

PIETRO TRIMARCHI, CAUSA IGNOTA E RESPONSABILITÀ SANITARIA

Roberto Pardolesi

SOMMARIO: 1. *Un'analisi economica a misura di giurista*. 2. *L'influenza del pensiero di Trimarchi*. 3. *Il test della responsabilità sanitaria*.

1. Un'analisi economica a misura di giurista

C'era una volta: è l'*incipit* tradizionale della narrativa favolistica. Ma può essere utilizzato anche per coltivare una vena nostalgica. Ed è proprio quello che mi riprometto di fare nel proporre una battuta d'esordio del seguente tenore: c'era una volta un'analisi economica del diritto a misura di giurista.

Conviene subito precisare che non rientra fra i miei propositi quello di avallare l'idea, che pure mi è capitato di captare in qualche conversazione distratta, che, a conti fatti, l'approccio economico sia uscito dal giro senza lasciar traccia rilevante (ossia, per dirla schiettamente, senza far danni). Chi, ai tempi del suo esordio – corrispondente, grosso modo, ai miei primi passi accademici, cosa che concilia l'apparente contraddizione fra una “young discipline” (come qualcuno l'ha definita)¹ e la mia età crepuscolare –, la bollava come una moda passeggera aspettava, appunto, che i toni si smorzassero e che l'attenzione si volgesse altrove, per concludere che si era trattato di un incidente di percorso (o quasi) e ch'era tempo di tornare seriamente al lavoro. Ma, anche a tacere di ogni altra considerazione polemica, sussistono controindicazioni cogenti. Per un verso, il progetto di coniugare proficuamente algebra e pandette ha varcato la soglia del mezzo secolo, dimensione temporale che non appartiene all'universo dell'effimero, all'entusiasmo che divampa e si

¹ J.A. FERREJOHN, B.R. WEINGAST, *A Positive Theory of Statutory Interpretation*, 12 *Int'l Rev. Law and Econ.* 263, 264 (1992).

consuma nel breve periodo. Anche laddove – e mi riferisco al quadro italiano – non è dato affermare che “[t]he economic analysis of law, or law and economics, has emerged as the predominant school of thought for analyzing legal policy and institutions”, esercitando “a significant impact on foundational private law subjects – property, contracts, and torts – as well as advanced private law areas”²; anche laddove, dicevo, il bilancio risulta assai meno trionfalistico³, è ragionevole convenire che l’enfasi riposta dai gius-economisti sulla giustificazione effettuale di discipline, dottrine e istituzioni ha lasciato un segno profondo, cambiando le regole del gioco, persino a prescindere dall’inesausto dibattito su quale sia la deriva ideologica sottesa alla pretesa di impiegare strumenti economici per dar conto di fenomeni giuridici⁴.

Fatta questa precisazione, è possibile tornare alla battuta iniziale e spiegarne il senso. Nell’intreccio fra diritto e analisi economica si sono succedute almeno tre generazioni (in tempo di pandemia vien fatto, ahinoi!, di parlare di ondate) di interpreti. La prima, quella che ha acceso il fuoco – delle altre non dirò, non foss’altro perché sono rimasto, per scelta o per necessità, legato all’impostazione originaria –, si è caratterizzata per il fatto di proporre un apparato euristico inteso a propiziare una migliore comprensione del fenomeno giuridico; e, sotto questo profilo, è apparsa a misura di giurista, nel senso di aiutarlo a ripercorrere i *loci classici* del suo bagaglio culturale in una prospettiva fun-

² Così D.B. KELLY, *Law and Economics*, in A. GOLD ET AL. (a cura di), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, New York-Oxford, 2020, p. 85.

³ Sulla pretesa, per certi versi suadente (ma, in fin dei conti, bizzarra, a dispetto del successo arriso al contributo di R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, 46 *J. Econ. Lit.* 285 (2008)) che “civil law systems are less amenable to economic analysis of law than are common law systems” v. i pacati rilievi di E. MACKAAY, *Introduction to Law and Economics for Civil Law Systems*², Cheltenham, 2021 (disponibile in www.ssrn.com).

⁴ Nemmeno a dirlo, la polemica sul *bias* ideologico che si vuole connoti l’intera traiettoria dell’analisi economica del diritto è un *ever-green*: dominante alle nostre latitudini, ma ricorrente in ogni dove. Basti qui ricordare, a titolo riassuntivo – anche perché conta più di cento pagine e, a parte Guido Calabresi, non risparmia proprio nessuno –, la denuncia più recente: M. GLICK, G.A. LOZADA, *The Erroneous Foundations of Law and Economics*, Working Paper No. 149 dell’Institute for New Economic Thinking, 15 febbraio 2021 (www.intereconomics.org).

zionalistica, mai per l'innanzi scrutinata con tanta attenzione, che permetteva sovente di capovolgere la visione d'insieme e, comunque, di cogliere nessi che altrimenti rischiavano di rimanere – e normalmente rimanevano – fuori dal quadro.

Era, a un di presso, il modello cui Guido Calabresi, nel suo ultimo libro⁵, vorrebbe riservare l'etichetta di *Law and Economics*, con il risolutivo proposito di valorizzare la chiave aperta di “Law and” a mo' di veduta, fra le molte praticabili, della cattedrale: in questo caso ovviamente scandita dall'approccio economico, che però non è esaustivo, meno che mai imperialistico, perché affiancato da altre traiettorie meritevoli di essere perseguite. Tale prospettiva metodologica, a forte gradiente interdisciplinare, viene presentata in contrapposizione a quella che Calabresi chiama “analisi economica del diritto”, nella quale il diritto è semplicemente l'oggetto della ricognizione economica, come lo potrebbe essere, mettiamo, la sanità o qualsiasi altro tema su cui vada ad appuntarsi la ricerca vocazionalmente economica. Di scorcio, riguardo a una siffatta tassonomia esprimo un minimale dissenso, perché ho avuto la ventura di studiare alla University of Chicago e, quindi, di frequentare le lezioni di Richard Posner (oltre a quelle di Ronald Coase e ai seminari di George Stigler, che terrorizzava i relatori irridendo impietosamente e liquidando come di scarsa qualità la presentazione di *papers* che a me sembravano di alto profilo); la qual cosa mi permette di testimoniare che il Posner “prima maniera” (il suo libro, poco più trecento pagine e un'improbabile rilegatura color verde penicillina, con qualche punta di giallo)⁶ perseguiva lo stesso disegno euristico, salvo celarne la portata ‘normativa’ dietro la rivendicazione, da riscontro ‘positivo’, dello slancio evolucionistico/vocazione efficientistica del *common law* (nel lungo periodo i giudici, che “fanno” il diritto, rimpiazzano responsi inadeguati con decisioni più acconce e idonee a propiziare la migliore allocazione delle risorse). Accomunare questa visione a quella *liberal* di Calabresi è azzardo che parrà a molti discutibile, ma tutto

⁵ G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven (Conn.), 2016, tr. it. F. FIMMANÒ, V. OCCORSIO (a cura di), *Il futuro del Law and Economics: saggi per una rimediazione ed un ricordo*, presentazione di E. AL-MUREDEN, Milano, 2018.

⁶ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston (Mass.), 1972, p. 99 s.

sommato accettabile se si esamina quest'esperienza culturale come riguardandola attraverso le lenti di un binocolo rovesciato (di lì a poco sarebbe sopraggiunta la seconda generazione, che, nel segno della ricerca empirica e della modellizzazione matematica, avrebbe segnato percorsi alquanto lontani dalla dimensione giuridica e, per quel che conta, dalla mia sensibilità). Sia come sia, mi preme sottolineare che a quella pattuglia di padri fondatori (e fautori) di un'analisi economica del diritto a misura di giurista appartiene a pieno titolo Pietro Trimarchi.

2. *L'influenza del pensiero di Trimarchi*

Pietro Trimarchi, che non finisce mai di stupirmi.

A suo tempo – più o meno in epoca giurassica – andai a studiare sulle rive del lago Michigan, perché, con tutti i limiti di un'abborracciata educazione da giurista, venivo da una cultura economica che scrutava altri orizzonti, con alcune espressioni di livello eccelso (penso a Federico Caffè, che ancora oggi mi affascina), ma legata a una prospettiva sostanzialmente consociativa e a una logica keynesiana che ignorava completamente i risvolti microeconomici. C'è voluta la scuola di Chicago perché riprendessi dimestichezza con i diagrammi a ridosso delle curve di mercato e riscoprissi le capacità predittive dell'analisi economica anche riguardo al fenomeno giuridico. Pietro tutto questo – tre lustri prima, o giù di lì – lo aveva già messo insieme da solo, in una sorta di vuoto torricelliano, là dove io invece pescavo a pieni mani nello straordinario *thesaurus* di sollecitazioni che veniva dalla (allora) *lunatic fringe* dei *Chicago boys*.

Pietro Trimarchi mi sorprende anche per un'altra ragione: perché, nel segno di una pragmatica compostezza, che però è anche cogenza, non grida, a dispetto del suo carattere alquanto spigoloso. È come se, nelle sue pagine, l'istanza efficientistica percolasse, semplicemente perché *deve* entrare nel conto e non può essere altrimenti. Sotto questo profilo, la sua tessitura è apparentemente mite, ma coesa sino a rivelarsi cogente a livello di teoria dell'argomentazione.

Ma non sono qui a far l'apologia di Pietro, che davvero non ne ha bisogno. Mi tenta, piuttosto, l'idea men che ortodossa di divisare una sorta di prova sul campo: ossia riprendere un qualche suo spunto, fra i tanti che hanno impreziosito la sua elaborazione, per calarlo in una realtà assolutamente specifica, giusto per verificare se e come le sue idee impattino sul piano operativo. In particolare, mi riferirò al suo formidabile articolo sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale⁷. Un articolo, pubblicato nel 1970, in cui c'è tanta ricchezza concettuale, ma non minore equilibrio pragmatico. Provare per credere.

3. *Il test della responsabilità sanitaria*

Sintetizzo brutalmente, a costo di impoverire oltre ogni limite una riflessione estremamente più variegata. Ad avviso di Pietro Trimarchi, la disciplina della responsabilità contrattuale deve fornire incentivi adeguati perché si esplichino, nella realizzazione del programma contrattuale, uno sforzo che valga a implementare efficienza economica.

Apro una parentesi minima per sottolineare l'indicazione: "fornire incentivi adeguati". È la stessa formula che avrebbe usato tre anni dopo Richard Posner nella prima edizione del suo fortunato *blockbuster* per spiegare la logica del diritto dei contratti. Obiettivo fondamentale del diritto dei contratti, si legge nel suo manuale, è giustappunto fornire incentivi adeguati, con una formula che rimaneva generica, laddove Pietro già addita una direzione molto precisa, ossia indurre entrambe le parti a investire nell'adempimento delle obbligazioni assunte, sino al limite dell'efficienza allocativa. Su questo caposaldo andava a innestarsi il secondo criterio economico cui s'ispira la responsabilità contrattuale: l'efficiente ripartizione dei rischi. E si approda così a una dialettica di straordinaria importanza, perché si va a misurare il novero di alternative praticabili sul piano della possibilità di coprire assicurativamente l'esposizione a eventi avversi sul mercato, salvo ripiegare, se quest'ulti-

⁷ P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.; pubblicato in tedesco con il titolo *Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht*, 136 *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 118-138 (1972).

mo non è in grado di fornire polizze acconce, sull'individuazione del soggetto in grado di meglio assorbire i rischi non assicurabili. Da qui derivo – a colpi di riduzionismo oltranzistico, di cui mi vergogno apertamente, rispetto alla ricchezza della trama di Pietro – l'indicazione ovvia dei criteri che devono sovrintendere all'imputazione alla responsabilità civile, che sono, di volta in volta, la colpa e il rischio.

La colpa è un criterio tendenzialmente oggettivo e consiste nella mancata realizzazione di uno sforzo non inferiore al livello tipico per quel genere di rapporto, sempre che non si diano diverse direttive nel programma contrattuale. In questo caso, la diligenza richiesta sarà quella risultante alternativamente dal primo o dal secondo comma dell'art. 1176 cod. civ.

L'altro criterio – ovviamente ancora più intrigante – è dato dal rischio, il quale farà sì che la responsabilità da inadempimento scaturisca dalle disfunzioni interne della sfera organizzativa del debitore (ancorché incolpevole) e quindi con il limite della prevedibilità del danno *ex art. 1225 cod. civ.* Ecco, allora, l'altro punto che mi preme mettere in esponente: la disfunzione interna porta a imputare il rischio della causa ignota al debitore. Questo, in estrema sintesi, il tessuto concettuale ordito dal nostro.

La prova del nove, resa ancor più ostica dal lungo tempo trascorso, può essere effettuata traducendo quell'impianto sul piano della responsabilità sanitaria che ai nostri giorni si candida come linea di frontiera, per motivi che cercherò di cennare tra un momento. Se la griglia analitica di Trimarchi fosse applicata al problema della responsabilità contrattuale del professionista, questi si libererebbe dimostrando di avere applicato le *leges artis* e cioè di avere impiegato la diligenza professionale che gli è richiesta. Quanto dire che il medico non risponde della causa ignota, mentre la struttura sanitaria, quella sì, se ne deve far carico, perché la causa ignota alligna nelle pieghe della sua organizzazione.

Ma è questa la cifra attuale della responsabilità sanitaria? Tiene il campo la legge Gelli-Bianco, col suo tentativo di canalizzare la responsabilità medica in capo alle strutture e al professionista impegnato dal contratto d'opera professionale, mentre il medico dipendente, *ex art. 7, terzo comma*, è dislocato sul versante della responsabilità extracontrattuale, dove riesce palesemente più difficile intercettarlo. Ecco, per

sommi capi, la strategia di un legislatore che pensa così di razionalizzare l'esposizione risarcitoria della struttura e di comprimere quella del singolo operatore sanitario. Sennonché, la giurisprudenza si rivela più realista del re. La terza sezione della Cassazione, attivando una sorta di nomofilachia giacobina, dal basso⁸, invece di contrastare apertamente le sentenze a Sezioni Unite n. 13533/01 e 578/08⁹, accettando l'ipotesi del conflitto per propiziare un nuovo responso apicale, crea per sedimentazione uno zoccolo duro di sentenze – la prima è la n. 18392/17¹⁰, ma ormai si contano nell'ordine della cinquantina; e due di queste appartengono alla decina magica di San Martino, cioè delle sentenze del 'progetto sanità' dell'11 novembre 2019¹¹ – che scandiscono un nuovo corso¹².

Di che si tratta? Di un sottile percorso argomentativo, fondato sulla distinzione tra causalità materiale e giuridica da un lato e causalità concernente l'impossibilità di adempiere *ex art.* 1256 c.c. dall'altro, in forza del quale viene indicata come incombente sul debitore la prova del

⁸ V., *si vis*, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, in *Foro it.*, 2019, I, 1603 ss.

⁹ Rispettivamente in *Foro it.*, 2002, I, 769 e 2008, I, 455.

¹⁰ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392 (nel gergo degli iniziati, sentenza Scoditti, dal nome del suo brillante e poliedrico estensore, il quale – nessuno è perfetto – è stato anche mio allievo: ciò che non mi impedisce di dissentire dalle sue idee), in *Foro it.*, 2017, I, 3358, con osservazioni di J. DI ROSA e ID., 2018, I, 1348 (m.), con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*; v. anche D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss.

¹¹ R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: una nota esplicativa*, in *Foro it.*, I, 2020, 160 ss.

¹² Cfr., riassuntivamente, Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, in *Foro it.*, 2020, I, 218, con nota di R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, nonché ID., *Speciale* 1-2020, 129, con note di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*; F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*.

nesso di causa relativo (non alla fattispecie costitutiva della responsabilità, bensì) alla fattispecie estintiva dell'obbligazione, ossia alla impossibilità sopravvenuta della prestazione. Emerge così un duplice ciclo causale: il primo, relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore danneggiato in quanto fatto costitutivo del diritto; il secondo, relativo all'impossibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore danneggiante, in quanto fatto estintivo del diritto. Un doppio ciclo causale in forza del quale la dimostrazione della causalità materiale è a carico del paziente che agisce contro la struttura e contro il professionista con cui abbia stipulato contratto d'opera professionale. Sì che, ove il primo non riesca a dimostrare il nesso che intercorre fra la condotta e l'evento (causa ignota), la sua azione dev'essere rigettata.

Non è correzione da poco. Prendiamo il caso dell'infezione nosocomiale. Si sa che è piaga praticamente ineliminabile: in Italia conta per 4.000 morti all'anno, in Europa per oltre 30.000. Se prendiamo una neppur troppo lontana sentenza che la riguarda – Trib. Roma 22 novembre 2016¹³, che leggo con un disagio prossimo al disappunto –, ci si trova al cospetto di un'infezione batterica da *pseudomonas aeruginosa*, che porta all'*exitus* del malcapitato (che si era ricoverato per curare un ginocchio...). Ora, il paziente (o chi per lui), che giace inerme, inerte e sotto anestesia mentre viene sottoposto a intervento chirurgico, deve dimostrare che qualcosa è successo in sala operatoria e ha provocato l'evento di danno. La causa ignota, o, se preferite, la causa non accertabile o non governabile, è a suo carico. I medici che attestano, incrociando le testimonianze, di essersi attenuti alle *best practices*, mondano la struttura da ogni aggravio. Il danno resta là dove cade: sfortuna umana.

Io credo che questo risultato sia una sfida al buon senso, in qualche modo anche uno sberleffo alla *pietas*; e mi rifugio nell'impostazione di Pietro, nelle sue pagine rassicuranti, le quali mi dicono che, in presenza di una struttura sanitaria (impegnata a qualcosa di più della prestazione da contratto di ospitalità), a quest'ultima compete l'onere di caricarsi di

¹³ *Foro it.*, 2017, I, 363. Date le coordinate attuali, l'unica argine è rappresentato dal ricorso alle presunzioni: cfr., da ultimo, Cass., ord. 26 novembre 2011, n. 26907, ID., 2021, I, 524, con nota di P. LAGHEZZA, *Causalità materiale, prova e presunzioni: nuovi equilibri e inedite incertezze*.

un rischio siffatto, sia perché è suo compito governarlo, sia perché, in ogni caso, è meglio posizionata per gestirlo sul piano assicurativo. Dopo di che, volendo, potremo pensare, sulla scorta dell'esempio francese, a interventi di supporto, fondi e quant'altro, ma l'idea bieca di lasciare il pregiudizio in capo a un soggetto che non ha nessuna possibilità di fronteggiarlo e giace incosciente su un lettino operatorio francamente mi sconcerta. E mi fa pensare con nostalgia alle pagine di Trimarchi, me lo fa sentire ancora più stupefacente per come saggiamente anticipava tempi e soluzioni.

Senza discussione: Pietro *forever*, grazie!