della fattispecie di responsabilità. Proprio per queste condivisibili ragioni, però, a nostro avviso, dovrebbe ammettersi che il nesso causale torni ad essere requisito autonomo di fattispecie quando il carattere protettivo dell'obbligazione (obblighi di protezione) rende nuovamente rilevante il problema dell'individuazione della causa del danno.

²⁵ PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 730.

²⁶ PIRAINO *op. ult. cit.*, p. 730: «la causa autonoma del danno va assoggettata per estensione analogica al trattamento giuridico riservato dagli artt. 1218 e 1256 c.c. alla causa di impossibilità».

²⁷ L'esempio è ripreso da D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 349.

può allora trovare applicazione per la verifica e la ricostruzione del nesso causale²⁸. Una cosa è, infatti, la prova che il risultato promesso, la “buona cura”²⁹, non sia stato conseguito per una causa specifica che “eccezionalmente” abbia reso impossibile la prestazione (si pensi ad una epidemia che conduce all’inevitabile saturazione dei posti in terapia intensiva) e cioè abbia impedito, in tutto (non è iniziata) o in parte (si è interrotta) l’esecuzione della prestazione. Altra cosa, la dimostrazione che sia stato il mancato (e possibile) perseguimento del risultato promesso, e cioè la “cattiva cura”, e non invece una causa alternativa a cagionare il danno. In quest’ultimo caso, infatti, l’esecuzione della prestazione – che per essere qualificata come inesatta o “cattiva”, deve essere stata possibile e portata a termine – non ha consentito il soddisfacimento dell’interesse del paziente (il miglioramento dello stato di salute) per fatti estranei alla condotta del medico non già “eccezionali” e, anzi, in un certo senso, “coerenti” con la distanza eziologica che separa la conseguenza dannosa dalla condotta “protettiva” del debitore. Si pensi, a tal proposito, all’incidenza, sul verificarsi della patologia insorta, di una complicanza iatrogena prevedibile, dunque non eccezionale, e tuttavia non evitabile. Qui il soddisfacimento dell’interesse creditorio correlato al risultato promesso non dipende esclusivamente dalla condotta del debitore, ma anche da fattori esterni.

Un’altra ragione che rende scarsamente preferibile questa ricostruzione, risiede nel fatto che essa propone un’indagine eziologica che possa concludersi sul piano generale e astratto³⁰.

²⁸ Così invece PIRAINO, secondo cui il medico che non riesca a provare l’adeguatezza del proprio operato, potrebbe andare esente da responsabilità o provando la sopravvenienza di una causa che ha reso impossibile la prestazione (interruzione dell’energia elettrica non prevedibile, né evitabile, improvvisa carenza di un farmaco a causa di un terremoto ecc.) o provando che il danno è stato cagionato (più probabilmente che no) da una *causa specifica* e diversa dall’inadempimento: si tratterebbe, in quest’ultimo caso, precisa l’Autore, della prova di una causa di esonero atipica cioè non positivizzata.

²⁹ MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185.

³⁰ L’allegazione eziologica, in altre parole, deve trovare in giudizio una conferma logica, secondo lo standard di prova del “più probabile che no”. L’ipotesi,

Si può, infatti, seriamente dubitare della bontà di una regola di distribuzione dell'onere della prova che conduca all'accoglimento della domanda anche quando risulti priva di credibilità razionale, perché fondata solo su una probabilità meramente statistica, e non logica³¹, l'ipotesi allegata dal paziente³². Questo sarebbe, invece,

cioè, che, nel caso concreto, il danno sia stato cagionato da una cattiva "protezione" del medico, deve apparire al giudice "più probabile" dell'ipotesi contraria, e cioè dell'ipotesi che la condotta sanitaria non abbia causato l'insorgenza o l'aggravamento della patologia. È questo lo "standard di prova" adottato (a partire da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619) da una giurisprudenza ormai costante. Si tratta di una regola di valutazione della prova che orienta e limita il libero convincimento del giudice e la logica inferenziale espressa dal suo prudente apprezzamento. Il ragionamento probatorio si basa, infatti, su inferenze logiche fondate su massime d'esperienza (generalizzazioni di conoscenze empiriche dell'uomo medio) o scientifiche (di tipo statistico), e la "credibilità razionale" o "probabilità logica" dell'enunciato fattuale allegato dalla parte (e poi affermato dal giudice) dipende dalle prove fornite. Poiché, però, nel processo civile non esiste un criterio legale di valutazione della prova, la giurisprudenza – posto che sarebbe irrazionale preferire l'ipotesi che è meno probabile dell'ipotesi inversa – ha accolto e adottato la regola della prova del "più probabile che no". Sulla base di tale criterio, il nesso di causalità – e più in generale un fatto nel processo civile – può dirsi provato (o l'enunciato fattuale allegato può dirsi vero) quando si raggiunga un livello di "probabilità logica" (e cioè di "credibilità razionale") tale – non esprimibile in una percentuale – per cui l'ipotesi che nel caso concreto la condotta del medico abbia cagionato il danno sia più probabile dell'ipotesi contraria, e cioè dell'ipotesi che la condotta non abbia cagionato il danno.

³¹ La "probabilità logica" è la probabilità che un enunciato fattuale possa dirsi vero o falso sulla base di un ragionamento logico fondato sulle prove: cfr. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, 2526; nonché TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 128, che parla di «grado di conferma logica che un enunciato riceve sulla base delle prove che ad esso si riferiscono».

³² Si pensi all'ipotesi di un bambino cui venga diagnosticata una lesione cerebrale, patologia che può essere genetica, o successiva al parto, ma anche possibile conseguenza di una condotta imperita del medico: il ritardo nel parto può infatti causare sofferenza (in un numero più o meno elevato di casi) e dunque una lesione cerebrale. Questa ipotesi causale, fondata su una probabilità statistica, è però astratta e nulla ci dice sul singolo caso concreto e (peraltro) già accaduto, almeno sinché non trovi conforto sul piano strettamente probatorio e cioè della "probabilità logica". Si pensi, ancora, ad un intervento chirurgico al polso in ragione di una frattura di radio cui, secondo le prospettazioni del paziente, sarebbe seguita una

l'esito inevitabile di un giudizio in cui, non essendosi raggiunta la prova dell'assenza di una relazione causale, l'azione venga accolta sulla base della mera allegazione dell'inadempimento eziologicamente "qualificato" (ad es. dalla percentuale di rischio di una complicanza iatrogena associata ad un intervento imperito) e dunque di un dato astratto e meramente statistico, non confortato da (altri) elementi di prova³³.

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

³³ Ovviamente, questo discorso vale ancor di più se la probabilità statistica su cui si assesta l'inadempimento "qualificato" è molto bassa. Se, infatti, l'allegazione del paziente introduce un'ipotesi fattuale costruita su una frequenza rara (percentuale di casi in cui al verificarsi di quel tipo di patologia, si presenta anche quel tipo di violazione di una linea guida o di una pratica clinico-assistenziale), a conforto della stessa non vi sarebbe neppure il dato statistico. E, tuttavia, la critica che qui si muove vale anche se la percentuale di probabilità richiesta, perché possa considerarsi eziologicamente rilevante l'inadempimento, sia piuttosto alta (è questa la condizione opportunamente posta da PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 443). Come afferma CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 359, infatti, la scienza non riesce a fornire spiegazioni «riguardo al quesito eziologico posto dall'evento, potendo soltanto fornire statistiche relative alla ricorrenza degli eventi in presenza di uno o più fattori rilevanti nel caso concreto». E dunque, come chiarisce TARUFFO, *op. cit.*, 118, «una frequenza statistica, anche se relativamente elevata, non fornisce mai la prova che un singolo evento si è davvero verificato». Alla base dell'opinione che si critica v'è d'altronde l'idea che «la responsabilità si insedia anche in quegli spazi governati dall'incertezza» e che i fattori estranei sono «margini di alea posti ragionevolmente a carico del debitore» (PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, cit., 900 e 905).

Vi è, infine, una terza ragione che rende preferibile la soluzione adottata in giurisprudenza e correlata alla forma giuridica dell'obbligo di protezione³⁴ attribuita nell'ultimo ventennio alla vicenda del medico dipendente. Le regole processuali di imputazione della responsabilità per violazione di un obbligo di protezione sono, infatti, diverse da quelle della responsabilità contrattuale da inadempimento dell'obbligazione di prestazione. E ciò perché le conseguenze dannose correlate alla violazione di un obbligo di protezione, pongono un problema diverso da quello relativo al mancato soddisfacimento del diritto di credito. Ancorché attratto nell'orbita contrattuale, allora, il problema cui l'ordinamento è chiamato a dare una risposta permane "aquiliano": non si tratta, cioè, di rimediare al mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore, ma di eliminare le conseguenze negative correlate alla lesione di un interesse³⁵. Se gli obblighi di protezione, ivi inclusi, per quanto qui interessa, quelli c.d. "in purezza", sono la veste dogmatica dell'innesto di una vicenda aquiliana in un contesto relazionale, ciò che è lesione di un interesse (es. insorgenza della patologia) – e non mera inattuazione del diritto alla "buona cura" – permane tale, e richiede una risposta rimediale che non può che avere le cadenze di un risarcimento di tipo "aquiliano", e cioè puramente compensativo. E ciò incide, come si diceva, sulle regole di distribuzione dei temi di prova, che qui non ammettono *scorciatoie e semplificazioni* come accade per l'inadempimento dell'obbligazione di prestazione: spetterà, allora, al creditore provare, per un verso, la violazione dell'obbligo di protezione, in quanto fatto costitutivo del diritto al risarcimento³⁶, per altro verso, il nesso di causalità che lega tale violazione alla conseguenza dannosa.

³⁴ Si tratta di un obbligo di protezione non collegato ad una prestazione contrattuale, e per questo etichettato come obbligo di protezione "in purezza" o "obbligazione senza prestazione".

³⁵ Lucidissime le considerazioni svolte da NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, p. 121: «il risarcimento del danno da violazione di un obbligo di protezione non può essere la stessa cosa del risarcimento del danno quale succedaneo dell'inadempimento, essendo il primo una misura di compensazione di una perdita patrimoniale (o esistenziale) e il secondo una modalità alternativa di attuazione del diritto».

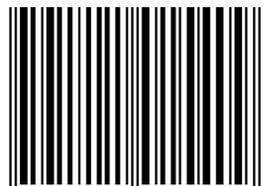
³⁶ Così, anche NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Dir. Ann.* VIII, Milano, 2015, p. 663.

Far gravare il costo di una conseguenza dannosa sul debitore di un obbligo di protezione, in assenza della prova di una concreta relazione causale – come se si trattasse di attuare un diritto e non di compensare una perdita – non sarebbe meno sbagliato di considerare il paziente alla stregua di un “mero passante”³⁷. In tal modo, rimane preservata anche l’unitarietà della disciplina dell’obbligazione, in ogni caso rimessa al dispositivo normativo racchiuso nell’art. 1218 c.c., la cui fisionomia, tuttavia, risulta ora calibrata (anche) sul risarcimento per violazione di un obbligo di protezione³⁸.

³⁷ La torsione delle regole processuali non riguarda allora le obbligazioni di “fare professionale”, come afferma la giurisprudenza: semmai, occorre distinguere tra vicende obbligatorie (e tipi di danno) che pongono un problema correlato al momento attributivo dell’utilità o satisfattivo del credito (es. soddisfacimento dell’interesse alla buona cura) e vicende obbligatorie (e tipi di danno) che, al contrario, esigono una soluzione in merito alla conservazione di un’utilità già attribuita, e dunque alla compensazione di un danno (es. lesione dell’interesse alla conservazione del proprio stato di salute).

³⁸ Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 120, che propone «una rilettura dell’art. 1218 c.c. che tenga conto della necessità di fare spazio agli obblighi di protezione “in purezza”».

ISBN 979-12-210-1540-9



9 791221 015409