

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile

Tomo II

a cura di Marcello Maggiolo e Giovanni Maria Uda

G. Hamza, G. Amadio, T. Bortolu, M. Ceolin,
C. Colombo, G. De Donno, I. Fagnoli, M. A. Foddai,
R. Motroni, L. Nonne, M. T. Nurra, R. Ortu,
E. Pinna, G. W. Romagno, F. A. Schurr,
A. Serra, F. Toriello, G. M. Uda, P. Ziliotto,
L. Botta, A. Cinque, S. Lo Iacono,
F. Maschio, C. Milli.

XXV

2020-2

Luglio - Dicembre

INSCHIBBOLETH

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Carlo ATTANASIO; Roberta BENDINELLI; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Maria Teresa NURRA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-288-7

© 2021, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2020, luglio-dicembre, arretrato, pubblicato online il 22 settembre 2021.

INDICE

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile
Tomo II

Editoriale

- GÁBOR HAMZA, *Andrés Bello, the Humanist Thinker and Codifier of the Private Law (Civil Law and Commercial Law) in Chile* p. I
- GIUSEPPE AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria* p. 11
- MATTEO CEOLIN, *Il sistema di riconoscimento degli Enti dal Codice Civile al Codice del Terzo Settore* p. 39
- CLAUDIO COLOMBO, *Mutuo o pactum de non petendo ad tempus? Oscillazioni della Suprema Corte sulla natura giuridica delle operazioni di ripianamento di pregresse esposizioni debitorie mediante la concessione di nuovo credito* p. 57
- IOLE FARGNOLI, *Precedenti antichi di giustizia sportiva?* p. 73
- MARIA ANTONIETTA FODDAI, *Processo, mediazione e modelli di giustizia* p. 91
- RAIMONDO MOTRONI, *Anatocismo ed indeterminatezza dell'oggetto contrattuale nei mutui a rata costante* p. 115
- LUIGI NONNE, *La prova del nesso causale nella responsabilità per inadempimento: prospettive dottrinali e soluzioni giurisprudenziali a confronto* p. 141
- MARIA TERESA NURRA, *Profili attuali in materia di risarcimento in forma specifica e diritti inviolabili* p. 179
- ROSANNA ORTU, *La vendita del servus in qualità di 'accessorio' di una res: la rubrica 'si alii rei homo accedat' dell'editto degli edili curuli* p. 209
- EDOARDO PINNA, *Verso la privatizzazione del diritto di famiglia: il collegamento negoziale tra un patto parasociale ed un accordo della crisi coniugale* p. 245

GIUSEPPE WERTHER ROMAGNO, <i>Allineamento dei confini demaniali marittimi con la proprietà privata. Contributo alla definizione del rapporto fra l'art. 32 cod. nav. e l'art. 950 cod. civ.</i>	p. 265
FRANCESCO A. SCHURR, <i>Il contratto "senza parole". Alcune riflessioni sull'autonomia privata nel contesto dei contratti intelligenti</i>	p. 277
ANTONIO SERRA, <i>Tutela del credito e garanzie personali. A proposito di un risalente saggio sulla lettre de patronage</i>	p. 295
FABIO TORIELLO, <i>Sul cd. "contratto di spedizione trasporto". Considerazioni su una fattispecie dimenticata</i>	p. 307
GIOVANNI MARIA UDA, <i>Il modus contrattuale</i>	p. 329
PAOLA ZILLOTTO, <i>Il processo del governatore della Sardegna M. Emilio Scauro e le elezioni consolari del 54 a.C.</i>	p. 353
TANIA BORTOLU, <i>Prenuptial agreements e cohabitation contracts nel prisma della comparazione</i>	p. 381
GIANLUCA DE DONNO, <i>Operazioni di finanziamento complesse, meritevolezza degli interessi e gestione delle sopravvenienze</i>	p. 409

Saggi

LORENZO BOTTA, <i>La responsabilità medica. Un'analisi comparata</i>	p. 447
ALBA CINQUE, <i>Covid-19 e contratti di locazione commerciale</i>	p. 485
SABRINA LO IACONO, <i>Si filia emancipata diverterat. Il divorzio della figlia in frode al padre</i>	p. 505
FRANCESCA MASCHIO, <i>Autodeterminazione informativa, disposizioni anticipate di trattamento, cittadinanza digitale: evoluzione o frammentazione del quadro giuridico?</i> Spatium cogitandi	p. 529

Giurisprudenza

Nota a sentenza

CLAUDIA MILLI, <i>La natura privilegiata del credito di Sace: spunti di riflessione</i> (Cass., sezione VI Civile, ord. n. 27159/2020)	p. 555
--	--------

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile

Tomo II

La prova del nesso causale nella responsabilità per inadempimento: prospettive dottrinali e soluzioni giurisprudenziali a confronto*

Luigi Nonne

Sommario: 1. Inquadramento del tema. – 2. L'accertamento del nesso di causalità nella prospettiva del giudizio relazionale: prova degli antecedenti e dei conseguenti come connessione logica tra fatti. – 3. La “prova” della causalità materiale: leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto civile (con talune contaminazioni penalistiche). – 4. Il giudizio nomologico-deduttivo e i suoi limiti nella responsabilità per inadempimento dell'obbligazione. – 5. La responsabilità del medico (e dell'avvocato) come paradigma di valutazione del nesso eziologico nelle obbligazioni di *facere* (professionale) secondo la giurisprudenza di legittimità. – 6. Il nesso causale nell'inadempimento delle obbligazioni di dare e *non facere*. – 7. Osservazioni conclusive: pragmatismo giudiziale nell'accertamento causale e demitizzazione sistematica dei relativi profili probatori.

1. *Inquadramento del tema*

L'analisi del problema inerente alla prova del nesso di causalità deve muovere anzitutto dall'identificazione degli elementi in cui si articola il relativo giudizio¹: difatti, solo una volta chiarito il concetto di fattore causale possono conseguentemente determinarsi le direttive e i principi che consentono all'interprete, e segnatamente al giudice, di operare le relative valutazioni².

* Dove sono toccati argomenti di grande frequentazione dottrinale ma collaterali nell'economia del presente scritto, i rinvii alle fonti letterarie, pur ritenuti necessari, sono esemplificativi.

Questo scritto è destinato al Liber amicorum *per Mario Segni. I rapporti privati nella società civile*.

¹ Cfr. M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 101-130, spec. pp. 101-103. Si v. anche G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 1341-1368, spec. pp. 1343-1344.

² Secondo V. ZENO-ZENCOVICH, *Nesso causale (una prospettiva gius-realista)*, in <http://www.dirittoestoria.it/7/D-6-Innovazione/Zeno-Zencovich-Nesso%20causale.htm>, con riferimento al rapporto tra nesso causale e ruolo del giudice, «L'argomento del nesso causale è, all'apparenza, neutrale giacché esso può essere utilizzato sia per mantenere il sistema saldamente arroccato sui consolidati principi di responsabilità (ed è questa, tipicamente, l'esperienza

Per quanto concerne poi il contenuto dell'accertamento causale, le norme ad esso preposte rinviano sostanzialmente ai saperi extragiuridici che si occupano dei fenomeni naturali³; in effetti, la causalità, intesa in senso proprio, attiene ai nessi tra questi fenomeni, i quali non possono essere plasmati dalle regole giuridiche ma, una volta ritenuti sussistenti secondo la scienza che li contempla, sono selezionati da tali regole per determinarne la rilevanza disciplinare⁴. Ipotizzare, invece, una nozione esclusivamente normativa della causalità non corrisponde alla struttura dei precetti che la contemplano e contravviene alla logica accolta dal legislatore nel disegnare le relative previsioni, come può ampiamente argomentarsi affrontando la tratizia distinzione tra causalità c.d. materiale e causalità c.d. giuridica⁵.

In questa sede si accoglie l'idea che un'efficace rappresentazione dei criteri posti alla base del giudizio causalistico, per il tramite della consulenza tecnica d'ufficio, può essere fornita dall'esame della giurisprudenza di merito⁶. Tuttavia, gli elementi caratterizzanti della responsabilità contrattuale, su cui si concentrano le notazioni che seguono, fanno sì che la prova del nesso eziologico costituisca, in tale ambito, una variabile strettamente connessa all'impostazione che si accoglie riguardo al riparto dei relativi oneri *ex art.* 2697 c.c.⁷,

inglese), sia per aprire la strada verso nuove forme di responsabilità e di danno (è il caso della perdita di *chances*, della *market-share-liability*, della prova statistica, utilizzate dal giudice americano)».

³ Si v. F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 709-738, alla p. 710, ove la ragione di tale rinvio è rinvenuta nel fatto che «il diritto non ha sviluppato un'autonoma spiegazione dei rapporti di derivazione tra eventi e, dunque, diviene necessario interpellare quei saperi diversi che hanno invece elaborato regole di causalità».

⁴ Lo chiarisce puntualmente F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, pp. 399-488, spec. pp.399-402 e letteratura ivi citata.

⁵ Quest'ultima da intendersi in senso stretto, poiché la causalità giuridica in senso ampio, com'è noto, non è altro che la veste giuridica attribuita da una norma al nesso causale, secondo quanto chiarisce M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 110.

Sulla nozione di «causalità materiale» o «causalità di fatto» si v. F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., p. 407, il quale rileva che essa costituisce una «formula decettiva perché suggerisce, in maniera contraria al vero, che si sia in presenza di una nozione pregiudiziale, mentre si è al cospetto di un concetto normativo con aperture extrasistemiche che scaturisce dalla riformulazione giuridica di saperi che appartengono a sistemi normativi diversi dal diritto».

⁶ L'analisi, peraltro, si gioverebbe anche di una più compiuta disamina della giurisprudenza arbitrale e del ricorso nella medesima alla consulenza tecnica, anche per le specificità dei contenuti sui quali va ad incidere l'accertamento del nesso causale nelle materie devolute agli arbitri. Sul punto, per una assai efficace sintesi (specie con riferimento alle problematiche poste dal controllo del risultato a cui perviene il consulente tecnico), cfr. S. PATTI, *Imputabilità dell'inadempimento e nesso causale. Qualificazioni giuridiche del fatto e accertamento tecnico*, in S. AZZALI – G. ROJAS ELGUETA – A. ZOPPINI, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale. Il danno da inadempimento contrattuale*, Milano, 2016, pp. 45-51, spec. pp. 47-50.

⁷ Peraltro, considerazioni vivacemente critiche sulla perdurante necessità dell'onere probatorio sono state recentemente formulate da J. NIEVA-FENOLL, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1195-1216, spec. pp. 1209-1212, ove si contesta, per vero con argomentazioni non particolarmente stringenti,

con particolare riferimento alle caratteristiche delle obbligazioni che vengono concretamente in rilievo.

2. L'accertamento del nesso di causalità nella prospettiva del giudizio relazionale: prova degli antecedenti e dei conseguenti come connessione logica tra fatti

Com'è stato efficacemente notato, la prova del nesso causale, lungi dal concernere in via esclusiva un rapporto tra eventi, in realtà si articola in un triplice accertamento, avente ad oggetto il fatto che si assume come causa (antecedente), l'accadimento considerato come effetto (conseguente) e, per l'appunto, il legame tra i medesimi (nesso causale)⁸. Tuttavia, solo gli eventi indicati come causa ed effetto possono essere concretamente accertati, mentre il relativo rapporto non può essere provato in modo diretto ma viene ricostruito in virtù di inferenze logiche⁹, le quali consistono nell'applicazione al caso di specie di una "legge di copertura" di carattere scientifico.

Merita riportare, a tal proposito, quanto da ultimo argomentato in giurisprudenza; in particolare, secondo Cass. civ., Sez. III, 20 febbraio 2018, n. 4024: «Non v'è dubbio che quel che comunemente è chiamato "nesso di causa" non sia un fatto materiale, ma un giudizio. La causalità in quanto tale è una relazione stabilita dall'uomo a posteriori tra due fatti, e non una categoria a priori, oggettivamente accertabile. Ne consegue che l'espressione "prova del nesso causale", largamente diffusa nel lessico giudiziario e forense, costituisce in realtà una metonimia: il nesso di causa in quanto tale non è provabile, perché costituisce l'oggetto d'un ragionamento deduttivo, non un fatto materiale. D'una motivazione che accertasse o negasse il nesso di causa potrebbe discutersi se sia logica, non se sia provata (così già Sez. III, sent. n. 178 del 24 gennaio

la coerenza logica della pretesa, rivolta a chi vuole fare valere in giudizio un proprio diritto, di dimostrare i fatti che ne stanno a fondamento.

⁸ Ovviamente, possono manifestarsi interazioni fattuali e soggettive assai più complesse di quella in base alla quale X ha cagionato Y, con ciò che ne consegue in termini di struttura e di funzioni dell'indagine causale; sotto questo profilo si v. R. PUCELLA, *Il perimetro dell'accertamento causale tra colpa, concausa e danno risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 1112-1119; ID., *Il concorso di cause umane e cause naturali: responsabilità di risarcimento tra concause di "lesione" e concause di "menomazione"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 292-295 (commento a Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019 n. 28986, *ivi*, pp. 295-304).

Sul problema delle concause nella prospettiva probatoria cfr. G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1350, che definisce le concause come i fattori da soli sufficienti a cagionare il danno le quali, se imprevedibili e fuori dal controllo del debitore, non possono costituire fonte di responsabilità (come, ad esempio, l'insorgenza di una malattia rara, di cui non è dato conoscere la terapia o che si presenta per la prima volta, nei confronti della quale il progresso scientifico non è ancora in grado di fornire dati significativi di cura).

Peraltro, non tutte le interazioni possono riguardarsi come concause: cfr. sul punto P. LI-BECCIO, *Sulla rilevanza della concausa naturale nella responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, pp. 656-680, spec. pp. 658-661.

⁹ Così M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 113-114.

1972; più di recente, nello stesso senso si veda Sez. III, sent. n. 21255 del 17 settembre 2013). Quando dunque si discorre di “prova del nesso di causa” si usa una espressione ellittica per designare la prova dei fatti materiali, sui quali fondare il ragionamento (non rileva qui se logico-deduttivo, analitico-induttivo, inferenziale, probabilistico) ricostruttivo del nesso o della sua inesistenza. Ma i fatti materiali sui quali si fonda il sillogismo sull’esistenza o l’inesistenza del nesso di causa possono essere oggetto di qualsiasi mezzo di prova, non ponendo la legge alcuna limitazione al riguardo: e dunque potranno provarsi con documenti, testimoni, giuramento, confessione e presunzioni semplici».

Ciò posto, il rapporto tra causa ed effetto risulta dedotto secondo un procedimento bifasico: oltre alla c.d. causalità generale, per cui la causa e l’effetto rientrano nelle classi di eventi che, in base ad una prospettiva epidemiologica, si ipotizzano collegati da un nesso di derivazione, bisogna altresì procedere ad un giudizio di c.d. causalità individuale, per verificare se il concreto fatto che si assume astrattamente produttivo di conseguenze sia effettivamente riconosciuto come antecedente causale del secondo accadimento nel caso sottoposto all’esame del giudicante.

In particolare, nel giudizio di responsabilità contrattuale¹⁰, il nesso di causalità dovrebbe concernere, secondo alcuni, il rapporto tra la condotta debitoria e la lesione dannosa, mentre, in virtù di una concezione rigorosamente attestata sul dato normativo, l’unico nesso eziologico da dimostrare sarebbe quello con cui il debitore individua la causa a lui non imputabile la quale ha reso impossibile la prestazione dovuta¹¹. L’argomentazione inferenziale che guida il giudizio causalistico, allora, esige, secondo la bipartizione tra causalità generale e causalità individuale, che sia previamente individuata una connessione astratta tra classi di eventi, all’interno delle quali ciò che si assume come causa e quanto si suppone ne costituisca l’effetto possano farsi rientrare secondo evidenze di carattere scientifico.

3. La “prova” della causalità materiale: leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto civile (con talune contaminazioni penalistiche)

Anche nel diritto civile, come già riscontrato negli studi penalistici sulla causalità¹², si predica pertanto il ricorso alle leggi scientifiche per potere as-

¹⁰ Sul punto cfr. in termini generali M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 567-616.

¹¹ Si tratterebbe, allora, del fatto, diverso dalla mancata o inesatta prestazione del debitore, che ha impedito al creditore di conseguire il risultato a lui utile in virtù dell’attività solutoria posta in essere dall’obbligato; si v. in questi termini P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1271-1297.

¹² Cfr. per tutti F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*², Milano, 2000, *passim*, ove si rinviene anche il saggio *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, ivi, pp. 329-405; le ricadute civilistiche della prospettiva causale accolta

solvere alla prima fase del giudizio causalistico; la c.d. causalità generale, della quale peraltro si discute l'inquadramento nella prospettiva propriamente eziologica¹³, consiste allora nell'individuazione della legge scientifica la quale, istituendo un collegamento epidemiologico tra classi di eventi, consente di fare astrattamente rientrare l'accadimento-causa e il fatto-effetto all'interno delle suddette classi (e di potere poi procedere al giudizio, effettivamente eziologico, di causalità individuale o specifica).

A questo riguardo, si è precisato che l'approccio scientifico, come può constatarsi osservandone l'esperienza nelle corti, non solo è in grado di fornire spiegazioni esclusivamente parziali, ma non è neanche conclusivo con riferimento al quesito eziologico, poiché esso può apportare soltanto rilevazioni statistiche concernenti i fatti che appartengono alla medesima classe di quello del quale si intende accertare la causa. Sulla base di questa premessa, per cui la causa e il suo concetto sono divenuti "vuoto simulacro di una spiegazione che non c'è", si comprende come, partendo dalle istanze di accertamento causale in base a leggi scientifiche, le quali, se comprovate empiricamente, avrebbero consentito di discorrere in termini tradizionali della causalità secondo la netta alternativa di una presenza o assenza del nesso eziologico, si sia giunti a riguardare la causalità nei termini di un giudizio probabilistico, ove essa non è più strutturata naturalisticamente o in base all'esperienza, ma degrada a mera valutazione assistita dal riferimento statistico¹⁴.

Conseguentemente, il nesso di causalità generale consente di affermare che un tipo di fatto può determinare il verificarsi di un altro tipo di fatto in un determinato ambito (geografico, demografico etc.) quantificando la percentuale di rischio relativo di un evento in connessione con un altro evento, mentre la causalità individuale stabilisce che, in una particolare situazione concreta, uno specifico fatto determinato è stato causato dal verificarsi di un altro fatto, anch'esso specifico e determinato. La causalità generale, pur essendo con-

dallo Stella sono puntualmente descritte in ID., *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1159-1193.

Più recentemente, si v. M. CARRIERO, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1087-1122, in cui viene evidenziato il rischio di confusione tra mere associazioni statistiche e reali spiegazioni causali in virtù della natura osservazionale e non sperimentale degli studi epidemiologici.

¹³ Come chiarisce M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., alle pp. 101-103, la causalità generale è in realtà connessa all'aumento del rischio, ossia ad una situazione nella quale il verificarsi di un evento rende più probabile il verificarsi di un altro evento, il cui rischio viene incrementato all'accadere del primo. Si è di fronte, allora, non ad un problema di causalità ma di probabilità, per cui è sempre necessario determinare, in base alle norme pertinenti, se il legislatore indirizza l'interprete nell'uno o nell'altro senso (ad es., quando si fa riferimento agli artt. 2043 c.c. e 40 c.p., il relativo problema non si pone in termini di aumento del rischio ma nella prospettiva della causalità).

¹⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, pp. 787-830, spec. pp. 812-822, alla p. 814, il quale constata comunque che il ricorso alle leggi di copertura per la spiegazione del nesso causale risulta il metodo più accreditato di accertamento nell'ambito civilistico.

dizione necessaria¹⁵, non è perciò sufficiente ai fini della dimostrazione del nesso causale, dovendosi sempre procedere all'accertamento in concreto del collegamento eziologico tra i due fatti¹⁶.

La struttura delle leggi scientifiche di riferimento non è diversa nel campo civile rispetto al settore penale, per cui la causalità generale mantiene inalterate le proprie caratteristiche in virtù della natura esclusivamente extragiuridica delle valutazioni ad essa sottese¹⁷; all'opposto, il giudizio di causalità individuale, ispirato a obiettivi di politica del diritto dalla ben definita fisionomia normativa, assume autonomi standard di riferimento circa la sussistenza in concreto del nesso eziologico, secondo la regola del "più probabile che non" nell'ambito civilistico e dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" nel diritto penale¹⁸.

Il ricorso anche per il diritto civile ai medesimi criteri di accertamento del rapporto di causalità offerti dal diritto penale¹⁹, segnatamente gli artt. 40 e 41 c.p., mostra, per vero, taluni profili problematici²⁰. Tuttavia, specie con riferi-

¹⁵ Ciò, peraltro, si verifica quando la presunta legge "di copertura" ha carattere di certezza e non di probabilità, per quanto elevata, per cui tutte le volte che si fa riferimento ad una frequenza statistica non adeguata ad essere assunta come regola di copertura bisogna concludere che l'enunciato relativo al nesso di causalità specifico non è stato provato, come chiarisce M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 119.

¹⁶ Per questa distinzione si v. M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 106-108, il quale sottolinea molto efficacemente come la causalità generale non dimostri la causalità specifica.

¹⁷ Alle leggi scientifiche si richiede peraltro sempre la certezza, là dove possibile, versandosi altrimenti nelle valutazioni probabilistiche a seconda del tipo di sapere che viene il rilievo (come segnatamente si verifica nel campo medico). Cfr. sul punto F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., pp. 399-488, spec. pp. 452-470; G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., pp. 1355-1356, la quale fa notare come in medicina quelle che si definiscono leggi scientifiche non hanno la medesima certezza delle c.d. scienze dure, in quanto si basano soprattutto sull'epidemiologia e non sulla clinica, che studia l'individuo nella sua singolarità (si v. nota 69).

Una diversa ricostruzione si rinviene in G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, pp. 409-421.

¹⁸ La responsabilità medica, la quale costituisce, come si vedrà, un punto di osservazione privilegiato con riferimento al nesso causale, mostra le peculiarità e le contaminazioni che ineriscono ai due rami dell'ordinamento sopracitati; cfr. sul punto da ultimo l'approfondito contributo di C. MASIERI, *Accertamento del nesso di causalità nella responsabilità sanitaria: paradigma penale e civile a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016 pp. 1439-1462, spec. pp. 1458-1462.

¹⁹ Si v., per una sintesi, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*², Milano, 2019, pp. 490-493.

²⁰ Rinvio sul punto a R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, alle pp. 151-163, il quale, stante la diversità della funzione penale e della funzione civile, esclude, con particolare riguardo ai due commi dell'art. 41 c.p., che essi dispieghino un'influenza vincolante nel distinto contesto civilistico del risarcimento del danno (p. 163). In questa prospettiva si colloca anche G. E. NAPOLI, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012, pp. 26-33, che osserva come nel diritto civile non solo lo schema delineato dagli artt. 40 e 41 sia stato del tutto superato nella ricerca del collegamento tra condotta e danno per l'imputazione della responsabilità, ma, con particolare riguardo al secondo comma dell'art. 41 c.p., si è riconosciuta una connessione eziologica anche in presenza di cause sopravvenute di per sé sufficienti a determinare l'evento, in palese contraddizione con tale regola.

mento all'intreccio tra profili commissivi e omissivi della condotta, l'elaborazione svolta in sede penale può essere di sicuro ausilio nella soluzione di problemi attinenti alla esatta esecuzione della prestazione dovuta e, al contempo, per l'individuazione della causa non imputabile al debitore che tale esatta esecuzione abbia reso impossibile. L'omissione, in questa prospettiva, per dirsi produttiva del danno deve esservi connessa in base ad un giudizio eziologico da effettuare secondo un decorso causale ipotetico (c.d. contro-fattuale), atteso che quello reale è in effetti impossibile²¹; pertanto, è necessario che l'attività richiesta, se svolta, avrebbe escluso o limitato le conseguenze dannose dell'evento, mentre il rapporto di causalità non sussiste quando tali conseguenze si sarebbero comunque determinate, anche in presenza di una condotta esattamente eseguita²².

Le premesse finora svolte consentono di illustrare con maggiore consapevolezza il criterio del "più probabile che non", visto come un'articolazione della c.d. *probabilità logica*; in relazione ad essa, stante la differenza con la probabilità *quantitativa*, il "più probabile che non", attenendo alla prima, si connette al criterio della prevalenza relativa. Infatti, mentre la probabilità quantitativa non concerne profili eziologici poiché si riferisce a fenomeni di frequenza statistica, la probabilità logica o baconiana è basata sul grado di conferma, inteso come peso evidenziale, che un'ipotesi relativa ad un fatto riceve in base alle inferenze tratte dagli elementi di prova disponibili²³.

Cfr., inoltre, F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, alle pp. 32-39, per una rilettura delle varie teorie, anche nel contesto filosofico di derivazione, in merito al rapporto causale accolte dalla dottrina penalistica e assorbite nel diritto civile. Ciò, comunque, non può considerarsi un argomento dirimente rispetto alla prospettiva unitaria delle regole di causalità generale; queste, inoltre, non esplicano un ruolo significativo nella responsabilità del debitore (ma, al massimo, possono venire in considerazione come fase preliminare della prova liberatoria richiesta a quest'ultimo dall'art. 1218 c.c.).

²¹ Sull'efficacia causale del comportamento omissivo si vedano le sempre attuali riflessioni di F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., spec. pp. 66-78, il quale afferma recisamente che all'omissione, indipendentemente dall'esistenza di una norma che imponga il comportamento di una determinata azione, deve essere riconosciuto valore causale rispetto alle modificazioni della realtà naturale il cui verificarsi non sia stato impedito. Peraltro, l'obbligo di risarcire il pregiudizio cagionato dall'assenza di una condotta sorgerà solo là dove il soggetto, non compiendo una determinata attività, abbia violato uno specifico obbligo di agire impostogli da una regola giuridica.

²² Cfr. G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., pp. 1359-1362, la quale, con precipuo riferimento alla omissione nella responsabilità medica, osserva come la verifica del nesso eziologico si svolga su un piano accertativo, individuando il comportamento alternativo lecito che, in base alla scienza ed esperienza del momento, può dirsi impeditivo o contenitivo del rischio; inoltre, una simile verifica deve condursi tenendo conto dell'evitabilità in concreto, la quale è da escludere là dove sussistano malattie congenite o altre patologie della salute tali da rendere il comportamento alternativo inutile, controproducente o impossibile (v. spec. p. 1361).

²³ Così M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 128-129. Sul rapporto tra causalità e probabilità si v. anche R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 58-65 (commento a Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, ivi, pp. 43-51, a Trib. Venezia, sez. III, 25 luglio 2017, ivi, pp. 51-56 e a Trib. Monza, sez. dist. di Desio, 6 settembre 2007, ivi, pp. 57-58).

Descrivendone nel dettaglio la sostanza, la regola del “più probabile che non” presuppone che un enunciato possa essere vero o falso ed impone che tra le due ipotesi il giudice scelga quella che, in base alle prove disponibili, riceve un grado di conferma logica più elevato.

Allora, l'ipotesi positiva prevarrà là dove vi siano una o più prove dirette, autentiche e credibili, che la confermano, oppure quando sussistano prove indirette dalle quali si possano validamente derivare inferenze convergenti che la sostengano; per contro, si concluderà per la prevalenza dell'opzione negativa quando le prove a favore dell'altra consistano in indizi incerti, presunzioni deboli o non concordanti, ovvero esse siano divergenti o contraddittorie (o qualora vi fossero maggiori elementi di prova a conferma dell'enunciato che nega l'esistenza del fatto). Per quanto attiene invece alla prevalenza relativa, essa si riferisce all'ipotesi in cui, rispetto al medesimo fatto, vi siano più enunciati che lo rappresentano in modo diverso, ciascuno dei quali abbia ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite in giudizio; ne consegue che tra essi prevarrà quello in ordine al quale sussista il grado relativamente maggiore di conferma secondo le prove disponibili²⁴.

In merito al rapporto causale, la dottrina ha precisato che il parametro della probabilità logica prevalente vi si applica con precipuo riferimento all'enunciazione della regola di copertura che consente di accertare il nesso eziologico individuale; ne consegue che la relativa prova fallisce quando non si riscontra un grado di conferma prevalente rispetto alla legge scientifica invocata per la dimostrazione inferenziale della causalità specifica²⁵.

4. *Il giudizio nomologico-deduttivo e i suoi limiti nella responsabilità per inadempiamento dell'obbligazione*

Le leggi scientifiche da cui inferire la sussistenza del nesso eziologico in termini astratti sono alla base del giudizio c.d. nomologico-deduttivo, il quale, fondandosi su una legge “di copertura” avente carattere generale, è in grado di spiegare l'accadimento concreto che in essa è ricompreso; conseguentemente, «se in tutti i casi accade che X causa Y, allora anche nel caso particolare x ha causato y»²⁶.

Ora, proprio la natura peculiare del *thema probandum* fa sì che il giudice faccia ricorso alle prove scientifiche per individuare le leggi causali su cui si fonda l'accertamento in concreto del relativo nesso²⁷.

²⁴ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 129-130.

²⁵ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 130.

²⁶ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 114.

²⁷ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 115, afferma difatti che la prova del nesso causale costituisce uno specifico aspetto del più ampio problema inerente all'uso probatorio delle conoscenze scientifiche nel processo.

Con riferimento, invece, al ruolo svolto a tale scopo dalle c.d. massime di esperienza, il relativo ricorso deve essere improntato a una significativa prudenza, attesa la natura non scientifica di questo parametro. Se ne ricava che: *i*) se una massima di esperienza è contraddetta da una legge scientifica, si dovrà applicare la seconda; *ii*) là dove due massime di esperienza si contraddicano, si dovrà vagliare la prevalente attendibilità dell'una sull'altra e, quando non sia possibile ottenere tale risultato, dovrà escludersene il ricorso e ritenere non provato il fatto che su di esse si fonda; *iii*) la verifica del fondamento conoscitivo della massima di esperienza deve essere condotta in modo tale da giungere, se possibile, ad ancorarne i contenuti ad una base generalmente condivisa; *iv*) non può essere considerata come generale una massima che esprime soltanto la possibilità o l'eventualità infrequente che un certo evento si verifichi; *v*) è necessario distinguere tra l'enunciazione di generalizzazioni fattuali e l'espressione di valutazioni etiche, estetiche o culturali che, pur formando parte integrante (e rilevante) del senso comune e della cultura media, non si prestano a fornire criteri di inferenza finalizzati alla conoscenza probatoria dei fatti²⁸.

Tale giudizio, nel settore della responsabilità contrattuale, assume un rilievo che, in base a quanto previsto dall'art. 1218 c.c., dovrebbe essere limitato alla sola prova liberatoria la quale consente di escludere la responsabilità del debitore se la relativa prestazione è divenuta impossibile; allora, là dove la relativa causa non gli fosse imputabile, ciò estinguerebbe l'obbligazione ai sensi dell'art. 1256 c.c. (difatti, e pare superfluo ribadirlo, qualora la suddetta impossibilità derivi da causa imputabile al debitore si trascorre nel campo dell'inadempimento e dei relativi obblighi risarcitori).

In particolare, si è precisato a tal proposito che, proprio con riguardo all'inadempimento di obbligazioni, l'indagine sul rapporto di causalità risulta particolarmente significativa nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione in cui l'evento impeditivo per il debitore consista in una modificazione del mondo esterno²⁹.

Tuttavia, come traspare dall'esame delle sentenze di merito e come la stessa Suprema Corte ha evidenziato³⁰, se si accoglie la distinzione tra obbligazioni di dare, fare e non fare da un lato e di diligenza professionale dall'altro, poiché per queste ultime si richiede che il creditore provi la sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta del debitore che si assume inadempiente e le conseguenze dannose di cui si pretende il risarcimento³¹, ecco allora che il nesso

²⁸ In questi termini M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 123-124.

²⁹ Così F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., pp. 23-24.

³⁰ Si è distinta in quest'ottica la giurisprudenza della III sezione della Cassazione, sulla quale vedi infra il par. 3.2-.

³¹ Su tale specifico punto dell'onere probatorio, secondo un'interessante prospettiva l'onere del creditore di provare il nesso di causalità si giustifica anche in base all'analisi economica in quanto, di regola, rispetto al debitore il creditore ha un minor costo di accesso alla prova [v. la

eziologico, il quale nella responsabilità contrattuale è generalmente irrilevante affinché sorgano gli obblighi risarcitori, nelle suddette obbligazioni di diligenza professionale viene (discutibilmente) fatto rientrare tra gli elementi costitutivi della responsabilità debitoria; ne consegue, pertanto, che anche in questa sede può manifestarsi l'esigenza di ricorrere al giudizio nomologico-deduttivo, il quale nella fase del merito è sostanzialmente demandato, così come l'accertamento della causalità in concreto, all'indagine peritale.

Ora, seppure è vero che la legge di copertura deve essere non solo affermata ma provata³² e se, al contempo, l'inadempimento³³ assume un'intrinseca connotazione causale tale da esonerare il creditore dalla prova del nesso eziologico che lega la mancata o inesatta esecuzione della prestazione al pregiudizio subito, deve verificarsi se il contrasto tra questi due enunciati possa comporsi operativamente mediante l'allegazione, da parte del creditore, di un inadempimento qualificato, la quale è richiesta in determinati settori della responsabilità contrattuale al cui interno la giurisprudenza inserisce la categoria delle obbligazioni di diligenza professionale.

In effetti, tra l'allegazione di un inadempimento qualificato (ossia di un inadempimento astrattamente idoneo alla produzione del danno in virtù di una sua ontologica attitudine causale comprovata da specifiche leggi scientifiche pertinenti al caso concreto) e la dimostrazione di queste ultime non pare sussistano sostanziali differenze. Infatti, se una legge "di copertura" può dirsi esistente solo in relazione agli studi che ne hanno accertato le caratteristiche di scientificità, a questi stessi studi si farà comunque ricorso per assolvere all'onere di allegare un inadempimento qualificato³⁴, per cui l'attività che si

nota formula di B.L. HAY & K.E. SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, 26 *J. Legal Stud.* 413 (1997), p. 428 – i quali inseriscono la regola che accolla al debitore l'onere di provare il pagamento tra le eccezioni alla norma generale in tema di prova, ed in particolare tra le *affirmative defences* – oltre alle considerazioni di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pp. 707-731, spec. p. 716].

³² Lo precisa M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., alla p. 114, testo e nota 42, ove si afferma comunque che in taluni casi la legge di copertura, per la sua notorietà e diffusione, non esige di essere dimostrata in quanto convalidata dalla pubblica opinione senza alcun dubbio o incertezza.

³³ In realtà l'inadempimento, essendo non un fatto ma la qualificazione di un fatto (segnatamente, di un *risultato* non conseguito e di un'aspettativa frustrata), non potrebbe assurgere in quanto tale a causa efficiente di un qualsivoglia evento, il quale, per contro, andrebbe ricondotto alla condotta del debitore in sé e per sé considerata. Cfr. sul punto recentemente C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, pp. 847-900, alle pp. 886, 899-900, nota 137. Per N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 327-334, alla p. 330, l'inadempimento non potrebbe essere eziologicamente connesso alla condotta del debitore in quanto esso consiste proprio nella qualificazione giuridica di quella condotta.

³⁴ Si v. Trib. Frosinone, 16 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, pp. 89-94, con nota di N. MUCCIOLI, *La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale*, ivi, pp. 94-101, ove si specifica quali siano i requisiti

pretende in merito dal creditore, indipendentemente dallo scopo istruttorio o di mera allegazione al quale essa è finalizzata, corrisponderà in pieno a tale onere.

Volendo fornire una sintesi in merito alla dimensione processuale dell'accertamento, si è giustamente precisato che il giudice accoglie la legge scientifica individuata dal consulente tecnico d'ufficio in base all'allegazione della parte che intende avvalersene, poiché egli non può verificarne l'attendibilità in quanto si limita a fruirne e non a determinarne i contenuti. Una volta esaurita questa fase preliminare (causalità generale), si deve giungere all'accertamento in concreto del nesso eziologico (causalità individuale) in base a prove tali da dimostrare che la legge di copertura prescelta si applichi nel caso specifico. Proprio in questa dinamica emergono le differenze c.d. percentuali tra le due articolazioni del giudizio causale, in quanto, mentre la legge scientifica di riferimento deve presentare profili di attendibilità pari o prossimi al 100%, la relativa applicazione al caso concreto si declina, secondo la regola del "più probabile che non", ossia secondo una soglia di prevalenza quantificabile nel "50% più uno", necessaria perché possa dirsi comprovato che x abbia cagionato y in base ad un ragionamento logico supportato dalla prova delle circostanze rilevanti³⁵.

Tuttavia, può darsi anche l'eventualità che non si possa individuare una legge "di copertura" certa, per cui il convenuto dovrebbe in ipotesi essere mandato esente da qualsivoglia responsabilità³⁶; sulla base di quanto già verificatosi in sede penale, anche nell'ambito civile si è fatto ricorso a leggi statistiche, purché nel ragionamento decisorio non sia ipotizzabile alcun decorso causale alternativo. In più semplici parole, la legge di copertura è sostituita da una frequenza statistica che in astratto ammette un decorso causale alternativo, il quale però, in base alle prove raccolte, può essere escluso nel caso specifico; in tal modo, un basso grado di probabilità statistica del nesso in astratto può essere bilanciato da un alto grado di probabilità logica del nesso in concreto.

Le prove, dalle quali si deduce la sussistenza del nesso causale nella responsabilità contrattuale, avranno allora ad oggetto non solo la condotta che si pretende abbia cagionato l'evento o il fattore che abbia reso impossibile la prestazione (a seconda che si ritenga gravato dal relativo onere il creditore attore o il debitore convenuto), oltre alla lesione e ai danni conseguenti (i quali,

dell'allegazione di un inadempimento qualificato, con particolare riferimento alla letteratura scientifica che ne descrive in termini probabilistici l'astratta idoneità alla produzione del danno lamentato (richiedendosi, a dirittura, la descrizione della condotta alternativa lecita non tenuta nel caso concreto la quale, se osservata, avrebbe avuto apprezzabili possibilità, ossia superiori al 50% più 1, di scongiurare l'evento).

³⁵ Così G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1353.

³⁶ Difatti, anche nella responsabilità contrattuale non sarebbe assolto l'onere di allegazione concernente l'inadempimento qualificato là dove mancasse la legge scientifica, intesa come certa, che è idonea ad attribuirgli una siffatta caratteristica.

invero, più che provarsi debbono essere oggetto di selezione e quantificazione nei termini, si ribadisce non eziologici, della c.d. causalità giuridica), ma anche tutte le circostanze che contribuiscono a giustificare l'insorgere della pretesa risarcitoria o dell'esonero da responsabilità, secondo il contenuto dell'art. 1218 c.c.

Poiché gli elementi da delibarsi presuppongono inevitabilmente un apprezzamento nel merito, il ruolo del consulente tecnico d'ufficio appare in questa prospettiva di particolare rilevanza³⁷, in quanto non solo gli si richiede l'individuazione della legge "di copertura", ma anche di verificarne l'applicabilità al caso concreto. Poiché, però, la decisione spetta comunque al giudice, non sarebbe ammissibile che questi deleghi al consulente ogni valutazione in merito, ciò risolvendosi sostanzialmente nell'infrazione del divieto di *non liquet*. Ne consegue che la validazione della legge di copertura sia anzitutto responsabilità del giudice, il quale verifica che quella prescelta dal consulente tecnico goda di credito scientifico e sia pertanto fondata su basi solide e condivise.

Peraltro, l'esclusione di decorsi causali alternativi rispetto a quello ipotizzato dalla legge scientifica o dalla frequenza statistica può costituire sia un fatto impeditivo della responsabilità (il quale, allora, dovrà essere provato dal danneggiante, segnatamente, in questa sede, dal debitore) sia un fatto costitutivo del diritto al risarcimento (rientrando, allora, negli oneri istruttori del danneggiato creditore).

Sulla base di quanto finora argomentato, *i*) se la legge scientifica mostra profili prossimi alla certezza circa il nesso eziologico tra due eventi, l'attore, oltre a darne prova, dovrà dimostrare che ricorrono le circostanze fondanti l'applicazione della suddetta legge nel caso concreto; *ii*) laddove, invece, si invochi una legge scientifica basata su frequenze statistiche e, pertanto, alla certezza si sostituisca la probabilità, oltre ad individuare tale legge, si dovranno determinare non solo le circostanze che la rendono applicabile ma anche quelle volte ad escludere la persuasività di leggi scientifiche alternative³⁸.

³⁷ Ciò si palesa con particolare evidenza nell'ipotesi in cui attore e convenuto alleghino due differenti leggi scientifiche e il consulente opti invece per una spiegazione causale del tutto differente, come rileva G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1355.

³⁸ Così G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1359, la quale prospetta l'esempio di una patologia polmonare causalmente riconducibile in via alternativa alla somministrazione di un farmaco in particolari condizioni del corpo, ovvero al fumo o all'esposizione del danneggiato ad agenti atmosferici di un certo tipo; in tale ipotesi l'attore, oltre a dare prova della legge scientifica che ricollega la patologia polmonare alla somministrazione del farmaco, e al fatto che tale somministrazione sia effettivamente avvenuta nel caso concreto, dovrà dimostrare – anche per presunzioni – sia di non avere mai fumato sia di non essersi mai esposto ai particolari agenti atmosferici indicati come possibili eziologie della malattia.

5. La responsabilità del medico (e dell'avvocato) come paradigma di valutazione del nesso eziologico nelle obbligazioni di facere (professionale) secondo la giurisprudenza di legittimità

Secondo una consolidata lettura dell'art. 1218 c.c., fatta propria dalla dottrina e dalla più avveduta giurisprudenza, poiché il rapporto obbligatorio consiste in una relazione tra debitore e creditore strumentale alla soddisfazione dell'interesse di quest'ultimo tramite la prestazione cui è tenuto il primo, tale rapporto presiede senz'altro alle esigenze di imputazione dell'evento dannoso derivante dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione³⁹.

Il risarcimento del danno, dovuto in séguito all'insoddisfazione dell'interesse creditorio considerata sotto il profilo oggettivo (e, quindi, come mancata produzione del risultato atteso dal creditore in virtù della condotta dell'obbligato, a prescindere dalla colpa di quest'ultimo⁴⁰), grava pertanto sul debitore il quale non dimostri il fatto che ne ha ostacolato l'adempimento, segnatamente la causa a lui non imputabile della impossibilità di tenere il contegno dovuto o, il che è lo stesso, di conseguire il risultato atteso; si è di fronte, allora, ad una logica unitaria con cui si escludono prospettive disciplinari connesse alle diverse modalità dell'inadempimento in concreto⁴¹.

³⁹ Cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 532, il quale precisa che «... nella responsabilità contrattuale il *vinculum iuris* già esiste e la responsabilità ne diventa uno stato allotropico, un modo altro di perseguire lo stesso interesse in funzione del quale il rapporto è stato costituito».

⁴⁰ Su questo profilo rinvio all'ampia analisi di F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, pp. 1019-1106. Cfr., per l'antecedente dottrinale più autorevole, G. OSTI, del quale ho consultato riassuntivamente la voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 287-300, spec. p. 295. Sul pensiero dell'Osti si v. G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1-24, spec. pp. 8-10, nonché C. M. BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 1277-1295 (ma 1294). D'obbligo, peraltro, è il riferimento a L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 1072-1099, anche in ID., *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, pp. 299-353, nonché (col titolo *La responsabilità contrattuale*) in *Jus*, 1986, pp. 87-133 (da cui si cita). Cfr., infine, su entrambi gli Autori ora richiamati, C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, pp. 1-31.

⁴¹ Si veda in tal senso per tutti C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., pp. 881-882.

In giurisprudenza, ne è un chiaro esempio Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2000, n. 1712, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, pp. 625-637, con nota di M. DELLACASA, *Reticenza del mittente e responsabilità del vettore per il furto dei beni trasportati*, ivi, pp. 637-647. Si v., inoltre, Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2018 n. 4727 (ord.), in *Giur. it.*, 2019, pp. 293-294, con nota di G. CARDARELLI, *Viraggio in chiave oggettiva per la responsabilità degli intermediari finanziari*, ivi, pp. 295-300, in cui la Cassazione sostiene che, in caso di inosservanza degli obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario, operi *ex se* una presunzione di accertamento del nesso causale superabile solo con la prova positiva della diligenza e non con le argomentazioni che fondano il c.d. giudizio controfattuale.

Tale assunto riceve una più puntuale conferma anche con riguardo al particolare problema (non del mancato ma) dell'inesatto adempimento, che, a parere di taluni, onera il creditore di provare la non conformità al programma obbligatorio della prestazione comunque eseguita⁴².

In specie, si è affermato che il creditore, quando lamenta l'inesattezza dell'adempimento, implicitamente riconosce che vi sia stato un fatto di adempimento e che si sia verificata una vicenda potenzialmente estintiva dell'obbligazione, pur se ne contesta la corrispondenza ai requisiti propri della prestazione dovuta e, pertanto, la sua attitudine a soddisfare il credito. Su questa premessa, il creditore non potrebbe limitarsi alla prova del solo titolo, ma sarebbe tenuto a dimostrare l'inesattezza della prestazione, e quindi i vizi, i difetti o le difformità del risultato, ovvero la violazione delle regole tecniche e di esperienza, tenuto conto che egli si trova nella condizione migliore per potere acquisire tali elementi e informazioni⁴³.

Peraltro, a tale opzione interpretativa è stato condivisibilmente replicato che l'inesatto adempimento non costituisce una forma, benché emendabile, di adempimento, ma si risolve nel suo esatto contrario, come può ricavarsi dalla medesima lettera dell'art. 1218 c.c. ("il debitore che non esegue *esattamente* la prestazione dovuta..."); ne deriva che ad esso si applicheranno le medesime regole probatorie dell'inadempimento generalmente inteso (e, quindi, a prescindere dalle relative articolazioni di questo in mancata, inesatta o ritardata esecuzione della prestazione dovuta)⁴⁴. Anche in questa ipotesi, allora, il giudizio causale non trova spazio per fondare il diritto al risarcimento del creditore, che a tale scopo allegherà l'inesatto adempimento il quale potrà essere contestato dal debitore mediante la prova dell'avvenuta esatta prestazione di quanto dovuto o della relativa impossibilità derivante da causa a lui non imputabile.

Non vi è, perciò, un'esigenza eziologica nella responsabilità contrattuale⁴⁵, mentre il nesso di causalità svolge esclusivamente la funzione di comprovare

⁴² Così L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 348.

⁴³ S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, pp. 627-695, spec. p. 692.

⁴⁴ In questi termini si v. C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., pp. 876-877, il quale fa notare che la diversa prospettiva in cui si riguarda l'inesatto adempimento rispetto all'inadempimento genericamente inteso, per dedurne un diverso rilievo a fini istruttori, deriva da un'illusione ottica, consistente nel mettere a confronto, da un lato, l'inesatto adempimento identificato con la *condotta* non conforme del debitore e, dall'altro lato, la mancanza del *risultato* che ne deve conseguire, identificata con l'inadempimento (quando, invece, in entrambi i casi il confronto va effettuato con riferimento al risultato, per cui ad essi finisce per applicarsi la medesima regola probatoria).

⁴⁵ In senso diverso, peraltro, Cass. civ., sez. lav., 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, pp. 401-407, con nota di M. FORMICOLA, *Il danno da superlavoro: un nuovo traguardo della frontiera del danno biologico*, ivi, pp. 407-411, secondo la quale spetta al lavoratore fornire la prova dell'inadempimento del datore di lavoro rispetto all'obbligo di adottare le misure idonee a tutelare l'integrità psico-fisica del primo. Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 16 settembre 1998, n. 9247, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 814, con nota di G. PORRECA, *Onere della prova e giudizio di responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 cod. civ.*

la ragione, non imputabile all'obbligato, del pregiudizio effettivamente prodottosi rispetto alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta⁴⁶.

Ciò non ostante, con dieci pronunce di legittimità rese il giorno 11 novembre 2019 (San Martino 2019), la sez. III della Cassazione ha inteso risistemare organicamente il problema relativo al riparto tra debitore e creditore dell'onere probatorio inerente al nesso di causalità nell'ambito della responsabilità medico-sanitaria⁴⁷, segnando un considerevole stacco prospettico rispetto alla piana lettura dell'art. 1218 c.c. ora illustrata.

In particolare, secondo le sentenze nn. 28991⁴⁸ e 28992/2019 della Suprema Corte⁴⁹, identiche nella motivazione e redatte dal medesimo estensore⁵⁰,

nell'infortunio del lavoratore, ivi, pp. 814-817, ove si afferma che il lavoratore deve provare, oltre al danno subito, anche il nesso eziologico tra la mancata adozione delle misure di sicurezza, generiche o specifiche, e il verificarsi del suddetto danno.

⁴⁶ Per un confronto sugli oneri probatori inerenti al nesso causale nella responsabilità da inadempimento e da fatto illecito ex art. 2043 c.c. si v. G. ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 229-257, spec. pp. 251-255.

⁴⁷ Cfr. sulla recente disciplina in materia C. COLOMBO, *Profili civilistici della riforma della responsabilità sanitaria* (l. 8 marzo 2017, n. 24), in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, pp. 299-317. Per quanto attiene agli specifici profili di rilevanza della responsabilità medica nella prospettiva dell'art. 1218 c.c. come regola unica in materia di inadempimento si v. C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, V Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, pp. 117-136, spec. pp. 121-125; cfr. anche ID., *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., *passim* e spec. pp. 881-900.

⁴⁸ Vedila in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 334-337, unitamente alle osservazioni di N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, ivi, pp. 327-334, nonché in *Danno e resp.*, 2020, pp. 71-75, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, ivi, pp. 75-84.

⁴⁹ La sent. n. 28992/2019 viene qui citata da *Giur. it.*, 2020, pp. 1327-1329, con nota di A. PLAIA, *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico*, ivi, pp. 1329-1334.

Entrambe le sentenze indicate menzionano la precedente Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cui sono conformi: Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446; 23 ottobre 2018, n. 26700; 20 agosto 2018, n. 20812; 13 settembre 2018, n. 22278; 22 agosto 2018, n. 20905; 19 luglio 2018, n. 19204; 19 luglio 2018, n. 19199; 13 luglio 2018, n. 18549; 13 luglio 2018, n. 18540; 9 marzo 2018, n. 5641; 15 febbraio 2018, nn. 3704 e 3698; 7 dicembre 2017, n. 29315; 14 novembre 2017, n. 26824; si vedano tuttavia già prima Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; 17 gennaio 2008, n. 867; 16 gennaio 2009, n. 975; 9 ottobre 2012, n. 17143; 26 febbraio 2013, n. 4792; 31 luglio 2013, n. 18341; 12 settembre 2013, n. 20904; 20 ottobre 2015, n. 21177; 9 giugno 2016, n. 11789.

⁵⁰ Il cons. Scoditti, ossia lo stesso estensore dell'importante precedente costituito da Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2017 n. 18392, sopra citata, sulla quale vedi *infra* nel testo di questo paragrafo.

Le massime delle due sentenze si leggono in *Resp. civ. e prev.*, 2020, pp. 193-194, con note di M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, ivi, pp. 195-201, e di C. SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causalità nella responsabilità del sanitario*, ivi, pp. 202-211.

Cfr. inoltre su entrambe, R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Prova del nesso causale e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, in *Foro it.*, *Gli Speciali 1/2020*, V, cc. 136-150; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, ivi, cc. 150-161; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da*

sebbene sia nella responsabilità contrattuale sia in quella extracontrattuale debbano sussistere il nesso di causalità materiale e il nesso di causalità giuridica, in caso di responsabilità contrattuale la causalità materiale coincide di fatto con l'inadempimento, atteso che quest'ultimo si caratterizza come lesione dell'interesse tutelato dal rapporto obbligatorio e si risolve, quindi, nel c.d. danno evento.; in questa prospettiva teorica, l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solamente allegato dal creditore (come chiarito da Cass., Sez. Un., sent. 30 ottobre 2001 n. 13533⁵¹). Non sussiste pertanto un onere di specifica allegazione, e tanto meno di prova, della causalità materiale, in quanto con l'allegare l'inadempimento si allega anche il nesso di causalità e il danno evento⁵². Nella responsabilità contrattuale, allora, la "causalità" acquista un'autonomia fisionomia come oggetto di valutazione e di prova solo quale causalità giuridica e, dunque, per la delimitazione del danno risarcibile *ex art. 1223 c.c.*

Tuttavia, secondo le sentenze del 2019 sopra citate, nell'ipotesi di obbligazioni di *facere professionale* la causalità materiale si distinguerebbe dall'inadempimento perché la *prestazione* avrebbe ad oggetto un interesse strumentale (la cura), mentre la *lesione* pregiudicherebbe l'interesse primario (la salute); poiché, allora, la violazione delle regole strumentali non ha un'intrinseca attitudine causale alla produzione del danno, ne consegue che il creditore ha l'onere di allegare e di provare la connessione puramente naturalistica fra la lesione della salute e la condotta del medico, in quanto il danno evento non è immanente all'inadempimento.

parte della Cassazione, ivi, cc. 162-169; F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, ivi, cc. 169-198; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, ivi, cc. 198-212.

⁵¹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, pp. 1565-1569, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, ivi, pp. 1569-1581.

⁵² Difatti, la giurisprudenza successiva in tema di responsabilità professionale aveva ritratto dalla sentenza n. 13533/2001 le conseguenti implicazioni in materia di onere della prova che si faceva gravare sul professionista del quale veniva allegato l'inadempimento; cfr. Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 619-630, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, ivi, pp. 630-638; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, pp. 265-272, con nota di C. PASQUINELLI, *Responsabilità medica: la Cassazione torna a interrogarsi sui temi della colpa e della causalità omissiva*, ivi, pp. 272-280; Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2004 n. 11488, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, pp. 552-559, con nota di C. PASQUINELLI, *La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso causale per i danni da nascita indesiderata*, ivi, pp. 559-568. Una notevole confusione concettuale si riscontra nella sentenza del Tribunale di Bologna 10 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, pp. 1000-1005, con nota di S. FACCIOTTI, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*, ivi, pp. 1005-1011, ove, premessa la natura contrattuale della responsabilità del medico, si assume che il paziente debba allegare l'inadempimento e provare, oltre all'esistenza del contratto, anche il danno patito e il nesso di causalità tra inadempimento e danno.

In particolare, secondo la Cassazione, «Argomentare diversamente, e cioè sostenere che anche nell'inadempimento dell'obbligazione di diligenza professionale non emerga un problema pratico di causalità materiale e danno evento, vorrebbe dire implicitamente riconoscere che oggetto della prestazione è lo stato di salute in termini di guarigione ma ciò non è perché il parametro per valutare se c'è stato inadempimento dell'obbligazione professionale è fornito dall'art. 1176 c.c., comma 2, il quale determina il contenuto della prestazione in termini di comportamento idoneo per il conseguimento del risultato utile. Per riprendere le parole di un'autorevole dottrina della metà del secolo scorso, la guarigione o l'impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie dipendono troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato perché possano essere dedotte in obbligazione. Lo stato di salute, come si è detto, integra la causa del contratto, ma l'obbligazione resta di diligenza professionale»⁵³.

Avremmo, allora, un interesse primario del creditore, che si attegga come interesse al contempo finale e presupposto nella costituzione del rapporto obbligatorio, mentre l'interesse corrispondente alla prestazione, o interesse strumentale, lungi dall'essere presupposto, sarebbe invece contrattualmente regolato. Ne deriva che la prestazione oggetto dell'obbligazione non può considerarsi relativa, ad esempio, alla guarigione dalla malattia ma all'osservanza delle *leges artis* nella cura dell'interesse primario del creditore, per cui sarà quest'ultimo, stante la lesione, nella responsabilità medica, del proprio diritto alla salute a fronte dell'insorgenza di nuove patologie o all'aggravamento della situazione patologica preesistente, a dovere dimostrare che ciò si è verificato in virtù della mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta ad opera del sanitario. Se il contenuto della prestazione di quest'ultimo è il comportamento idoneo per il conseguimento del risultato utile, là dove questa idoneità fosse da lui provata, la mancata produzione del risultato deve formare oggetto dell'attività istruttoria del creditore. Infatti, «allegare l'inadempimento non significa allegare anche il danno evento il quale, per riguardare un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione, non è necessariamente collegabile al mancato rispetto delle *leges artis* ma potrebbe essere riconducibile ad una causa diversa dall'inadempimento»⁵⁴.

Una funzione fondamentale in questo giudizio è svolta dalle c.d. linee guida, nella configurazione e nel ruolo assunti secondo la legge n. 24/2017, c.d. Legge Gelli-Bianco (e, già prima, con la c.d. Legge Balduzzi, l. 8 novembre 2012 n. 289), le quali, facendo riferimento alle nozioni medico-scientifiche più accreditate, dovrebbero fondare, se osservate, una presunzione, peraltro relati-

⁵³ Cass., sent. n. 28992/2019, cit., p. 1328, la quale riprende le osservazioni di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *(Riv. dir. comm., 1954, I, pp. 185-209, 280-320, 366-396, e ora in) Id., Scritti II. Obbligazioni e negozio*, cit., pp. 141-172, 173-205, 206-225, 226-247, 248-265.

⁵⁴ Cass., sent. n. 28992/2019, cit., p. 1328.

va ex artt. 2727-2729 c.c., di adempimento della prestazione medica e, quando violate, farebbero corrispondentemente presumere la derivazione dell'evento dannoso dalla condotta debitoria, in ipotesi non adeguata.

In realtà, come è stato fatto notare⁵⁵, pur se per il tramite delle linee guida si è teso a superare la distinzione tra interventi di facile o di difficile esecuzione, questa è connaturale alla prestazione medica, per cui, là dove si invochi la facile esecuzione dell'intervento al fine di rendere più disagiata per il debitore la dimostrazione di avere agito secondo le *leges artis*, tale profilo va provato (ossia, va specificato il contenuto del programma obbligatorio corrispondente ad un intervento c.d. di facile esecuzione), così che la qualificazione dell'inadempimento risulterà maggiormente agevole da accertarsi, in termini di causalità generale, e la prova liberatoria ex art. 1218 c.c. si ridurrà a quella del caso fortuito. Viceversa, quando non possa essere dimostrato tale profilo, a prescindere dal fatto che l'intervento sia di media o difficile esecuzione, la qualificazione sarà maggiormente onerosa per il creditore e, conseguentemente, il debitore potrà sia escludere che la propria condotta costituisca inadempimento – in tal caso, il mancato risultato lamentato dal paziente non potrà dirsi ricompreso nel programma obbligatorio e il problema verterà non sulla prova liberatoria dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al medico, ma sulla sussistenza del diritto del creditore – sia, e alternativamente, provare in modo più agevole la c.d. causalità estintiva inerente alla propria prestazione divenuta impossibile.

Ricostruita in questo modo, l'alternativa tra interventi di facile o non facile esecuzione rispetta l'unità del sistema delle obbligazioni senza impingere nella contestata dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato, non essendo altro che una diversa gradazione degli oneri (di prova o di allegazione a seconda del soggetto su cui essi gravano) ai quali il risarcimento o l'esenzione da responsabilità sono subordinati.

Peraltro, vi è chi ha ripreso, secondo una prospettiva qualitativamente connotata, la distinzione tra interventi routinari e non routinari⁵⁶, giungendo a configurare «una tripartizione: speciale difficoltà, difficoltà non speciale, assenza di difficoltà. Tale tripartizione può essere riformulata nei termini seguenti: interventi routinari, interventi non routinari o di ordinaria difficoltà ed interventi

⁵⁵ Cfr. sul punto G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., pp. 1366-1368.

⁵⁶ Distinzione inaugurata dalla storica pronuncia della Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, cc. 4-9, in base alla quale il mancato conseguimento di un risultato atteso con elevato grado di certezza, in quanto connesso a un intervento di facile esecuzione in grado di assicurare l'esito programmato nella assoluta maggioranza delle ipotesi, fa presumere la non diligente esecuzione della prestazione professionale; tale presunzione è peraltro vincibile dalla prova, il cui onere grava sul professionista, che l'esito peggiorativo fu determinato da un evento imprevisto ed imprevedibile, in base alla diligenza ex art. 1176, 2° co., c.c., oppure da particolare condizione fisica del paziente, anch'essa non accertabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale.

di speciale difficoltà. L'art. 2236 contempla quest'ultima categoria, ma nel far ciò chiaramente presuppone l'esistenza delle altre due categorie. L'intervento routinario identifica un'obbligazione di risultato, l'intervento non routinario o di ordinaria difficoltà costituisce un'obbligazione di mezzi, e l'intervento di speciale difficoltà rappresenta un'obbligazione di mezzi con un regime speciale, quello previsto per l'appunto dall'art. 2236»⁵⁷.

In tal modo, per vero, si finisce per riprendere una prospettiva dell'attività medico-sanitaria non conforme al regime unitario, normativamente previsto dall'art. 1218 c.c., del rapporto obbligatorio, senza che vi sia la necessità, sistematica e operativa, di riesumare superati arnesi concettuali (la dicotomia obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato o la "tricotomia" speciale difficoltà, non speciale difficoltà, assenza di difficoltà) per risolvere problemi che, si ripete, non sono connotati in senso qualitativo, ma si caratterizzano esclusivamente per l'intensità, e non per la diversità, del carico probatorio distribuito sui soggetti del rapporto a seconda dell'ipotesi presa in considerazione.

Volendo offrire una sintesi del quadro di regole così ricavato, può esordirsi sottolineando come il difetto di causalità materiale nelle obbligazioni in generale sia motivo di esonero da responsabilità per il debitore, il quale deve fornirne la prova (*ex art. 1218 c.c.*), mentre la relativa sussistenza nelle obbligazioni di diligenza professionale è elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità invocata dal creditore⁵⁸. Questi, allora, deve dimostrare, anche per presunzioni⁵⁹, il nesso eziologico tra l'inadempimento e il danno evento⁶⁰,

⁵⁷ Si v. E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, cc. 265-279, spec. cc. 267-269 (c. 268 per la citazione riportata nel testo).

⁵⁸ Per una puntuale critica a questa impostazione cfr. E. LABELLA, *Il nesso di causalità nelle obbligazioni di diligenza professionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, pp. 277-295, spec. pp. 291-295.

⁵⁹ Sulla prova per presunzioni del nesso causale si v. però S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, pp. 601-607, ove si osserva, alla p. 604, che «... nel caso della presunzione si tratta di pervenire all'affermazione dell'esistenza di un fatto muovendo dalla esistenza di un fatto diverso, per cui provato il primo (fatto noto) si trae la conseguenza dell'esistenza del secondo (fatto ignorato).

Tuttavia, il nesso causale non è un fatto, cioè un accadimento, ma è il collegamento tra due fatti. Non si deve quindi provare un fatto bensì dimostrare il nesso logico tra due fatti (noti): nel caso in esame l'azione o l'omissione dell'amministratore e l'evento dannoso. Non ricorre pertanto lo schema della presunzione, che può essere utilizzato soltanto per la dimostrazione di un fatto. L'esistenza del nesso causale non può essere quindi «presunta» ma deve essere provata alla stregua degli altri elementi richiesti dalla legge per configurare la responsabilità. Conviene peraltro ribadire che non essendo il nesso causale equiparabile ad un fatto, la prova consiste nella dimostrazione, basata su argomentazioni logiche e statistiche, dell'esistenza del collegamento tra l'azione (o l'omissione) e l'evento dannoso».

⁶⁰ Ciò secondo la prospettiva autorevolmente sostenuta da C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*², Milano, 2012, pp. 149-150, il quale, peraltro, oltre a evidenziare come il nesso eziologico debba essere dimostrato anche con riferimento ai danni-conseguenza, sottolinea che l'onere probatorio del creditore è largamente agevolato dal corrispondente onere incombente

mentre il debitore ha l'onere di provare il nesso eziologico tra la causa a lui non imputabile e l'impossibilità della prestazione.

In tale prospettiva, si è discusso di un «duplice ciclo causale», ove l'uno, a monte, è relativo all'evento dannoso, mentre l'altro, a valle, attiene all'impossibilità di adempiere, ossia al nesso tra la causa esterna, imprevedibile e inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza, e l'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento⁶¹.

Allora, la prova della causa di esonero implica che l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia, pur essendo eziologicamente riconducibili all'intervento sanitario, sono stati cagionati dal mancato rispetto delle *leges artis* dovuto a una causa non imputabile al medico. Seguendo questa logica, se resta ignota o è incerta la causa dell'evento la domanda del creditore è rigettata, là dove, in mancanza della prova circa la causa dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (ovvero qualora resti indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa), le conseguenze sfavorevoli in termini risarcitori ricadono sul debitore⁶².

Residua peraltro l'incertezza in merito ad un eventuale superamento o, per contro, ad una semplice precisazione, nelle anzidette sentenze della Suprema Corte, di quanto già precedentemente argomentato nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 577 dell'11 gennaio 2008⁶³, secondo la quale «in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare 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 la-

sul debitore di contestare i fatti addotti dall'attore, per cui i fatti non contestati si intendono provati.

⁶¹ Cass., sent. n. 28992/2019, cit., p. 1329.

⁶² Peraltro, con riferimento alla pronuncia che ha inaugurato il nuovo indirizzo in materia di prova del nesso causale, G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, pp. 349-358 (commento a Cass. Civ., sez. III, sent. 26 luglio 2017 n. 18392, il cui testo si rinvia ivi, pp. 345-349), alla p. 353, testo e nota 24, fa notare che in tal modo le ipotesi in cui sia il medico a dovere provare il nesso causale siano scarsamente significative: «Si può pensare, per es., alla prova di un guasto all'impianto elettrico che abbia impedito l'uso di strumentazioni necessarie in sala operatoria; oppure alla prova di fatti straordinari e imprevedibili (un terremoto, un'inondazione) che abbiano reso impossibili o altamente difficoltose (per un tempo più o meno lungo) le cure che si sarebbero dovute prestare a determinati malati; o, ancora, alla temporanea indisponibilità di un farmaco (o di un'attrezzatura, ad es. un'attrezzatura per la rianimazione) essenziale (e non sostituibile), dovuta ad un evento catastrofico, che ha determinato una richiesta improvvisa ed anormalmente elevata di quel farmaco o di quell'attrezzatura; e così via» (la citazione si rinvia nella nota 24).

⁶³ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 612-616, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, ivi, pp. 616-623; vedine la massima anche in *Danno e resp.*, 2008, p. 871, con commento di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, ivi, pp. 871-879.

mentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante». In tale sentenza, in effetti, l'onere probatorio e, pertanto, il rischio della causa ignota è mantenuto a carico del debitore (il quale deve provare la c.d. causalità estintiva); in particolare, poiché la causa ignota del danno consiste nell'impossibilità di affermare, con un grado di probabilità reputato accettabile, l'esistenza di una causa alternativa reale del pregiudizio rispetto alla condotta debitoria oppure di una concausa prevalente ai sensi dell'art. 41, 2° comma, c.p., il relativo rischio grava necessariamente sul debitore, in quanto soggetto del rapporto obbligatorio al quale spetta di fornire la prova degli antecedenti idonei a escludere l'efficienza causale della propria condotta inesatta⁶⁴. Il creditore, tuttavia, è tenuto ad allegare, benché non a provare, un inadempimento qualificato, ossia tale da cagionare, almeno astrattamente, l'evento dannoso⁶⁵, conseguendo comunque il vantaggio, sul piano probatorio, di essere esentato dal dimostrare, in concreto, la sequenza causale che ha condotto al danno; pertanto, com'è stato efficacemente rilevato, «la dimostrazione che un (certo) fatto è idoneo a determinare un (certo) effetto tiene luogo della concreta dimostrazione che *quel* fatto ha prodotto *quell'* effetto»⁶⁶.

Secondo Cass. civ., sez. III, sent. 26 luglio 2017, n. 18392⁶⁷, antcipatrice dell'indirizzo più organicamente assestatosi nel 2019, non sussiste alcuna contraddizione tra la succitata pronuncia del 2008 e il più recente orientamento della Suprema Corte⁶⁸, in quanto la causalità che viene in rilievo nella sent.

⁶⁴ Così F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., p. 719.

⁶⁵ Cfr. R. PUCCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, pp. 1087-1096, spec. p. 1088, dove si precisa che «Soddisferà, ad esempio, il requisito probatorio dell'allegazione la doglianza *ex parte creditoris* della difformità qualitativa o quantitativa dei beni acquistati; la lamentata assegnazione del lavoratore a mansioni non corrispondenti alla categoria; in ambito medico la contestazione al sanitario della [“]adozione di tecniche non sperimentate in luogo di protocolli ufficiali e collaudati, [della] mancata conoscenza dell'evoluzione, in una determinata branca, della metodica interventistica nota invece al constans atque diligens homo[”] o, ancora, la lamentata violazione di doveri accessori, come quello di informazione. Così il paziente che imputi a negligenza della struttura sanitaria l'infezione da epatite virale contratta in esito ad un intervento chirurgico assolverà all'onere probatorio *allegando* quale inadempimento del debitore l'utilizzo di sangue infetto nel corso della emotrasfusione; nulla più» (corsivi nel testo).

⁶⁶ Così R. PUCCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, cit., p. 1091.

⁶⁷ Vedila in *Danno e resp.*, 2017, pp. 696-700, con commento di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, ivi, pp. 700-709. Si v. inoltre le osservazioni di M. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, pp. 540-555 (ove si esaminano anche Cass. 26 novembre 2017, n. 26824, e Cass. 7 dicembre 2017, n. 29315).

⁶⁸ D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., p. 703, testo e nota 15, afferma in modo netto che il contrasto, definito apparente dalla stessa sentenza n. 18392/2017 al par. 2.1.1., si risolve in realtà in uno scostamento “siderale”.

n. 577/2008⁶⁹ non è la causalità dell'evento (ossia del fatto costitutivo della pretesa) ma la causalità del fatto impossibilitante (ossia del fatto estintivo della pretesa). Con maggiore chiarezza, pur se con forti perplessità in merito alla correttezza della ricostruzione ivi operata, Cass. civ., sez. VI, ord. 2 settembre 2019, n. 21939, ha precisato che il principio delle S.U del 2008 è stato affermato «a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato", allegato dall'attore ... era tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi "più probabili", nel caso singolo di specie, la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già, in questa chiave di analisi, quella del nesso causale, sicché non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2, e non la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.»⁷⁰.

Tale indirizzo della giurisprudenza di legittimità, peraltro, trova conforto in quell'orientamento dottrinale in base al quale, valorizzando l'unità nella regolamentazione del danno risarcibile più che l'unità della disciplina delle obbligazioni, si ritiene che debba in ogni caso essere il danneggiato a provare il nesso eziologico in merito al rapporto tra condotta ed evento dannoso⁷¹.

Ora, la complessiva ricostruzione sopra esposta è stata oggetto di critiche variamente articolate, le quali in questa sede debbono illustrarsi per verificare la tenuta a fronte degli spunti di teoria generale delle obbligazioni che i fautori di tale indirizzo hanno voluto offrire al dibattito scientifico (e al vaglio della prassi)⁷².

In particolare, per quanto attiene al ruolo paradigmatico della responsabilità nel settore medico-sanitario, è stata riscontrata, con riferimento ai presupposti da cui muovono le c.d. sentenze di San Martino, una certa confusione di ruoli e di fattispecie: difatti, si discorre di responsabilità del *sanitario* presupponendone la natura contrattuale, laddove, invece, a séguito della legge n. 24/2017 tale natura è da ascrivere esclusivamente alla responsabilità della

⁶⁹ Sul ragionamento delle Sezioni Unite si sono appuntate le critiche di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., p. 704, la quale, sostanzialmente recuperando la distinzione tra obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi», evidenzia che «invertendo l'onere, le Sezioni Unite arrivano, in sostanza, a cancellare il presupposto su cui la regola precedente si fondava, ossia a negare che il "risultato (della prestazione sanitaria) sia aleatorio"; il che significa, in pratica, dare per scontato che la medicina è una scienza esatta, non ha limiti e può guarire sempre (il che, purtroppo, non è)».

⁷⁰ Il testo dell'ordinanza si reperisce in *giustiziacivile.com*, con nota di S. CAFARELLI, *La responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e la prova del nesso di causalità*, pp. 1-7 (estratto, 5 novembre 2019).

⁷¹ Si v. per questa proposta interpretativa M. MAGGIOLO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, *Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale, pp. 165-178, spec. pp. 170-171.

⁷² Ci si riferisce a E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit.

struttura sanitaria, mentre quella del professionista dipendente dalla suddetta struttura si colloca nel settore extracontrattuale⁷³.

Inoltre, si è perspicuamente notato che, nel ragionamento su cui si fonda l'indirizzo in esame, è stato effettuato uno slittamento semantico in base al quale l'oggetto della prova gravante sul debitore-medico, dal fattore causale del danno alternativo all'inadempimento, contemplato dalle Sezioni unite nella sent. n. 577/2008, è stato riportato per contro al fattore causale che ha reso impossibile la prestazione, con ciò evidenziando un netto stacco concettuale tra le c.d. sentenze di San Martino 2019 e il precedente avviso della Cassazione. Difatti, si è discusso di «una manipolazione che trasforma nella prova di una causa sopravvenuta, che ha estinto il rapporto obbligatorio provocando l'impossibilità della prestazione, quella che, nella prospettiva delle Sezioni unite, è con tutta evidenza un'eccezione in senso stretto tesa a negare l'esistenza del rapporto di causalità tra l'inadempimento qualificato in senso eziologico, allegato dal creditore, e il danno consistente nell'aggravamento della patologia, o nell'insorgenza di una diversa affezione, e tutto ciò grazie all'introduzione in giudizio di una c.d. causa alternativa reale oppure di una concausa prevalente sul piano eziologico sulla base di quelle valutazioni squisitamente giuridiche presupposte dall'art. 41, 2° comma, c.p.»⁷⁴.

⁷³ La casistica considerata dalla Cassazione, in effetti, concerneva domande risarcitorie proposte nei confronti della struttura, per cui le conclusioni alle quali le sentenze in oggetto pervengono sono state lette nell'ottica di un ribaltamento della prospettiva che la legge c.d. Gelli-Bianco ha assunto nel disciplinare le fattispecie di responsabilità medico-sanitaria; rinvio per questa lettura ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., pp. 76-77. Cfr. anche F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., p. 715, che aderisce all'orientamento dottrinale in base al quale l'inversione operata dalla giurisprudenza in esame mira ad attenuare le regole della responsabilità contrattuale a favore della classe medica: si v. in tal senso G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 355, il quale discorre di volontà di contenere la spinta espansiva del contenzioso in materia di responsabilità medica, rilevando, al contempo, come la legge Gelli-Bianco non riduca affatto, ma semmai aumenti, la tutela del paziente nei confronti della struttura sanitaria.

Cfr. anche R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, pp. 5-13, i quali, a commento della sentenza n. 18932/2017, parlano apertamente di una restaurazione osservando che, seppure l'indirizzo in discorso è mosso dall'intento di arginare azioni infondate o pretestuose, esso «minaccia di lasciare il danno là dove cade, in capo al soggetto che – come accade in tutta evidenza nel frangente dell'infezione nosocomiale – davvero nulla può per cautelarsi» (ivi p. 13).

⁷⁴ Così F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., pp. 714-715 (la frase riportata nel testo si rinvia alla p. 715), il quale, ad ulteriore dimostrazione delle implicazioni operative che il mutamento nell'oggetto dell'onere probatorio in capo al creditore, in base all'indirizzo criticato, è suscettibile di determinare, osserva, anzitutto, che, nel momento in cui si discorre di estinzione complessiva, essa implica la caducazione del rapporto obbligatorio con riguardo sia alla prestazione originaria sia alla prestazione secondaria di risarcimento del danno, in quanto è venuta meno la possibilità di conseguire il risultato utile per il creditore mediante il tipo di prestazione che il debitore si è impegnato ad attuare. Ne consegue che l'inquadramento della causa di esonero da responsabilità in termini causali, segnatamente come un problema di causalità estintiva,

Ciò premesso, valorizzando le peculiari caratteristiche dell'attività medica senza impingere nella distinzione tra obbligazioni di mezzi – in cui essa rifluisce consentendo al professionista di andare esente da responsabilità mediante la prova dell'osservanza delle *leges artis* – e obbligazioni di risultato – alle quali dovrebbe applicarsi nel suo pieno rigore la regola di cui all'art. 1218 c.c.⁷⁵ –, è stata desunta la categoria delle c.d. *obbligazioni con risultato non predeterminato ex ante*, per le quali la valutazione dell'inadempimento, pur atteggiandosi in senso teleologico (ossia verificando se il risultato promesso è stato effettivamente conseguito dal debitore), va formulata a posteriori⁷⁶. Tale valutazione, infatti, mira ad accertare se il debitore abbia effettivamente realizzato la modificazione o l'atto di conservazione della sfera giuridica del creditore o di terzi (c.d. risultato in concreto) previsti nel titolo, i quali vengono adottati come termini di confronto rispetto al risultato alternativo dovuto cui si sarebbe giunti osservando le diverse condotte che il creditore assume essere maggiormente coerenti al proprio interesse rispetto a quelle poste in essere dal debitore (c.d. risultato in astratto). L'individuazione del c.d. risultato in astratto, al quale il debitore sarebbe stato tenuto tramite una condotta perita che si pretende diversa da quella effettiva, non essendo realizzabile *a priori* deve fondarsi, *a posteriori*, sulla complessiva considerazione del contesto circostanziale e della natura dell'obbligazione assunta.

Su queste basi, allora, *i*) quando il risultato dell'obbligazione è determinabile *ex ante* (ossia, è determinato), l'inadempimento risulta intrinsecamente

costituisce un errore concettuale la cui dimostrazione è affidata alla «differenza che, in presenza di un accertato inadempimento del debitore, corre tra la confutazione del nesso eziologico, grazie alla prova di una causa alternativa reale o di una concausa prevalente, e la prova della sopravvenuta impossibilità della prestazione: in entrambi i casi la responsabilità viene esclusa, ma nella prima ipotesi l'obbligazione sopravvive e rimane possibile domandare al debitore la correzione della prestazione inesatta, mentre nella seconda essa si estingue».

⁷⁵ Sulla evanescenza concettuale della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è consueto in letteratura il richiamo al classico contributo di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), cit. Si v., inoltre, F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, pp. 83-154, spec. pp. 145-153; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni «di mezzi»: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *I contratti*, pp. 891-913 (nota a Cass. civ., sez. II, sent. 28 febbraio 2014 n. 4876, ivi, pp. 888-890).

Peraltro, sono state elaborate ulteriori classificazioni che, pur proponendosi di superare il dualismo mezzi-risultato, ricorrono ai medesimi parametri distintivi; così, per il ruolo della diligenza, G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, in *Contr. e impr.*, 2016, pp. 1391-1421, spec. pp. 1417-1421, ove si prospetta una diversa disciplina in base alla possibilità per il debitore di attrarre nella propria sfera di controllo la prestazione, per cui *i*) se tale possibilità sussiste, egli sarà adempiente solo qualora raggiunga il risultato dovuto, salva la prova del caso fortuito; *ii*) laddove, invece, il progresso attuale della scienza non gli consenta il suddetto controllo, l'adempimento consisterà nell'aver svolto l'attività diretta a conseguire gli obiettivi strumentali alla soddisfazione del creditore.

⁷⁶ Questo profilo delle obbligazioni professionali e, segnatamente, della responsabilità nel settore medico-sanitario è messo in luce anche dalla dottrina processual-civilistica; cfr. G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1341.

dannoso, in quanto non consente al creditore di ottenere l'utilità rappresentata nel titolo; *ii*) quando il risultato è determinabile *ex post*, l'inadempimento in sé e per sé considerato non è automaticamente produttivo di un danno né, viceversa, il danno stesso è implicato dall'inadempimento, a differenza della precedente categoria di obbligazioni. Nelle obbligazioni con risultato non predeterminato, allora, la mancata o inesatta esecuzione della prestazione, per dirsi dannosa, deve essere accompagnata dall'accertamento della corrispondenza tra la condotta del debitore, che si assume inadempiente, e la modificazione della sfera giuridica o fattuale del creditore, e ciò perché in questa ipotesi non sussiste l'intrinseca attitudine causale dell'inadempimento, la quale attitudine va allora specificamente acclarata. Questo particolare accertamento, denominato "giudizio teleologico *a posteriori*"⁷⁷, per vero, non mira ad individuare un nesso eziologico in concreto e, pertanto, non è strumento probatorio della causalità; esso consiste, invece, nella sussunzione del contegno debitorio sotto una legge "di copertura", in modo da verificare l'astratta corrispondenza tra il pregiudizio lamentato dal creditore e la tipologia di danni dei quali la condotta in concreto adottata costituisce l'antecedente secondo il modello nomologico-deduttivo⁷⁸. La condotta inesatta del debitore, allora, sarà qualificata come un inadempimento dannoso risarcibile nella prospettiva creditoria solo se il "giudizio teleologico *a posteriori*" avrà un esito positivo⁷⁹.

A questa tesi, di estremo rigore argomentativo, sono state mosse talune obiezioni che, anzitutto, sottolineano il rischio insito in un'eccessiva rilevanza della causalità generale; più precisamente, si afferma, il pericolo consisterebbe nel fondare una pretesa risarcitoria in base alla sola frequenza statistica restituita dalle leggi "di copertura", per cui la *probabilità* circa l'attitudine della condotta debitoria a cagionare il danno sostituirebbe la *causalità* individuale

⁷⁷ Un puntuale sviluppo del giudizio teleologico *a posteriori* è svolto da F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., alle pp. 732-733.

⁷⁸ Sembra muoversi in questa logica Cass. civ., sez. III, 11 dicembre 2018 n. 31966, in *Danno e resp.*, 2019, pp. 374-377, con nota di L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'équipe*, ivi, pp. 377-384, ove si discorre di inadempimento qualificato tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi più probabili, la presunzione di derivazione della lesione (ricoveri e interventi) dalla condotta del debitore inadempiente (medico).

⁷⁹ Così, con ineccepibile chiarezza logica, F. PIRAINO, del quale si veda, tra i molteplici contributi dedicati al tema, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, pp. 559-579, spec. pp. 575-576, ove si chiarisce, ai fini del discorso inerente alla prova del nesso eziologico, che «...questa coda del giudizio di inadempimento non ha nulla a che vedere con la prova della causalità, ma resta saldamente ancorata all'accertamento della violazione del vincolo obbligatorio, e in particolare alla verifica della connotazione dannosa dell'inadempimento. Il ricorso al modello nomologico-deduttivo al fine di verificare la sussistenza del rapporto di condizionalità tra condotta e danno si colloca sul terreno della causalità generale, la quale rappresenta la componente per così dire cognitivista del giudizio causale, senza tuttavia esaurirlo affatto, visto che esso esige l'ulteriore e necessario passaggio al versante della causalità individuale, che è quello in cui si forma il convincimento del giudice grazie agli elementi di prova acquisiti al giudizio».

la quale, pur esprimendosi anch'essa in termini probabilistici (in quanto per l'appunto basata sul "più probabile che non"), tiene comunque conto delle particolarità del caso concreto. In sintesi, secondo questa prospettiva la stessa complessità dello specifico rapporto obbligatorio che viene in considerazione renderebbe necessario l'accertamento del nesso eziologico, non essendo allora sufficiente un giudizio "causale" (ma che tale non è) il quale si arresti al piano astratto della compatibilità tra il tipo di danno subito e il tipo di inadempimento⁸⁰.

Un'ulteriore critica si appunta sulla stessa qualificazione di obbligazioni a risultato *indeterminato* (ma, per vero, la proposta interpretativa in discorso opta per la locuzione "a risultato non predeterminato *ex ante*", che pare essere concetto diverso rispetto a quello di un "risultato indeterminato")⁸¹. Difatti, si afferma, l'idea di un risultato indeterminato contraddice il concetto stesso di obbligazione, in quanto, dal punto di vista del creditore, il risultato è l'oggetto di quest'ultima e, se esso fosse indeterminato, lo sarebbe lo stesso oggetto; la condotta del debitore, allora, non essendovi un oggetto da perseguire, rimarrebbe priva di scopo. Inoltre, e conseguentemente, la stessa necessità di indicare una legge di copertura che giustifichi in astratto l'esito dannoso, riconducendolo tipologicamente alla condotta del debitore, non troverebbe fondamento nella indeterminatezza del risultato⁸².

Per quanto attiene alle obiezioni che rilevano l'insufficienza del dato statistico per fondare la responsabilità del debitore, queste si muovono in una logica sostanzialmente unitaria in ordine ai rapporti tra nesso causale ed evento dannoso, proponendo per la responsabilità da inadempimento rilievi che, per contro, ben si attaglierebbero alle ipotesi di torto extracontrattuale. Difatti, la probabilità, nella tesi che esse mirano a contraddire, non si sostituisce ma si somma alla causalità individuale, giacché all'imputazione del mancato risultato utile per il creditore in capo al debitore presiede lo stesso rapporto obbligatorio, nel quale si risolve la rilevanza del caso concreto; anzi, il ricorso a leggi

⁸⁰ In tal senso A. PLAIA, *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico*, cit., pp. 1331-1333, secondo il quale «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 logica, l'ipotesi allegata dal paziente. Questo sarebbe, invece, 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 prova».

⁸¹ Infatti, pur non predeterminato *ex ante*, nella tesi in esame il risultato lo sarebbe *ex post*, mentre un risultato indeterminato allude all'impossibilità di definirne i contorni mediante qualsivoglia criterio di individuazione.

⁸² Così C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., p. 896, nota 128, secondo il quale, per le ragioni anzidette, la teoria delle obbligazioni a risultato indeterminato (*rectius*, non predeterminato *ex ante*) cadrebbe nella medesima inconseguenza delle c.d. sentenze di San Martino 2019.

di copertura si propone a maggiore tutela dello stesso obbligato, al fine di attenuare il rigore di una ricostruzione che, se spinta all'estremo, lo vedrebbe responsabile in base alla mera inattuazione della prestazione dovuta⁸³. In merito, invece, alla critica circa l'indeterminatezza dell'oggetto dell'obbligazione, pare a chi scrive che la proposta di distinguere tra le obbligazioni a seconda che il risultato sia o meno predeterminato *ex ante*, oltre ad attagliarsi in modo puntuale alla specificità di taluni rapporti, eviti i rischi indicati, dato che lo scopo della prestazione, e della condotta debitoria, è chiaramente evidenziato dal vincolo, mentre ciò che deve individuarsi in un secondo momento (diverso da quello in cui il medesimo vincolo sorge) sono le modalità di perseguimento del suddetto scopo (con le quali esso non può identificarsi). Ma vi è di più: difatti, «nelle obbligazioni con risultato determinabile a posteriori un risultato ovviamente c'è ma è tendenziale, generico. La sua specificazione è affidata alla perizia, intesa come complesso delle *leges artis*, la quale in questi frangenti esplica la sua funzione di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, per necessità, in congiunzione con le specificità della singola vicenda. Modalità del raggiungimento del risultato, ma anche maggiore o minore ampiezza dello stesso, sono influenzate dal contesto, che reagisce sul tipo di contegno da assumere»⁸⁴.

Merita a questo punto considerare un'articolata proposta interpretativa, la quale muove dalla constatazione che, in conseguenza degli indirizzi giurisprudenziali con cui si è ricostruita la distribuzione del carico probatorio nella responsabilità per inadempimento in ambito medico, venuta meno la distinzione tra “interventi la cui esecuzione comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà” (denominati “interventi difficili”) e “interventi c.d. routinari” (ai quali si preferisce attribuire la qualifica di interventi “ad alta vincolatività”)⁸⁵. Per questi ultimi, la presunzione di “colpa” a carico del debitore (che la giurisprudenza ravvisa nell'art. 1218 c.c.⁸⁶), opera pienamen-

⁸³ In questo senso anche la replica di F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., pp. 577-578, là dove l'Autore si sofferma anche sull'irragionevolezza di una soluzione che ritenesse sufficiente l'allegazione di un inadempimento dannoso nelle obbligazioni di dare e di *facere* non professionale, richiedendo per contro al creditore la prova del nesso causale tra la condotta debitoria e il pregiudizio subito nelle obbligazioni di *facere* intellettuale; difatti, tra le due tipologie di rapporti obbligatori non vi sarebbero differenze tali da giustificare un diverso trattamento disciplinare che, qualora vi fosse (anche nei termini di una proposta ermeneutica), integrerebbe una disparità.

⁸⁴ Riporto qui una precisazione di F. PIRAINO formulata nel corso di una conversazione scritta svoltasi in data 20 aprile 2021 e approvata dall'Autore.

⁸⁵ G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., spec. pp. 356-357.

⁸⁶ Sulle presunzioni giurisprudenziali nella prospettiva della responsabilità medica cfr. l'ampia disamina di M. FACCIOLI, “Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria, in *Contr. e impr.*, 2014, pp. 79-122, spec. pp. 80 e 83-88, ove, all'esito di una assai apprezzabile ricostruzione definitiva, viene illustrato e criticamente discusso l'approccio giurisprudenziale in base al quale sono costruite presunzioni relative cui è attribuita la funzione di regolare il carico probatorio; ciò avviene formulando tali presunzioni con caratteristiche di generalità e

te, così che la mancata realizzazione dell'interesse del creditore è senz'altro imputata ad un inadempimento del debitore, il quale, per andare esente da responsabilità, dovrà smentire tale presunzione; con riguardo agli interventi di speciale difficoltà (o "difficili"), per contro, il creditore dovrà dimostrare la derivazione del danno dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione medica.

Il concetto di intervento routinario o "ad alta vincolatività" è stato peraltro riproposto al fine di selezionare le ipotesi in cui, per lo stretto rapporto tra osservanza delle *leges artis* e successo dell'intervento, là dove le condizioni di salute del paziente fossero peggiorate ciò debba essere necessariamente imputabile a un errore del medico (pertanto inadempiente). Il debitore che voglia andare esente da responsabilità non dovrebbe perciò provare l'assenza di colpa (in quanto si assume che l'intervento è stato condotto nel rispetto della perizia necessaria e che, quindi, l'obbligazione è stata esattamente adempiuta); infatti, se tale prova fosse fornita, l'intervento non potrebbe definirsi ad alta vincolatività. L'obbligato, allora, si libera unicamente provando che l'intervento omissivo o inesattamente eseguito, il quale ha determinato la mancata realizzazione dell'interesse del creditore, è dovuto ad una causa, imprevedibile ed inevitabile, diversa dalla propria condotta la quale ha impedito di conseguire l'utilità connessa alla prestazione.

La lettura critica del superamento della distinzione tra interventi "ad alta vincolatività" e interventi "difficili" si appunta anzitutto sul nuovo orientamento inaugurato nella sent. n. 13533/2001 dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, in cui la distribuzione del carico probatorio che consente al creditore la mera allegazione dell'inadempimento prescinde del tutto dal contenuto dell'obbligazione. Peraltro, si evidenzia la necessità di evitare soluzioni rigide e omologanti, le quali, presenti anche antecedentemente alla sentenza n. 6141/1978 (con pregiudizio del creditore danneggiato), sarebbero comunque proprie, seppure di segno opposto, all'indirizzo che onera della prova dei fatti causali esclusivamente il debitore⁸⁷.

astrattezza che si palesano proprie delle norme giuridiche, per cui esse si collocherebbero sullo stesso piano delle presunzioni legali relative.

Aderisce a tale impostazione G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 350, sposando una lettura dell'art. 2697 c.c. nei termini di «una "norma in bianco", che presuppone necessariamente un intervento "integrativo" da parte del giudice (cfr. per questa prospettiva i riferimenti indicati da M. FACCIOLI, *op. cit.*, p. 87), sicché le c. d. "presunzioni giurisprudenziali" sono da considerare ammissibili, quali modi attraverso cui riceverebbe "razionalizzazione" e "sistemazione", nell'esperienza giurisprudenziale, la concretizzazione di questa norma in bianco» (ivi alla nota 3).

⁸⁷ G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 356, rileva come la prospettiva omologante della giurisprudenza di legittimità derivi dall'adozione di principi astratti, come quello di vicinanza della prova. Lo stesso autore (ivi, p. 354, nota 29) rileva peraltro, assai perspicuamente, che, se si accetta l'idea in base alla quale il principio di vicinanza della prova debba valere come criterio di ripartizione

Si propone, pertanto, di rievocare la distinzione tra prestazioni mediche “difficili” e prestazioni “ad alta vincolatività”, utilizzando l’idea secondo cui *in taluni casi* la prestazione medica potrebbe ricondursi ad una obbligazione “di mezzi”, mentre in altre ipotesi essa afferisce all’obbligazione “di risultato”⁸⁸. Sulla base di ciò sarebbero ripartiti gli oneri probatori, in particolare per quel che riguarda la prova del nesso di causalità e l’attribuzione del rischio inerente alla c.d. “causa ignota”. Quest’ultima, nella teoria in esame, non è la causa impeditiva dell’adempimento di cui discorre l’art. 1218 c.c., che grava il debitore della relativa prova, ma coincide con il fattore che ha determinato l’evento dannoso, nonostante la prestazione sia stata correttamente eseguita⁸⁹.

La distinzione tra obbligazioni che presuppongono interventi ad “alta vincolatività” (sostanzialmente, obbligazioni “di risultato”) e obbligazioni che, per contro, implicano prestazioni “difficili” (quindi, obbligazioni “di mezzi”), con riferimento al rischio della causa ignota giustificherebbe le seguenti regole probatorie: i) nella prima ipotesi, se il risultato auspicato non si produce, il debitore andrà esente da responsabilità là dove riuscisse ad individuare la “causa estranea” che ne ha prodotto l’insuccesso, sopportando in caso diverso il rischio della mancata prova e, pertanto, della “causa (rimasta) ignota”; ii) nell’ipotesi dell’obbligazione “di mezzi”, poiché all’allegazione del proprio inadempimento da parte del creditore l’obbligato può replicare dando prova di avere rispettato puntualmente le *leges artis* e, pertanto, di avere adempiuto la prestazione dovuta, il rischio della mancata individuazione di una causa

degli oneri probatori, esso dovrebbe applicarsi anche con riferimento alla dimostrazione del nesso eziologico.

Sul punto si veda anche V. OCCORSIO, *Cartella clinica e “vicinanza” della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1249-1272 e, in termini generali, C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1383-1399.

⁸⁸ Rispetto alla tesi sopra esaminata di E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell’obbligazione*, cc. 267-269, quella di G. D’AMICO si caratterizzerebbe non in senso qualitativo bensì nel segno di una diversa intensità della prova liberatoria di cui è gravato il debitore ex art. 1218 c.c. Come precisa lo stesso G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 358, «Il tema di prova in materia di causalità deve infatti – a nostro avviso – essere considerato unico ed unitario (sempre trattandosi, in definitiva, di comprendere se la causa dell’evento dannoso subito dal creditore sia o meno da individuarsi nel comportamento del debitore), sicché una differente indicazione del soggetto che è onerato di fornire (in positivo o in negativo) questa prova non può dipendere dalla diversità del fatto di cui si ricerca l’efficienza causale (una volta, la condotta del debitore; l’altra volta, un fatto diverso da questa condotta, in quanto estraneo ad essa), perché l’esistenza di “sequenze causali alternative” non è un dato che si dia *ex ante*, ma è semmai il risultato (come tale conoscibile solo *ex post*) dell’accertamento causale (unico) che deve essere compiuto».

⁸⁹ Così G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 357, testo e nota 42, il quale evidenzia che la causa ignota non rende impossibile la prestazione ma preclude al creditore di conseguire l’utilità che l’adempimento, pur posto in essere, gli assicura.

alternativa e diversa dall'inadempimento, nonché prevedibile ed evitabile, alla quale ricondurre la mancata realizzazione dell'interesse del creditore ricade ineluttabilmente su quest'ultimo⁹⁰.

Ora, nonostante la ricostruzione in esame, pur aderendo alla dicotomia obbligazioni "di mezzi" e obbligazioni "di risultato", si mantenga nell'alveo di una disciplina unitaria del rapporto obbligatorio, declinandosi nel senso della speciale, e casistica, considerazione circa le peculiarità che attengono a quest'ultimo nel caso concreto, essa, accanto ad indubbî apprezzamenti, è stata oggetto di talune, motivate, riserve. Le critiche riguardano specificamente il rischio della causa ignota che graverebbe sul creditore nelle obbligazioni "di mezzi", là dove questi non riesca a dimostrare la causa, prevedibile ed evitabile dal debitore, che ha determinato l'insuccesso della prestazione di quest'ultimo.

Ci si chiede, in particolare, per quale ragione giuridica lo stesso debitore sia tenuto a prevedere ed evitare una siffatta causa; infatti, dato che essa consiste in un fattore idoneo ad escludere la rilevanza eziologica della condotta dell'obligato, se si fosse tenuti a rappresentarsela compiutamente per evitarne il verificarsi, si sposerebbe un'idea di obbligazione come puro vincolo di risultato⁹¹, la quale prescinde dai mezzi che il debitore si è impegnato ad adoperare per produrre l'utilità dedotta nel rapporto. Al fine di evitare una siffatta conclusione, pertanto, è necessario riconoscere che l'evento produttivo del danno lamentato dal creditore debba essere previsto ed evitato dal debitore solo se esso consiste *anche* in un fattore causale che ha reso la prestazione impossibile, giacché in questa ipotesi viene in rilievo il combinato disposto degli artt. 1176, 1° co., 1218 e 1256 c.c.; se, per contro, l'evento produttivo di danno non si risolve nella causa dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, esso non può imputarsi al debitore neppure se fosse da lui prevedibile ed evitabile⁹².

⁹⁰ In tal senso G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., ibidem, il quale, peraltro, con riguardo al rischio della causa ignota nelle obbligazioni "di mezzi", fa opportunamente notare come «il fatto che, da un lato, risulti l'adempimento da parte del debitore (che la causa estranea non ha – in ipotesi – impedito), e che, d'altro lato, il creditore non abbia nemmeno individuato una diversa spiegazione causale del danno (per imputare al medico di non aver previsto ed evitato l'operare di questi fattori), lascia ragionevolmente supporre che il peggioramento (o il mancato miglioramento) delle condizioni di salute del paziente non sia ascrivibile ad una responsabilità di qualcuno, ma sia piuttosto la conseguenza del corso naturale della malattia».

⁹¹ Così, ampiamente, F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., p. 726, il quale precisa come la diligenza conservativa dell'obbligazione vada circoscritta all'adozione delle misure idonee a scongiurare la predita della possibilità di prestare.

⁹² «Altrimenti si dovrebbe pervenire alla discutibile conclusione di considerare responsabile il medico che abbia compiuto, con il consenso del paziente e in maniera esatta, l'unico intervento sanitario possibile in grado di accentuare sensibilmente le possibilità di sopravvivenza del creditore, nell'ipotesi in cui sia prevedibile al momento della scelta terapeutica che il trattamento possa esporre il cuore a una forte sofferenza, col rischio dell'arresto cardiaco, e

Esaurita l'analisi dei diversi indirizzi, giurisprudenziali e dottrinali, concernenti la prova del nesso causale nella responsabilità medica, la ricostruzione del tema per l'ambito delle c.d. obbligazioni di diligenza professionale si completa con riguardo alla responsabilità dell'avvocato⁹³.

In questo campo, precisamente, la giurisprudenza aderisce ad un criterio di ripartizione degli oneri probatori decisamente diverso rispetto a quello prescelto nel settore medico. Difatti, si richiede, per chi lamenti un danno derivante da negligenza o imperizia del legale, la prova non solo del suddetto pregiudizio, ma anche del nesso causale tra questo e la asserita mancata o inesatta prestazione.

In particolare, secondo la Suprema Corte, «l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito favorevole dell'azione giudiziale che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente seguita»⁹⁴. Se ne deduce che non è sufficiente allegare l'inadempimento, anche qualificato, del professionista forense, perché possa dirsi assolto l'onere della prova gravante sul cliente danneggiato. Il nesso eziologico, infatti, sussiste se si dimostra che la condotta debitoria ha effettivamente inciso sul verificarsi dell'effetto dannoso, ossia se si dà prova della causalità individuale, e non della mera idoneità in astratto della prestazione a cagionare il pregiudizio (ossia, della causalità generale)⁹⁵.

tutto ciò sia evitabile non sottoponendo il paziente all'intervento e limitandosi a un trattamento conservativo» (F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., *ibidem*).

⁹³ La giurisprudenza, sostanzialmente tratratizia in merito, si è evoluta, secondo quanto verrà poi precisato nel testo, solo con riferimento allo standard probatorio che il creditore cliente dovrà osservare perché si possa ritenere dimostrato il nesso di causalità. Cfr. tra molti sul punto R. CONTE, *Profili di responsabilità civile e disciplinare dell'avvocato: nesso di causalità e critica con cognizione di causa in recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Il corr. giur.*, 2013, pp. 198-207, spec. pp. 199-201; M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e resp.*, 2014, pp. 985-1007.

⁹⁴ Così, tra le tante, Cass. civ., sez. III, sent. 16 ottobre 2008 n. 25266, in *I contratti*, 2009, pp. 343-344, con nota di F. MICETTI, *Responsabilità dell'avvocato e prova del danno*, ivi, pp. 344-354, spec. pp. 350-354; Cass. civ., sez. III, sent. 13 febbraio 2014 n. 3355, sulla quale cfr. R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, cit., p. 1093. Si v., inoltre, su taluni aspetti specifici, Cass. civ., sez. II, sent. 13 maggio 2011 n. 10686, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 295-297, con commento di L. BUGATTI, *Mancata proposizione dell'appello e responsabilità del professionista forense*, ivi, pp. 298-303; Cass. civ., sez. III, sent. 5 agosto 2013 n. 18612, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 1089-1091, con commento di R. CONTE, *Contrasti giurisprudenziali sul termine di prescrizione e responsabilità dell'avvocato*, ivi, pp. 1091-1095, che valuta con maggiore rigore la negligenza del legale.

Per la giurisprudenza di merito si v. Trib. Cagliari, sent. 8 gennaio 2019 n. 20, in *Riv. giur. sarda*, 2019, pp. 555-566, con nota di M. T. NURRA, *Brevi note in materia di responsabilità professionale dell'avvocato*, ivi, pp. 566-581.

⁹⁵ Ad esempio, l'omessa o la negligente formulazione delle istanze istruttorie da parte del difensore, in astratto suscettibile di determinare la perdita della lite, può non avere inciso in concreto sulla produzione dell'evento dannoso, mentre la scarsa fondatezza della domanda, una giurisprudenza contraria alle prospettazioni del cliente, ovvero l'adesione del giudice ad una tesi sfavorevole alla parte, poi effettivamente soccombente, sono circostanze di per sé idonee

Per vero, se nella tipologia di responsabilità in esame non si dubita che la prova del nesso causale gravi sempre e comunque sul creditore-cliente, a differenza delle oscillazioni in cui si dibatte la responsabilità medica, lo standard di riferimento, a séguito di un'articolata evoluzione giurisprudenziale, è il medesimo riscontrato nella generalità delle obbligazioni c.d. di diligenza professionale, ossia il "più probabile che non"⁹⁶. Difatti, specie nell'insegnamento della Suprema Corte, dalla "certezza morale" del rapporto tra omessa e inesatta prestazione del legale e pregiudizio occorso al cliente si è poi trascorsi alla "ragionevole certezza", per giungere infine alla "ragionevole probabilità"⁹⁷.

La valutazione prognostica circa l'esito favorevole del giudizio in caso di diligente adempimento da parte del professionista ha, evidentemente, natura tecnico-giuridica; tuttavia, com'è stato opportunamente posto in rilievo, pur se la giurisprudenza fa ricorso alla «previsione probabilistica di contenuto tecnico-giuridico» per specificare l'oggetto e l'intensità della prova richiesta al creditore, essa non può risolversi in un convincimento oggettivo del giudice in merito al possibile diverso esito dell'azione giudiziale negligenzemente coltivata dal difensore (ciò poiché in tale esito si riflettono molteplici variabili), ma solamente in una sua convinzione soggettiva e, dunque, in una "certezza morale"⁹⁸.

Allora, sono proprio le difficoltà probatorie che incontra il soggetto, suppostamente leso dall'inadempimento lamentato verso il patrocinatore, nel dimostrare il nesso tra il medesimo e l'esito negativo della lite giudiziale che giustificano il ricorso allo strumento, concettuale ed operativo, della perdita di *chance*; difatti, tramite questa si palesa senz'altro più agevole ipotizzare un collegamento tra errore professionale e lesione patrimoniale costituita dalla perdita delle opportunità di vincere la causa⁹⁹.

a causare il pregiudizio e tali, allora, da rendere irrilevante sul piano eziologico la mancata o inesatta prestazione del professionista. Si v. per queste notazioni R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, cit., *ibidem*.

⁹⁶ Il quale, peraltro, dalla recente giurisprudenza viene utilizzato, nel settore della responsabilità da negligente patrocinio, come criterio di accertamento anche della c.d. causalità giuridica; si v. Cass. civ., sez. III, 30 aprile 2018 n. 10320, in *Danno e resp.*, 2018, pp. 715-721; Cass. civ., sez. III, sent. 24 ottobre 2017 n. 25112, ivi pp. 721-728, entrambe con commento di V. VISCONTI, *Pluralità dei nessi e regola della «preponderanza dell'evidenza: la Cassazione applica il «più probabile che non» anche alla causalità giuridica*, ivi, pp. 728-733.

⁹⁷ Cfr. sul punto M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, cit., pp. 992-994.

⁹⁸ Così R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, cit., p. 1095, nota 25.

⁹⁹ Come constata R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, cit., pp. 1095-1096, il quale sottolinea la capacità di tale figura di danno nell'eludere, almeno parzialmente, le difficoltà di prova inerenti al nesso causale.

6. Il nesso causale nell'inadempimento delle obbligazioni di dare e non facere

La giurisprudenza sopra esaminata, peraltro, pur nella contestabilità delle conclusioni cui perviene, si avvale della distinzione tra le obbligazioni di diligenza professionale e le altre tipologie di rapporti obbligatori al fine di riservare esclusivamente alle prime lo speciale regime probatorio che essa ricostruisce nei termini di una sostanziale eccezione alla regola sancita dalle Sezioni Unite del 2001 (sent. n. 13533); in base a questa pronuncia, difatti, la mera allegazione dell'inadempimento sarebbe di per sé bastevole, se questo fosse adeguatamente qualificato (come precisano le Sez. Un., sent. n. 5777/2008), ad esplicitare l'imputazione del danno al debitore che non fornisca la prova liberatoria circa l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile.

Con riguardo, allora, alle obbligazioni di dare o di fare, l'interesse del creditore è soddisfatto di per sé dall'esatta esecuzione della prestazione dovuta, la quale allora estingue il rapporto obbligatorio essendo stato conseguito il fine in vista del quale esso è sorto. Di converso, se tale prestazione manchi o sia inesattamente eseguita, ciò implica senz'altro la mancata attuazione del programma divisato dalle parti e, pertanto, l'insoddisfazione del creditore. Nelle obbligazioni diverse da quelle di c.d. diligenza professionale, la causalità sarebbe perciò implicita nell'inadempimento, allegando il quale vengono assicurate le esigenze ordinarie di individuazione del soggetto responsabile.

Tuttavia, la III sezione civile della Cassazione, con ordinanza n. 4009 del 18 febbraio 2020, ha rimesso in discussione la lettura dell'art. 1218 c.c. in base alla quale, almeno nelle obbligazioni di *dare e facere* non professionale, l'inadempimento denota una significativa attitudine causale tale da esonerare il creditore dalla prova di qualsivoglia nesso eziologico tra la mancata o inesatta esecuzione della prestazione e il danno subito. Difatti, l'interpretazione della norma cardine in materia di responsabilità contrattuale qui accolta poggia sul fatto che l'art. 1218 c.c., mentre esonera il creditore dalla prova della colpa del debitore, non esclude l'onere di provare il rapporto di causalità tra la condotta del medesimo e il pregiudizio lamentato. Tale prospettiva si riverbera anche sul principio di vicinanza della prova, giacché il nesso eziologico, in ipotesi costitutivo della fattispecie risarcitoria, viene considerato equidistante sia dal debitore sia dal creditore¹⁰⁰, per cui, in applicazione dell'art. 2697 c.c., sarebbe

¹⁰⁰ Per una condivisibile ricostruzione in senso diverso rinvio a V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pp. 297-340, spec. pp. 315-316, secondo il quale il principio di vicinanza della prova dovrebbe condurre a sostenere che, nella maggior parte dei casi, «il soggetto più vicino alla prova è il paziente, il quale manifesta i sintomi, conosce il proprio stile di vita, ha posto in essere le eventuali condotte autolesive, sa o dovrebbe sapere tutta la propria storia clinica, è al corrente di episodi di familiarità». Ne consegue che il rigoroso rispetto di un siffatto principio implicherebbe una valutazione casistica, in base alla quale spetta al medico provare talune

quest'ultimo a dovere provare i fatti che stanno a fondamento del diritto al risarcimento così vantato.

In effetti, nel caso di specie si assiste ad una traslazione dell'approccio che la giurisprudenza ha adottato in merito alla responsabilità professionale nel campo della responsabilità *ex recepto*; di ciò si ha compiuta dimostrazione confrontando la pronuncia da ultimo menzionata con un precedente della medesima Suprema Corte, la quale, nella sentenza 7 dicembre 2017, n. 29315 relativa ad un'ipotesi di responsabilità medica, afferma che l'esonero dalla dimostrazione della colpa del debitore non esclude per il creditore il carico probatorio inerente al nesso di causalità, secondo le ragioni sopra evidenziate di equidistanza di un siffatto elemento costitutivo della pretesa rispetto a entrambe le parti del rapporto obbligatorio (e, anzi, in merito alla c.d. causalità giuridica, che la sentenza in oggetto evidentemente ascrive al campo eziologico, si afferma che essa riguarderebbe una situazione di maggiore vicinanza del creditore, il quale vede frustrata la sua pretesa, rispetto alle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento, per cui, a più forte ragione, della relativa prova deve gravarsi lo stesso creditore).

Le critiche sul punto, condivisibilmente assai severe, hanno posto in evidenza come in tal modo si giungerebbe ad estendere la prospettiva aquiliana anche alla responsabilità contrattuale, obliterando del tutto le ragioni logiche, prim'ancora che giuridiche, sottese alla relativa distinzione¹⁰¹. Peraltro, trattandosi di una pronuncia ancora isolata nel campo delle obbligazioni di dare/*facere* non professionale, la forza di attrazione in esso degli indirizzi relativi all'inadempimento delle obbligazioni di diligenza non può dirsi in via di consolidamento per le suddette ipotesi.

circostanze e al paziente dimostrarne altre, ciò che sarebbe non solo impraticabile ma anche di dubbia compatibilità con il sistema.

¹⁰¹ Cfr. F. PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it.*, 2020, cc. 2000-2013. Si v. anche ID., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., p. 716, ove l'autore mette in luce come l'affermata identità del giudizio causale e della distribuzione dei temi di prova, nella responsabilità tanto da inadempimento quanto aquiliana, derivi dall'erronea riconduzione della causalità al danno, di cui costituirebbe una dimensione; per contro, si fa notare, un problema eziologico sussiste anche al di fuori del contesto risarcitorio (come può constatarsi nelle ipotesi di illecito senza pregiudizio cui reagisce l'azione inibitoria) e, inoltre, se la causalità concerne il rapporto tra condotta ed evento, dannoso o meno, essa non può risolversi in alcuno dei due termini dei quali costituisce fattore di collegamento (tanto più che, rispetto ad entrambi e, soprattutto, al danno in cui si vorrebbe farla confluire, della causalità non può aversi cognizione diretta, essendo la medesima un mero giudizio di derivazione).

7. Osservazioni conclusive: pragmatismo giudiziale nell'accertamento causale e demitizzazione sistematica dei relativi profili probatori

In conclusione, pur se la causalità si valuta all'esito di un'inferenza e non di un giudizio di fatto, essa comunque costituisce l'oggetto di un *giudizio su fatti*. Il problema, pertanto, non consiste nella natura deduttiva del nesso eziologico, ma concerne le caratteristiche del suo accertamento, in particolare se questo sia arbitrario, naturalistico, intuitivo o normativo (da intendersi, in quest'ultimo senso, come fondato su specifici criteri definiti in apposite previsioni); inoltre, deve determinarsi, qui in base a parametri esclusivamente tecnico-giuridici, se la relativa valutazione sia affidata al giudice o al consulente tecnico.

Per vero, l'impressione è che l'accertamento peritale – quand'anche non affermi esplicitamente la sussistenza o meno del nesso eziologico – prospetti i fatti in un'ottica causale, così esprimendo implicitamente un giudizio. Infatti, come si ricava soprattutto dall'esame della giurisprudenza di merito¹⁰², nella consulenza non si ricostruisce la totalità degli eventi ma si selezionano previamente quelli rilevanti; la rilevanza, peraltro, postula proprio il giudizio di causalità, il quale, formalmente riservato al giudice, in concreto è demandato al consulente tecnico. Nella prassi giudiziaria, allora, la prova della causalità è connessa in modo esponenziale all'esito favorevole della perizia, sì che, di fatto, la consulenza diventa il necessario mezzo di prova di un fatto che si assume (nella responsabilità contrattuale, si ribadisce, *erroneamente*) costitutivo della pretesa.

Il legislatore sembra avere recepito questa impostazione in tema di responsabilità professionale del medico, disponendo l'accertamento tecnico preventivo obbligatorio come condizione di procedibilità delle cause in materia (artt. 8, l. n. 24/2017, e 696 *bis* c.p.c.)¹⁰³. Il fine deflattivo, in effetti, non è sufficiente a giustificare tale previsione, atteso che uno strumento di contrazione del carico processuale a carattere obbligatorio, ossia la mediazione, era già previsto. L'opzione per l'accertamento tecnico preventivo, allora, consegue alla constatazione che tale tipologia di cause sfocia in un contraddittorio di natura squisitamente tecnica, nell'ambito del quale il giudice svolge una funzione non più riconducibile al ruolo di *peritus peritorum* per cui, più concretamente, i suoi compiti si riducono al mero controllo *lato sensu* notarile della ricostruzione peritale. A conferma della (criticabile) natura tecnica e non normativa che viene ad assumere il giudizio di causalità, la c.t.u. in taluni ambiti diventa "percipiente", poiché si tende a recepirne integralmente le valutazioni limi-

¹⁰² In riferimento al quale rinvio ad una versione più estesa di questa ricerca, in corso di pubblicazione.

¹⁰³ Cfr. E. LABELLA, *Il nesso di causalità nelle obbligazioni di diligenza professionale*, cit., p. 295, nota 63, per una valutazione critica circa il complessivo sistema derivante dal combinato disposto delle due norme citate nel testo (con particolare riguardo alla formulazione dell'art. 8, l. n. 24/2017).

tandosi a verificarne la coerenza logica¹⁰⁴, il che, peraltro, rende decisamente elevato il rischio che il giudicante non eserciti nei fatti la propria controllabile discrezionalità per rimettere la decisione circa il nesso all'imponderabile lettura del perito.

¹⁰⁴ Sulla natura percipiente della c.t.u. cfr. in giurisprudenza Cass. civ., sez. III, sent. n. 8989 del 19 aprile 2011; Cass. civ., sez. III, sent. n. 22225 del 20 ottobre 2014; Cass. civ., sez. II, sent. n. 1190 del 22 gennaio 2015 e, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, ord. n. 13736 del 3 luglio 2020.

Abstract [Ita]

Secondo una consolidata lettura dell'art. 1218 c.c., poiché il rapporto obbligatorio consiste in una relazione tra debitore e creditore strumentale alla soddisfazione dell'interesse di quest'ultimo, tale rapporto soddisfa senz'altro le esigenze di imputazione dell'evento dannoso derivante dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione.

Tuttavia, secondo alcune opinioni, nel giudizio volto ad accertare la derivazione del danno dall'inadempimento, la causalità dovrebbe essere oggetto di dimostrazione da parte del creditore insoddisfatto, il quale, allora, è tenuto a dare la prova del rapporto tra la condotta del debitore e la lesione dal primo subita. La causalità, in particolare, nelle c.d. obbligazioni di diligenza professionale viene fatta rientrare dalla più recente giurisprudenza della Cassazione tra gli elementi costitutivi della responsabilità debitoria, rendendosi necessario nella fase del merito l'accertamento della causalità in concreto tramite l'indagine peritale.

Il saggio si sofferma sulle varie ricostruzioni della distribuzione tra debitore e creditore degli oneri concernenti la prova del nesso causale, saggiandone la tenuta rispetto al dato normativo e alla coerenza del sistema.

Parole chiave: onere della prova; nesso causale; inadempimento; responsabilità; indagine del perito.

Abstract [Eng]

According to a well-settled understanding of art. 1218 of the Civil Code, since the obligatory relationship is aimed at satisfying the creditor's interest through the debtor's performance, the harmful event arising from the non-performance (or from a not duly performed execution) should be directly attributed to the latter.

Some authors differently affirm that evidence of the causal relation between non-performance and harm should be provided by the creditor.

The recent case law of the Supreme Court puts causal relation as an element of the debtor's liability, particularly in the context of professional liability: the consequence is that ascertaining the causal relation becomes in fact demanded to the expert evidence.

The paper analysis the different theories on the allocation of the burden of proof between debtor and creditor, by assessing their consistency with the rules governing contractual liability.

Keywords: burden of proof; causal relation; non-performance; liability; expert evidence.