

Argomento 1

TRACCIA

Responsabilità per inadempimento delle obbligazioni e distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato. Si tratti, in particolare, della causalità nella responsabilità contrattuale, con riferimenti anche alla rilevanza della causa ignota.

A. Schema per punti

1. Nozione di obbligazione. 2. Prestazione, patrimonialità, vincolo giuridico e interesse del creditore. 3. Interesse del debitore. 4. Inadempimento. 5. Onere della prova. 6. Obbligazioni di mezzi e di risultato. 7. Responsabilità del medico. 8. Rapporto di causalità in generale. 9. Rapporto di causalità nella responsabilità del medico. 10. La causa ignota. 11. Le critiche della dottrina.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

A.1. Rinvio al Manuale

1. Rinvio al Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione, giugno 2021, Capitolo 15, par. 4, pagg. 979-983.

B. Giurisprudenza

1. Distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato. Primo orientamento: **Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.**

Nota. Le stesse Sezioni unite, come si evince dalla parte motivazionale sottolineata, hanno poi superato questa distinzione.

Omissis.

Come insegna la definizione tradizionale, **nelle obbligazioni di mezzi** la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto.

In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perchè dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi.

Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione.

Omissis.

In ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicchè molti Autori criticano la distinzione poichè in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Omissis.

1.1. Secondo orientamento: Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 2014, n. 4876.

Nota. *La Corte di Cassazione ritiene che, ferma la unitarietà del sistema delle obbligazioni, la distinzione attenga all'oggetto della prestazione, in quanto possono venire in rilievo obbligazioni con un risultato "particolare", con incidenza sul sistema di responsabilità.*

Massima:

Le obbligazioni, siano esse "di risultato" o "di mezzi", sono sempre finalizzate a riversare nella sfera giuridica del creditore una "utilitas" oggettivamente apprezzabile, fermo restando che, nel primo caso, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo, mentre nell'obbligazione "di mezzi" il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti (come, nella specie, fattori agronomici non controllabili dall'appaltatore, impegnatosi solo alla corretta esecuzione di un trattamento antiossidante della frutta stoccata in celle frigorifere). Ne consegue che il debitore "di mezzi" prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili.

Si riporta di seguito parte della motivazione:

Omissis.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

E.F., con atto di citazione notificato in data 20 dicembre 1993, conveniva, davanti al Tribunale di Brescia, la società CEDAX srl e premesso: che nell'ottobre 1992 aveva commesso, alla società convenuta, l'esecuzione di trattamento antiossidante relativamente a diverse partite di frutta (mele e pere), al fine di evitare il cosiddetto riscaldamento comune; che nel mese di novembre il trattamento era stato eseguito, sebbene sia per la frutta, conservata nelle celle 1 e 2 sia per la frutta, conservata nelle celle 3 e 4, dopo rispettivamente 90 e 60 giorni, era stato riscontrato il deterioramento del tessuto esterno dei frutti, periti agronomi avevano accertato che si era verificato il fenomeno del cosiddetto riscaldamento comune dovuto all'esito negativo del trattamento.

Chiedeva pertanto la condanna della convenuta al risarcimento dei danni nella misura di L. 49.503.305 in conseguenza del non esatto adempimento della prestazione pattuita.

Si costituiva la società CEDAX chiedendo il rigetto della domanda per essere stata estranea al danno subito dall'attrice.

Omissis.

Diritto

Omissis.

Occorre osservare che la letteratura giuridica prevalente esclude che la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato possa mettere in discussione l'unità concettuale dell'obbligazione, e/o se si vuole della prestazione oggetto dell'obbligazione, considerando che qualunque obbligazione si risolve in una condotta funzionale alla produzione di un risultato utile al creditore.

In verità, è necessario tener conto che il diritto vigente non consente una marcata distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, risalente ad una elaborazione dogmatica priva di riscontro normativo e di dubbio fondamento, dato che non esistono obbligazioni nelle quali il risultato possa prescindere da un dovere di condotta, così come non esistono obbligazioni nelle quali la condotta non sia orientata positivamente alla produzione di un risultato utile al creditore. Piuttosto, occorre segnalare che l'obbligazione, qualunque obbligazione, è sempre finalizzata a riversare nella sfera giuridica del creditore, un'utilitas oggettivamente apprezzabile che può consistere ora nella stessa attività del debitore ora in un effetto utile che nell'attività del debitore trova la sua causa. Con l'ulteriore specificazione, che è possibile identificare obbligazioni, per così

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dire di risultato, nell'ipotesi in cui il risultato viene a trovarsi in un rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, ovvero, il raggiungimento del risultato non dipende da alcun altro fattore estraneo al comportamento del debitore. E, viceversa, in tutte le ipotesi in cui il raggiungimento del risultato dipende oltre che dal comportamento del debitore dalla concomitanza di ulteriori fattori, l'obbligazione può continuarsi a qualificare quale obbligazione di mezzi.

Ora, nel caso in esame, la Corte di merito si è attenuta a questi principi fondamentali ed ha chiarito che l'obbligazione che si era assunta la società Cedax srl non costituiva un'obbligazione di risultato attenendosi semplicemente all'apprestamento dei prodotti chimici e dei mezzi inerenti alla relativa somministrazione, nonché alla corretta esecuzione del trattamento richiesto, il cui buon esito (cioè il risultato di evitare il riscaldamento comune della frutta conservata nelle celle frigorifichiche), come, pure, affermato dal consulente tecnico d'ufficio dipendeva anche da fattori tecnologici e agronomici prevalentemente estranei all'azione dell'appaltatore e da questo non controllabili né dominabili".

E' giusto il caso di evidenziare che è ancora attuale il dibattito tra dottrina e giurisprudenza se l'inesatto adempimento della prestazione debba essere provato dal creditore che agisce in giudizio, oppure se è il debitore a dover dimostrare l'esatto adempimento anche nell'ipotesi in cui sia stato eccepito dal creditore l'inesatto adempimento. Tuttavia, tenendo presente che le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza n. 13533 del 2001 hanno definitivamente chiarito che l'onere della prova dell'esatto adempimento è a carico del debitore anche nell'ipotesi in cui venga eccepito, dal creditore un inesatto adempimento, va evidenziato che nell'ipotesi di prestazioni che si possono considerare obbligazioni di mezzi, secondo quanto è stato già detto in precedenza, o, come vuole una parte della dottrina, obbligazioni non routinarie, il debitore assolve l'onere di provare l'esatto adempimento dimostrando di avere adempiuto alla prestazione cui è tenuto, rispettando le regole dell'arte, cioè, di essersi conformato nella esecuzione della prestazione ai protocolli imposti dall'attività esercitata e non anche che l'eventuale mancato raggiungimento previsto fosse dovuto a cause a se non imputabili. Omissis.

1.2. Terzo orientamento: la rilevanza delle obbligazioni di “fare professionale”: **Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991.**

Nota. Rinvio sub punto 2.2. Come si vedrà sul rapporto di causalità si sostiene un orientamento “particolare”.

2. Inadempimento contrattuale e onere della prova: **Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.**

Nota. Si tenga conto che Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 ha ritenuto superata la distinzione, ai fini probatori, tra obbligazioni di mezzi e risultati, richiamando la sentenza di seguito riportata.

Massima:

In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto **estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento**, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga **dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460** (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccepiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.*

Giappichelli Formazione

mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento).

Si riporta per esteso parte della motivazione della sentenza:

Omissis.

Svolgimento del processo

Con atto notificato il 16.5.1991, Luigi Gallo conveniva davanti al Tribunale di Roma il Centro Culturale Latino Americano El Charango in persona del legale rappresentante Dagoberto Rolla, e quest'ultimo in proprio, per sentirli condannare all'adempimento dell'obbligazione, assunta con scrittura del 26.1.1989, avente ad oggetto l'insonorizzazione della parete divisoria tra l'albergo gestito dall'attore e la sede dell'associazione entro il 15.8.1989, con previsione di una penale di L. 100.000 per ogni giorno di ritardo.

I convenuti resistevano, deducendo che l'associazione aveva cessato l'attività.

L'attore, modificando la domanda, chiedeva la condanna della convenuta al pagamento della penale.

Il tribunale, con sentenza dell'1.10.1993, condannava il Centro Culturale ed il Rolla al pagamento della somma di L. 14.800.000 ed al rimborso delle spese.

Avverso la sentenza proponevano appello i soccombenti, chiedendone la riforma.

Resisteva il Gallo.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza del 3.4.1996, accoglieva l'appello; rigettava la domanda; condannava il Gallo al pagamento delle spese del doppio grado.

Considerava:

- che correttamente il tribunale aveva qualificato come "penale" la clausola, inserita nella scrittura del 26.1.1989, recante la predeterminazione del danno conseguente all'inadempimento dell'obbligazione di insonorizzare i locali nella misura di L. 100.000 giornalieri;

- che, peraltro, il tribunale aveva errato nel fare applicazione dei principi che regolano l'onere della prova, atteso che la clausola penale ha soltanto la funzione di predeterminare l'entità del danno, in caso di inadempimento, ma non sottrae il soggetto che la invoca all'onere di fornire la prova dell'inadempimento;

- che erroneamente, quindi, il tribunale aveva fondato l'accoglimento della domanda di risarcimento sulla mancata prova dell'adempimento entro il termine pattuito da parte dei convenuti, poiché, a fronte della contestazione della controparte, gravava sull'attore l'onere di dimostrare sia il mancato adempimento entro il termine pattuito, sia il periodo di protrazione del medesimo;

- che, in mancanza dell'assolvimento del detto onere probatorio, la domanda doveva essere rigettata. Avverso la sentenza il Gallo ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi.

Non hanno svolto difese gli intimati.

Il ricorso è stato assegnato alla terza sezione civile, che, con ordinanza del 29.4.1998, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni unite. Ha considerato la terza sezione:

- che oggetto del giudizio è la richiesta di pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno conseguente ad inadempimento contrattuale;

- che il ricorso ripropone la questione se sia il creditore agente, che lamenta la violazione del suo diritto, ad essere gravato dell'onere di dimostrare il mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione, quale fondamento dell'azione di esatto adempimento, di risoluzione o di risarcimento del danno, ovvero se incomba al debitore resistente, che eccepisca l'estinzione dell'obbligazione per adempimento, la prova dell'avvenuto compimento dell'attività solutoria;

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- che sulla questione esiste contrasto nella giurisprudenza della Corte di cassazione, tra due indirizzi: uno, maggioritario, che diversifica il regime probatorio secondo che il creditore agisca per l'adempimento, nel qual caso si ritiene sufficiente che l'attore fornisca la prova del titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, ovvero per la risoluzione, nel qual caso si ritiene che il creditore debba provare, oltre al titolo, anche l'inadempimento, integrante anch'esso fatto costitutivo della pretesa; ed un altro orientamento, minoritario, che tende ad unificare il regime probatorio gravante sul creditore, senza distinguere tra le ipotesi in cui agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, ritenendo in ogni caso sufficiente la prova del titolo che costituisce la fonte dell'obbligazione che si assume inadempita, spettando al debitore provare il fatto estintivo dell'avvenuto adempimento.

Il ricorso è stato assegnato alle Sezioni unite per la composizione del contrasto.

Motivi della decisione

1. Il denunciato contrasto riguarda la posizione del creditore e del debitore, in tema di onere della prova, a norma dell'art. 2697 c.c., relativamente ai rimedi offerti al creditore dall'art. 1453 c.c., nel caso di inadempimento del debitore nei contratti a prestazioni corrispettive.

È opportuno richiamare il dato normativo di riferimento.

Recita l'art. 1218 c.c.:

"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." Dispone l'art. 1453 c.c.:

"Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno." "La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento, ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione." "Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione." A sua volta, la disciplina generale dell'onere della prova è dettata dall'art. 2697 c.c., secondo il quale:

"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento."

"Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda." Il contrasto si pone nei seguenti termini. 1.1. Un primo orientamento, maggioritario, sostiene che il regime probatorio è diverso secondo che il creditore richieda l'adempimento ovvero la risoluzione.

Si afferma che, in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della prova dell'inadempimento incombe al creditore, che è tenuto a dimostrarlo, oltre al contenuto della prestazione stessa, mentre il debitore, solo dopo tale prova, è tenuto a giustificare l'inadempimento che il creditore gli attribuisce. Infatti, ai fini della ripartizione di detto onere, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la **risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze** inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento (sent. n. 2024-68; n. 1234-70; n. 2151-75; n. 5166-81; n. 3838-82; n. 8336-90; n. 11115-90; n. 13757-92; n. 1119-93; n. 10014-94; n. 4285-94; n. 7863-95; n. 8435-96; n. 124-97). 1.1.1. La tesi trova sostegno nei seguenti argomenti.

Viene valorizzata la distinzione tra i rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 c.c., rilevando che si tratta di azioni con le quali vengono proposte domande con diverso oggetto (adempimento, risoluzione, risarcimento del danno).

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Si osserva che nella azione di adempimento il fatto costitutivo è il titolo, costituente la fonte negoziale o legale del diritto di credito, sicché la prova che il creditore deve fornire, ai sensi dell'art. 2697, comma 1, deve avere ad oggetto soltanto tale elemento. Al contrario, nella azione di risoluzione, la domanda si fonda su due elementi: il titolo, fonte convenzionale o legale dell'obbligazione, e l'inadempimento dell'obbligo, sicché la prova richiesta al creditore deve riguardarli entrambi, trattandosi di fatti costitutivi del diritto fatto valere, ai sensi dell'art. 2697, comma 1.

Si ritiene irrilevante che l'inadempimento, elevato ad oggetto dell'onere probatorio, sia un fatto negativo, opponendosi che, per costante giurisprudenza, anche i fatti negativi possono essere provati fornendo prova dei fatti positivi contrari (in tal senso: sent. n. 3644-82; n. 13872-91; n. 12746-92; n. 5744-93). 1.1.2. L'orientamento maggioritario trova riscontro anche in una parte della dottrina, nella quale si rinvencono analoghe argomentazioni. 1.2. Il contrapposto indirizzo, minoritario, tende invece a ricondurre ad unità il regime probatorio da applicare in riferimento a tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c., e cioè all'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma (facoltà pacificamente ammessa dalla giurisprudenza di questa S.C.: sent. n. 3911-68; n. 3678-71; n. 1530-88).

Si è affermato che l'azione di risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c. e quelle di adempimento e di risarcimento dei danni previste anch'esse da detta norma hanno in comune il titolo ed il vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente, sicché alla parte che le propone non può addossarsi altro onere, a norma dell'art. 2697 c.c., che di provare l'esistenza di quel titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni ad esso connesse, incombando alla controparte, invece, l'onere della prova di avere adempiuto (sent. n. 10446194).

Altre decisioni hanno ribadito che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale; in entrambi i casi il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa, cioè l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento (sent. n. 973-96; n. 3232-98; n. 11629-99). 1.2.1. La tesi trova sostegno nei seguenti argomenti.

*Dall'art. 2697 c.c., che richiede **all'attore la prova del diritto fatto** valere ed al convenuto la prova della modificazione o del l'estinzione del diritto stesso, si desume il principio della presunzione **di persistenza del diritto**. Ed il principio - pacificamente applicabile all'ipotesi della domanda di adempimento, in relazione alla quale il creditore deve provare l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, del termine di scadenza, in quanto si tratta di fatti costitutivi del diritto di credito, ma non l'inadempimento, giacché è il debitore a dover provare l'adempimento, fatto estintivo dell'obbligazione -, deve trovare applicazione anche alle ipotesi in cui il creditore agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma (sent. n. 973-96; n. 3232-98; n. 11629-99).*

Siffatta estensione trova giustificazione nella considerazione che, dovendo le norme essere interpretate secondo un criterio di ragionevolezza, appare irrazionale che di fronte ad una identica situazione probatoria della ragione del credito, e cioè dell'esistenza dell'obbligazione contrattuale e del diritto ad ottenerne l'adempimento, vi sia una diversa disciplina dell'onere probatorio, solo perché il creditore sceglie di chiedere (la risoluzione o) il risarcimento in denaro del danno determinato dall'inadempimento in luogo dell'adempimento, se ancora possibile, o del risarcimento in forma specifica (sent. n. 973-96).

*L'esenzione del creditore **dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento** in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. (e non soltanto nel caso di domanda di adempimento), con correlativo spostamento **sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento**, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere **che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione** (sent. n. 973-96; n. 3232-98; n. 11629-99).*

1.2.2. L'orientamento minoritario riceve l'approvazione di larga parte della dottrina, che svolge analoghe argomentazioni. 2. Il contrasto va composto aderendo all'indirizzo minoritario. 2.1. Per quanto concerne la disciplina dell'onere della prova, va ricordato che l'art. 1312 del codice civile del 1865 disponeva che:

"Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla e chi pretende essere liberato deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione dell'obbligazione." Veniva quindi regolata specificamente la sola ipotesi dell'onere probatorio in relazione alla domanda di adempimento.

*L'art. 2697 del codice civile vigente ha **invece dettato una** disciplina generale in tema di riparto dell'onere della prova, senza riferimento a specifici tipi di domande.*

La formulazione generale del principio è quindi di ostacolo alla formulazione di temi fissi di prova. Ed occorre considerare che, al fine in esame, assume certamente rilevanza il ruolo assunto dalla parte nel processo.

Tuttavia, con riferimento ai tre rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 c.c. appare opportuno individuare un criterio di massima caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità.

L'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione.

*2.2. **Ritengono queste Sezioni unite di prestare adesione all'indirizzo minoritario, del quale condividono le principali argomentazioni.** 2.2.1. Il principio della **presunzione di persistenza del diritto**, desumibile dall'art. 2697, in virtù del quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, costituito dall'adempimento, deve ritenersi operante non solo nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, nel quale caso deve soltanto provare il titolo contrattuale o legale del suo diritto, ma anche nel caso in cui, sul comune presupposto dell'inadempimento della controparte, agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno. 2.2.2. La ravvisata omogeneità del regime dell'onere della prova per le tre azioni previste dall'art. 1453 c.c. consegue infatti ad una interpretazione delle norme che vengono in gioco nella specie (l'art. 1453 in relazione agli artt. 1218 e 2697 c.c.) secondo un criterio di ragionevolezza.*

*La domanda di adempimento, la domanda di risoluzione per inadempimento e la domanda autonoma di risarcimento del danno da inadempimento si collegano tutte al medesimo presupposto, **costituito dall'inadempimento**. Servono tutte a far statuire che il debitore non ha adempiuto: le ulteriori pronunce sono consequenziali a questa, che rimane eguale a se stessa quali che siano i corollari che ne trae l'attore.*

Le azioni di adempimento e di risoluzione sono poste dall'art. 1453 sullo stesso piano, tanto è vero che il creditore ha facoltà di scelta tra l'una o l'altra azione. Non è ragionevole attribuire diversa rilevanza al fatto dell'inadempimento a seconda del tipo di azione che viene in concreto esercitata. Se la parte che agisce per l'adempimento può limitarsi (come è incontrovertito) ad allegare (senza onere di provarlo) che adempimento non vi è stato, eguale onere limitato alla allegazione va riconosciuto sussistente nel caso in cui invece dell'adempimento la parte richieda, postulando pur sempre che adempimento non vi è stato, la risoluzione o il risarcimento del danno.

D'altra parte, va anche rilevato che l'art. 1453, comma 2, che consente di sostituire in giudizio alla domanda di adempimento la domanda di risoluzione (art. 1453, comma 2) ha riconnesso l'uno e l'altro diritto ad un'unica fattispecie, e non ha condizionato il mutamento della domanda all'accollo

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

di un nuovo onere probatorio. 2.2.3. *L'identità del regime probatorio, per i tre rimedi previsti dall'art. 1453, merita di essere affermata anche per palesi esigenze di ordine pratico.*

La difficoltà per il creditore di fornire la prova di non aver ricevuto la prestazione, e cioè di fornire la prova di un fatto negativo (salvo che si tratti di inadempimento di obbligazioni negative), è superata dai sostenitori dell'orientamento maggioritario con l'affermazione che nel vigente ordinamento non vige la regola secondo la quale "negativa non sunt probanda", ma opera il principio secondo cui la prova dei fatti negativi può essere data mediante la prova dei fatti positivi contrari. Si tratta tuttavia di una tecnica probatoria non agevolmente praticabile: il creditore che deduce di non essere stato pagato avrà serie difficoltà ad individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare tale fatto negativo; al contrario, la prova dell'adempimento, ove sia avvenuto, sarà estremamente agevole per il debitore, che di regola sarà in possesso di una quietanza (al rilascio della quale ha diritto: art. 1199 c.c.) o di altro documento relativo al mezzo di pagamento utilizzato.

Si rivela quindi conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento. 2.2.4. In conclusione, deve affermarsi che il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. 3. Eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile nel caso in cui il debitore, convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno da inadempimento, si avvalga dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. per paralizzare la pretesa dell'attore.

In tale eventualità i ruoli saranno invertiti.

Chi formula l'eccezione può limitarsi ad allegare l'altrui inadempimento: sarà la controparte a dover neutralizzare l'eccezione, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico (in tal senso: sent. n. 3099-87; n. 13445-92; n. 3232-98). 4. Anche secondo i fautori della tesi che esenta il creditore dall'onere di provare l'inadempimento, qualora richieda la risoluzione o il risarcimento del danno in via autonoma, e pongono a carico del debitore, in entrambi i casi, l'onere di provare l'adempimento come fatto estintivo del diritto azionato (alla stessa stregua di quanto avviene nel caso di proposizione della domanda di adempimento), la regola non vale qualora sia dedotto, a fondamento della domanda di risoluzione o di risarcimento del danno, un inesatto adempimento: in tale ipotesi affermano che il creditore non può limitarsi ad allegare l'inesatto adempimento, ma ne deve fornire la prova (in tal senso, tra le decisioni che accolgono l'orientamento minoritario, v. sent. n. 11629-99).

In dottrina si rileva che, in tale eventualità, il creditore ammette l'avvenuto adempimento, ma lamenta vizi, difetti o difformità della prestazione eseguita rispetto a quella dovuta, dei quali deve dare la prova. 4.1. La tesi non merita adesione.

Le richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio inducono ad estendere anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento il principio della sufficienza dell'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando anche in tale eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. Appare artificiosa la ricostruzione della vicenda secondo la quale il creditore che lamenta un inadempimento inesatto manifesterebbe, per implicito, la volontà di ammettere l'avvenuto

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

adempimento. In realtà, il creditore esprime una ben precisa ed unica doglianza, incentrata sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale, ed in ragione di questa richiede tutela, domandando l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento.

D'altra parte, la diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'inadempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto. Non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto) e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza, se è dedotto soltanto un inadempimento inesatto o parziale (più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto). In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sulla allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento.

5. Una eccezione all'affermato principio va invece ravvisata nel caso di inadempimento di obbligazioni negative.

Ove sia dedotta la violazione di una obbligazione di non fare, la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento. 5.1. Il diverso regime è giustificato dalle seguenti considerazioni.

Ai sensi dell'art. 1222 c.c., ogni fatto compiuto in violazione di obbligazioni di non fare costituisce di per sé inadempimento.

L'inadempimento di siffatte obbligazioni integra un fatto positivo e non già un fatto negativo come avviene per le obbligazioni di dare o di fare.

Comune presupposto dei rimedi previsti dall'art. 1453 c.c. è quindi un inadempimento costituito da un fatto positivo (l'esecuzione di una costruzione, lo svolgimento di una attività).

Non opera quindi, qualora il creditore agisca per l'adempimento, richiedendo l'eliminazione delle modificazioni della realtà materiale poste in essere in violazione dell'obbligo di non fare, ovvero la risoluzione o il risarcimento, nel caso di violazioni con effetti irreversibili, il principio della persistenza del diritto insoddisfatto, perché nel caso di obbligazioni negative il diritto nasce soddisfatto e ciò che viene in considerazione è la sua successiva violazione, nè sussistono le esigenze pratiche determinate dalla difficoltà di fornire la prova di fatti negativi sulle quali si fonda il principio di riferibilità della prova, dal momento che l'inadempimento dell'obbligazione negativa ha natura di fatto positivo. 6. Tanto premesso, può ora procedersi all'esame del ricorso. 6.1. Con i tre motivi, tra loro intimamente connessi, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1321, 1382, 2697 c.c., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., e difetto di motivazione, il ricorrente addebita alla corte d'appello di aver erroneamente posto a carico del creditore, che agiva per ottenere il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale (danno di consistenza preventivamente determinata mediante clausola penale), l'onere di fornire la prova dell'inadempimento; sostiene, invocando l'orientamento minoritario, che era onere del debitore dimostrare di avere adempiuto. 6.2. Il ricorso è fondato.

La sentenza impugnata è in contraddizione con il principio accolto da queste Sezioni unite in sede di composizione del contrasto e va pertanto cassata.

La causa va rinviata ad altra sezione della Corte d'appello di Roma, che si atterrà al suenunciato principio. 7. Sussistono giusti motivi, da ravvisare nella sussistenza del contrasto di giurisprudenza ora composto, per compensare tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa e rinvia ad altra sezione della Corte d'appello di Roma; compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni unite civili della Corte suprema di cassazione, il 6.4.2001.

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

2.1. Responsabilità medica, rapporti di causalità e distribuzione dell'onere probatorio: Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392.

Omissis.

Fatto

1. V.R., in proprio e nella qualità di procuratrice speciale di G.R., V.G. e V.N., convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Torino l'Azienda Sanitaria Locale (OMISSIS) e la Regione Piemonte chiedendo il risarcimento del danno per la morte del proprio congiunto V.D.. Espose in particolare parte attrice che il V., dopo avere subito in data (OMISSIS) senza adeguato consenso informato intervento chirurgico di asportazione della prostata e di una cisti all'epididimo destro, a causa di una lesione iatrogena intraoperatoria aveva subito una grave emorragia ed il giorno (OMISSIS) era deceduto per arresto cardiaco. Si costituì la parte convenuta chiedendo il rigetto della domanda.

2. Il Tribunale adito, dopo avere disposto CTU ed un supplemento di consulenza, con sentenza di data 8 marzo 2013 rigettò la domanda. Osservò il giudice di prime cure, premessa la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria e del medico, che, dopo una prima conclusione di CTU secondo cui il decesso era stato causato da una trombo embolia polmonare, il collegio dei consulenti integrato con altro consulente aveva concluso nel senso che l'evento che aveva portato al decesso era stato acuto ed imprevedibile e che l'intervento chirurgico non poteva essere censurato sotto il profilo del nesso di causa con la morte, non essendovi indicazioni certe che l'esecuzione di un intervento di TURP avrebbe evitato l'improvviso arresto cardiaco. Aggiunse che non potevano rimproverarsi i medici per non aver eseguito una rx ai polmoni e per non aver approfondito la condizione cardiovascolare, non risultando indicatori significativi di rischio di evoluzione del difetto di ritmo cardiaco, e che rispetto ad un evento imprevedibile non è possibile far discendere la responsabilità dei medici per il sol fatto che rimane oscura la ragione dell'arresto cardiaco. Concluse nel senso che "l'imprevedibilità dell'evento esclude altresì che vi possano essere motivi di censura in ordine alle modalità con le quali è stato espresso il consenso informato, in quanto l'arresto cardiaco e la morte non rientravano nelle possibili complicanze di tale tipo di intervento che pertanto andasse illustrata".

3. Avverso detta sentenza propose appello V.R., in proprio e nella qualità. Si costituì la parte appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

4. Con ordinanza ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., di data 27 maggio 2014 la Corte d'appello di Torino dichiarò inammissibile l'appello.

5. Ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del Tribunale V.R., in proprio e nella qualità di procuratrice speciale di G.R., V.G. e V.N., sulla base di otto motivi. Resiste con controricorso l'Azienda Sanitaria Locale (OMISSIS). E' stata depositata memoria di parte.

Diritto

1. Con il primo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 111 Cost., artt. 112, 115 e 167 c.p.c., art. 2967 c.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che l'Azienda Sanitaria non aveva contestato la circostanza che l'arresto cardiaco era stato causato dalla emorragia prodotta dalla lesione iatrogena vascolare, essendosi limitata a dedurre che i sanitari avevano eseguito l'intervento nel rispetto della scienza medica, mentre la Regione Piemonte aveva solo contestato il difetto di legittimazione passiva, e che il Tribunale, pur avendo chiesto ai consulenti solo di accertare se l'emorragia potesse essere imputata ad errore medico, ma non se l'arresto cardiaco fosse imputabile ad altra causa, si era poi fatto trascinare nell'esame del profilo causale indagato dai consulenti nella prima consulenza eccedendo i limiti del loro mandato.

1.1. Il motivo è inammissibile. Con la censura si denuncia la violazione del c.d. principio di non contestazione. Quando il motivo di ricorso per cassazione si fonda sul rilievo che la controparte avrebbe tenuto condotte processuali di non contestazione, per consentire alla Corte di legittimità di prendere cognizione delle doglianze ad essa sottoposte, il ricorso, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, deve sia indicare la sede processuale di adduzione delle tesi ribadite o lamentate come disattese, sia contenere la trascrizione dei relativi passaggi argomentativi (Cass. 9 agosto 2016, n.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

16655). *La ricorrente quanto alla comparsa di risposta si è limitata ad indicarne genericamente il contenuto, senza procedere alla trascrizione dei relativi passaggi argomentativi, quanto alle memorie previste dall'art. 183 c.p.c., non ha fatto alcuna indicazione, salvo precisare che la linea difensiva era rimasta costante. In tal modo non risulta assolto l'onere di autosufficienza, circostanza che preclude anche l'accesso diretto agli atti, astrattamente consentito dalla tipologia di violazione denunciata. Sulla base delle scarse indicazioni contenute nel ricorso (del tutto assenti in relazione alle memorie ai sensi dell'art. 183) il Collegio non è messo in condizione di apprezzare la censura quale condizione propedeutica di accesso agli atti.*

2. *Con il secondo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1218,1223,2236,2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che il Tribunale, in presenza di una incontestabile marcata emorragia addominale in sede di intervento, non poteva gravare il danneggiato delle incertezze probatorie in ordine al nesso causale e che la prova del nesso di causalità fra emorragia e decesso non richiedeva un'alta probabilità, ma poteva farsi dipendere anche solo dalla maggiore probabilità di incidenza causale o anche solo concausale del fattore antecedente, ancorchè non altamente probabile perchè assistito da una percentuale di probabilità inferiore al 51%.*

2.1. *Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile. Secondo la giurisprudenza di questa Corte ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (fra le tante Cass. 16 gennaio 2009, n. 975; 9 ottobre 2012, n. 17143; 20 ottobre 2015, n. 21177).*

Come affermato da Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, "dal punto di vista del danneggiato la prova del nesso causale quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo, che si sarà articolata con comportamenti positivi ed eventualmente omissivi, si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che è rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato".

Grava quindi sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra l'azione o l'omissione del sanitario ed il danno di cui domanda il risarcimento. Non solo il danno ma anche la sua eziologia è parte del fatto costitutivo che incombe all'attore di provare. Ed invero se si ascrive un danno ad una condotta non può non essere provata da colui che allega tale ascrizione la riconducibilità in via causale del danno a quella condotta. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la reale causa del danno, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano quindi sull'attore.

2.1.1. *Nella giurisprudenza di questa Corte si rinviene tuttavia anche l'enunciazione del principio di diritto secondo cui nel giudizio di risarcimento del danno conseguente ad attività medico chirurgica, 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 provocare 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 danno (Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; 12 dicembre 2013, n. 27855; 21 luglio 2011, n. 15993 e già Cass. Sez. U. 11 gennaio 2008, n. 577).*

Si tratta di contrasto apparente con il principio di diritto sopra richiamato in quanto la causa che viene qui in rilievo non è quella della fattispecie costitutiva della responsabilità risarcitoria dedotta dal danneggiato, ma quella della fattispecie estintiva dell'obbligazione opposta dal danneggiante. Il riferimento nella giurisprudenza in discorso all'insorgenza (o aggravamento) della patologia

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

come non dipendente da fatto imputabile al sanitario, ma ascrivibile ad evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza, e pertanto con onere probatorio a carico del danneggiante (Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222), evidenza come in questione sia la fattispecie di cui agli artt. 1218 e 1256 c.c.. Si deve a questo proposito distinguere fra la causalità relativa all'evento (causalità materiale) ed al consequenziale danno (causalità giuridica) e quella concernente la possibilità (rectius impossibilità) della prestazione.

2.1.2. La causalità relativa all'evento ed al danno consequenziale è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, e caratterizza negli stessi termini, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, gli oneri di allegazione e di prova del danneggiato. Il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l'eziologia immanente alla nozione di danno anche l'eziologia è parte del fatto costitutivo dedotto che l'attore deve provare. Su questo tronco comune intervengono le peculiarità delle due forme di responsabilità. La responsabilità contrattuale sorge dall'inadempimento di un obbligo, sicchè l'attore deve provare la fonte dell'obbligo. La responsabilità extracontrattuale richiede invece, stante la mancanza di un'obbligazione, un criterio di giustificazione, e tali sono il dolo e la colpa, che è pertanto onere dell'attore dimostrare.

In base al c.d. principio di semplificazione analitica della fattispecie le cause di estinzione dell'obbligazione sono tema di prova della parte debitrice, e fra queste l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore (art. 1256 c.c.), con effetto liberatorio sul piano del risarcimento del danno dovuto per l'inadempimento (art. 1218 c.c.). Il danneggiante deve dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che ha reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito (casus = non-culpa). La diligenza non attiene qui all'adempimento, ma alla conservazione della possibilità di adempiere, quale impiego delle cautele necessarie per evitare che la prestazione professionale divenga impossibile, e, riguardando non solo la perizia ma anche la comune diligenza, prescinde dalla diligenza professionale in quanto tale. La non imputabilità della causa di impossibilità della prestazione va quindi valutata alla stregua della diligenza ordinaria ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 1, mentre la diligenza professionale di cui al comma 2, quale misura del contenuto dell'obbligazione, rappresenta il parametro tecnico per valutare se c'è stato l'adempimento (diligenza determinativa del contenuto della prestazione).

C'è inadempimento se non è stata rispettata la diligenza di cui all'art. 1176, comma 2, c'è imputabilità della causa di impossibilità della prestazione se non è stata rispettata la diligenza di cui al comma 1. Nel primo caso la diligenza mira a procurare un risultato utile, nel secondo caso mira a prevenire il danno (la distinzione è tuttavia relativa perchè l'una può determinare il contenuto dell'altra). La diligenza conservativa della possibilità di adempiere si distingue anche dal neminem ledere. Nel caso di quest'ultimo la negligenza non è violazione di un dovere di comportamento nei confronti di un determinato soggetto ma criterio per attribuire la responsabilità se il danno si verifica, mentre la diligenza che specifica l'obbligazione implica un dovere di adozione di cautele, in termini anche di contegni positivi, per la conservazione della possibilità di adempiere, dovere che vige indipendentemente dalla verifica del danno e che precede l'adempimento. Il debitore non deve dare causa, con un comportamento negligente, all'impossibilità della prestazione. Non si rimprovera qui al debitore il mancato rispetto della regola (preesistente) di esecuzione esperta della prestazione professionale quale obbligazione di comportamento, ma la scelta di agire in un modo piuttosto che in un altro che sarebbe stato efficace ai fini della prevenzione della causa che ha reso impossibile la prestazione. Tale causa resta non imputabile se non prevedibile ed evitabile. La colpa del debitore risiede non nell'inadempimento, che è fenomeno oggettivo di mancata attuazione di una regola di comportamento (ed in particolare della regola di esecuzione esperta della prestazione professionale), ma nel non aver impedito che una causa, prevedibile ed evitabile, rendesse impossibile la prestazione.

La causa di non imputabilità dell'impossibilità di adempiere è, come si è detto, in quanto ragione di esonero da responsabilità, tema di prova del debitore/danneggiante. Il debitore che allegi la

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

fattispecie estintiva dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile deve provare sul piano oggettivo il dato naturalistico della causa che ha reso impossibile la prestazione e sul piano soggettivo l'assenza di colpa quanto alla prevenzione della detta causa.

2.1.3. Emerge così un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante. Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto).

Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto.

Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari sorge per la struttura sanitaria l'onere di provare che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato dall'attore, è stato determinato da causa non imputabile. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che la patologia sia riconducibile, ad esempio, all'intervento chirurgico, la struttura sanitaria deve dimostrare che l'intervento ha determinato la patologia per una causa, imprevedibile ed inevitabile, la quale ha reso impossibile l'esecuzione esperta dell'intervento chirurgico medesimo.

Va in conclusione affermato che "ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione; l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari".

2.1.4. *Il giudice di merito ha accertato che è rimasta "oscura la ragione dell'arresto cardiaco". Trattasi del ciclo causale relativo all'evento dannoso. Si sarebbe trattato del ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere solo se si fosse dimostrato che l'arresto cardiaco era da ricondurre eziologicamente all'intervento chirurgico ed all'emorragia insorta. In una siffatta evenienza la struttura sanitaria avrebbe dovuto dimostrare che l'emorragia insorta con l'intervento, ed accertata quale causa del successivo arresto cardiaco, era stata determinata da una causa imprevedibile ed inevitabile. Avrebbe così acquistato rilievo il ciclo causale relativo all'impossibilità di adempiere. Affermando invece che è rimasta "oscura la ragione dell'arresto cardiaco", il giudice di merito ha escluso l'esistenza del nesso fra l'emorragia e l'arresto cardiaco, sicchè un problema di onere probatorio per la struttura sanitaria non è mai insorto. Essendo rimasta ignota all'esito dell'istruttoria la causa dell'evento dannoso, coerentemente al principio di diritto sopra enunciato il giudice di merito ha rigettato la domanda.*

2.2. *Non coglie la ratio decidendi, ed è pertanto inammissibile, il secondo motivo nella parte in cui fa riferimento al criterio della probabilità quanto al nesso di causalità fra emorragia e decesso. E' pur vero che la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del "più probabile che non"), che si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del "50% plus unum" (Cass. 21 luglio 2011, n. 15991). Sul punto però del nesso di causalità il giudice di merito, pur avendo richiamato in astratto il criterio della probabilità superiore al 50%, non ha poi adottato in sede di apprezzamento di merito il criterio della probabilità relativa perchè ha concluso recisamente, all'esito delle disposte CTU, nel senso del carattere ignoto della causa dell'arresto cardiaco.

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1218,2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 132 e 118 disp. att. c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, nonché omesso esame di fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Osserva la ricorrente che il Tribunale ha sottovalutato, con motivazione apparente, la rilevanza e la gravità dell'emorragia ai fini dell'accertamento del nesso di causalità e che l'assenza della verifica dei rilievi della difesa attorea e del consulente tecnico di parte sul punto si traduce in omesso esame di un fatto decisivo e controverso.

3.1. Il motivo è infondato. La denunciata sottovalutazione dell'emorragia attiene in sé ad un profilo di merito insindacabile nella presente sede. La circostanza è pertanto valutabile ai fini delle denunce di motivazione apparente e di vizio motivazionale, pure svolte. La prima, quella per motivazione apparente, non è fondata, potendosi cogliere dal tessuto della motivazione la ratio decidendi, sulla base degli argomenti adoperati per concludere nel senso del carattere ignoto della causa dell'arresto cardiaco. Quanto al vizio motivazionale, l'emorragia è circostanza che è entrata nel fuoco dell'esame del giudicante, sia mediante il richiamo alla prima consulenza, sia, richiamando il supplemento di consulenza, laddove si evidenzia la scarsa probabilità che l'ipovolemia emorragica abbia potuto causare l'ischemia cerebrale o possa causare aritmia su base ipossica (pag. 7 della sentenza). L'omesso esame è invero da riferire non ai rilievi della parte ma alla circostanza di fatto il cui esame sarebbe stato omesso per effetto della mancata confutazione dei detti rilievi, e dunque il dato dell'emorragia, dato come si è detto contemplato nell'iter motivazionale.

4. Con il quarto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1218,1176,2236,2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 115 e 116 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che era onere della ASL dimostrare che la diversa tecnica operatoria della TURP avrebbe esposto il V. al medesimo rischio emorragico, trattandosi peraltro di intervento meno invasivo.

5. Con il quinto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1218,1176,2236,2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 115 e 116 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che, accertata dal CTU la marcata perdita ematica, sarebbe stato onere della struttura sanitaria provare che essa non era dovuta ad un errore di esecuzione dell'intervento in parola.

6. Con il sesto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1218,1176,2236,2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 115 e 116 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che era onere della struttura sanitaria provare l'esecuzione di una corretta gestione del decorso post-operatorio e che il Tribunale non aveva svolto accertamenti al riguardo. Aggiunge che l'ipotetica non intellegibilità ex ante della emorragia era derivata da carenti accertamenti.

6.1. I motivi dal quarto al sesto sono inammissibili. Essi restano privi di decisività in quanto non in grado di intaccare la ratio decidendi rappresentata dall'essere rimasta ignota la causa del decesso.

7. Con il settimo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 2,3,13,32 e 111 Cost., artt. 132 e 118 disp. att. c.p.c., artt. 1218 e 1223 c.c., art. 5 Convenzione di Oviedo e L. n. 833 del 1978, art. 33, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che l'intervento chirurgico non era stato preceduto da adeguato consenso informato del V., posto che tra i rischi di resezione prostatica rientrano le emorragie, alle quali può seguire il decesso del paziente.

7.1 D motivo è inammissibile. La censura muove dal presupposto di fatto che l'intervento chirurgico non sia stato preceduto da adeguato consenso informato. Trattasi di presupposto di fatto non

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

accertato dal giudice di merito. In mancanza di una censura per vizio motivazionale sul punto lo scrutinio del motivo comporta un'indagine di merito preclusa nella presente sede di legittimità. Resta inoltre ferma la ratio decidendi rappresentata dall'essere rimasta ignota la causa del decesso.

8. Con l'ottavo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 51 e 63 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che il consulente nominato dott. M. era medico convenzionato ASL, e dunque interessato ad evitare che non si prosciugasse il fondo regionale per la gestione del risarcimento dei danni, sicchè il mancato accoglimento dell'istanza di ricusazione ha determinato la nullità della consulenza tecnica.

9. Il motivo è infondato. La censura ha ad oggetto la nullità dell'atto processuale stante la ricusabilità del consulente. Il motivo è ammissibile per avere la parte proposta l'istanza di ricusazione (cfr. fra le tante Cass. 17 maggio 2013, n. 12115). E' tuttavia infondato non essendo ascrivibile la qualità soggettiva evidenziata a nessuna delle ipotesi previste dall'art. 51 c.p.c..

10. Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza. Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 e viene rigettato, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, che ha aggiunto l'art. 13, comma 1 quater, del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

Omissis.

2.2. Segue: Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991.

Massima:

Ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione.

Si riporta la sentenza per esteso:

Omissis.

FATTO DI CAUSA

1. G.E. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Firenze l'Azienda Unità Sanitaria Locale 10 di Firenze chiedendo il risarcimento del danno, sia iure proprio che ereditario, per la morte della propria madre B.M.L. deducendo che la causa del decesso era imputabile a colpa medica. Il Tribunale adito rigettò la domanda. Avverso detta sentenza propose appello la G.. Con sentenza di data 4 aprile 2017 la Corte d'appello di Firenze, previa CTU, rigettò l'appello.

*2. Osservò la corte territoriale, premesso che l'onere della prova circa il nesso causale era a carico dell'attrice, che il CTU, dopo avere escluso che la causa del **decesso fosse stata la pancreatite** (non di tipo emorragico), aveva evidenziato per un verso che una TAC all'addome, che pure sarebbe stato opportuno effettuare, non avrebbe fornito elementi decisivi ai fini dell'opzione di un nuovo trattamento chirurgico, per l'altro che, benchè l'ipotesi di un terzo intervento chirurgico fosse stata un'ipotesi da considerare, altrettanto valida era stata la scelta attendista dei sanitari, in quanto l'eventuale terzo trattamento chirurgico avrebbe realizzato chances di sopravvivenza quantificabili in misura di poco superiori al 40%, ma vi sarebbe stato un elevatissimo rischio di mortalità perioperatoria. Aggiunse che il CTU medesimo aveva concluso che, pur in presenza di qualche condotta ipoteticamente colposa dei sanitari, era incerta la correlazione causale fra tale condotta ed il decesso, di cui non era stato possibile identificare con precisione la causa, attribuibile genericamente ad uno stato di shock ed insufficienza multiorgano. Osservò quindi che non risultava raggiunta la soglia del "più probabile che non" quanto alla correlazione causale fra la morte e la*
Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

condotta dei sanitari e che irrilevante era l'ulteriore affermazione del CTU circa l'obiettiva incertezza sulle ragioni effettive della morte, una volta che era stata esclusa la riconducibilità dell'evento ai sanitari.

3. Ha proposto ricorso per cassazione G.E. sulla base di tre motivi e resiste con controricorso la parte intimata. Successivamente alla fissazione del ricorso in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380 bis.1 c.p.c. è stata disposta la trattazione in pubblica udienza. E' stata presentata memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si denuncia violazione degli artt. 1218 e 2697 c.c.. Osserva la ricorrente che ***l'incertezza in ordine al nesso causale*** si ripercuote negativamente sulla struttura sanitaria, su cui incombe il relativo onere probatorio, con conseguente necessità di valutare la colpa dei sanitari, e che il giudice di appello è pervenuto al convincimento dell'assenza del nesso causale argomentando dalla percentuale di possibilità di sopravvivenza che la paziente avrebbe avuto in caso di effettuazione dell'intervento chirurgico, laddove invece avrebbe dovuto chiedersi quante possibilità di sopravvivenza avrebbe avuto la paziente senza essere sottoposta ad intervento e solo qualora le stesse fossero state superiori al 42% avrebbe dovuto ritenere lecita la condotta attendista (ma priva di approfondimenti diagnostici) dei sanitari.

1.1. Il motivo è infondato. La questione posta dal motivo di censura attiene al rapporto fra responsabilità contrattuale nel campo medico e causalità materiale. ***Negare che incomba sul paziente creditore di provare l'esistenza del nesso di causalità fra l'inadempimento*** ed il pregiudizio alla salute, come si assume nel motivo, significa espungere dalla fattispecie costitutiva del diritto l'elemento della causalità materiale. Di contro va osservato che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità ed imputazione.

La causalità attiene al collegamento naturalistico fra fatti accertato sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali. Essa attiene alla relazione probabilistica (svincolata da ogni riferimento alla prevedibilità soggettiva) tra condotta ed evento di danno (e fra quest'ultimo e le conseguenze risarcibili), da ricostruirsi secondo un criterio di regolarità causale, integrato, se del caso, da quelli dello scopo della norma violata e dell'aumento del rischio tipico, previa analitica descrizione dell'evento (cfr. Cass. sez. U. 11 gennaio 2008, n. 576 pag. 13 e Cass. 11 luglio 2017, n. 17084), mentre su un piano diverso si colloca la dimensione soggettiva dell'imputazione. Quest'ultima corrisponde all'effetto giuridico che la norma collega ad un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore, che è rappresentato dall'inadempimento nella responsabilità contrattuale e dalla colpa o il dolo in quell'aquiliana (salvo i casi di imputazione oggettiva dell'evento nell'illecito aquiliano - artt. 2049,2050,2051 e 2053 c.c.).

Che la causalità materiale si iscriva a pieno titolo anche nella dimensione della responsabilità contrattuale trova una testuale conferma nell'art. 1227 c.c., comma 1, che disciplina proprio il fenomeno della causalità materiale rispetto al danno evento sotto il profilo del concorso del fatto colposo del creditore (Cass. 19 luglio 2018, n. 19218; 21 luglio 2011, n. 15991), mentre il comma 2 attiene, come è noto, alle conseguenze pregiudizievoli del danno evento (c.d. causalità giuridica). Ogni forma di responsabilità è dunque connotata dalla congiunzione di causalità ed imputazione. Su questo tronco comune intervengono le peculiarità della responsabilità contrattuale.

1.1.1. Il tratto distintivo della responsabilità contrattuale risiede nella premessa della relazionalità, da cui la responsabilità conseguente alla violazione di un rapporto obbligatorio. **Il danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione non richiede la qualifica dell'ingiustizia, che si rinviene nella responsabilità extracontrattuale, perchè 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. (cfr. Cass. Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500), ma alla corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione (arg. ex art. 1174 c.c.). E' la fonte contrattuale dell'obbligazione che conferisce rilevanza giuridica all'interesse regolato.**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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, perchè quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento. La causalità acquista qui autonomia di valutazione solo quale causalità giuridica, e dunque quale delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.). L'assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento fa sì che tema di prova del creditore resti solo quello della causalità giuridica (oltre che della fonte del diritto di credito), perchè, come affermato da Cass. Sez. U. 30 ottobre 2001 n. 13533 del 2001, è onere del debitore provare l'adempimento o la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione (art. 1218 c.c.), mentre l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solo allegato dal creditore. Non c'è quindi un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale perchè allegare l'inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento.

Tale forma del rapporto fra causalità materiale e responsabilità contrattuale attiene tuttavia allo schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile. Nel diverso territorio del facere professionale la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta secondo le regole generali sopra richiamate. Sul punto valgono le seguenti considerazioni.

1.1.2. Se l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario del creditore, causalità ed imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale (e non solo su quello strutturale) perchè il danno evento consta non della lesione dell'interesse alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, ma della lesione dell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato. La distinzione fra interesse strumentale, affidato alla cura della prestazione oggetto di obbligazione, ed interesse primario emerge nel campo delle obbligazioni di diligenza professionale. La prestazione oggetto dell'obbligazione non è la guarigione dalla malattia o la vittoria della causa, ma il perseguimento delle leges artis nella cura dell'interesse del creditore. Il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie attinge non l'interesse affidato all'adempimento della prestazione professionale, ma quello presupposto corrispondente al diritto alla salute.

Benchè guarigione dalla malattia o vittoria della causa non siano dedotte in obbligazione, esse non costituiscono un motivo soggettivo che resti estrinseco rispetto al contratto d'opera professionale, ma sono tipicamente connesse all'interesse regolato perchè la possibilità del loro soddisfacimento è condizionata dai mutamenti intermedi nello stato di fatto determinati dalla prestazione professionale. L'interesse corrispondente alla prestazione oggetto di obbligazione ha natura strumentale rispetto ad un interesse primario o presupposto, il quale non ricade nel motivo irrilevante dal punto di vista contrattuale perchè non attiene alla soddisfazione del contingente ed occasionale bisogno soggettivo ma è connesso all'interesse regolato già sul piano della programmazione negoziale e dunque del motivo comune rilevante al livello della causa del contratto. Non c'è obbligazione di diligenza professionale del medico o dell'avvocato se non in vista, per entrambe le parti, del risultato della guarigione dalla malattia o della vittoria della causa. Dato che il danno evento nelle obbligazioni di diligenza professionale riguarda, come si è detto, non l'interesse corrispondente alla prestazione ma l'interesse presupposto, la causalità materiale non è praticamente assorbita dall'inadempimento. Quest'ultimo coincide con la lesione dell'interesse strumentale, ma non significa necessariamente lesione dell'interesse presupposto, e dunque 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

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

necessariamente collegabile al mancato rispetto delle *leges artis* ma potrebbe essere riconducibile ad una causa diversa dall'inadempimento.

La violazione delle regole della diligenza professionale non ha dunque un'intrinseca attitudine causale alla produzione del danno evento. Aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie non sono immanenti alla violazione delle *leges artis* e potrebbero avere una diversa eziologia. Si riepanda così, anche sul piano funzionale, la distinzione fra causalità ed imputazione soggettiva sopra delineata. Persiste, nonostante l'inadempimento, la questione pratica del nesso eziologico fra il danno evento (lesione dell'interesse primario) e la condotta materiale suscettibile di qualificazione in termini di inadempimento. Il creditore ha l'onere di allegare la connessione puramente naturalistica fra la lesione della salute, in termini di aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie, e la condotta del medico e, posto che il danno evento non è immanente all'inadempimento, **ha anche l'onere di provare quella connessione**, e lo deve fare sul piano meramente naturalistico sia perchè la qualifica di **inadempimento deve essere da lui solo allegata, ma non provata (appartenendo gli oneri probatori sul punto al debitore)**, sia perchè si tratta del solo profilo della causalità materiale, il quale è indifferente alla qualifica in termini di valore rappresentata dall'inadempimento dell'obbligazione ed attiene esclusivamente al fatto materiale che soggiace a quella qualifica. **La prova della causalità materiale da parte del creditore può naturalmente essere raggiunta anche mediante presunzione.**

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 o impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie, ma ciò non è perchè 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 perchè 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.**

La causalità materiale nella disciplina delle obbligazioni non è così soltanto causa di esonero da responsabilità per il debitore (art. 1218 c.c.), e perciò materia dell'onere probatorio di quest'ultimo, ma è nelle **obbligazioni di diligenza professionale anche elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ove risulti allegato il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie.** Il creditore di prestazione professionale che allegi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (c.d. causalità giuridica), ma deve provare anche, avvalendosi eventualmente pure di presunzioni, **il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità, impregiudicata la natura di inadempimento di quella condotta, inadempimento che al creditore spetta solo di allegare.**

1.1.3. Una volta che il creditore abbia provato, anche mediante presunzioni, il nesso eziologico fra la condotta del debitore, nella sua materialità, e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, **sorgono gli oneri probatori del debitore, il quale deve provare o l'adempimento o che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile. Emerge così un duplice ciclo causale**, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il nesso di causalità materiale che il creditore della prestazione professionale deve provare è quello fra intervento del sanitario e danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie; il nesso eziologico che invece spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, è quello **fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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 vuol dire che l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia è sì eziologicamente riconducibile all'intervento sanitario, ma il rispetto delle *leges artis* è nella specie mancato per causa non imputabile al medico. Ne discende che, 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.

E' bene rammentare che tali principi si collocano nell'ambito delle regole sull'onere della prova, le quali assumono rilievo solo nel caso di causa rimasta ignota. Si tratta quindi della regola residuale di giudizio grazie alla quale la mancanza, in seno alle risultanze istruttorie, di elementi idonei all'accertamento, anche in via presuntiva, della sussistenza o insussistenza del diritto in contestazione determina la soccombenza della parte onerata della dimostrazione rispettivamente dei relativi fatti costitutivi o di quelli modificativi o estintivi (Cass. 16 giugno 1998, n. 5980; 16 giugno 2000, n. 8195; 7 agosto 2002, n. 11911; 21 marzo 2003, n. 4126).

1.1.4. Va data così continuità all'orientamento di questa Corte che nel tempo si è consolidato e secondo cui incombe sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e l'evento di danno quale fatto costitutivo della domanda risarcitoria, non solo nel caso di responsabilità da fatto illecito ma anche nel caso di responsabilità contrattuale (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).

1.1.5. In conclusione va affermato ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, il seguente principio di diritto: "ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione".

1.2. Con l'ulteriore argomento contenuto nel motivo di censura la ricorrente prospetta una responsabilità per omissione dei sanitari e denuncia che il giudice di appello avrebbe dovuto procedere al relativo giudizio controfattuale. La corte territoriale ha affermato che l'esistenza di una patologia addominale era soltanto ipotetica e che comunque, anche ammettendo l'esistenza di una tale patologia, la scelta attendista dei medici fu altrettanto valida di quella dell'esecuzione dell'intervento chirurgico perchè, a fronte della realizzazione di chances di sopravvivenza quantificabili in misura di poco superiore al 40%, vi era un elevatissimo rischio di mortalità perioperatoria. Il giudizio di fatto del giudice di merito non è stato quindi nel senso che vi era un 40% di possibilità di sopravvivenza se l'intervento chirurgico fosse stato eseguito, ma è stato nel senso che non era stata accertata l'esistenza di patologia addominale, sicchè la possibilità di sopravvivenza conseguente all'intervento va valutata non rispetto ad un dato accertato, ma rispetto ad una semplice ipotesi (e cioè ove ammessa l'esistenza della patologia addominale). Non essendo stata accertata la premessa fattuale della condotta medica che avrebbe sortito l'esito positivo per la paziente, non ricorreva per il giudice di merito il presupposto per il giudizio controfattuale richiesto dalla valutazione della responsabilità per omissione.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

*In secondo luogo, e tale aspetto concerne non il giudizio di diritto ma l'indagine fattuale del giudice di merito, questi ha accertato che non poteva aversi rilevanza sul piano dell'efficienza naturalistica dell'omissione perchè l'identificata possibilità di sopravvivenza era comunque controbilanciata dall'elevatissimo rischio di mortalità perioperatoria, al punto che, ma trattasi di profilo rilevante non sul piano causale ma di quello soggettivo del rispetto delle *leges artis*, opportuna era stata la scelta attendista dei sanitari.*

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 115 c.p.c.. Osserva la ricorrente che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di appello secondo cui il CTU aveva riconosciuto l'esistenza della responsabilità solo con l'affermazione che pur in presenza di qualche condotta ipoteticamente colposa dei sanitari era incerta la correlazione causale fra tale condotta ed il decesso, in altri luoghi dell'elaborato della consulenza vi era il riconoscimento dell'omesso approfondimento diagnostico da parte dei sanitari e che in violazione dell'art. 115 vi era un palese errore di percezione delle risultanze della CTU (su cui Cass. n. 9356 del 2017).

3. Con il terzo motivo si denuncia omesso esame di fatto decisivo e controverso. Osserva la ricorrente che il giudice di appello ha omesso di esaminare il fatto confermato dal CTU di omesso approfondimento diagnostico, ascrivibile a colpa dei sanitari, e che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di appello, il CTU non aveva escluso l'ipotesi della pancreatite acuta, limitandosi a sostenere che non era stata di contenuto emorragico.

*4. I motivi secondo e terzo, in quanto afferenti al profilo dell'inadempimento della prestazione sanitaria, devono intendersi assorbiti una volta che sia stato escluso il nesso di causalità, il quale integra una questione pregiudiziale rispetto a quello del rispetto delle *lese artis*. Il terzo motivo è comunque inammissibile con riferimento alla circostanza della pancreatite sia perchè la denuncia di vizio motivazionale attinge non un fatto, ma la valutazione del CTU, sia perchè tale valutazione risulta contemplata dalla motivazione.*

5. L'assestamento in corso della giurisprudenza sulla questione del nesso causale costituisce ragione per compensare le spese processuali.

Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 e viene disatteso, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, che ha aggiunto al testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, il comma 1 - quater della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Rigetta il primo motivo del ricorso, dichiara in parte inammissibile il terzo motivo e per il resto assorbito il ricorso.

Dispone la compensazione delle spese processuali.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17 dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Dispone che in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle persone fisiche riportati nella sentenza.

Così deciso in Roma, il 4 luglio 2019.

Depositato in Cancelleria il 11 novembre 2019

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione