

Vincenzo Lopilato

MANUALE DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO

- I -

Parte generale

Terza edizione



G. Giappichelli Editore

MANUALE DI
DIRITTO AMMINISTRATIVO

- I -

Vincenzo Lopilato

MANUALE DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO

- I -

Parte generale

Terza edizione



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-490-3 (*Due volumi indivisibili*)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Vincenzo Lopilato, Consigliere di Stato, già giudice ordinario e giudice del Tribunale amministrativo regionale.

È docente nei corsi di magistratura ordinaria organizzati da G. Giappichelli Editore s.r.l.

Capitolo 15

Obbligazioni

Omissis...

4. Inadempimento delle obbligazioni

In questa sede rilevano le fonti che fanno nascere diritti di credito e obbligazioni.

I diritti di credito sono diritti riconosciuti ad un soggetto (il creditore) e hanno ad oggetto un comportamento (la prestazione) che deve porre in essere un altro soggetto (il debitore) cui fa capo l'obbligazione per la realizzazione di un interesse, anche non patrimoniale, del creditore, relativo ad un bene, suscettibile di valutazione economica (art. 1174 cod. civ.) [cap. 5, par. 2].

Al diritto di credito, dunque, si correla sempre un dovere di prestazione.

La responsabilità per inadempimento delle obbligazioni è un istituto di portata ampia, strettamente connesso a tutte le fonti che fanno nascere diritti di credito e obbligazioni e dunque al contratto (che è la principale categoria), alla legge puntuale (si pensi alle obbligazioni alimentari), nonché ad ogni altro atto o fatto idoneo a produrle. Non è un caso che la stessa espressione "responsabilità contrattuale" viene ritenuta una *sinceddoche* nel senso che si indica una parte per indicare un fenomeno più ampio.

Si distinguono obbligazioni di fare, non fare e di dare.

La distinzione più rilevante è tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Questa distinzione sorge nel sistema giuridico francese e comporta la ripartizione delle obbligazioni in due separate categorie.

Una prima categoria è costituita da obbligazioni che si definiscono di mezzi in quanto l'obbligazione ha ad oggetto soltanto il comportamento del debitore, come avviene nel caso della responsabilità del professionista (ad esempio, medico, avvocato e notaio).

Una seconda categoria è costituita da obbligazioni che si definiscono di risultato in quanto l'obbligazione ha ad oggetto soltanto il risultato, come avviene nelle obbligazioni di consegnare un bene o una somma di denaro o nelle obbligazioni di garanzia.

Si tratta di una distinzione che determina la divisione in due parti separate del regime delle obbligazioni.

Nel nostro ordinamento, un primo e tradizionale orientamento, proposto da autorevole dottrina¹, ha ripreso questa distinzione criticandola ma al tempo stesso mantenendola sia pure mediante una rilevante modifica.

Si è ritenuto che in tutte le obbligazioni esista un comportamento e un risultato. In particolare, in quelle che si definiscono obbligazioni di comportamento le parti hanno sempre di mira il raggiungimento di un risultato che, però, non necessariamente ha natura "unitaria" ma dipende dalla specificità del rapporto obbligatorio. Ad esempio, nell'attività del medico, le cure che devono essere prestate sono «*un mezzo per la guarigione del malato, ma sono già un risultato*»² se si guarda allo scopo di essere curato. Si è ritenuto che il "risultato", inteso come "guarigione", esuli dal perimetro dell'obbligazione, che ha ad oggetto soltanto il comportamento del medico per il raggiungimento di una utilità che, però, non può consistere nella guarigione. Il "risultato" della guarigione viene considerato un interesse finale o presupposto rispetto all'interesse strumentale che sta fuori dal rapporto obbligatorio.

Nell'ambito della giurisprudenza si riscontrano almeno tre diversi orientamenti.

Un primo orientamento ritiene che si tratti di una distinzione che deve essere superata, in quanto «*in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile*», con la conseguenza che «*in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo*»³.

¹ L. Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi". Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss.

² L. Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi". Studio critico*, cit., 188.

³ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

Un secondo orientamento ritiene che, ferma l'unitarietà del sistema delle obbligazioni, la distinzione attenga all'oggetto della prestazione, in quanto nelle obbligazioni di risultato "non predeterminato" quest'ultimo può essere lesa anche da "ulteriori" fattori diversi dal comportamento del debitore⁴.

Un terzo orientamento attribuisce rilevanza a tale distinzione, almeno con riferimento alle obbligazioni cd. di fare professionale⁵, in una prospettiva originale che verrà analizzata nel capitolo relativo alla responsabilità contrattuale, in quanto essa presuppone la previa analisi del rapporto di causalità [si v. cap. 17, par. 12.1].

In presenza di contratti che trasferiscono la proprietà o altro diritto reale vale la regola del consenso traslativo (art. 1376 cod. civ.) per cui, in questo caso, non sorge un'obbligazione in senso tecnico, intesa come dovere di prestazione, in quanto il diritto reale si trasferisce automaticamente senza l'intermediazione di una obbligazione⁶.

Negli altri casi, invece, la violazione del dovere di prestazione determina responsabilità per inadempimento.

La questione, per lungo tempo dibattuta, in presenza di un quadro normativo non chiaro, è stata quella relativa alla natura soggettiva o oggettiva della responsabilità per inadempimento. In particolare, si tratta di stabilire se, ai fini dell'imputabilità dell'inadempimento, occorre accertare la colpa del debitore.

Rinviando ad altra sede l'approfondimento in ordine alla nozione di colpa [cap. 17, parr. 16-16.2], è sufficiente rilevare che, mutuando la disciplina penalistica di cui all'art. 43 cod. pen., la colpa presuppone la "non volizione" dell'evento e la sua verificazione a causa di negligenza, imprudenza o imperizia (cd. colpa generica) ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (cd. colpa specifica). La concezione normativa e oggettiva di colpa presuppone, pertanto, l'esistenza di predefinite regole cautelari di condotta che se vengono violate comportano la qualificazione della condotta concreta come colposa.

L'art. 1218 cod. civ. prevede che «*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*».

L'art. 1176 cod. civ. dispone che «*nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*».

Occorre distinguere la "clausola di esatto adempimento" dalla prova liberatoria costituita dalla "impossibilità della prestazione" (fatto impeditivo) derivante da "causa non imputabile".

In via preliminare, è bene chiarire che l'art. 1176 cod. civ. definisce la cd. "diligenza determinativa", che rappresenta il modello di precisione e di abilità tecnica. E, in questo ambito, viene in rilievo la nozione di colpa intesa in senso oggettivo di determinazione della prestazione dovuta.

La questione controversa attiene al significato da assegnare alla causa di esonero da responsabilità.

Un primo orientamento, formatosi dopo l'emanazione del codice del 1942, ritiene che la responsabilità del debitore debba essere intesa come responsabilità oggettiva. In questa prospettiva, la impossibilità deve essere oggettiva (nel senso di doversi riferire alla prestazione in sé) e assoluta (nel senso che nessuna forza umana potrebbe superarla).

Un secondo orientamento, maggioritario, ritiene che la responsabilità del debitore abbia natura soggettiva⁷. Si valorizza il collegamento con l'art. 1176 cod. civ. secondo cui «*nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*».

La lettura in combinato disposto degli artt. 1176 e 1218 cod. civ. attribuisce natura soggettiva alla responsabilità che è, pertanto, fondata sulla colpa.

In questa prospettiva, l'impossibilità dovrebbe essere interpretata non come "oggettiva e assoluta" ma «*come impedimento non prevedibile o superabile con la dovuta diligenza*»⁸. Si ritiene che viene in rilievo, in questo ambito, la cd. "diligenza conservativa": il debitore deve prevedere ed evitare, usando l'ordinaria diligenza, quel determinato evento in modo da "conservare" la possibilità di adempimento.

⁴ Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 2014, n. 4876.

⁵ Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991; Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392.

⁶ Nel contratto di compravendita, mancando un'obbligazione in senso tecnico, il sistema di tutele è affidato alla garanzia per vizi, che costituisce una forma speciale di responsabilità per violazione dell'impegno traslativo (art. 1490 cod. civ.).

⁷ Questi orientamenti sono riportati in Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577. In dottrina, si v. G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1 ss.; V. De Lorenzi, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. e impr.*, 2016, 456 ss.; F. Piraino, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709 ss.; G. Sicchiero, *Dalle obbligazioni di "mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili e non governabili*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1391 ss.

⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile. La Responsabilità*, Milano, 2012, 25.

Un terzo orientamento⁹ ritiene che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato incida sulla natura della responsabilità. Se l'obbligazione è di mezzi la responsabilità è soggettiva. Se l'obbligazione è di risultato la responsabilità è oggettiva.

La giurisprudenza prevalente, che segue l'orientamento soggettivo, ha provveduto a "tipizzare" le possibili cause di esonero da responsabilità che devono essere valutate secondo il parametro dell'agente modello¹⁰.

Invero, sul riparto dell'onere della prova e, in particolare, sulla prova del rapporto di causalità si è, recentemente, registrato un contrasto interpretativo che verrà esaminato nel capitolo sulla responsabilità [cap. 17, par. 12.1]. In questa sede, è sufficiente rilevare come l'orientamento maggioritario ritiene che il creditore debba allegare soltanto l'esistenza del titolo dell'obbligazione e la sua scadenza e, dunque, la esigibilità del credito.

Il debitore deve provare: *i*) di avere esattamente adempiuto, ponendo in essere la prestazione dovuta conforme alle regole determinative della diligenza; *ii*) che esiste una causa impeditiva che ha reso impossibile l'adempimento¹¹.

Una questione complessa attiene all'individuazione del soggetto su cui ricadono le conseguenze, in punto di prova, nel caso in cui sia ignota la causa del danno.

Un primo orientamento, seguito dalla giurisprudenza prevalente, che non distingue obbligazioni di mezzi e di risultato, sembra ritenere che il rischio della causa ignota, nel giudizio di esonero della responsabilità, incomba sempre sul debitore¹².

Un secondo orientamento, seguito da parte della dottrina¹³, ritiene che nelle obbligazioni di mezzi, la causa ignota incomba in capo al creditore e nelle obbligazioni di risultato in capo al debitore. In particolare, nel primo caso la delimitazione dell'oggetto del rapporto obbligatorio alla sola "prestazione" del debitore (ad esempio, del medico) fa sì che sia sufficiente che quest'ultimo dimostri di avere tenuto una prestazione diligente per andare esente da responsabilità.

Un terzo orientamento, seguito da recenti sentenze della Corte di Cassazione¹⁴ ed essendo connesso alla tematica della causalità, verrà esposto oltre [cap. 17, par. 12.1].

L'azione principale proponibile, prevista espressamente dall'art. 1218 cod. civ., è quella risarcitoria. Pur in assenza di una chiara previsione, dal sistema nella sua interezza e anche dall'art. 1453 cod. civ.¹⁵ si desume che è possibile proporre anche l'azione di adempimento.

Nel caso in cui titolo dell'obbligazione è il contratto, il sistema di responsabilità per inadempimento rimane quello generale sin qui esposto e che verrà ripreso oltre nel testo [cap. 17, parr. 12.1 e 32]. Ciò che muta è che si aggiungono, accanto ai rimedi generali esposti, quelli specifici a tutela del contratto. Si pensi ai rimedi risolutivi previsti dagli artt. 1453 ss. cod. civ. La complessità di tali rimedi deriva dal fatto che, nei contratti a prestazioni corrispettive, le situazioni giuridiche soggettive diventano plurime, in quanto ciascuno è titolare di un diritto di credito e di un obbligo¹⁶.

⁹ G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, cit.

¹⁰ In particolare, sono state individuate le seguenti cause di esonero da responsabilità: *i*) caso fortuito; *ii*) atti della pubblica autorità (cd. *factum principis*), che possono consistere in una norma di legge o in un provvedimento amministrativo (ai sensi ad uno strumento urbanistico che vieta di effettuare, in determinate zone, costruzioni che costituiscono l'oggetto dell'impegno contrattuale); *iii*) sciopero, che può impedire l'esecuzione della prestazione; *iv*) fatto dello stesso creditore; *v*) fatto illecito del terzo.

¹¹ Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 ha sottolineato che, venendo in rilievo un fatto negativo (l'inadempimento), l'onere probatorio della sua esistenza non può ricadere in capo al creditore. Soltanto in presenza di una obbligazione di non fare, risolvendosi l'inadempimento in un fatto positivo, la prova della sua esistenza incombe in capo al creditore.

¹² Si afferma quanto segue: «qualora rimanga incerta la causa dell'esito infausto, la situazione processuale di sostanziale incertezza circa l'assenza di colpa del medico, e circa le cause dell'aggravamento, non può esser fatta ricadere sul paziente (che non è, oltretutto, il soggetto che dispone degli strumenti e che ha accesso a tutte le informazioni per poter accertare la vera causa del suo aggravamento), ma ricade sul sanitario o sulla struttura, che non riesce a liberarsi dalla sua responsabilità. Si precisa che la prova liberatoria potrebbe anche consistere nella individuazione di un fatto, impreveduto e imprevedibile ma pur sempre riconducibile alla condizione fisica del paziente, il quale potrebbe in ipotesi avere un crollo delle proprie condizioni generali non prevedibile a priori» (Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2015, n. 5590).

¹³ G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, cit.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991; Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392.

¹⁵ Tale norma prevede espressamente l'azione di adempimento nell'ambito dei rimedi specifici previsti quando la fonte dell'obbligazione è un contratto a prestazioni corrispettive.

¹⁶ Questa complessità spiega, ad esempio, la previsione di rimedi di autotutela, quale è l'eccezione di inadempimento. L'art. 1460 cod. civ. prevede, infatti, che «nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto».

Omissis...

Capitolo 17

Responsabilità

Omissis...

12.1. Rapporto di causalità nella responsabilità contrattuale di diritto privato

Nel modello della responsabilità contrattuale non è necessario ricorrere alle teorie elaborate per ricostruire il nesso di causalità materiale, in quanto, sussistendo un rapporto giuridico tra creditore e debitore, si conosce già l'autore dell'illecito. Si realizza una sovrapposizione tra inadempimento e causalità. In questa prospettiva, l'eventuale fattore sopravvenuto, che rende impossibile la prestazione per causa non imputabile al debitore, costituisce non un fattore interruttivo della causalità ma una causa di estinzione dell'obbligazione (artt. 1218 e 1256 cod. civ.).

La questione della possibile rilevanza del rapporto di causalità materiale si è posta nell'ambito della responsabilità del medico [su cui v. cap. 21, parr. 8-8.1.1].

In via preliminare, deve rilevarsi che le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato che, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. e in base al principio di vicinanza della prova, il creditore deve soltanto indicare la fonte del suo diritto e, se previsto, il termine di scadenza, potendosi limitare ad allegare l'inadempimento della controparte. Il debitore deve provare: *i*) di avere esattamente adempiuto, ponendo in essere la prestazione dovuta conforme alle regole determinative della diligenza; *ii*) che esiste una causa impeditiva che ha reso impossibile l'adempimento¹⁷.

Il contrasto ha riguardato la collocazione, in questo ambito, della prova della causalità.

Un primo orientamento, che sembra discostarsi, sul punto, da quanto affermato dalle Sezioni unite¹⁸, ritiene che la prova incomba sul creditore danneggiato, il quale deve provare il fatto costitutivo dell'illecito. La Corte di Cassazione ha rilevato che «*non solo il danno ma anche la sua eziologia è parte del fatto costitutivo che incombe all'attore di provare*»¹⁹. Se rimanesse incerta la reale causa del danno, le conseguenze sfavorevoli dovrebbero restare a carico dell'attore danneggiato.

Un secondo orientamento, più in linea con quanto affermato dalle Sezioni unite²⁰, sembra spostare, invece, l'onere probatorio in capo al danneggiante: l'attore danneggiato ha l'onere di provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provare il danno lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato ovvero che esso non sia stato causa del danno²¹. Se rimanesse incerta la reale causa del danno, le conseguenze sfavorevoli dovrebbero restare a carico del danneggiante.

La Corte di Cassazione, con due sentenze importanti²², ha preso posizione nel senso di seguito indicato.

La Corte ha ritenuto, invero, che la finalità della causalità materiale sia quella di accertare non tanto la lesione della posizione giuridica ma quella dell'interesse del creditore. Questo accertamento, tuttavia, nella responsabilità contrattuale, non avrebbe pratica rilevanza in quanto l'inadempimento lede sempre tale interesse.

¹⁷ Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

¹⁸ Cass. civ., sez. un., n. 13533 del 2001, cit.

¹⁹ Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392.

²⁰ Cass. civ., sez. un., n. 13533 del 2001, cit.

²¹ Cass. civ., sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547; Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2013, n. 27855; Trib. Napoli, sez. VIII, 20 maggio 2019, n. 5155.

²² Cass. civ., sez. III, n. 28991 del 2019, cit.; Cass. civ., sez. III, n. 18392 del 2017, cit.

Si è affermato quanto segue: il «*danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione non richiede la qualifica dell'ingiustizia, che si rinviene nella responsabilità extracontrattuale, perché la rilevanza dell'interesse leso dall'inadempimento non è affidata alla natura di interesse meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico, come avviene per il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. (...), ma alla corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione (arg. ex art. 1174 c.c.)*». Ne consegue che «*se la soddisfazione dell'interesse è affidata alla prestazione che forma oggetto dell'obbligazione vuol dire che la lesione dell'interesse, in cui si concretizza il danno evento, è cagionata dall'inadempimento*».

La causalità materiale, «*pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento per la differenza fra eziologia ed imputazione, non è praticamente separabile dall'inadempimento, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento*».

La Cassazione ha ritenuto che la causalità materiale assuma rilevanza nei contratti che hanno ad oggetto un *facere* professionale, quale è il contratto stipulato tra medico e paziente.

Si distingue un interesse strumentale da un interesse finale o presupposto.

Il primo è quello che deve essere soddisfatto dalla prestazione professionale del medico e che consiste nel rispetto delle *leges artis* del settore medico.

Il secondo è l'interesse alla salute e, dunque, alla guarigione che non entra nell'oggetto della obbligazione e, dunque, non connota la prestazione che rimane obbligazione di mezzi, ma attiene alla causa del contratto. Il rapporto di causalità materiale deve, pertanto, essere ricostruito avendo come punto di riferimento tale interesse finale.

Questa diversità tra inadempimento e causalità si realizza in quanto, in presenza dei contratti in esame, l'evento potrebbe essere causato da fattori alternativi.

Secondo la Cassazione si delinea «*un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle*».

Il primo ciclo è costituito dal «*nesso di causalità materiale che il creditore della prestazione professionale deve provare*» ed è «*quello fra intervento del sanitario e danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie*».

Il secondo ciclo è costituito dal «*nesso eziologico che invece spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio*» ed è «*quello fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176, comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218)*». Se la prova della causa di esonero è stata raggiunta, si sottolinea, «*vuol dire che l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia è si eziologicamente riconducibile all'intervento sanitario, ma il rispetto delle *leges artis* è nella specie mancato per causa non imputabile al medico*». Si afferma che «*la prova della causalità materiale da parte del creditore può naturalmente essere raggiunta anche mediante presunzione*».

Per quanto attiene alla causa ignota si osserva quanto segue: «*se resta ignota anche mediante l'utilizzo di presunzioni la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore della prestazione professionale, se invece resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale, ovvero resta indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore*»²³.

Tali recenti pronunce non fanno espressamente riferimento alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ma riprendono, implicitamente, questa ricostruzione e ne propongono una originale.

In particolare, sembra che il contenuto del contratto debba essere scisso in due parti.

In una parte del contratto verrebbe in rilievo il «rapporto obbligatorio» e si farebbe riferimento all'obbligazione e, dunque, al solo «comportamento» o «fare professionale». In questa logica, si ritiene che il debitore-medico assolva l'onere probatorio mediante la dimostrazione di avere posto in essere un comportamento conforme alle regole della diligenza.

²³ È bene chiarire che, sebbene la Corte di Cassazione faccia riferimento ad un «*duplice ciclo causale*», invero, sembrerebbe evocare sia il concetto di causalità sia quello di colpa.

In particolare, il rapporto di causalità tra condotta ed evento deve essere provato dal creditore-paziente. Al contrario, il debitore-medico deve provare che quell'evento si è realizzato per una causa imprevedibile e inevitabile che ha estinto l'obbligazione e che sembra rilevare sul piano della diligenza conservativa [su questa nozione si v., oltre, par. 16.1]. Nella sentenza in esame si fa coincidere, infatti, la causa imprevedibile e inevitabile con il caso fortuito che viene espressamente ritenuto di natura soggettiva mediante il richiamo all'equazione *casus = non-culpa*.

In dottrina si v. G. D'Amico, *Il rischio della causa ignota nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, 349 ss.; R. Pardolesi-S. Roberto, *Nesso di causalità e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, 5 ss.

Ma questo non significa ancora che non sia responsabile.

Nell'altra parte, invece, verrebbe in rilievo l'interesse presupposto o finale e, dunque, la "causa del contratto" ed è qui che si collocherebbe la causalità materiale. È in relazione alla prova di tale lesione che il creditore-paziente deve provare la causalità materiale.

Le sentenze in esame, in concreto, finiscono per estendere il regime della responsabilità civile anche al periodo precedente la riforma del 2017 al fine di migliorare la posizione del debitore-medico, nella logica di evitare fenomeni di cd. "medicina difensiva".

La dottrina ha criticato questo orientamento per le seguenti ragioni.

In primo luogo, ha messo in rilievo la contraddittorietà tra l'affermazione relativa alla riconducibilità della salute nella causa in concreto e la sua esclusione dal perimetro del rapporto obbligatorio²⁴. L'anomalia sta nel fatto che si dovrebbe postulare una responsabilità contrattuale per violazione della causa del contratto.

In secondo luogo, pur richiamandosi la causa, si sarebbe esteso al settore della responsabilità contrattuale il modello della responsabilità civile mediante l'applicazione del criterio della causalità materiale²⁵. In particolare, sembra che la Corte di Cassazione abbia riportato nell'ambito della responsabilità contrattuale gli orientamenti espressi nell'ambito della responsabilità civile, distinguendo la prova della causalità materiale, in capo al creditore, dalla prova della causa di esonero da responsabilità per interruzione del nesso causale secondo la teoria della causalità efficiente, in capo al debitore [par. 12].

In terzo luogo, si osserva che è criticabile, in ogni caso, non avere incluso nel perimetro del rapporto obbligatorio le prestazioni sanitarie ad "alta vincolatività", che identificano gli interventi sanitari routinari²⁶.

Alla luce di quanto esposto, le possibili ricostruzioni sono le seguenti.

Se si segue l'orientamento che non distingue obbligazioni di mezzi e di risultato, la posizione del debitore-medico è aggravata, sul piano probatorio, perché questi deve provare di avere "esattamente" adempiuto, facendo riferimento non soltanto al comportamento diligente ma anche al risultato.

Se si segue l'orientamento che distingue obbligazioni di mezzi e di risultato, la posizione del debitore-medico è favorita, sul piano probatorio, perché egli deve dimostrare soltanto di avere tenuto una condotta diligente senza "interessarsi" del risultato.

Se si segue l'orientamento delle sentenze della Cassazione del 2017 e del 2019, mediano tra le due sopra esposte, la posizione del debitore-medico rimane sempre favorita ma, rispetto alla ricostruzione che si limita a dire che si è in presenza di una obbligazione di mezzi, tale ricostruzione "aggiunge" la parte relativa alla causa del contratto e alla dimostrazione, da parte del creditore, della causalità materiale. In altri termini, il medico non può limitarsi ad affermare che è stata adempiuta l'obbligazione mediante un comportamento diligente perché potrebbe ritenersi egualmente sussistente la sua responsabilità per violazione della causa del contratto.

Se si segue l'orientamento che, pur non distinguendo tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ritiene che tale distinzione abbia, comunque, una sua rilevanza, si potrebbe affermare che il risultato rientra nel rapporto obbligatorio sebbene si tratti di un risultato "particolare" dal momento che esso può dipendere da altri fattori. In questa logica, si potrebbe distinguere tra "risultato predeterminato" e "risultato non predeterminato". Ciò potrebbe indurre a ritenere che il creditore debba provare il nesso di causalità materiale, con il rischio a suo carico della causa ignota. Si perviene, pertanto, sostanzialmente, allo stesso esito cui perviene la Cassazione, con le sentenze del 2017 e del 2019, seguendo, però, un percorso argomentativo più lineare. Occorre puntualizzare che questa presa di posizione della Cassazione si riferisce al sistema di responsabilità del medico antecedente alla riforma del 2017, che ha qualificato tale responsabilità come responsabilità extracontrattuale. Nondimeno, i principi enunciati valgono sia nei casi in cui è ugualmente configurabile, per espressa pattuizione, un contratto tra le parti sia in presenza di altre tipologie di contratti in cui rileva il "fare professionale" [cap. 15, par. 4].

Nell'ambito della responsabilità contrattuale viene certamente in rilievo il nesso di causalità giuridica che ha lo scopo di determinare i pregiudizi effettivamente subiti dal danneggiato (art. 1223 cod. civ.). Si ripropone la contrapposizione di orientamenti giurisprudenziali sopra riportati [par. 12].

²⁴ F. Piraino, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, 2020, 170 ss.; Id., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709 ss.

²⁵ A. Di Majo, *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, 2020, 35 ss.; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e resp.*, 2020, 71 ss.

²⁶ G. D'Amico, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, in *Foro it.*, 2020, 150 ss.

Omissis...