

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN**

Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale.

Curriculum: Diritto civile. Ciclo XXVI.

Settore Concorsuale di afferenza: 12/a1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/01

**TITOLO TESI**

**Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio**

Presentata da: Natalia Roldan Alzate

Coordinatore Dottorato  
Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Relatore  
Chiar.ma Prof. Daniela Memmo

Esame finale anno 2014

**INADEMPIMENTO E RIPARTIZIONE  
DELL'ONERE PROBATORIO**

## **INDICE**

Considerazioni introduttive. Pag.10

### **CAPITOLO I**

#### **INADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI E CLASSIFICAZIONE DELLE PRESTAZIONI**

1. Responsabilità per inadempimento Pag. 12
2. Nozione di inadempimento: mancanza assoluta della prestazione e prestazione inesatta.
- 2.1 Prestazioni di dare
- 2.2 Prestazioni di fare. Obbligazioni di mezzi e di risultato: una distinzione discussa (cenni e rinvio)
- 2.3 Prestazioni di non fare
- 2.4 Prestazione di contrarre
- 2.5 Prestazione di garantire

## **CAPITOLO II**

### **LA PROVA DELL'INADEMPIMENTO**

1. L'onere della prova nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento del danno: il contrasto interpretativo. Pag. 34

1.2 (...segue) La tesi del carattere più apparente che reale del contrasto.

2. Il regime probatorio sancito dalla sentenza della Cassazione Civile, Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533.

3. La prova dell'inesatto adempimento: spunti critici

3.1...(segue) L'inadeguatezza della soluzione giurisprudenziale uniforme nel sistema delle garanzie nella vendita e nell'appalto.

## CAPITOLO III

### **L'ONERE DELLA PROVA NELLE OBBLIGAZIONI DI MEZZI E DI RISULTATO: LA DISCUSSA VALENZA DOGMATICA DELLA DISTINZIONE**

1. Le obbligazioni di mezzi e di risultato: esclusione di un diverso  
fondamento della responsabilità. Pag. 61

2. Origine della distinzione e posizioni interpretative contrastanti.

3. La diffusione della distinzione nel nostro ordinamento.

3.1 La rilevanza teorica e pratica della distinzione

3.1.1 (...segue) Esclusione di una rilevanza della distinzione nel  
rapporto tra gli articoli 1176 c.c. e 1218 c.c.

3.1.1.1 (...segue) Il ruolo della diligenza in tutte le obbligazioni di  
fare.

3.1.2 (... segue) La rilevanza della dicotomia sul regime  
probatorio nella prassi precedente il *revirement* delle Sezioni Unite  
13533/2001.

4. Il parziale superamento della dicotomia obbligazioni “di mezzi”- obbligazioni “di risultato” nella più recente giurisprudenza.
5. Riflessioni sulla prova dell'inesatta esecuzione della prestazione di fare.
  - 5.1 (...segue) L'incidenza della distinzione mezzi-risultato sul contenuto della prova dell'inesatto adempimento.
  - 5.2 (...segue) Tutela della parte “debole” e inversioni totali o parziali degli oneri probatori.
  - 5.3 (...segue) L'opportunità di integrare il diritto positivo con criteri di ripartizione degli oneri probatori di origine giurisprudenziale.
  - 5.4 La posizione processuale del debitore a fronte della prova del mancato raggiungimento del “risultato dovuto”... nelle obbligazioni di mezzi e di risultato.
6. La ricezione della dicotomia obbligazione “di mezzi/di risultato” nei principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali.

6.1 (...segue)...e nei Principi di diritto europeo dei contratti.

## **CAPITOLO IV**

### **PROFILI OPERATIVI DELL'ONERE DELLA PROVA NELLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE.**

1. Note introduttive. Pag. 103
  
2. Responsabilità professionale del medico e onere della prova: cenni sulla natura del rapporto.
  - 2.1 (... segue) La natura della responsabilità del medico dopo la Riforma Balduzzi.
  - 2.2 La responsabilità della struttura sanitaria.
  - 2.3 Il regime probatorio nella responsabilità medica.
    - 2.3.1 L'art. 2236 c.c nella prassi giurisprudenziale precedente il *revirement* operato dalla sentenza 13533/2001.
      - 2.3.1.1 (...segue) il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella distribuzione degli oneri probatori.
      - 2.3.2 (...segue) L'irrilevanza dell'art. 2236 c.c. ai fini del riparto

dell'onere della prova nella prassi giurisprudenziale successiva alla sentenza 13533/2001.

2.4 La prova del nesso di causa: notazioni preliminari sulla categoria giuridica.

2.4.1 (...segue) Causalità materiale e causalità giuridica.

2.4.2 (...segue) L'applicazione in materia civile dei principi penalistici che regolano la causalità di fatto.

2.4.2.1 (...segue) La necessità di adeguare i principi penalistici alle peculiarità del sistema di responsabilità civile.

2.4.3 La prova del nesso eziologico nella responsabilità medica.

2.4.3.1 (...segue) Omissioni o inesattezze nella tenuta della cartella clinica e presunzioni del nesso di causalità.

2.4.4 Il risarcimento del danno da perdita di *chance* come rimedio alla logica del "tutto o niente" nelle ipotesi di causalità incerta: critica.

2.4.5 Violazione dell'obbligo informativo e risarcimento del danno: la



prova del nesso eziologico.

2.5 La prova dell'esatto adempimento e il problema della causa ignota.

3. La responsabilità dell'avvocato: note introduttive.

3.1 La persistenza della dicotomia "mezzi-risultato" nella qualificazione delle prestazioni dell'avvocato.

3.2 Gli obblighi di informazione del professionista.

3.3 Violazione della diligenza qualificata e casi tipici di responsabilità dell'avvocato. Le tendenze giurisprudenziali verso un approccio di maggior rigore nei confronti del professionista.

3.4 La disciplina dell'onere della prova.

3.4.1 (... segue) La prova del nesso di causa tra inadempimento e danno.

**Osservazioni azioni conclusive.**

Pag. 166

**Bibliografia.**

Pag. 169

## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

L'interesse per il tema dell'onere della prova nell'inadempimento contrattuale è giustificato dalla circostanza che il noto intervento delle Sezioni Unite in materia<sup>1</sup>, al quale originariamente si è pensato di attribuire una portata indifferenziata e assoluta, non ha avuto l'effetto di porre fine ai numerosi contrasti interpretativi.

Al contrario, lo stesso ha determinato il sorgere di nuove incertezze e profili problematici, subendo, peraltro, continue smentite in diversi settori della responsabilità civile.

Lo scopo della presente indagine è stato quello di verificare in quali contesti la regola fissata dalla Cassazione venisse applicata e in quali disattesa, procedendo, quindi, ad accertare la modulazione dell'onere della prova in alcuni settori considerati emblematici.

Si è, così, tentato di individuare le ragioni della limitazione dell'indirizzo in parola, nonché i criteri in base ai quali determinare l'allocazione dell'onere della prova.

In tale contesto non si è potuto fare a meno di considerare i riflessi delle varie pronunce di legittimità sulla bipartizione obbligazione di mezzi-obbligazione di risultato. Come noto, infatti, per molto tempo tale dicotomia ha avuto un notevole rilievo, soprattutto per tutte le conseguenze che se ne traevano in punto di prova.

È evidente che un orientamento che incida proprio sulle implicazioni probatorie, stabilendo un regime unitario e identico per tutti i tipi di obbligazioni e di inadempimento, riduce il valore della distinzione, attribuendole carattere meramente descrittivo.

Senonché, proprio l'applicazione incostante del criterio stabilito nel 2001 ha reso incerta la portata attuale della classificazione in discorso, suscitando un interesse sulle concrete implicazioni della medesima.

Invero, da un lato, in linea con il principio del regime di prova unico, che esonera

---

<sup>1</sup>Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 113.

sempre il creditore dalla prova dell'inadempimento, alcune pronunce sono giunte a scardinare la classica bipartizione. Dall'altro, la stessa risulta, in molti settori, tutt'altro che abbandonata.

Nel presente studio si è ritenuto di aderire a quella impostazione che esclude il diverso fondamento della responsabilità nelle due specie di obbligazioni, affermando l'unità strutturale dell'obbligazione, regolata da un unico, omogeneo regime. Tuttavia, allo stesso modo, è emersa l'opportunità di non abbandonare del tutto il riferimento a tale distinzione. La stessa, infatti, consente di attribuire rilievo ai diversi ambiti di rischio, con tutte le conseguenze che in concreto ne derivano, anche in relazione alle dinamiche processuali e al contenuto delle prove a carico dei contraenti.

Una omologazione delle varie tipologie di prestazioni porterebbe ad un appiattimento tutt'altro che proficuo.

Il ricorso alla bipartizione mezzi-risultato, inoltre, attribuisce un certo grado di flessibilità alla regola di giudizio, consentendone un adattamento all'evoluzione della scienza e della tecnica, che costantemente determina un innalzamento del livello di attesa sociale in relazione ai risultati conseguibili.

# CAPITOLO I

## INADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI E CLASSIFICAZIONE DELLE PRESTAZIONI

### 1. Responsabilità per inadempimento

La responsabilità per inadempimento è regolata dall'art. 1218 c.c., a norma del quale <<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>>.

Tradizionalmente si suole definire "contrattuale" tale responsabilità, per distinguerla da quella extracontrattuale o da fatto illecito (art. 2043 c.c.).

Autorevole dottrina, tuttavia, sottolinea il significato solo convenzionale di questa espressione<sup>2</sup>, non del tutto adeguata a designare la categoria. Infatti, con tale locuzione si fa riferimento alla responsabilità per inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte, anche non contrattuale. Al contrario la responsabilità extracontrattuale è un'obbligazione che si costituisce *ex novo*, rappresentando l'illecito civile un'autentica fonte di obbligazioni (1173 c.c.)<sup>3</sup>.

Ne deriva che anche la responsabilità per inadempimento di un'obbligazione da fatto illecito risulta regolata dall'art. 1218 c.c.

In senso conforme si è espressa la Corte di Cassazione, identificando l'art. 2043 c.c. non più come sanzione per violazione dell'obbligazione del *neminem laedere*, ma come fonte di obbligazioni<sup>4</sup>.

---

2 GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 105.

3 MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale* (*dir. Vig.*) [XXXIX, 1988], in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, p. 1095. L'Autore definisce la locuzione "responsabilità contrattuale", come una *synecdoche*, in quanto indica il tutto con una parte. Lo stesso Autore ne individua l'origine storica, osservando come la distinzione responsabilità contrattuale - responsabilità extra-contrattuale corrisponda alla *summa divisio* gaiana delle obbligazioni in due specie: *vel ex contractu vel ex delicto* (GAI 3, 88). Infatti originariamente, nel diritto classico, il termine *contractus* era inteso in senso ampio, tale da ricomprendere tutte le obbligazioni diverse dalla responsabilità *ex delicto*.

4 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 106 e ss. L'Autore rileva come le citate disposizioni si collochino su due piani diversi: mentre l'art. 1218 c.c. riguarda l'inadempimento dell'obbligazione, quale che sia la fonte generatrice della medesima, l'art. 2043 c.c. si colloca

L'art. 1218 c.c. si pone in perfetta relazione con l'art. 1256 c.c., che prevede l'estinzione dell'obbligazione nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore.

Entrambe le norme fissano un criterio di distribuzione del rischio dell'impossibilità della prestazione. Infatti quando l'impossibilità sia imputabile al debitore, questi sarà tenuto a rispondere delle conseguenze dannose che la controparte abbia sofferto per il mancato soddisfacimento del suo interesse. In caso contrario tali conseguenze negative dovranno essere sopportate dal creditore<sup>5</sup>.

La sopravvenienza della causa estintiva dell'obbligazione compromette il rapporto di corrispettività tra le due prestazioni, impedendo al contratto di realizzare la sua funzione<sup>6</sup>. Conseguentemente la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità non potrà pretendere la controprestazione e dovrà restituire quella che eventualmente abbia già ricevuto (art. 1463 c.c.).

Si precisa, inoltre, che, diversamente dall'ipotesi di risoluzione per inadempimento, l'impossibilità determina la risoluzione immediata ed automatica del contratto, non rendendosi dunque necessario agire in giudizio o fare qualche intimazione<sup>7</sup>.

La diversa disciplina si spiegherebbe considerando che l'evento impeditivo sarebbe suscettibile di obiettivo apprezzamento. Lo stesso, infatti, colpendo <<in modo completo e definitivo una delle prestazioni>>, non lascerebbe spazio a dubbi circa l'interruzione del sinallagma<sup>8</sup>. Un'eventuale pronuncia giudiziale

---

sullo stesso piano del contratto, anch'esso fonte di obbligazione. A sostegno di tale conclusione vengono, inoltre, richiamate alcune pronunce di legittimità, tra cui Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, p. 356.

5 TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 399.

6 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in GROSSO-SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972, p. 284.

7 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 284.

8 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, p. 284. L'Autore precisa, inoltre, che quanto sopra è riferito all'ipotesi di impossibilità assoluta (ovvero non parziale) e definitiva. Infatti, un'impossibilità temporanea avrebbe solo l'effetto di sospendere l'esecuzione della prestazione, con conseguente esonero del debitore da responsabilità per il ritardo. Tuttavia, se l'impossibilità perdura fino a quando il debitore debba considerarsi liberato, ai sensi dell'art. 1256, 2° comma, c.c., il contratto si risolve.

100. Analogamente, in caso di impossibilità parziale, il debitore rimane obbligato ad eseguire la prestazione per la parte che è rimasta possibile (art. 1258 c.c.), sempre che non sia venuto meno un interesse apprezzabile del creditore all'adempimento parziale.

avrebbe efficacia meramente dichiarativa.

In ordine alla natura della responsabilità per inadempimento, due sono le correnti interpretative delineatesi in dottrina, quella oggettiva e quella soggettiva.

La concezione oggettiva, fa discendere dal mero fatto dell'inadempimento (o dell'adempimento ritardato o inesatto) la responsabilità del debitore, il quale non può liberarsi dimostrando la mancanza di colpa, risultando a tal fine necessaria la prova della impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile<sup>9</sup>.

L'impostazione oggettiva, nella sua accezione originaria e più rigorosa, esige una impossibilità, per l'appunto, oggettiva e assoluta.

Più precisamente, l'oggettività attribuirebbe rilievo soltanto ai fatti impeditivi che rendano la prestazione impossibile per qualsiasi soggetto e non solo per quel particolare debitore. L'assolutezza, invece, richiederebbe la sussistenza di un ostacolo che non risulti superabile dalle forze umane, se non mettendo in pericolo l'integrità personale del debitore o ponendo in essere un'attività illecita.

Autorevole dottrina ha criticato la rigidità di tale concezione di assolutezza<sup>10</sup>. In particolare si è affermato che l'impossibilità non debba essere intesa in senso naturalistico, bensì in senso economico, ovvero nel rapporto tra mezzi e fini: <<l'impossibilità è relativa alla specie di obbligazione entro la quale la prestazione è dedotta>><sup>11</sup>. Impossibile sarebbe quella prestazione non superabile con lo sforzo diligente cui il debitore è tenuto in quella determinata obbligazione<sup>12</sup>.

---

9 Teoria elaborata da Giuseppe Osti; cfr. OSTI, *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I, p.1 ss.

10 BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1954, p. 107, il quale sottolinea come per valutare l'impossibilità sia necessario avere riguardo al tipo di rapporto e all'impegno di cooperazione che esso richiede.

11 GALGANO, *Il contratto*, cit., pag. 87. In senso conforme si esprime anche MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. Vig.)*, cit., p. 1081, il quale afferma che il limite di responsabilità debba essere valutato in relazione al contenuto del rapporto obbligatorio. A tal riguardo l'Autore richiama la teoria di Hartmann, <<primo giurista moderno pienamente consapevole della pregiudizialità di una revisione del concetto di obbligazione rispetto al problema del limite di responsabilità del debitore>>. Nel pensiero di Hartmann, infatti, la prestazione non si identifica con i tre elementi tradizionalmente considerati, ovvero oggetto, luogo e tempo, ma anche con i mezzi occorrenti per conseguire il risultato.

104. In questo senso anche ROPPO, *Rimedi-2*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del Contratto*, V, p. 779: <<è sempre più diffusa la convinzione che l'art. 1218 c.c. non rinvii ad una nozione naturalistica di impossibilità, ma esprima un concetto giuridico, ricostruito alla luce del rapporto obbligatorio inadempito, dei mezzi destinati alla sua esecuzione, dei rischi assunti dalle parti; in sintesi, che l'impossibilità sia un concetto di carattere relativo>>.

12 GALGANO, *Il contratto*, cit., pag. 87; MENGONI, *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura

Si osserva, inoltre, che il concetto di impossibilità assoluta si porrebbe in contrasto con il principio generale di buona fede, alla luce del quale va ricostruito il contenuto del rapporto obbligatorio<sup>13</sup>.

Un comportamento del creditore ispirato al principio di correttezza esclude, infatti, che lo stesso possa esigere l'adempimento con mezzi che implicino costi economici, fisici o psichici eccessivi o che comunque mettano a repentaglio valori preminenti di rango costituzionale<sup>14</sup>.

La tesi soggettivistica individua il fondamento della responsabilità del debitore nella colpa. Secondo tale impostazione, alla base dell'inadempimento sarebbe sempre ravvisabile un comportamento doloso o colposo del medesimo<sup>15</sup>.

Nell'ambito di tale linea interpretativa, si precisa, inoltre, che il dolo rileva sul piano psicologico, come intenzione del debitore di non adempiere. Al contrario, la colpa rileva sul piano obiettivo, quale inosservanza della diligenza richiesta<sup>16</sup>. Una corrente di pensiero individua proprio nella diligenza, intesa come impegno adeguato alla realizzazione dell'interesse del creditore, il criterio per determinare la soglia della possibilità o meno della prestazione<sup>17</sup>. Coerentemente, quindi, il debitore risulta esonerato da responsabilità <<in presenza di impedimenti non prevedibili né superabili alla stregua dello sforzo diligente dovuto>><sup>18</sup>.

---

di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 177, sottolinea la portata restrittiva dell'obbligo del debitore esercitata dalla buona fede, che esclude dalla sfera dell'obbligo comportamenti che, sebbene idonei a realizzare l'interesse del creditore, sarebbero in contrasto con il medesimo principio, in quanto anormali rispetto a quel rapporto obbligatorio.

13 MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, cit., p. 176.

14 MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, cit., p. 180; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 637

15 BIANCA, *Diritto civile*, vol. V: *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 17; BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA, NATOLI, *Diritto civile, Vol. III, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p.138.

16 BIANCA, *Diritto civile*, vol. V: *La responsabilità*, cit., p. 24.

17 ANELLI, *Commento all'art. 1218 c.c.*, in BONILINI, CONFORTINI, GRANELLI (a cura di) *Codice civile ipertestuale*, Torino, 2004, p. 1688.

18 BIANCA, *Diritto civile*, vol. V: *La responsabilità*, cit. p. 24: all'obiezione da taluno sollevata in merito alla formula del codice, che consente al debitore di liberarsi solo quando la prestazione sia diventata impossibile, l'Autore risponde che non vi sono indici letterali dai quali desumere che tale impossibilità debba essere oggettiva e assoluta; ID., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1997, p. 535: <<La nozione di impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore prescinde dai caratteri dell'assolutezza e della oggettività. Essa è piuttosto correlata al concetto di responsabilità per l'inadempimento. Se questa responsabilità dipende dalla misura dello sforzo diligente richiesto al debitore, diremo che sussiste

Tra le due teorie sopra accennate si colloca una tesi intermedia, secondo la quale l'art. 1218 c.c. contemplerebbe un'ipotesi di impossibilità oggettiva e assoluta, ma non potrebbe essere considerato come norma generale regolatrice della responsabilità contrattuale<sup>19</sup>.

Secondo tale elaborazione dottrinale la norma in esame si riferirebbe soltanto all'ipotesi in cui la prestazione sia divenuta impossibile, indicando la prova liberatoria, ma non implicherebbe, *a contrario*, che il debitore sia sempre tenuto ad adempiere fino al limite dell'impossibilità oggettiva e assoluta. Infatti, quando la prestazione inadempita sia ancora possibile, la responsabilità del debitore sarebbe regolata da altre norme, che gli consentirebbero di liberarsi provando di aver agito in modo diligente.

A sostegno di tale interpretazione un illustre giurista<sup>20</sup> individua una serie di obbligazioni in cui troverebbe esclusiva applicazione il criterio dell'impossibilità assoluta. Si tratta delle obbligazioni di consegnare o restituire (o trasferire) una cosa certa e determinata, nelle quali il debitore ha l'obbligo di impedire eventuali eventi impossibilitanti (perimento, sottrazione, avaria della cosa).

Al contrario negli altri rapporti l'art. 1218 c.c. non sarebbe sufficiente a regolare l'intera attività cui il debitore è tenuto. Infatti in questi casi, accanto all'obbligo di preservare la possibilità della prestazione, il debitore è tenuto ad osservare altre regole di condotta ricavabili dall'art. 1176 c.c., nonché da tutte le altre norme intese a regolare l'inadempimento nei vari rapporti obbligatori<sup>21</sup>.

L'adesione all'una o all'altra teoria presenta notevoli risvolti pratici, soprattutto in ambito probatorio.

Infatti, per i sostenitori della tesi oggettivistica il debitore può liberarsi da responsabilità soltanto provando che la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile.

---

impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore ogni qual volta insorge un impedimento non prevenibile né superabile da parte del debitore con lo sforzo diligente cui egli è tenuto>>.

112.

19 GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*[XX, 1970], in *Enciclopedia del diritto*, p. 874.

20 GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*[XX, 1970], cit., p. 875.

21 GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*[XX, 1970], cit., p. 875.



Il giudizio di esonero dalla responsabilità si articola in un duplice ordine di elementi da provare<sup>22</sup>. Il debitore deve innanzitutto provare che la prestazione è divenuta impossibile e, come sopra accennato, tale impossibilità deve essere intesa in senso oggettivo e non soggettivo. Una semplice *difficultas praestandi* non avrebbe evidentemente alcun rilievo<sup>23</sup>.

Quanto al requisito della absolutezza, esso non sarebbe richiesto, secondo il prevalente orientamento<sup>24</sup>, per i motivi sopra esposti.

È appena il caso di accennare, inoltre, che l'impossibilità deve essere sopravvenuta, in quanto se originaria darebbe luogo a nullità del contratto<sup>25</sup>.

Una volta provata l'impossibilità, il debitore deve provare la causa a lui non imputabile e, quindi, l'impedimento non prevedibile né evitabile con la diligenza dovuta. Non sarebbe sufficiente, pertanto, la dimostrazione di aver agito con diligenza, dovendo il debitore provare la causa specifica e la circostanza che la medesima è fuori dalla sua sfera di controllo<sup>26</sup>.

A tal fine si deve tener conto del concreto regolamento contrattuale.

Pertanto, ad esempio, quando il debitore sia un imprenditore, l'imputabilità

22 MEMMO, *Commento all'art. 1218*, in GALGANO (a cura di) *Commentario breve al Codice Civile*, Piacenza, 2006, p. 944.

23 MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., p.1083 ss. L'Autore, sul punto, richiama Savigny, il quale definiva l'impossibilità oggettiva relativa con il nome specifico di 'ineseguibilità', distinguendola nettamente dalla mera difficoltà, che non libera affatto dall'obbligo di adempimento; ID., *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 176; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2012, pp. 707 ss., TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 393.

118. Si rinvia al paragrafo successivo per l'analisi del diverso atteggiarsi di tale impossibilità nei vari tipi di prestazione.

24 GALGANO, *Il contratto*, cit., pag. 87; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 393.

25 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 708: <<se invero si trattasse di impossibilità originaria, addirittura il rapporto non sarebbe mai validamente sorto, per mancanza di un elemento essenziale>>; MEMMO, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, in FRANZONI (a cura di) *Le obbligazioni, I, L'obbligazione in generale*, Torino, 2004, p. 906, la quale rileva che tale conclusione si fonda sul collegamento tra l'art. 1346 c.c., che fissa il requisito della possibilità dell'oggetto del contratto, e l'art. 1418, 2° comma, c.c., che indica, tra le cause di nullità del contratto, <<la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346>>. L'A. osserva altresì come l'art. 1347 c.c. contempli un'eccezione a tale regola generale, per il caso di possibilità sopravvenuta dell'oggetto: <<Il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine>>.

26 MEMMO, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, cit., p. 888; GALGANO, *Il contratto*, cit., pag. 87; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 708: <<L'impossibilità oggettiva deve ricondursi a una causa estranea, che può essere un accidente qualsiasi, anche collegato a un'attività umana, ma estranea [...] ai rischi che per tale attività sono tipicamente normali, e può essere pure un impedimento frapposto da terzi >>.

della causa sarà apprezzata con maggior rigore. Infatti, l'area dei c.d. rischi tipici, ovvero degli eventi rientranti nella sfera di controllo del debitore-imprenditore, risulta necessariamente più estesa rispetto a quella di un non imprenditore<sup>27</sup>.

Diversamente, dall'adesione alla concezione soggettivistica consegue la possibilità per il debitore di liberarsi semplicemente provando di aver impiegato tutta la diligenza dovuta secondo le circostanze, a prescindere dalla prova della causa specifica dell'impossibilità<sup>28</sup>.

Dal quadro tratteggiato, emerge un travagliato dibattito dottrinario sul punto.

Tuttavia, la dottrina più autorevole non manca di osservare come il contrasto interpretativo sia, soprattutto in giurisprudenza, molto meno esteso di quanto possa sembrare<sup>29</sup>.

Infatti, tanto le teorie soggettivistiche, quanto quelle oggettivistiche<sup>30</sup> fanno riferimento, ai fini dell'esonero da responsabilità, ad un concetto relativo di impossibilità, quale impedimento non superabile con l'impegno diligente dovuto per quella specie di obbligazione e ricavabile dall'interpretazione del contratto da cui la stessa deriva.

Pertanto da un lato, per i sostenitori delle prime non sarebbe sufficiente la prova della normale diligenza, dall'altro, per i fautori delle seconde, non sarebbe necessaria la prova di un impedimento assoluto, <<che nessuna forza umana può vincere>><sup>31</sup>. In ogni caso il giudizio di responsabilità risulta sempre regolato dall'art. 1218 c.c., senza necessità di ricorrere all'art. 1176 c.c.<sup>32</sup>

---

27 CABELLA PISU, *Inadempimento e mora del debitore*, in LIPARI-RESCIGNO (diretto da), ZOPPINI (coordinato da) *Diritto civile, III, Obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, Milano 2009, la quale sottolinea come in questa prospettiva risulti più gravosa la responsabilità del debitore-imprenditore rispetto al non imprenditore. Infatti la sfera di controllo facente capo a quest'ultimo è più ampia, in considerazione dell'attività dal medesimo svolta e dal tipo di organizzazione di cui si avvale.

28 Come osserva ANELLI, *Commento all'art. 1218 c.c.*, cit., p. 1688.

29 GALGANO, *Il contratto*, cit., pag. 89

30 Lo stesso Osti in un secondo momento rivede la sua rigida posizione, CABELLA PISU, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 654, scrive a tal proposito: <<L'evoluzione finale del suo pensiero aveva portato a riformulare la nozione di assolutezza, ammettendo che l'insuperabilità dell'impedimento dovesse essere valutata alla stregua delle modalità di esecuzione connaturali alla prestazione nel singolo tipo di rapporto>>.

31 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 96.

32 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 97: <<Anche sotto questo aspetto [...] la contrapposizione fra teorie oggettivistiche e teorie soggettivistiche della responsabilità contrattuale si rivela più nominalistica che sostanziale>>.

Con riferimento alle applicazioni giurisprudenziali il quadro è variegato, il che spiega perché la dottrina ne tragga conclusioni opposte<sup>33</sup>.

Per alcuni autori la prevalente giurisprudenza avallerebbe la tesi oggettivistica, per altri la stessa aderirebbe alla opposta concezione.

In effetti la giurisprudenza in alcune pronunce afferma che la responsabilità del debitore presuppone la sussistenza almeno della colpa, che sarebbe solo presunta dall'art. 1218 c.c. Tuttavia tale premessa non viene portata, se non in casi isolati, alla estrema conseguenza di ammettere la liberazione del debitore che provi l'ordinaria diligenza<sup>34</sup>. Si esige, piuttosto, che lo stesso provi «la specifica causa, estranea alla sua sfera di controllo, che ha impedito l'adempimento»<sup>35</sup>.

D'altra parte non sembra possibile negare che la formulazione dell'art. 1218 c.c. rivela una evidente influenza delle teorie oggettivistiche, ponendo a fondamento della responsabilità del debitore il fatto obiettivo dell'inadempimento e non la semplice assenza di colpa.

Questo modo di intendere la responsabilità sembra, peraltro, in armonia con il diritto di formazione europea.

Da un rapido sguardo ai principi contenuti in convenzioni internazionali o in testi non governativi, è possibile ricavare una generale tendenza a ricostruire la responsabilità del debitore in termini oggettivi, come responsabilità non fondata sulla colpa<sup>36</sup>.

La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili, ad esempio, libera il debitore in caso di sopravvenienza di «un impedimento

---

33 Così ANELLI, *Commento all'art. 1218 c.c.*, cit., p. 1688-1689; BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., pp. 26 e ss.

34 Cass. 26 agosto 2002, n. 12477, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2011, p. 1222, secondo cui il pieno soddisfacimento dell'impegno di diligenza richiesto, secondo il tipo di rapporto obbligatorio, costituirebbe l'oggetto della prova cui il debitore è tenuto, ai sensi dell'art. 1218 c.c., per sottrarsi alla responsabilità per inadempimento.

35 GALGANO, *Il contratto*, cit., pag. 90; ROPPO, *Rimedi-2*, cit., p. 784, il quale sottolinea come in giurisprudenza «solo sporadicamente si manifesta il tentativo di porre ai margini l'art. 1218 c.c. a favore dell'art. 1176 c.c. e di liberare il debitore una volta avuta la dimostrazione dello sforzo diligente». L'Autore a tal riguardo afferma che per sostenere una simile tesi si dovrebbe «cancellare l'art. 1218 c.c. dal sistema e [...] ignorare un ben più radicato orientamento diretto a richiedere la prova del fatto impeditivo».

36 CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 165.

derivante da cause estranee>> alla sua sfera di controllo, che non era <<ragionevolmente tenuto>> a superare o a prevedere (art.79).

In termini del tutto analoghi si esprimono i Principi Unidroit (art. 7.1.7) sui contratti commerciali internazionali, nonché i principi di diritto europeo dei contratti -PDEC- (art. 8:108), i quali contemplano come causa estintiva dell'obbligo, accanto all'impedimento che abbia le caratteristiche di cui sopra, l'impossibilità giuridica o di fatto, nonché la circostanza che l'esecuzione sia divenuta irragionevolmente gravosa o costosa (art. 7.2.2 Principi Unidroit) o implichi per il debitore <<uno sforzo o un costo irragionevole>> (9:102 PDEC)<sup>37</sup>.

## **2. Nozione di inadempimento: mancanza assoluta della prestazione e prestazione inesatta.**

Si ha inadempimento nel caso in cui il debitore non esegua esattamente o non esegua affatto la prestazione dovuta.

Per inadempimento si intende, quindi, tanto la mancanza totale dell'esecuzione, quanto l'inesatto adempimento.

Quest'ultimo ricorre quando la prestazione eseguita non è conforme a quella dedotta in obbligazione, alla stregua dei criteri indicati dal legislatore: modalità di esecuzione, tempo, luogo dell'adempimento, persona del debitore o del creditore, identità della prestazione<sup>38</sup>.

Si distingue, inoltre, l'inadempimento definitivo, che si ha quando la prestazione non può più essere eseguita, dal ritardo, in cui la prestazione risulta solo provvisoriamente ineseguita. Il ritardato adempimento costituisce, tra l'altro, inesatto adempimento sotto il profilo del tempo dell'esecuzione. Lo stesso è oggetto di autonoma considerazione da parte della legge, come risulta dalle norme relative alla mora del debitore<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> ROPPO, *Rimedi-2*, cit., p. 781, il quale richiama alcuni l'esempio della nave cisterna affondata con il carico di petrolio, che potrebbe essere consegnato solo dopo un recupero irragionevolmente dispendioso o quello dello yacht che viene speronato, affonda ad una profondità di 200 metri e potrebbe essere recuperato solo con un'operazione dal costo quaranta volte superiore a quello dell'imbarcazione.

<sup>38</sup> GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 73 ss.

<sup>39</sup> MEMMO, *Commento all'art. 1218*, cit., p. 943; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in SCIALOJA- BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile, Libro quarto- Delle obbligazioni*, Bologna, 1981.

Con riferimento all'inesattezza per difetto dei requisiti soggettivi si impone qualche precisazione.

Infatti tanto l'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) o il pagamento eseguito da un incapace (1191 c.c.), quanto il pagamento al creditore apparente (1189 c.c.) o al creditore incapace (1190 c.c.) danno luogo ad estinzione dell'obbligazione, nei limiti e in presenza dei presupposti di legge.

Un illustre giurista rileva come in questi casi l'adempimento sia di fatto equiparato all'esatto adempimento. Infatti, ricorrendo le circostanze di legge, il debitore risulta liberato, mentre, in caso contrario, non potrebbe parlarsi di adempimento inesatto, in quanto, nei confronti del creditore, la prestazione dovrebbe considerarsi come mai effettuata<sup>40</sup>.

Con riguardo al contenuto dell'obbligazione, come sopra accennato, accanto alla prestazione principale si collocano obblighi accessori e doveri di comportamento che, in virtù del principio di correttezza e buona fede (art. 1375 c.c.), sono funzionali a preservare e a realizzare l'interesse creditorio. Tali doveri sono espressione del più generale principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e gravano sulle parti a prescindere dall'esistenza di specifiche previsioni contrattuali o di legge<sup>41</sup>.

Sembra opportuno, inoltre, rilevare che in taluni rapporti la corretta esecuzione presuppone l'osservanza di obblighi informativi nei confronti della controparte.

Al fine di chiarire quanto sopra esposto, è possibile fare riferimento a due settori specifici, quello medico e quello degli intermediari finanziari. In tali ambiti, la giurisprudenza sottolinea con particolare vigore i suddetti doveri informativi<sup>42</sup>.

In particolare, con riguardo all'attività medica, la corretta informazione del paziente non risulta imposta solo dal generale dovere di comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.), rappresentando, invero, <<condizione indispensabile

---

40 GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*[XX, 1970], cit. p. 862.

41 Cass. 05 Novembre 1999, n. 12310, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 1655.

42 ANELLI, *Commento all'art. 1218 c.c.*, cit., p. 1690.

per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento medico chirurgico>><sup>43</sup>. Ciò in virtù dei fondamentali diritti alla salute (art. 32, 2° comma, Cost.), all'autodeterminazione (art. 2 Cost.), nonché in virtù del principio di libertà personale (art. 13 Cost.) e dell'art. 33, legge sulla istituzione del servizio sanitario nazionale (23 dicembre 1978, n. 833), che esclude, salvo casi eccezionali, la possibilità di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente<sup>44</sup>.

In merito alle conseguenze dell'inadempimento, nell'ampia accezione sopra delineata, in primo luogo da esso discende la responsabilità del debitore, il quale deve risarcire il danno cagionato al creditore.

Tuttavia, in alcune elaborazioni dottrinali si osserva come la tutela del creditore sarebbe fortemente limitata qualora si riducesse a tale sanzione. A quest'ultimo, in effetti, dovrebbe riconoscersi, innanzi tutto, il potere di rifiutare la prestazione inesatta<sup>45</sup>. Detto potere si ricaverebbe, secondo una linea di pensiero, tanto dall'art. 1181 c.c., in tema di adempimento parziale, quanto dalle norme in tema di mora del creditore<sup>46</sup>. Naturalmente il creditore non potrà abusare di tale strumento. Infatti, il rifiuto della prestazione risulterebbe ingiustificato, perché contrario a buona fede, qualora fosse opposto a fronte di una inesattezza <<minima e insignificante>><sup>47</sup>.

Il creditore può avvalersi, inoltre, degli altri rimedi espressamente concessi per specifiche ipotesi.

Mancando una disciplina organica e generale sul punto, occorre avere riguardo alle varie norme dettate dal legislatore, soprattutto nell'ambito dei singoli contratti<sup>48</sup>.

---

43 Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 1505.

44 Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 1505

45 GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*[XX, 1970], cit. p. 862.

141. Il potere di rifiutare la prestazione inesatta è espressamente previsto solo per il caso di adempimento parziale (art. 1180 c.c.). Tuttavia tale potere sembra potersi desumere dall'art. 1197 c.c. secondo il quale il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta: ROPPO, *Rimedi-II*, cit. p. 167.

46 DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 597.

47 DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., 1994, I, p. 597.

48 GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*[XX, 1970], cit. p. 864 ss., il quale, in merito alle ipotesi di inesattezza qualitativa richiama le norme dettate in tema di vendita, di locazione

Per quanto riguarda il regime di responsabilità, si è detto che non risulta individuabile un orientamento univoco e unitario. A tal fine, sembra opportuno procedere ad una breve disamina dei vari tipi di prestazioni che possono formare oggetto dell'obbligazione e della relativa giurisprudenza.

## 2.1 Prestazioni di dare.

Com'è noto, la prestazione che forma il contenuto dell'obbligazione può essere positiva, e quindi consistere in un dare o in un fare, o negativa, quale è quella di non fare.

L'obbligazione di dare ha per oggetto la materiale disponibilità di una cosa<sup>49</sup> e può consistere nel pagamento di una somma di denaro, in virtù di contratto o di fatto illecito, oppure nella consegna di una cosa (come nell'ipotesi di consegna del bene venduto al compratore, ex. art. 1476 n. 1 c.c.)<sup>50</sup>.

Una sottospecie delle obbligazioni di dare è quella che ha ad oggetto la restituzione di un bene e la cui fonte può essere, ancora una volta, contrattuale o extracontrattuale<sup>51</sup>. Tale è l'obbligo gravante sul mutuatario, sul comodatario o sul depositario di restituire la cosa alla scadenza del contratto.

In questi casi viene in rilievo un diritto del mutuante, del comodante o del depositante, che si avvicina al diritto reale (*ius in re*), ma che in realtà è un diritto

---

e di appalto. In particolare l'Autore rileva come il diritto all'eliminazione dei vizi della cosa a spese del debitore sia espressamente previsto solo per l'ultimo dei contratti citati. Per la vendita e per la locazione, infatti, il creditore è posto di fronte alla scelta tra risoluzione e riduzione del corrispettivo. Tuttavia lo stesso autore ritiene che <<la facoltà di chiedere l'eliminazione dei vizi costituisca applicazione di un principio generale [...], cosicché, quando non sia eccessivamente difficoltosa, dovrebbe consentirsi al creditore di pretenderla>>.

145. Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1102, il quale osserva come la giurisprudenza si mostri favorevole a tale orientamento <<in caso di preliminare di vendita, in funzione dell'esatto adempimento del programma e quindi ex art. 1218 e non ex artt. 1495 e 1497 [...], al fine di far conseguire al promittente acquirente la proprietà del bene nei termini pattuiti [...], mentre è contraria per la vendita definitiva>>.

146. Sul punto è interessante osservare che in materia di vendita dei beni di consumo, l'art. 130 del Codice del consumo sancisce la responsabilità del venditore per qualsiasi difetto di conformità del bene. La stessa disposizione attribuisce, quindi, al consumatore <<il diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene, mediante riparazione o sostituzione, ovvero alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto>>.

49 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 655.

50 GALGANO, , *Il contratto*, cit. p. 63.

51 GALGANO, , *Il contratto*, cit., p. 63

di natura personale (*ius ad rem*), proprio in quanto basato su un contratto<sup>52</sup>.

Anche il pagamento dell'indebitato è fonte di un obbligo di restituzione, avente ad oggetto la somma indebitamente riscossa (artt. 2033 ss. c.c.)

L'obbligazione di dare, infine, ha un contenuto particolare, quando implichi anche l'obbligo di far acquistare il diritto di proprietà (o altro diritto reale), come avviene nelle ipotesi di vendita obbligatoria (*ex. art. 1476 n. 2*), in cui, com'è noto, l'acquisto del diritto non è effetto immediato del contratto<sup>53</sup>.

Un orientamento dottrinale riconduce alla categoria delle obbligazioni di dare anche l'obbligo di porre in essere un atto idoneo (consensuale e non reale) a trasferire la proprietà, in esecuzione di un contratto (ad esempio di mandato senza rappresentanza, art. 1706, comma 2 c.c.), di una disposizione testamentaria (*ex. art. 651 c.c.*), di una sentenza, e così via<sup>54</sup>.

Si tratta, com'è evidente, di ipotesi ben diverse da quelle sopra considerate, in cui la proprietà è già passata e deve procedersi solo ad una tradizione del possesso o, pur non essendo passata la proprietà, si deve porre in essere un mero atto esecutivo di una vendita già conclusa<sup>55</sup>.

Tuttavia, secondo una diversa impostazione tali prestazioni si collocherebbero fuori dalla tradizionale tripartizione, andando a costituire un quarto genere di prestazioni, quello di "contrattare"<sup>56</sup> (*v. infra*, § 2.4).

Altro aspetto da sottolineare, è la distinzione tra obbligazioni generiche e obbligazioni di specie. Le prime hanno ad oggetto una cosa determinata solo nel genere e, quindi, fungibile. Naturalmente, affinché la prestazione sia determinata, il *genus* non può essere troppo indefinito, ma sufficientemente circoscritto<sup>57</sup>.

Le seconde, al contrario, hanno ad oggetto una cosa specifica, determinata nella sua identità.

Alle obbligazioni di genere si riferisce l'art. 1178 c.c., per effetto del quale il debitore è tenuto a prestare cose di qualità non inferiore alla media.

---

52 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 656.

53 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 655; TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, cit. p. 351; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit. p. 564.

54 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 826.

55 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 564 e 826.

56 GALGANO, *Il contratto*, cit. p. 70.

57 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 657.



Per le obbligazioni di specie, invece, di fondamentale rilievo è l'art. 1177 c.c., che dispone che «l'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quello di custodirla fino alla consegna».

La suddetta distinzione, peraltro, assume particolare importanza con riguardo al regime di responsabilità.

Nelle obbligazioni generiche di dare il debitore è sempre responsabile dell'inadempimento, non potendo mai esimersi adducendo l'impossibilità sopravvenuta per causa a lui non imputabile. Infatti, in tale tipo di obbligazioni la prestazione non può mai divenire oggettivamente impossibile (come si desume anche dal noto brocardo *genus numquam perit*), potendo il debitore sempre reperire beni di quel genere sul mercato.

Al più potrebbe verificarsi una impossibilità soggettiva, dovuta, nel caso del denaro, ad un dissesto finanziario<sup>58</sup>. Tuttavia, come sopra si è detto, ai sensi dell'art. 1218 c.c., un'impossibilità di tal genere, consistente in una mera *difficultas praestandi*, non assume alcuna giuridica rilevanza<sup>59</sup>.

A diverse conclusioni si giunge qualora la cosa oggetto della prestazione, pur non essendo specifica, appartenga ad un genere limitato (c.d. *genus limitatum* o *quasi genus*<sup>60</sup>), suscettibile di venire interamente meno.

È il caso in cui le parti abbiano fatto riferimento ad una determinata partita di grano, al vino conservato in una determinata cantina, al cavallo di una determinata discendenza<sup>61</sup>. Dette ipotesi risultano riconducibili alla disciplina delle obbligazioni di specie.

---

58 ROPPO, *Rimedi-2*, cit., pp. 787 ss., il quale sottolinea come il citato brocardo venga generalmente esteso anche al denaro, assimilato ad un bene determinato solo nel genere. Ad avviso dell'Autore tale equiparazione sarebbe impropria «in quanto la natura del denaro, inteso quale mezzo legale di adempimento e misura del valore delle risorse [...], esclude di per sé l'eventualità del perimento». Osserva ulteriormente lo stesso autore che, considerando anche il caso in cui la moneta dovesse perire, nel senso di perdita del corso legale, il debito non verrebbe meno, ma si convertirebbe nella moneta nuova (art. 1277, c. 2 c.c.). L'autore, tuttavia, rileva come la detta equiparazione abbia un'utilità descrittiva, essendo volta ad affermare il principio per cui «la carenza di denaro da parte del debitore costituisce un'evenienza che non deve ricadere sul creditore».

59 GALGANO, *Il contratto*, cit., pp. 90 ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit. p. 708; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 639, il quale richiama, come eccezione a tale principio, il *factum principis*, qualora, ad esempio, un bene sia divenuto non commerciabile o non esportabile nelle more dell'esecuzione del contratto.

60 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 657.

61 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 657.

Per queste ultime il regime di responsabilità risulta meno rigoroso, essendo il debitore ammesso a provare l'impossibilità sopravvenuta per causa a lui non imputabile. Occorre però chiarire che non sarà sufficiente provare di aver custodito la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia, dovendo risultare provata la causa specifica dell'impossibilità. Conseguentemente le cause ignote restano a carico del debitore<sup>62</sup>.

## **2.2 Prestazioni di fare. Obbligazioni di mezzi e di risultato: una distinzione discussa (cenni e rinvio).**

La prestazione di fare ha per oggetto una attività, che può avere il contenuto più vario, quale quella inerente al contratto di mandato o quella relativa al contratto d'opera<sup>63</sup>.

Nella letteratura civilistica si distinguono, in tale ambito, le obbligazioni di mezzi dalle obbligazioni di risultato.

Nelle prime il debitore è tenuto a svolgere una attività adeguata al raggiungimento di un risultato ulteriore, non dedotto in obbligazione<sup>64</sup>. La diligenza costituisce l'essenza della prestazione e il parametro alla cui stregua valutare l'inadempimento<sup>65</sup>.

Nelle seconde, invece, il contenuto essenziale della prestazione dovuta è proprio il risultato sperato<sup>66</sup>. Pertanto l'adempimento implica il pieno soddisfacimento dell'interesse del creditore, indipendentemente dalla diligenza spiegata per conseguirlo<sup>67</sup>.

62 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 92.

63 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 656.

64 MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1097.

65 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 93, il quale rileva come solo per questo tipo di obbligazioni sia consentito individuare nella colpa, intesa come mancanza di diligenza, prudenza, perizia, il fondamento della responsabilità. Soltanto in queste, infatti, <<il metro per valutare se il debitore è adempiente oppure inadempiente può essere quello offerto dall'art. 1176 c.c.>>; DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Digesto disc. priv. sez. civile*, XII, Torino, 1995, p. 398, la quale sottolinea che tramite le regole sull'onere della prova si va ad incidere sul fondamento della responsabilità contrattuale, che sarebbe soggettivo, o per colpa, nelle obbligazioni di mezzi, oggettivo, o per presunzione di colpa, nelle obbligazioni di risultato.

66 FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in FRANZONI (a cura di) *Le obbligazioni, I, Le obbligazioni in generale*, Torino, 2004, p. 1340.

67 Cass. 10 Dicembre 1979, n. 6416, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 1159.

Tipica prestazione di mezzi è quella del professionista. In particolare la giurisprudenza tende a ricondurre a tale categoria la responsabilità dell'avvocato o del notaio. È considerata di mezzi anche la prestazione del lavoratore dipendente<sup>68</sup> o quella inerente al contratto atipico di pubblicità<sup>69</sup>.

Si considera di risultato, invece, l'obbligazione del lavoratore autonomo, quella dell'appaltatore, del vettore o del depositario, i quali si liberano da responsabilità solo fornendo la prova della specifica causa liberatoria, ex art. 1218 c.c., ovvero provando il caso fortuito, la forza maggiore o il *factum principis*<sup>70</sup>

Tradizionalmente dottrina e giurisprudenza ricavano dalla distinzione in esame notevoli conseguenze in tema di prova.

Si suole affermare, infatti, che nelle obbligazioni di mezzi il debitore per provare l'inadempimento debba provare la negligenza del debitore ovvero la sua colpa, mentre nelle obbligazioni di risultato lo stesso possa limitarsi a provare il mancato raggiungimento del risultato promesso.

Conseguentemente, ai fini della prova liberatoria, nel primo caso per il debitore sarà sufficiente provare di aver osservato il dovere di diligenza o la mancanza del nesso eziologico tra inadempimento e mancata realizzazione dell'interesse creditorio; al contrario nel secondo caso il debitore stesso dovrà fornire la più difficile prova di cui all'art. 1218 c.c., ovvero la causa specifica che ha reso impossibile l'esatto adempimento.

Ne deriva una diversa ripartizione del rischio della c.d. causa ignota, che nelle obbligazioni di mezzi sarebbe a carico del creditore, mentre nelle obbligazioni di risultato sarebbe a carico del debitore<sup>71</sup>.

Degno di nota, peraltro, è il pensiero di chi osserva come per l'operare del diverso regime probatorio sia necessario che una esecuzione della prestazione, seppur inesatta, vi sia stata. In caso di mancanza totale della prestazione stessa la

---

68 FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., p. 1340, il quale richiama la Cass. 13 dicembre 1995, n.12758, *MFI*, 1995, in cui si afferma la natura di mezzi dell'obbligazione del commesso, il quale non risponde del furto subito dal negozio in cui lavora, se non si prova la sua negligenza.

69 ROPPO, *Rimedi-II*, cit. p. 800 ss.

70 Cass. 21 aprile 2010, n. 9439, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario al Codice Civile*, cit., p. 1168; GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 94.

71 ROPPO, *Rimedi-II*, cit. p. 799.

distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato diverrebbe irrilevante<sup>72</sup>. Nell'ipotesi di inadempimento totale, infatti, il regime di responsabilità del debitore risulterebbe regolato esclusivamente dall'art. 1218 c.c. per entrambi i tipi di obbligazioni, non venendo in considerazione alcun comportamento da valutare alla stregua dell'art. 1176 c.c.<sup>73</sup>.

Qualche precisazione sembra opportuna con riferimento alle prestazioni di carattere strettamente personale, quale quella del lavoratore subordinato, del cantante lirico, del direttore d'orchestra.

In questi casi eventuali impedimenti fisici, come un'influenza o altra malattia, rendono oggettivamente impossibile l'esecuzione della prestazione, perché nessuno in quelle stesse condizioni potrebbe eseguirla<sup>74</sup>. Tuttavia non viene meno la necessità di valutare l'imputabilità del fatto impeditivo<sup>75</sup>.

Merita di essere menzionato, inoltre, quell'orientamento che attribuisce rilievo ad altre ragioni che, pur non rendendo oggettivamente impossibile la prestazione, la rendano inesigibile secondo i principi di correttezza e buona fede<sup>76</sup>.

Così, ad esempio, nel caso di malattia di un congiunto del lavoratore o di grave e improvviso lutto familiare<sup>77</sup>. In effetti, sembra imprescindibile, in ogni caso, un contemperamento degli interessi del creditore con i principi costituzionali di solidarietà sociale, salute e dignità umana (art. 2, 32 e 41,2° comma, Cost.)<sup>78</sup>.

Non esonera, invece, l'inattitudine o l'inidoneità tecnica.

Si ritiene, infatti, che il debitore abbia il dovere di controllare *ex ante*, nella fase genetica del rapporto obbligatorio, la propria capacità di adempiere, nonché

---

72 FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., p. 1341.

73 FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., p. 1341.

74 MEMMO, *Commento all'art. 1218 c.c.*, cit., p. 945; GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 93.

75 MEMMO, *Commento all'art. 1218 c.c.*, cit., p. 945; GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 93, il quale riporta l'esempio del direttore d'orchestra impossibilitato ad eseguire la prestazione per essersi infortunato praticando uno sport. Secondo l'A. in questo caso potrebbe essere congruo affermare la sua responsabilità, per non aver preservato diligentemente la sua idoneità fisica ad adempiere. Altra ipotesi richiamata è quella dell'avvocato che non si sia presentato all'udienza a causa di un ingorgo stradale. È evidente che trattandosi di evento prevedibile ed evitabile, il traffico non costituisce fatto idoneo ad esonere il professionista da responsabilità.

76 ANELLI, *Commento all'art. 1218 c.c.*, cit., p. 1694; ROPPO, *Rimedi-II*, p. 802 ss.; MENGONI, *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, a cura di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, cit., p. 176 ss.

77 MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 180.

78 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 637.

di munirsi degli strumenti adeguati per l'esecuzione della prestazione<sup>79</sup>.

La bipartizione obbligazioni di mezzi- obbligazioni di risultato, malgrado le notevoli resistenze iniziali (v. *infra* CAP. II, § 3.1), è stata accolta dai prevalenti orientamenti, soprattutto in ambito giurisprudenziale.

Tuttavia è doveroso precisare che sul punto sono intervenute alcune recenti pronunce di legittimità<sup>80</sup>, che hanno negato valenza giuridica alla detta distinzione.

Ciò nonostante non sembra possibile escludere del tutto l'attualità della medesima.

D'altra parte la stessa giurisprudenza continua a farvi ampio ricorso, soprattutto in materia di responsabilità del professionista forense (si rinvia al CAP. IV).

### **2.3 Prestazioni di non fare.**

Le obbligazioni negative hanno ad oggetto un *non facere*, ovvero l'astensione dal compimento di una determinata attività, che può essere di natura giuridica o di mero fatto<sup>81</sup>.

Esse possono consistere nell'obbligo di un imprenditore di non fare

---

79 MEMMO, *Commento all'art 1218 cc.*, cit., p. 945, sottolinea che l'inattitudine, sia pure iniziale, non configura un'ipotesi di impossibilità originaria della prestazione, non valendo di per sé ad esonerare il debitore dalla responsabilità per inadempimento e sul punto rinvia a Tribunale di Cagliari, 9 marzo 1989, in *Riv. Giur. Sarda*, 1992, 364; cfr. ANELLI, *Commento all'art. 1218 c.c.*, cit., p. 1696, il quale richiama Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in cui è stato ritenuto responsabile un medico che aveva eseguito un intervento di speciale difficoltà, senza avere una specifica esperienza in quel settore, e Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, che ha affermato la responsabilità di un ente ospedaliero, sprovvisto delle apparecchiature necessarie per far fronte a prevedibili situazioni di emergenza.

80 Cass., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e responsabilità*, 2008, n.8, p. 871 ss., con nota di NICOLUSSI, in cui la Suprema Corte ribadisce il superamento della dicotomia obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato; Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 1824 ss., con nota di GORGONI, dove la distinzione stessa è definita <<priva di riscontro normativo e di dubbio fondamento >>; Cass., Sez. Unite, 28 luglio 2005, n. 15781, in *La responsabilità civile*, 2006, n. 3, p. 229 ss., con nota di FACCI.

179. Si osserva fin d'ora che l'orientamento in discorso appare costante in ambito medico sanitario, ma non in altri ambiti come quello forense, dove la bipartizione è costantemente impiegata dalla giurisprudenza. Si segnala, tra le altre, Cass., n. 6997/2006, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario al Codice Civile*, cit., p. 1161.

81 QUERCI, *Inadempimento e obbligazioni negative*, in G. VISINTINI (a cura di), *TRATTATO DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE*, I, Padova, 2009, p. 302, a cui si rinvia anche per la casistica relativa alle più ricorrenti obbligazioni negative.

concorrenza ad un altro imprenditore (2596 c.c.), nell'obbligo dell'agente di commercio di non trattare affari per conto di un altro imprenditore nella zona affidatagli dal preponente (1743 c.c.)<sup>82</sup> o, ancora, nell'obbligo di non alienare (art. 1379 c.c.).

Dà luogo ad una obbligazione negativa anche il patto di prelazione, con il quale, com'è noto, una parte si obbliga a preferire l'altra, a parità di condizioni, in caso di alienazione di un determinato bene. Il comportamento cui si obbliga il promittente ha un duplice contenuto, uno positivo, consistente nell'obbligo di fare la *denuntiatio*, al fine di consentire al prelazionario l'esercizio del diritto; l'altro negativo, consistente nell'obbligo di astenersi dall'alienare a terzi il bene, in spregio del patto di prelazione, ovvero senza la previa comunicazione o senza aver atteso il termine concesso alla controparte per l'esercizio del diritto<sup>83</sup>.

Con riferimento alle obbligazioni negative si suole affermare che non sia configurabile una impossibilità della prestazione liberatoria per il debitore, poiché <<ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento>> (art. 1222 c.c.). Consistendo l'obbligazione in un non fare, l'inadempimento presupporrebbe sempre un fatto volontario del debitore o dei suoi ausiliari<sup>84</sup>.

Alcuni autori, tuttavia, e alcune pronunce di legittimità affermano che anche nelle obbligazioni negative possa aversi impossibilità della prestazione, con la conseguente possibilità per il debitore di fornire la prova liberatoria<sup>85</sup>.

Può accadere, infatti, che la violazione dell'obbligo di non fare dipenda da causa non imputabile al debitore stesso, il quale vi sia stato costretto, in ipotesi, dal fatto del terzo<sup>86</sup> o, più frequentemente, dal *factum principis*.

---

82 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 69.

83 Cass., 23 gennaio 1975, n. 265, in *Foro Italiano*, 1975, I, 836.

84 GALGANO, *Il Contratto*, cit., p. 98.

85 COVIELLO, *L'impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 1952, I, 1, 686.

86 Cass., 09 aprile 1991, n. 3724, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, p. 790, con nota di AMBANELLI. La Corte afferma il principio di diritto per cui anche nelle obbligazioni negative vige il principio di presunzione di colpa sancito dall'art. 1218 c.c., che il debitore può superare provando la causa a lui non imputabile.

186. Nel caso di specie era stato violato l'obbligo di non mutare la destinazione economica di un immobile, ad opera non del debitore, ma di un terzo, aggiudicatario dello stesso. Tuttavia, la Corte chiarisce come ciò non escluda automaticamente <<che resti imputabile al debitore

Non potrebbe, infatti, esservi responsabilità qualora un provvedimento amministrativo o giudiziario abbia imposto al debitore di compiere un'attività, dalla quale si era obbligato ad astenersi<sup>87</sup>.

Da quanto sopra è possibile concludere per la piena applicabilità dell'art. 1218 c.c. alle obbligazioni negative.

Diversamente è a dirsi per le norme relative alla mora del debitore.

Infatti, il ritardo presuppone una inesecuzione della prestazione dovuta solo provvisoria, che ammette ancora una possibilità di adempimento, ma, come sopra si è detto, nelle obbligazioni in esame <<ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento>>. Non sembra, quindi, ipotizzabile un <<ritardo a non fare>>.

#### **2.4 Prestazione di contrarre.**

Di tutto rilievo è quell'orientamento<sup>88</sup> che colloca la prestazione di contrarre, così come la prestazione di garanzia (di cui *infra*, al § 2.5), fuori dalla tradizionale tripartizione, di cui si è dato conto sopra.

L'obbligazione di contrarre può avere la sua fonte nel contratto, è il caso del preliminare o del mandato senza rappresentanza ad acquistare; oppure la stessa può sorgere da altri atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

In via esemplificativa tale linea di pensiero richiama l'obbligo a contrarre del monopolista (2597 c.c.), l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile (l. n 990 del 1969), il collocamento obbligatorio di mano d'opera (l. 482 del 1968)<sup>89</sup>.

Come sopra accennato, secondo una diversa impostazione questo tipo di obbligazioni dovrebbe ricondursi all'alveo delle obbligazioni di fare<sup>90</sup>. Altri autori le fanno rientrare tra le obbligazioni di dare, quando la prestazione consista nel

---

proprio la situazione da lui creata>> con la propria insolvenza, che poi determinò l'espropriazione forzata.

87 QUERCI, *Inadempimento e obbligazioni negative*, cit., p. 313, in cui fa riferimento , tra gli altri ai casi di <<chi, tenuto a non vendere ad un prezzo inferiore ad un dato ammontare od a non fornire energia elettrica in una determinata zona o, ancora, a non subaffittare, si trovi tenuto a farlo per ordine dell'autorità>>.

88 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 70.

89 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 70.

90 TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 656.

<<porre in essere un atto idoneo a trasferire la proprietà>><sup>91</sup>, con riferimento al quale si parla di <<pagamento traslativo>><sup>92</sup>.

Tuttavia, l'analisi della relativa disciplina giuridica, porta autorevole dottrina ad affermare la configurabilità di un quarto genere di prestazioni<sup>93</sup>.

In tutti i casi sopra richiamati di obbligo di contrarre, tanto legali, quanto convenzionali, al creditore è concessa azione in giudizio per ottenere una sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso (art. 2932 c.c.)<sup>94</sup>.

Tale forma di tutela costituisce una ipotesi di esecuzione in forma specifica<sup>95</sup> del tutto peculiare e diversa da quelle previste nel caso di inadempimento dell'obbligo di fare (2931 c.c.) o dell'obbligo di consegnare cose determinate (2930 c.c.)<sup>96</sup>.

Accanto al rimedio di cui all'art. 2932 c.c. il creditore conserva, inoltre, gli strumenti ordinari di tutela, quali la risoluzione per inadempimento, l'eccezione di inadempimento, il risarcimento del danno etc.

Qualche considerazione si rende necessaria in ordine alla configurabilità dell'impossibilità sopravvenuta per questo tipo di prestazioni.

In primo luogo sembra opportuno chiarire che l'impossibilità non sarà riferita alla prestazione di esprimere il consenso, bensì a quella oggetto del contratto che deve concludersi<sup>97</sup>. Si pensi all'ipotesi di perimento della cosa che, con il preliminare, il debitore si sia obbligato a trasferire.

Può accadere, inoltre, che prima della conclusione del contratto definitivo il promissario acquirente accerti la presenza di vizi o difformità della cosa.

Secondo la giurisprudenza costante, quando si tratti di difformità non sostanziali,

---

91 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 826.

92 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 826, il quale, con riferimento al contratto preliminare chiarisce che, qualora si aderisse alla tesi che attribuisce al definitivo causa *solvendi*, dovrebbe dirsi che <<anche dal preliminare di vendita nasce un obbligo non già di fare (o meglio di prestare il consenso), ma di dare>>.

93 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 70;

94 CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, Volume 2, Milano, 2008, p. 50.

95 CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 50 ss., accenna brevemente al dibattito dottrinale relativo alla appartenenza del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. agli schemi dell'esecuzione forzata. L'A. ritiene preferibile quell'orientamento secondo cui l'istituto in esame si collocherebbe <<nella categoria delle sentenze costitutive (art. 2908 cc.), ma, in virtù del suo carattere direttamente soddisfattorio, ne rivaluta la funzione *lato sensu* esecutiva>>.

96 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 70.

97 GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 98.



non incidenti sull'effettiva utilizzabilità del bene, ma soltanto sul valore, il promissario acquirente non resta soggetto alla sola alternativa della risoluzione del contratto preliminare o accettazione della cosa viziata. Si ritiene, infatti, che lo stesso possa esperire l'azione di cui all'art. 2932 c.c., chiedendo <<cumulativamente e contestualmente l'eliminazione delle accertate difformità o la riduzione del prezzo>><sup>98</sup>.

## **2.5 Prestazione di garanzia.**

Come anticipato, nelle elaborazioni dottrinali si distingue anche una quarta specie di obbligazioni, quelle aventi ad oggetto la prestazione di garanzia<sup>99</sup>.

Tra queste sono comprese la promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), le garanzie per l'evizione e per i vizi della cosa venduta (art. 1476, n. 3 c.c.).

Tali prestazioni, com'è evidente, si caratterizzano, rispetto alle precedenti, per non avere ad oggetto un comportamento del debitore, ma l'assunzione di un rischio da parte del medesimo.

Conseguentemente ad esse non risulta applicabile l'art. 1218 c.c., norma che, sanzionando un inadempimento, presuppone una prestazione di comportamento<sup>100</sup>.

Si osserva, infatti, che il verificarsi del fatto garantito, come ad esempio l'evizione subita dal compratore, non costituisce inadempimento e pertanto non è neppure ipotizzabile la possibilità per il venditore di fornire la prova liberatoria ivi prevista<sup>101</sup>.

Se il rischio si avvera, sorge l'obbligo di indennizzo, come nel caso dell'art. 1381 c.c. (promessa del fatto del terzo), o di risarcimento, come nel caso dell'art. 1483 c.c. (evizione totale della cosa), e soltanto l'inadempimento di queste obbligazioni (di indennizzo e di risarcimento) sarà soggetto all'art. 1218 c.c.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Cass. 29 ottobre 2003, n. 16236, in *I contratti*, n. 8-9, 2004, p. 785 ss., con nota di FURNERI, che a sua volta richiama le sentenze di Cass. 18 giugno 1996, n. 5615, 26 gennaio 1995, n. 947; 24 novembre 1994, n. 9991, e altre.

<sup>99</sup> GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 70.

<sup>100</sup> GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 100; cfr. LUMINOSO, *La compravendita, Corso di diritto civile*, Torino, 2008, p. 219

<sup>101</sup> GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 100

<sup>102</sup> GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 100; cfr. CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo, II*, cit., p. 139., il quale rileva come la distinzione tra garanzia e

## CAPITOLO II

### LA PROVA DELL'INADEMPIMENTO

#### 1. **L'onere della prova nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento del danno: il contrasto interpretativo.**

La questione relativa alla prova dell'inadempimento è stata oggetto di dibattito in dottrina e in giurisprudenza.

Il dubbio interpretativo ruota intorno alla questione se nelle azioni di cui all'art. 1453 c.c. -di adempimento, risoluzione e/o risarcimento del danno- incomba sul creditore l'onere di provare l'inadempimento del debitore, oppure spetti al debitore provare l'avvenuto adempimento.

Dalle norme presenti nel nostro ordinamento non sembra possibile trarre una risposta certa.

L'art. 2697 c.c. pone a carico di <<chi vuol far valere in giudizio un diritto>> l'onere di <<provare i fatti che ne costituiscono il fondamento>> e, correlativamente, fa gravare su chi eccepisce l'inefficacia, l'estinzione o la modificazione di tali fatti l'onere della relativa prova.

A ben vedere la norma citata non fornisce un criterio dirimente, presupponendo la soluzione della questione relativa a quali fatti siano costitutivi e quali, invece, siano modificativi o estintivi<sup>103</sup>.

Ai fini che qui interessano, in particolare, si rende necessario stabilire se

---

responsabilità per inadempimento non trovi più giustificazione in ambito di diritto dei consumatori. Infatti l'art. 130 del Codice del consumo sancisce la responsabilità del venditore per qualsiasi difetto di conformità del bene, attribuendo al consumatore il diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene, mediante riparazione o sostituzione, ovvero ad una riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto.

103 TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Digesto-discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 68. mette in luce il carattere meramente formale dell'art. 2697 c.c., che implica un rinvio alla norma di diritto sostanziale applicabile al caso, al fine di stabilire chi debba provare cosa; PATTI, *Le prove*, in IUDICA e ZATTI, *Trattato di diritto privato* (a cura di), Milano, 2010, p. 114; ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Torino, 1967, p. 293, sottolinea la natura di norma in bianco dell'art. 2697 c.c.; analogamente PATTI, *Prove. Disposizioni generali, Artt. 2697-2698 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da SCIALOJA-BRANCA, libro IV, Bologna e Roma, 1987, richiama la natura di <<norma in bianco>> dell'art. 2697 c.c., il quale necessita di integrazioni. RIVA, *Le Sezioni unite in materia di prova dell'inadempimento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, I, p. 324.

l'inadempimento abbia natura costitutiva o se, al contrario, l'adempimento debba essere considerato fatto estintivo della pretesa attorea.

L'art 1218 c.c., com'è noto, fa discendere dal mero fatto dell'inadempimento la responsabilità del debitore, il quale per liberarsi deve provare <<che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile>>. La norma pertanto impartisce una regola probatoria in merito alla specifica causa impeditiva, ma, ancora una volta, non chiarisce su chi incomba l'onere di provare l'inadempimento, che è dato per presupposto.

Autorevole dottrina ha affermato come questo non costituisca un elemento sufficiente da cui desumere che l'inadempimento sia un tema fisso di prova assegnato al creditore<sup>104</sup>.

Il contrasto interpretativo sul punto ha visto contrapporsi due principali orientamenti dottrinali, che hanno trovato riscontro in giurisprudenza.

Un primo indirizzo propone una diversificazione del regime probatorio, in dipendenza del tipo di azione esperita dal creditore<sup>105</sup>.

Segnatamente, per l'azione di adempimento si ritiene che il creditore possa limitarsi a provare il titolo del proprio credito e la eventuale scadenza del termine

---

104MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), cit., p. 1095.

105CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, II, p. 747; ID., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1915, I, p. 620 ss.; VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 903 ss. Secondo l'A. dall'art. 2967 c.c. si desumerebbe chiaramente un diverso regime probatorio a seconda che a fondamento della domanda si ponga il fatto costitutivo del diritto ad ottenere la prestazione, ovvero il contratto, oppure si ponga il fatto costitutivo del diritto alla risoluzione, ovvero l'inadempimento; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 347; MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, p. 438; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 428, il quale sottolinea come il concetto di fattispecie sia <<un concetto relativo subordinato all'effetto giuridico in funzione del quale è costruita>>. Proprio in funzione di tale effetto giuridico andrebbero individuati i fatti costitutivi della fattispecie sostanziale dedotta nel processo; COMOGLIO, *Le prove civili*, Milanofiori Assago, 2010, p. 275; ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 893, secondo il quale la diversa articolazione dell'onere della prova, nell'azione di risoluzione rispetto a quella di adempimento, sarebbe giustificata dalla differenza dei presupposti delle due azioni. La prima, infatti, avrebbe presupposti più rigidi, dovuti alle gravi conseguenze cui è diretto, di rottura del vincolo contrattuale: per chiedere la risoluzione occorre un inadempimento "qualificato" ovvero di una certa gravità. Al contrario tale gravità non è richiesta per l'azione di adempimento, che ha, quindi, una sfera di applicazione più ampia.

pattuito, in quanto unici fatti costitutivi della pretesa azionata.

Diversamente, nell'azione di risoluzione e/o di risarcimento del danno, l'inadempimento è considerato tema di prova a carico del creditore, quale fatto costitutivo del diritto fatto valere, ulteriore rispetto al titolo.

Si sottolinea, infatti, come l'obbligazione di adempiere sia sostanzialmente diversa da quella di risarcire il danno: l'una sorgerebbe dal contratto, l'altra dall'inadempimento del medesimo<sup>106</sup>. Secondo tale impostazione, il creditore che non intenda far valere l'obbligazione originaria, ma quella che ne costituisce <<lo sviluppo>>, è tenuto a provare la sussistenza del relativo presupposto<sup>107</sup>.

Un diverso indirizzo interpretativo riconduce ad unità il regime probatorio da applicare in riferimento a tutte le azioni di cui all'art. 1453 c.c.

Si afferma, in particolare, che le predette azioni sono basate sul medesimo presupposto -il mancato adempimento del debitore- e che pertanto una diversificazione del regime di prova non avrebbe alcuna giustificazione<sup>108</sup>.

Secondo tale linea di pensiero tanto la domanda giudiziale di adempimento, quanto quella di risoluzione, <<servono a far dichiarare che il debitore non ha adempiuto>><sup>109</sup>. Le ulteriori pronunce sono consequenziali a quest'ultima, che in ogni caso rimane immutata<sup>110</sup>. L'inadempimento, tuttavia, non rappresenterebbe fatto costitutivo, ma mero presupposto fattuale di tutte le suddette azioni<sup>111</sup>. Conseguentemente il creditore, una volta provati il titolo e la

---

106CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 621.

107CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 622.

108MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1097; SACCO, *Il contratto*, II, in SACCO (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, p. 643; ID., voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XVIII, Torino, 1998, p. 56 ss.; GENTILE, *La prova civile: commento agli articoli 2697 a 2739 del codice civile*, Roma, 1960, p. 29 ss., sottolinea come l'inadempimento sia fatto comune tanto all'azione diretta ad ottenere l'adempimento, quanto a quella di risoluzione. Volendo affermare la natura di fatto costitutivo dell'inadempimento, si dovrebbe concludere che il creditore debba fornire la prova dell'inadempimento del debitore anche quando domanda l'esecuzione del contratto: <<il che è unanimemente escluso>>; CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *I contratti*, 6, 2000, p. 550 ss. (nota a sent. Cass. sez. II, 8 gennaio 2000, n. 123); MARICONDA, *Risarcimento del danno e onere della prova – Il commento*, in *Corriere giuridico*, 5, 1996, p. 541 ss. (nota a sent. Cass. civ., Sez. III, 7 febbraio 1996, n. 973); ID., *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, in *Corriere giuridico*, 7, 1998, p. 792 ss.

109SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit. p. 58;

110SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit. p. 58-59; ID., *Il contratto*, cit., p. 643.

111Si osserva che tanto la domanda giudiziale di adempimento, quanto quella di risoluzione,

scadenza, potrebbe limitarsi ad allegare il mancato adempimento, gravando sul debitore la prova di aver adempiuto.

Sono a tutti noti gli argomenti a sostegno di tale proposta interpretativa.

In primo luogo si osserva che le tre azioni risultano poste dal legislatore sullo stesso piano. L'art. 1453, 2° comma, c.c., infatti, consente al creditore, che abbia promosso il giudizio per ottenere l'adempimento, di chiedere la risoluzione, senza subordinare tale mutamento della domanda alla assunzione di un più gravoso onere probatorio<sup>112</sup>.

Non solo, la medesima norma concede “in ogni caso” il diritto al risarcimento del danno e a taluno è sembrato illogico sostenere una diversa ripartizione dei carichi probatori nella domanda di risarcimento, a seconda che la stessa sia accessoria a quella di adempimento oppure accessoria a quella di risoluzione o autonoma. Nel primo caso sarebbe richiesta la sola prova dell'esistenza del credito, mentre negli altri casi sarebbe necessaria la prova ulteriore dell'inadempimento<sup>113</sup>.

A fondamento della teoria favorevole al regime probatorio unitario si suole richiamare, inoltre, il principio di persistenza del diritto, secondo il quale la scadenza del termine di adempimento implicherebbe per se stessa <<presunzione

---

<<servono a far dichiarare che il debitore non ha adempiuto>>, SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit. p. 58; ID., *Il contratto*, cit., p. 643; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 576, il quale rileva come, a stretto rigore, ove si affermasse che il mancato svolgimento dell'attività solutoria costituisce un presupposto dell'accoglimento delle domande di cui all'art. 1453 c.c., sembrerebbe doversi ritenere che, sulla base dell'art. 2697 c.c., incomba in ogni caso sul creditore la prova dell'inadempimento. Ciò in quanto <<ogni pretesa giudiziale relativa a un credito che non si limiti ad una domanda di mero accertamento dello stesso assume necessariamente a suo fondamento l'inadempimento del rapporto obbligatorio>>.

112 SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 58, <<La legge, che consente di sostituire in giudizio alla domanda di adempimento la domanda di risoluzione, ha riconnesso l'uno e l'altro diritto ad un'unica fattispecie, e non ha condizionato il mutamento della domanda all'accollo di un novello onere probatorio>>. L'A. rileva inoltre come l'adesione alla teoria contestata porterebbe al paradosso per cui nel caso in cui l'attore chieda in via principale la risoluzione e in subordine la condanna all'adempimento e non risulti provato l'inadempimento, il giudice dovrebbe respingere la domanda di risoluzione, perché non risulta l'inadempimento, e accogliere la domanda di adempimento, adducendo che non fu provato l'adempimento. *Contra* MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 161 ss., il quale muovendo da analoghe premesse in merito all'identità di presupposto delle tre azioni di cui all'art. 1453 c.c., giunge a conclusioni opposte, ritenendo che l'onere della prova dell'inadempimento gravi sempre sul creditore.

113 GENTILE, *La prova civile: commento agli articoli 2697 a 2739 del codice civile*, cit., p. 29, <<presupposto della domanda di risarcimento è pur sempre l'inadempimento>>.

[...] di inesecuzione>><sup>114</sup>e, quindi, del perdurare della pretesa<sup>115</sup>.

Il creditore, potendosi giovare della suddetta presunzione, dovrebbe provare l'esistenza del rapporto obbligatorio e la scadenza del termine, ma non l'attualità del suo diritto.

Quanto sopra si ricaverebbe, secondo l'orientamento in parola, dalla <<norma fondamentale sull'onere della prova>><sup>116</sup>, dettata dall'art. 2697 c.c.

Tale disposizione, imponendo a chi vuol far valere un diritto in giudizio l'onere di darne la prova e, correlativamente, a chi eccepisce una modificazione o estinzione dello stesso l'onere di provare i fatti su cui l'eccezione si fonda, consacrerebbe il principio di persistenza del diritto<sup>117</sup>.

---

114 BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, articoli 1218-1229 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIALOJA-BRANCA, cit., p. 175 <<posta la presunzione di sopravvivenza e di conseguente inesecuzione del rapporto obbligatorio, è piuttosto il debitore a dover vincere tale presunzione fornendo [...] la dimostrazione dell'adempimento come fatto estintivo del diritto del creditore>>. L'A. prosegue rilevando come la prova specifica dell'inadempimento debba porsi a carico del creditore quando la suddetta presunzione non opera. In particolare ciò dovrebbe dirsi per le obbligazioni negative, ma anche per le obbligazioni di salvaguardia, nelle quali <<la scadenza del termine segna anche la normale scadenza del diritto>>.

Occorre però rilevare che successivamente l'Autore sembra aver assunto una posizione più vicina a quell'orientamento che differenzia la regola di ripartizione dell'onere della prova a seconda del tipo di azione esperita. In effetti in BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 86 ss., si legge che in applicazione della norma generale sull'onere della prova, il creditore deve dare, non solo la prova del suo diritto di credito, ma anche la prova dell'inadempimento, in quanto <<elemento costitutivo della pretesa risarcitoria e presupposto giustificativo degli altri rimedi>>.

PATTI, *Prove. Disposizioni generali, Artt. 2697-2698 c.c.*, cit., p. 118, per il quale la regola giurisprudenziale secondo cui al creditore spetta la prova del credito e della scadenza, ma non dell'inadempimento non troverebbe giustificazione nella presunzione di persistenza del diritto, bensì nella <<corrispondenza>> con la <<ripartizione del rischio relativo alla prestazione>>. Infatti, ad avviso dell'A. la suddetta presunzione non avrebbe ragion d'essere con riferimento ad un rapporto obbligatorio, che nasce per estinguersi. Non esisterebbe, prosegue l'A., alcun nesso logico tra scadenza del termine e mancato adempimento: <<anzi, statisticamente, dovrebbe semmai pervenirsi ad una presunzione di regolare adempimento, così come è previsto per alcuni rapporti obbligatori>>. Critico sulla valenza del principio di presunzione di persistenza del diritto anche MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 790. Per l'Autore il ricorso a tale principio non sarebbe pertinente né necessario al fine di dimostrare la sufficienza della prova del fatto costitutivo del diritto da parte del creditore che agisca per l'adempimento. Infatti alla stessa conclusione dovrebbe giungersi tramite la corretta applicazione della regola sull'onere della prova, che si ricava dagli articoli 1218 e 2697 c.c.

115 MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. Vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 1097 parla di <<principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità del medesimo. Il creditore, che abbia dimostrato il fatto costitutivo del suo diritto, è reputato titolare del medesimo ancora al momento della domanda di adempimento [...]>>.

116 BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 175.

117 BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 175.

È stato, infine, autorevolmente sostenuto che il regime probatorio che grava il debitore della prova dell'adempimento, si fonderebbe sulla ripartizione del rischio relativo alla prestazione, nonché sulla difficoltà in cui incorrerebbe il creditore nella prova di non aver ricevuto la prestazione medesima<sup>118</sup>.

Gli argomenti a sostegno del secondo indirizzo richiamato risultano persuasivi e condivisibili, anche se qualche precisazione si impone con riferimento al principio espresso dal noto brocardo latino *negativa non sunt probanda*.

Non sembra che tale canone possa costituire regola generale di ripartizione degli oneri probatori.

Da un lato, infatti, non tutte le prove negative si risolvono in una prova impossibile, dovendosi distinguere le proposizioni c.d. negative indeterminate<sup>119</sup> da quelle c.d. negative determinate<sup>120</sup>. Per queste ultime l'onere potrebbe essere assolto tramite la prova di fatti positivi contrari<sup>121</sup>, mentre solo per le prime si porrebbe un problema di ordine pratico, per la difficoltà di provare proposizioni indefinite.

---

118PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, Artt. 2697-2698 c.c., cit., p. 119.

119TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1992, p. 749, che indica, come esempi di <<negative indeterminate>>, proposizioni <<del tipo <<non ho mai detto>>, <<non ho mai fatto>>, <<non sono proprietario di alcun fondo>>>>.

120DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 578-579.

121TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Digesto-discipline privatistiche*, cit., p. 71;

Anche nell'ambito dell'orientamento favorevole al regime probatorio unitario, diversi autori si mostrano scettici rispetto alla possibilità di fondare la regola probatoria in parola sul principio *negativa non sunt probanda*. In particolare, MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 788 ss., il quale mette in evidenza la fondamentale distinzione tra fatti costitutivi negativi e fatti estintivi.

Nel primo caso all'attore spetterebbe senz'altro fornire la prova del fatto negativo, in quanto costitutivo, e a nulla verrebbe invocare il discusso principio sopra richiamato.

A titolo esemplificativo l'A. richiama, tra le altre, la disciplina dell'azione surrogatoria e della ripetizione dell'indebito, dove la costante giurisprudenza pone a carico dell'attore la prova di fatti negativi (l'inerzia del debitore e il pagamento non dovuto, rispettivamente).

Con riferimento ai fatti estintivi, invece, il citato principio espresso dal brocardo latino, non aggiungerebbe nulla alla regola probatoria, che deriva dall'applicazione dell'art. 2697 c.c.

Così, per l'inadempimento, la struttura del rapporto obbligatorio è tale per cui lo stesso non viene in rilievo come fatto costitutivo negativo, bensì come fatto estintivo, la cui prova grava sul debitore; cfr. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 576 ss., ritiene del pari inadeguata la massima *negativa non sunt probanda* a dare sostegno alla tesi che dispensa il creditore dalla prova della mancata esecuzione della prestazione. Quest'ultima, nel pensiero dell'A., può e deve trovare fondamento teorico solo nell'art. 2697 c.c., applicata alla luce delle norme di diritto sostanziale.

Dall'altro lato, pur rispondendo talvolta a ragioni di opportunità, il detto canone non può operare in modo da sovvertire il dato normativo<sup>122</sup>.

Come è stato giustamente rilevato, il regime probatorio deve essere ricavato dalla disciplina legislativa.

In particolare, occorre avere riguardo al contenuto delle norme di diritto sostanziale poste a fondamento della domanda e alla struttura della fattispecie dedotta in giudizio per stabilire quali fatti siano costitutivi e quali modificativi o estintivi<sup>123</sup>.

Proprio assumendo questo punto di vista è possibile notare che la fattispecie posta a base della pretesa risulta identica nei tre tipi di giudizio, risultando coincidente con quella costitutiva del credito<sup>124</sup>. Il creditore in tutti i casi lamenta che il proprio diritto è rimasto insoddisfatto e nel far ciò non adduce alcun fatto che debba essere oggetto di specifica prova in quanto elemento ulteriore rispetto al sorgere del credito.

Alla luce di tali considerazioni e del principio di persistenza del diritto sembra doversi preferire la tesi favorevole ad un unico regime probatorio, nel quale l'inadempimento non rientra tra i *themata probanda* gravanti sul creditore.

## **1.2 (...segue) La tesi del carattere più apparente che reale del contrasto.**

Appare doveroso ricordare un'ulteriore specifica posizione interpretativa<sup>125</sup>, secondo la quale il dibattito tra i due opposti orientamenti si sarebbe sviluppato solo in ambito dottrinale, ma non avrebbe avuto riflessi in giurisprudenza.

Il supposto contrasto sarebbe, infatti, <<più apparente che reale>>, dovuto ad una <<non corretta massimazione delle sentenze>><sup>126</sup>.

Si afferma, in particolare, che, da un esame delle pronunce aderente al caso concreto, risulterebbe consolidato l'orientamento che fa dipendere il carico probatorio dal tipo di domanda proposta, gravando l'attore in risoluzione della

---

122DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 579.

123DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 579-580.

124DE CRISTOFARO, *op.ul.cit.*, p. 580-581.

125In gran parte riconducibile al primo filone dottrinale.

126VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, cit., p. 907.



prova dell'inadempimento<sup>127</sup>.

Tuttavia, è possibile osservare in contrario che l'allocazione della prova nel senso appena indicato non risulta univocamente affermata<sup>128</sup>. In effetti, diverse pronunce risultano espressive dell'opposto indirizzo, che esime sempre il creditore dalla prova dell'inadempimento, anche nell'azione di risoluzione<sup>129</sup>.

Anche altri autori hanno sostenuto che il contrasto interpretativo in parola fosse solo apparente, determinato da massime fuorvianti, perché non aderenti al caso di specie<sup>130</sup>. Tuttavia, le considerazioni e le conclusioni alle quali gli stessi sono giunti sono antitetiche rispetto a quelle precedentemente esposte.

Secondo tale linea di pensiero, infatti, una attenta lettura delle decisioni sul tema porterebbe a ricostruire un regime probatorio che muta, non in funzione del tipo di azione, ma a seconda che a base della domanda sia posto l'inadempimento

---

127VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 906.

128Peraltro il contrasto non riguarda solo il regime di prova applicabile in caso di risoluzione per inadempimento, ma anche quello da osservare nella domanda di risarcimento. A titolo di esempio si richiama Cass. Civ., sez. III, 04 maggio 1994, n. 4285, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, espressiva dell'orientamento ritenuto maggioritario, dove la domanda di risarcimento viene rigettata per mancata prova dell'inadempimento; Cass. Civ., Sez. III, 07 febbraio 1996, n. 973, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 1202 ss., che aderendo all'orientamento favorevole al regime di prova unitario, c.d. minoritario, condanna il convenuto al risarcimento del danno per non aver provato l'adempimento.

129 A titolo esemplificativo, si può ricordare un caso in cui il convenuto, costituitosi in giudizio, aveva eccepito l'inadempimento dell'attrice e aveva chiesto, in via riconvenzionale, la risoluzione e il risarcimento. La Corte, accogliendo il ricorso del convenuto, affermava che la prova dell'inadempimento non gravava sul medesimo, che poteva limitarsi ad una mera allegazione, Cass. civ. Sez. II, 31 marzo 1987, n. 3099, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> e in *Giustizia civile mass.*, 1987, f. 3. Nello stesso senso Cass. 17 aprile 1970, n. 1109, in *Foro italiano*, 1970, I, 1911, dove si afferma che <<art. 1453 c.c., attribuendo alla parte non inadempiente il diritto di scelta tra le domande di adempimento e di risoluzione, pone le due azioni sul medesimo piano e le assoggetta ai medesimi presupposti>>; ancora, in relazione ad un'azione di risoluzione per inadempimento contrattuale, Cass. civ. Sez. II, 05 dicembre 1994, n. 10446, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; il medesimo principio si trova espresso con riferimento ad un'azione di risarcimento del danno per inadempimento, in Cass. Civ., sez. I, 27 marzo 1998, n. 3232, con nota di MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 784 ss.; nonché in Cass. civ., Sez. III, 7 febbraio 1996, n. 973, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 1202 ss., con nota di STELLA, dove la Corte afferma l'irragionevolezza di una diversa disciplina dell'onere probatorio per la domanda di risarcimento del danno rispetto a quella di adempimento, a fronte di una <<identica situazione probatoria della ragione del credito>>; Cass. civ. Sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, p. 1021 ss., con nota di MONNOSI, *Prova dell'inadempimento e liquidazione del danno*.

130MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1571 ss.

totale o l'inesatto adempimento<sup>131</sup>. Solo in quest'ultimo caso l'attore sarebbe tenuto a fornire una prova ulteriore rispetto a quella del titolo del proprio diritto, quella della lamentata inesattezza.

In effetti, l'analisi della casistica giurisprudenziale precedente l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite<sup>132</sup> sembra confermare tale ipotesi ricostruttiva. In molte pronunce richiamate a sostegno dell'orientamento ritenuto maggioritario (ovvero quello che fa dipendere la ripartizione dei carichi probatori dal tipo di domanda proposta) la fattispecie concerneva proprio ipotesi di inesatto adempimento. Più precisamente, si tratta di sentenze in cui la prova dell'inadempimento risulta assegnata al creditore-agente, non tanto perché lo stesso ha domandato la risoluzione, quanto in virtù del fatto che la domanda risulta fondata su un inesatto adempimento, piuttosto che sulla totale mancanza della prestazione.

## **2. Il regime probatorio sancito dalla sentenza della Cassazione Civile, Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533.**

Come già accennato, prima della celebre pronuncia sul tema<sup>133</sup> erano frequenti in giurisprudenza le massime che consacravano il principio di diritto enucleato dal primo degli orientamenti sopra esposti<sup>134</sup>. Per contro, l'opposto orientamento, fondato sull'identica ripartizione dell'onere della prova in tutti i

---

131MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giuridico*, cit., p. 1571 ss.; in tal senso anche CASTRONOVO, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *I contratti*, 6, 2000, p. 547 s.s.

132Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 113 di cui *infra*, § 2.

133Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 113, con nota di CARNEVALI; in *Corriere giuridico*, 2001, p. 1565, con nota di MARICONDA; in *Foro italiano*, 2002, I, c. 769 con nota di LAGHEZZA; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, I, p. 349, con nota di MEOLI.

134Cass. civ. Sez. II, 17 agosto 1990, n. 8336, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. civ. Sez. III, 29 gennaio 1993, n. 1119, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. civ. Sez. III, 04 maggio 1994, n. 4285, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. civ., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. civ., Sez. II, 19 luglio 1995, n. 7863, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. civ., Sez. I, 09 gennaio 1997, n. 124, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. civ., Sez. II, 08 gennaio 2000, n. 123, in *I contratti*, 6, 2000, con nota di CARNEVALI, cit.

rimedi contro l'inadempimento, risultava minoritario<sup>135</sup>.

Nel variegato quadro precedentemente tratteggiato<sup>136</sup> le Sezioni Unite intervengono a dirimere il contrasto, aderendo all'orientamento minoritario.

Il caso sottoposto all'attenzione del Collegio verteva su una richiesta risarcitoria per inadempimento di una prestazione di fare, consistente nella insonorizzazione della parete divisoria tra l'albergo gestito dall'attore e la sede dell'associazione culturale convenuta<sup>137</sup>.

---

135Cass. 17 aprile 1970, n. 1109, in *Foro italiano*, 1970, I, 1911, dove si afferma che <<l'art. 1453 c.c., attribuendo alla parte non inadempiente il diritto di scelta tra le domande di adempimento e di risoluzione, pone le due azioni sul medesimo piano e le assoggetta ai medesimi presupposti>>; nello stesso senso anche Cass. civ. Sez. II, 31 marzo 1987, n. 3099, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> e in *Giustizia civile mass.*, 1987. Nel caso di specie era stato stipulato un contratto di compravendita con scrittura privata. L'acquirente aveva pertanto citato il venditore per "sentirlo dichiarare tenuto a presentarsi alla stipulazione dell'atto pubblico di compravendita", al fine di ottenere un titolo idoneo per la trascrizione. Questi, a sua volta, costituitosi in giudizio, aveva eccepito l'inadempimento dell'attrice all'obbligo di pagare il prezzo e aveva chiesto, in via riconvenzionale, la risoluzione e il risarcimento. La Corte accogliendo il ricorso, ha fissato il principio di diritto secondo il quale l'incidenza e la portata dell'onere probatorio sono le medesime per ciascuna delle azioni di cui all'art. 1453 c.c. Chi propone dette azioni, anche in via riconvenzionale, è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, non anche l'inadempienza dell'obligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di aver adempiuto.

Nello stesso senso, in relazione ad un'azione di risoluzione per inadempimento contrattuale, Cass. civ. Sez. II, 05 dicembre 1994, n. 10446, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; il medesimo principio si trova espresso, sia pure con riferimento ad un'azione di risarcimento del danno per inadempimento, in Cass. civ., sez. I, 27 marzo 1998, n. 3232, con nota di MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 784 ss.; Cass. civ., Sez. III, 7 febbraio 1996, n. 973, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 1202 ss., con nota di STELLA, dove la Corte afferma l'irragionevolezza di una diversa disciplina dell'onere probatorio per la domanda di risarcimento del danno rispetto a quella di adempimento, a fronte di una <<identica situazione probatoria della ragione del credito>>; Cass. civ. Sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, p. 1021 ss., con nota di MONNOSI, *Prova dell'inadempimento e liquidazione del danno*; cfr. Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro italiano*, 2001, parte I, col. 2504, con nota di PARDOLESI, nella quale viene in rilievo un'azione di risarcimento del danno per intervento chirurgico mal riuscito e mancato assolvimento del dovere di informazione.

Innanzitutto tale sentenza si conforma all'orientamento del regime probatorio unitario, che esonera il creditore dalla prova dell'inadempimento nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento. La Suprema Corte, nell'aderirvi precisa come tale regola non operi nelle ipotesi di inesatto adempimento o di inadempimento di obblighi accessori. Tuttavia, nel caso in esame il dovere di informazione a carico del medico non viene qualificato come obbligo accessorio, ma come obbligo avente una autonoma rilevanza, derivando da una norma costituzionale, a tutela di interessi primari della persona. Seguendo tale linea di pensiero, l'inosservanza del medesimo non darebbe luogo ad inesatto adempimento della prestazione principale, ma ad un autonomo inadempimento contrattuale.

Ne deriva, in base alla regola sopra accolta dalla Corte, che la relativa prova, non è posta a carico del creditore, dovendo essere il debitore <<a provare il fatto estintivo del dovere di informazione, ossia di avervi adempiuto>>.

136v. § 1.

137La domanda originariamente proposta era di adempimento, ma successivamente l'attore,

Nell'ordinanza di rimessione, tuttavia, la questione veniva proposta in termini più ampi, che travalicavano i limiti di quanto strettamente necessario per la risoluzione del caso di specie. Conseguentemente la Suprema Corte enuncia un principio di diritto che eccede <<i>confini del giudizio</i>, dando luogo, di fatto, ad altrettanti *obiter dicta*<sup>138</sup>.

Più precisamente, nella parte motiva della sentenza, la Corte presta espressamente adesione all'indirizzo minoritario, affermando di condividerne le argomentazioni, che procede poi ad illustrare. Tuttavia, nell'ottica di una dichiarata preminente esigenza di omogeneità, semplificazione e certezza del diritto, il regime probatorio unitario viene esteso anche alla eccezione di inadempimento e all'ipotesi di inesatto adempimento, che non venivano in considerazione nel caso concreto.

Il primo principio richiamato nell'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite è quello della presunzione di persistenza del diritto, ricavato dall'art. 2697 c.c., la cui valenza viene affermata non solo per i casi in cui sia chiesto l'adempimento, ma anche per quelli in cui sia domandata la risoluzione o il risarcimento.

In secondo luogo, la Corte sottolinea come dall'art. 1453, interpretato secondo un criterio di ragionevolezza, emerga una assimilabilità delle tre azioni contemplate, quali strumenti di attuazione e di tutela del credito, tutti fondati sul comune presupposto dell'inadempimento. In effetti, le tre azioni postulano che non vi è stato adempimento e le ulteriori pronunce sono consequenziali a questa. La sentenza mette in luce che, se nella domanda di adempimento l'accertamento dell'inadempimento si basa pacificamente sulla prova del titolo e sulla mancata prova di fatti estintivi del vincolo, non vi sarebbe motivo per ritenere che lo stesso accertamento non sia idoneo a fondare una domanda di risoluzione.

A ulteriore sostegno di tale assunto, i giudici di legittimità riprendono un argomento ricorrente tra i fautori della tesi in esame, quello dello *ius variandi* riconosciuto dall'art. 1453, 2° comma, c.c. al creditore. Questi, infatti, può

---

modificando la domanda, aveva chiesto la condanna della convenuta al pagamento della penale, come risulta dalla descrizione del fatto contenuta nella Sentenza, Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, cit. p. 350.

138VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, cit., p. 905.

domandare la risoluzione anche quando il giudizio sia stato promosso per l'adempimento e tale possibilità non risulta subordinata all'accollo di un nuovo onere probatorio.

Le Sezioni Unite ricorrono, inoltre, al principio di vicinanza o di riferibilità della prova, che imporrebbe di tener conto della effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte, di fornire la stessa. Secondo tale principio, il relativo onere dovrebbe essere posto a carico della parte nella cui sfera d'azione ricade il fatto da provare.

Il Supremo Collegio, ben consapevole delle obiezioni che alcuni autori muovono alla regola sintetizzata dalla formula *negativa non sunt probanda*, ritiene di non dividerne le conclusioni. Ad avviso della Corte risulta più logico e rispondente ad esigenze di ordine pratico gravare il debitore della prova dell'adempimento, piuttosto che onerare il creditore della prova di non aver ricevuto la prestazione. D'altra parte, prosegue la sentenza, il primo potrebbe agevolmente assolvere il detto onere, esibendo la quietanza (al cui rilascio ha diritto per legge, ex art. 1199 c.c.).

Come sopra anticipato, uguale criterio probatorio si ritiene applicabile nel caso in cui il debitore-convenuto sollevi eccezione di inadempimento.

A tal fine lo stesso potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento dell'attore, il quale dovrà <<neutralizzare l'eccezione>>, dimostrando il proprio adempimento o la non intervenuta scadenza del termine<sup>139</sup>.

Tra l'altro, nell'ambito di applicazione del principio enunciato dalla Corte, viene ricompresa non solo l'eccezione di inadempimento totale (c.d. *exceptio inadimpleti contractus*), ma anche l'eccezione di inesatto adempimento (c.d. *exceptio non rite adimpleti contractus*)<sup>140</sup>. In entrambi i casi si determina una inversione dei ruoli, per cui spetterà alla controparte provare di aver adempiuto esattamente.

---

<sup>139</sup>Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, cit. p. 354.

<sup>140</sup>Come rilevato da MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giuridico*, 12, 2001, p. 1578. L'A. si esprime in senso critico sul punto, ritenendo imprescindibile il distinguo tra inadempimento e inesatto adempimento, al fine della regola di riparto della prova (v. *infra*, § 3)

La suddetta equiparazione si inserisce nella più ampia tematica, relativa alla prova dell'inesatto adempimento.

Nel solco della massima semplificazione e omogeneità del regime probatorio, le Sezioni Unite estendono il principio della mera allegazione dell'inadempimento anche all'ipotesi di inesatto adempimento. Nell'ambito di tale nozione vengono ricomprese una serie di situazioni, quali la violazione di doveri accessori -come quello di informazione- la mancata osservanza del dovere di diligenza, le difformità quantitative o qualitative dei beni.

Con riferimento all'inesatto adempimento, la posizione della Corte si discosta nettamente dalla tesi che fino a quel momento risultava pressoché pacifica e che addossava la relativa prova al creditore. In primo luogo, la sentenza in esame contesta, ritenendolo <<artificioso>>, l'argomento secondo cui nel caso di inesatto adempimento il creditore per implicito ammetterebbe che un adempimento ci sia stato, con conseguente inapplicabilità del principio di persistenza del diritto.

Nel pensiero della Corte in entrambe le ipotesi il creditore lamenta che il debitore non ha tenuto fede agli obblighi contrattuali, venendo in rilievo solo una diversa intensità dell'inadempimento, che non sarebbe idonea a fondare una differenziazione del regime probatorio. Ne deriva l'operatività della regola generale per cui il creditore che agisce per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento deve provare la fonte del proprio diritto e l'eventuale scadenza, ma può limitarsi ad allegare l'inadempimento.

Dal canto suo il debitore, per paralizzare la pretesa del creditore è tenuto a provare il fatto estintivo costituito dall'adempimento o, più precisamente, alla luce di quanto sopra, dall'esatto adempimento.

L'unica eccezione al principio statuito dalla sentenza in esame è rappresentata dalla obbligazione negativa, per la quale il meccanismo del riparto della prova risulta invertito. Nelle obbligazioni aventi ad oggetto un *non facere* l'onere di dimostrare l'inadempimento grava sul creditore che agisce.

Infatti, i principi posti a fondamento della regola generale, ovvero il principio di persistenza del diritto e quello di vicinanza o riferibilità della prova non valgono

per questo tipo di obbligazioni.

Da un lato, nelle obbligazioni negative <<il diritto nasce soddisfatto>><sup>141</sup> e si estingue con la scadenza del termine, non potendo venire in considerazione alcuna “persistenza” dello stesso, ma al più una sua violazione. Dall'altro l'inadempimento è costituito da un fatto positivo<sup>142</sup>, da una attività, e pertanto non si pone il problema della difficoltà per il creditore di provare un fatto negativo.

Su questo punto la posizione delle Sezioni Unite risulta perfettamente in linea con le elaborazioni dottrinali<sup>143</sup> e giurisprudenziali.

Tra le varie riflessioni svolte sul tema, di particolare interesse risulta una corrente di pensiero che sottolinea che quando il creditore lamenta l'inadempimento di una obbligazione negativa, afferma un mutamento della realtà fattuale, un *quid novi*, che come tale deve essere provato<sup>144</sup>.

Al contrario, nel caso di obbligazione positiva, quando il creditore agisce a motivo di un inadempimento (totale), fa valere una situazione di fatto che è identica a quella derivante dal sorgere del vincolo. Non ci sarebbe, pertanto, un *quid pluris* da provare<sup>145</sup>.

### 3. La prova dell'inesatto adempimento: spunti critici.

Prima che le Sezioni Unite si pronunciasse sul punto, dottrina<sup>146</sup> e

---

141Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, cit. p. 355.

142L'art. 1222 sull'inadempimento di obbligazioni negative, richiamato in sentenza, recita: <<[...] ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento>>.

143ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, cit., p. 295; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 176; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 589; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 347; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 427-428; PATTI, *Prove. Disposizioni generali, Artt. 2697-2698 c.c.*, cit., p. 120; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 440 ss.; CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 552.

144DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 589;

145Ancora DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 589; nello stesso senso MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 790-791, il quale rileva che nel caso di obbligazione positiva il creditore <<sostiene in definitiva che tra il momento in cui è sorto il credito e quello in cui ha promosso l'azione non è successo nulla (e perciò chiede la condanna del debitore all'adempimento)>>. Nel caso di obbligazione negativa, invece, l'attore sostiene che in quello stesso intervallo si è verificato un fatto positivo, in violazione del suo diritto. Conseguentemente in tale ultima ipotesi chi agisce deve provare non solo il diritto, ma anche la relativa violazione.

146MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. Vig.)*, cit., p. 1097; VISINTINI,

giurisprudenza<sup>147</sup> prevalenti erano concordi sul fatto che quando il creditore allegasse un adempimento inesatto fosse a suo carico la prova dell'inesattezza e, quindi, dell'inadempimento.

Naturalmente non mancavano voci contrarie, che, non distinguendo l'adempimento inesatto dall'inadempimento assoluto, seguivano in ogni caso la regola probatoria considerata valida in generale.

Così, da un lato vi era chi ripartiva i carichi probatori tenendo esclusivamente conto del tipo di domanda proposta, di adempimento o di risoluzione<sup>148</sup>, dall'altro vi era chi dispensava comunque il creditore dall'onere di provare l'inadempimento, a prescindere dal tipo di lesione del credito, oltre che dal tipo di domanda<sup>149</sup>.

---

*Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, Milano, 2006, p. 424; CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., p. 552; PATTI, *Prove. Disposizioni generali, Artt. 2697-2698 c.c.*, cit., p. 120; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 590 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, articoli 1218-1229 c.c.*, cit., p. 176 ss.; SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 59; MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 791 e ss.

147Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 2000, n.1457, in *Mass. Giur. it.* 2000; Cass. civ. Sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Contratti*, 1, 2000, p. 38; Cass. Civ., Sez. II, 11 novembre 1996, n. 9825, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, che si riferisce ad un caso in cui il convenuto aveva sollevato eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. Nella sentenza si dà per pacifico che ove il convenuto contesti non l'inadempimento assoluto, ma l'inesattezza dell'adempimento, debba dimostrare la differenza tra ciò che è stato prestato e ciò che era dovuto; lo stesso principio si ritrova, sia pure in un *obiter dictum*, in Cass. Civ., sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro italiano*, I, c. 2511, con nota di PARDOLESI, dove si afferma il regime probatorio unitario, con la precisazione che esso non opera «allorquando siano dedotti non già l'inadempimento dell'obbligazione, ma l'inesatto adempimento [...] la cui prova incombe al creditore».

Come rileva MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 792, la prova dell'inesatto adempimento è posta a carico del creditore in numerose pronunce di legittimità comunemente considerate espressione dell'orientamento che fa dipendere la ripartizione dei carichi probatori dal tipo di domanda proposta. In realtà, dall'analisi del caso di specie emerge come spesso la fattispecie concerna proprio ipotesi di inesatto adempimento. In particolare l'A. richiama Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Corriere giuridico*, 1993, 5, 568 ss., ma allo stesso fine è possibile anche annoverare: Cass. Civ., Sez. II, 19 luglio 1995, n. 7863, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, e Cass. Civ., Sez. II, 17 agosto 1990, n. 8336, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, relative la prima ad una domanda di risoluzione, la seconda ad una domanda di risarcimento per vizi occulti della cosa venduta.

148VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 429, ritiene che anche nel caso in cui si deduca che l'adempimento non è esatto occorrerà avere riguardo all'oggetto della domanda: «qualora si agisca per l'adempimento, sarà il convenuto a dover provare l'esatto adempimento; qualora si agisca per la risoluzione e/o per il risarcimento dei danni, sarà l'attore a dover provare che l'adempimento è stato inesatto».

149GIUGGIOLI, *Risoluzione contrattuale e onere della prova- il commento*, in *I contratti*, 6, 1996, p. 556 ss.; PARDOLESI, nota a sentenza Cass. Civ., sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in



Tuttavia si trattava di posizioni minoritarie.

La corrente di pensiero dominante metteva in luce che, nel lamentare la non conformità tra la prestazione ricevuta e quella dovuta, il creditore allegava due fatti positivi e ulteriori rispetto alla fattispecie connessa al sorgere del diritto di credito.

In effetti in tal caso il creditore afferma che una esecuzione della prestazione vi è stata e che vi è difformità della medesima rispetto a quanto previsto nel programma negoziale<sup>150</sup>.

In particolare, secondo un modello interpretativo, dovrebbe porsi attenzione alla struttura della fattispecie dedotta in giudizio<sup>151</sup>.

Mentre in tutte le ipotesi in cui lamenta un inadempimento assoluto il creditore <<fa valere l'originario impegno debitorio>>, nel caso di inesatto adempimento lo stesso allega <<circostanze ulteriori rispetto al titolo del vincolo>><sup>152</sup>. Per tale ragione non sembra potersi negare che i suddetti elementi costituiscano oggetto di prova a carico del creditore medesimo<sup>153</sup>.

Se questa era l'impostazione più ampiamente condivisa, è facile immaginare il forte dissenso espresso da autorevoli giuristi<sup>154</sup> in ordine al punto della sentenza di legittimità che estende all'inesatto adempimento la regola probatoria generale, secondo la quale sul creditore incombe la sola prova del titolo legale o negoziale del credito e della eventuale scadenza<sup>155</sup>.

Siffatta conclusione infatti, si porrebbe in contrasto con il disposto dell'art. 2697 c.c., che imponendo di tener conto della fattispecie sostanziale dedotta in giudizio, non potrebbe che condurre ad opposte conclusioni. In effetti l'inesattezza rappresenta un fatto costitutivo della domanda del creditore e precisamente un fatto positivo, che, per le ragioni sopra esposte, non può che gravare sul

---

*Foro italiano*, cit., col. 2504.

150MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, cit., p. 791.

151DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 595.

152DE CRISTOFARO, op. ult. cit., pp. 581 e 595.

153DE CRISTOFARO, op. ult. cit., p. 595.

154MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1571.

155Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, cit. p. 354.

creditore<sup>156</sup>.

A ben vedere, l'estensione del principio in parola all'inesatto adempimento non risulta suffragato da argomenti giuridici forti e persuasivi. Il principale argomento richiamato dalla Corte è, infatti, quello di ragionevolezza, criterio che non sembra idoneo, da solo, a fondare una regola probatoria<sup>157</sup>.

Persino gli ulteriori argomenti posti dalla Suprema Corte a fondamento di tutto l'*iter* logico seguito nella sentenza sembrano vacillare di fronte alla estensione della regola probatoria unitaria all'inesatto adempimento.

In particolare, si osserva come la stessa si ponga in piena contraddizione con il principio della presunzione di persistenza del diritto e con quello di riferibilità della prova<sup>158</sup>.

La presunzione di persistenza del diritto, infatti, non opererebbe quando il creditore, contestando l'inadeguatezza della prestazione, afferma che una esecuzione della prestazione c'è stata, sia pure inesatta.

Con riferimento al principio di vicinanza della prova, invece, se si pone mente alle ipotesi di vizi o mancanza di qualità della cosa, la soluzione più coerente sembra essere quella che assegna la relativa prova al creditore che ha ricevuto il bene e non al debitore che di quel bene si è spogliato<sup>159</sup>.

Più in generale il creditore, una volta ricevuta la prestazione, si troverebbe agevolato nel dimostrare la difformità contestata, quale fatto ormai riferibile alla propria sfera d'azione e non più a quella del debitore<sup>160</sup>.

---

156ELEFANTE, *Giudizio amministrativo e onere della prova dell'inadempimento*, in *Foro amministrativo: TAR*, 5, 2002, p.1688.

157ELEFANTE, *Giudizio amministrativo e onere della prova dell'inadempimento*, cit., p. 1686 sottolinea come il criterio di ragionevolezza sia un canone ermeneutico, idoneo a rafforzare altre motivazioni, più che un argomento in sé e per sé persuasivo.

158MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1571.

159VILLA, *op. ult. cit.*, p. 728 osserva che in tale evenienza il debitore perde la possibilità di procurarsi la prova relativa alla mancanza di vizi e difformità. Infatti, una volta consegnati i beni, il debitore medesimo non è in grado di produrre alcuna informazione circa lo stato degli stessi, le circostanze in cui si è manifestato il difetto o le modalità di conservazione impiegate dal creditore. Al contrario di siffatte informazioni sarebbe in possesso il creditore, su cui sembra quindi logico far gravare l'onere della prova del difetto.

160MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1580; VILLA, *onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica* (commento a cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533), in *Rivista di diritto civile*, 2002, V, p. 728; ELEFANTE, *Giudizio amministrativo e onere della prova dell'inadempimento*, cit., p. 1688, rileva come, a seguito dell'adempimento, sia pure

Tali argomenti sembrano difficilmente confutabili con riguardo alle prestazioni di dare o a quelle di fare c.d. di risultato, aventi ad oggetto beni.

Il discorso si fa più complesso quando l'inesatto adempimento attenga ad una prestazione di fare c.d. mezzi, come quella professionale.

Come si dirà più diffusamente in seguito, in questo genere di prestazioni il debitore si impegna a svolgere un'attività funzionale al conseguimento di un risultato, che resta fuori dall'oggetto dell'obbligazione. Pertanto si ha inadempimento tutte le volte in cui il debitore non si sia conformato agli *standard* di diligenza richiesti dall'art. 1176 c.c.

Secondo una linea di pensiero, la soluzione dovrebbe essere, anche in tal caso, nel senso di assegnare la prova delle inesattezze al creditore<sup>161</sup>.

Affermare che il debitore convenuto in giudizio, a fronte di una mera allegazione di inesatta esecuzione della prestazione, debba dimostrare di aver correttamente adempiuto, significherebbe, nell'ottica qui esposta, gravare il medesimo di una prova eccessivamente gravosa. Egli, infatti, per soddisfare tale onere, dovrebbe provare una serie di fatti negativi, ovvero, di non aver commesso errori, di non aver violato regole di prudenza, di perizia, di non aver divulgato informazioni riservate e così via<sup>162</sup>.

Tali circostanze contraddirebbero tutte quelle esigenze di ordine pratico e di coerenza che costituiscono la base giustificativa dell'impianto delineato dal Supremo Collegio.

### **3.1 (...segue) L'inadeguatezza della soluzione giurisprudenziale uniforme nel sistema delle garanzie nella vendita e nell'appalto.**

Per comprendere la portata e gli aspetti critici connessi alla estensione della *regula iuris* sancita dalle Sezioni Unite all'inesatto adempimento è sembrato opportuno analizzare le applicazioni giurisprudenziali in materia.

---

inesatto, l'oggetto della prestazione (che potrà essere una cosa, un'opera o il risultato di un'attività dovuta) si trova nella sfera giuridica del creditore <<al punto da esserne quasi impossibile una prova da parte del debitore>>.

161VILLA, *onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, cit., p. 728 ss.

162VILLA, *onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, cit., p. 728 ss.

In particolare si è avuto riguardo alla casistica precedente la celebre pronuncia di legittimità<sup>163</sup>, nonché alla più recente giurisprudenza, per vagliare l'effettiva applicazione del principio di diritto in parola in due specifici settori, quello dell'appalto e quello della vendita.

Naturalmente, ha senso riflettere sulla estensibilità del detto regime probatorio ai vizi della vendita e dell'appalto, in tanto in quanto si aderisca alla tesi che riconduce le relative garanzie nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Con riferimento alla vendita, com'è noto, non vi è uniformità di vedute nella letteratura giuridica in materia, risultando assai numerose le ricostruzioni sul punto. Tuttavia tra queste è possibile riconoscere come prevalente la tesi che considera le garanzie di cui all'art. 1492 c.c. come attinenti ad una violazione del contratto<sup>164</sup>.

Nell'ambito di tale corrente di pensiero, peraltro, sono state proposte diverse opzioni interpretative.

Secondo alcuni la garanzia per vizi nella vendita sorgerebbe da un vero e proprio inadempimento di un'obbligazione, quella di far acquistare la proprietà del bene (art. 1476 n. 2, c.c.), con conseguente applicabilità della comune disciplina dell'inadempimento<sup>165</sup>.

Altri autori escludono che la lesione dell'interesse del compratore derivi dall'inosservanza di un obbligo di comportamento e fondano la responsabilità contrattuale su una obiettiva <<violazione della promessa>><sup>166</sup> contrattuale o sulla

---

163Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

164Tra i vari autori si segnala BIANCA, *La vendita e la permuta*, in VASSALLI (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, p. 698 ss.; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, cit., p. 455; per una disamina dei principali orientamenti in materia si rinvia a LUMINOSO, voce *Vendita*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 639 e a GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2003, p. 478 e ss; in tal senso sembra orientata anche la prevalente giurisprudenza: si segnalano, tra le altre, Cass. Civ., Sez. II, 19 novembre 1985, n. 5686, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. II, 19 luglio 1995, n. 7863, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. II, 02 settembre 2013, n. 20110, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>.

165BIANCA, *La vendita e la permuta*, in VASSALLI (a cura di) *Trattato di diritto civile*, cit., p. 710, riconduce la garanzia per vizi della vendita nel sistema della responsabilità contrattuale, quale conseguenza della <<violazione dell'impegno traslativo del venditore>>;

166MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 21 ss.

oggettiva mancata o imperfetta attuazione dell'attribuzione patrimoniale dedotta in contratto<sup>167</sup>.

Si tratta pur sempre di responsabilità contrattuale, alla quale si applicano le norme generali in materia di inadempimento, in quanto compatibili e non derogate dalla disciplina speciale<sup>168</sup>.

Da ciò, tornando al quesito iniziale, dovrebbe desumersi l'applicabilità alla materia in esame delle norme sulla ripartizione dell'onere probatorio stabilite dalle Sezioni Unite.

Senonché una simile conclusione si pone in palese contrasto con i consolidati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, anche successivi al noto intervento di Cassazione, che addossano al compratore che agisce con una delle azioni edilizie<sup>169</sup> -di cui all'art. 1492 c.c.- l'onere della prova dei vizi, oltre che della tempestività della denuncia<sup>170</sup>.

Tale atteggiamento delle Corti di merito e di legittimità manifesta una sorta di avversione verso l'applicazione delle regole delineate dalla Cassazione per il comune inadempimento alle azioni edilizie. Non solo, detta posizione sembra confermare la fondatezza delle obiezioni e delle riserve formulate da ampia parte

---

167 LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 218.

168 LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 221; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 717-718, afferma l'operatività dei principi generali sull'inadempimento alla materia della vendita, la quale, diversamente, presenterebbe notevoli carenze; GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, cit., p. 491.

169 Azione di risoluzione del contratto (c.d. *actio redhibitoria*) e azione per la riduzione del prezzo (c.d. *actio quanti minoris* o *aestimatoria*), la cui origine, com'è noto, risale al diritto romano, dove le stesse erano concesse negli editti degli Edili curuli, da cui prendono il nome, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 597.

170 BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1042-1043, assegna al compratore l'onere di provare l'inesattezza della prestazione traslativa. In particolare l'A. sottolinea che, a tal fine, il compratore stesso deve provare non solo il vizio o la mancanza di qualità, ma anche che il difetto del bene era presente al momento dell'acquisto della proprietà. Non si avrebbe, infatti, inesattezza in caso di vizio sopravvenuto; Per la giurisprudenza anteriore alla sentenza Cass. civ., sezioni unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., si segnalano: Cass. Civ., Sez. II, 18 luglio 1991, n. 7986, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. II, 10 settembre 1998, n. 8963, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Per il periodo successivo alla citata sentenza a sezioni unite: Cass. Civ., Sez. II, 12 giugno 2007, n. 13695, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 1166; Cass. Civ., Sez. II, 26 luglio 2013, n. 18125, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> e per la giurisprudenza di merito: Trib. di Potenza, 23 luglio 2008, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, Tribunale di Nocera Inferiore, Sez. I, 07 febbraio 2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, Trib. di Milano, Sez. VII, 16 febbraio 2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, Trib. di Trento, 11 maggio 2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

della dottrina, di cui si è dato conto in precedenza.

Tuttavia, occorre rilevare che, se quello appena riferito è stato l'orientamento costante per molti anni, si inizia a riscontrare qualche oscillazione. Una recentissima sentenza della Corte di Cassazione in materia di vendita, facendo diretta applicazione del principio di diritto enunciato nella più volte citata sentenza delle Sezioni Unite, ha affermato che all'acquirente sia sufficiente allegare la presenza dei vizi o difetti, essendo a carico del venditore l'onere di provare la conformità dei beni consegnati a quanto pattuito<sup>171</sup>.

Tale decisione denuncia il profilarsi di un nuovo contrasto giurisprudenziale, in un settore nel quale, prima della nota pronuncia del 2001, il criterio di ripartizione dell'onere della prova era pacifico<sup>172</sup>.

La questione dell'applicabilità del criterio probatorio dettato per l'inadempimento si pone in termini analoghi con riguardo alla garanzia per le difformità e i vizi nell'appalto.

Al pari di quanto si è detto per la vendita, anche in materia di appalto l'orientamento prevalente qualifica la responsabilità dell'appaltatore per vizi dell'opera in termini di responsabilità contrattuale<sup>173</sup>.

---

171Cass. Civ., Sez. II, 02 settembre 2013, n. 20110, in *Contratti*, 2013, 10, p. 899 <<In tema di ripartizione dell'onere della prova in un contratto di vendita, l'acquirente dovrà allegare solo l'inesatto adempimento o la presenza di vizi o di difetti che rendano la cosa inidonea all'uso al quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, mentre resterà a carico del venditore, in virtù del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di avere consegnato una cosa che sia conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene; ove sia stata fornita tale prova, sarà allora onere del compratore dimostrare l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa, ascrivibile al venditore.>>; cfr. anche Cass. Civ., Sez. III, 12 febbraio 2010, n. 3373, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>, relativa ad una vendita di gasolio asseritamente frammisto ad acqua, dove viene addossato al venditore-convenuto l'onere di provare che il prodotto venduto aveva le qualità sue proprie e che non era frammisto ad acqua.

172Il contrasto venutosi a creare era stato già anticipato dalla più attenta dottrina. Il riferimento è a MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1579. Già il titolo della nota a sentenza rende chiara la posizione dell'A. il quale, con riferimento all'inesatto adempimento, rilevava che <<le Sezioni Unite si sarebbero dovute limitare a dirimere un contrasto e non avrebbero dovuto spingersi ad aprire un nuovo <<fronte contenzioso>>>> in relazione ad una questione sulla quale <<dottrina e giurisprudenza di gran lunga dominanti si erano mostrate sostanzialmente concordi>>.

173LANZI, *Commento all'art. 1667 c.c.*, in CARULLO-IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012, p. 96; RUBINO, *L'appalto*, in VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1980, pp. 477 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, Padova, 2009, p. 265;

È opinione diffusa che la garanzia in commento, non sia una garanzia in senso tecnico, intesa quale obbligazione che si aggiunge a quella principale di esecuzione dell'opera, bensì reazione dell'ordinamento ad un inadempimento<sup>174</sup>.

In tale ottica, tanto le difformità quanto i vizi concreterebbero un inesatto adempimento<sup>175</sup>. Più precisamente, le difformità consisterebbero nel mancato rispetto delle modalità pattuite -relativamente al tipo di materiale da utilizzare, alle caratteristiche della costruzione e così via- mentre i vizi deriverebbero dal mancato rispetto di regole tecniche e, quindi, dalla mancata esecuzione dell'opera a regola d'arte<sup>176</sup>.

In entrambi i casi il committente può agire per l'esatto adempimento, domandando l'eliminazione dei difetti dell'opera a spese dell'appaltatore oppure può chiedere la riduzione proporzionale del prezzo<sup>177</sup>, fermo restando il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore<sup>178</sup> (art. 1668, 1° comma,

---

GIANNATTASIO, in CICU e MESSINO (a cura di), *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1977, p. 181; PRIMICERI, *Azione generale di risoluzione del contratto ed azioni speciali nell'appalto*, in *La responsabilità civile*, 1, 2007, p. 60.

174GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 653 <<vizi e difformità vengono qui in considerazione come inadempimenti di un'obbligazione di comportamento>>. Questa impostazione è condivisa dalla ormai costante giurisprudenza di legittimità. Tra le tante si segnala Cass. Civ., Sez. II, 15 marzo 2004, n. 5250, in *Corriere Giuridico*, 2004, 5, p. 586, che considera la garanzia dell'appaltatore in esame come una <<applicazione della comune responsabilità per inadempimento o per non esatto adempimento, seppure di carattere speciale per quanto riguarda i presupposti di applicazione ed il contenuto e le modalità di esercizio [...]>> e non come una garanzia in senso tecnico.

175RUBINO, *L'appalto*, cit. p. 478.

176RUBINO, *L'appalto*, cit. p. 481. L'Autore sottolinea inoltre la prevalenza delle pattuizioni contrattuali rispetto alle regole dell'arte, con la conseguenza che l'appaltatore che si attenesse alle prime, anche se tecnicamente errate, sarebbe adempiente. Tuttavia, com'è naturale, lo stesso dovrebbe avvertire il committente dei rischi e degli inconvenienti derivanti dall'applicazione di quelle prescrizioni contrattuali. In caso contrario l'appaltatore incorrerebbe in responsabilità contrattuale; CAPPALÀ, Commento all'art. 1667 c.c., in *Codice dell'appalto privato* a cura di LUMINOSO, Milano, 2010, p. 557.

177In caso di difformità, per ottenere la riduzione del prezzo, il committente deve provare il minor valore o il minor rendimento dell'opera che ne sia derivato, non essendo sufficiente la prova della difformità in sé e per sé. Se valore e rendimento risultano immutati il committente può solo domandare l'eliminazione della difformità e/o il risarcimento del danno, sussistendone i presupposti. Diversamente, in caso di vizi, il minor valore o il minor rendimento è certo e, quindi, la riduzione del prezzo potrà essere sempre chiesta: RUBINO, *L'appalto*, cit. p. 517; LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 270.

178La colpa dell'appaltatore è presunta come pacificamente sostenuto in dottrina e in giurisprudenza: LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 272; Cass. civ. Sez. II, 05 ottobre 2009, n. 21269, in *Obbligazioni e contratti*, 2, 2010, p. 147.

c.c.). Nei casi più gravi, di vizi o difformità che rendano la cosa del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può ottenere la risoluzione del contratto (art. 1668, 2° comma, c.c.)<sup>179</sup>.

In ogni caso sono previsti termini di decadenza e di prescrizione piuttosto brevi<sup>180</sup> a carico del committente, il quale ha l'onere di provare la tempestività della denuncia dei difetti, quale condizione necessaria dell'azione<sup>181</sup>. Inoltre, dopo l'accettazione dell'opera la garanzia non è dovuta per i vizi palesi, ovvero per quei vizi conosciuti o riconoscibili, purché, in quest'ultimo caso, gli stessi non siano stati dolosamente occultati dall'appaltatore. Pertanto, il committente che abbia interesse ad attivare la garanzia in parola, deve dimostrare di non aver accettato l'opera o di averlo fatto con riserva<sup>182</sup>.

Da quanto sopra si ricava che la disciplina speciale appena accennata integra, ma non esclude, le norme e i principi generali in tema di inadempimento contrattuale<sup>183</sup>. Da ciò dovrebbe derivare l'applicabilità anche all'appalto del principio generale affermato dalle Sezioni Unite, secondo il quale il creditore, una volta provata la fonte del proprio diritto, può limitarsi ad allegare il mancato o inesatto adempimento.

Tuttavia, anche in tale settore si registrano prese di posizione non uniformi.

Un primo indirizzo sembra, infatti, estendere il suddetto principio al

---

179Come risulta evidente dal dato letterale, l'inadempimento richiesto dall'art. 1668 c.c. è più grave di quello ordinariamente richiesto dall'art. 1455 c.c. Infatti per la risoluzione del contratto di appalto non è sufficiente un inadempimento di non scarsa importanza, ma è necessario che i vizi rendano la cosa del tutto inadatta alla sua destinazione. Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 15 marzo 2004, n. 5250, in *Corriere Giuridico*, 2004, 5, p. 586.

180I vizi o le difformità devono essere denunciati, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla scadenza. L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni (art. 1667 c.c.).

181Cass. civ. Sez. II, 25 giugno 2012, n. 10579, CED Cassazione, 2012; RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 564.

182RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 564.

183GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 653; LANZI, *Commento all'art. 1667 c.c.*, cit., p. 98; LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 255; RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 478 ss., il quale precisa altresì che la disciplina speciale di cui agli articoli 1667 e 1668 c.c. trova applicazione solo quando l'opera sia stata interamente eseguita, sia pure male. Infatti, in caso di omesso completamento della stessa viene in rilievo la comune responsabilità dell'appaltatore, ex artt. 1453 e 1455 c.c.; Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 15 febbraio 2006, n. 3302, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., 20 gennaio 2010, n. 936, in *De Jure*, Archivio "Sentenze Cassazione civile".



contratto in esame, affermando che l'appaltatore che agisca in giudizio per il pagamento del corrispettivo, a fronte dell'eccezione di inesatto adempimento, è tenuto a provare di aver esattamente adempiuto la propria prestazione ovvero di essersi conformato alle pattuizioni contrattuali e alle regole dell'arte<sup>184</sup>.

Tale impostazione sembrerebbe la più coerente con la ricostruzione sopra esposta, che inquadra la garanzia di cui agli artt. 1667 e 1668 nell'ambito della ordinaria responsabilità contrattuale, salvo i profili di specialità rispetto alla disciplina comune. D'altra parte non vi sarebbero elementi normativi per sostenere che in tema di appalto la regola probatoria generale subisca una deroga.

Un secondo indirizzo, valorizzando il principio di vicinanza della prova, pone a carico del committente la dimostrazione dei vizi e delle difformità<sup>185</sup>. Si sottolinea, infatti, come una volta ricevuta la consegna, il committente si trovi nella miglior posizione per dimostrare l'esistenza dei difetti dell'opera, avendone la materiale disponibilità<sup>186</sup>.

Tale opzione ermeneutica, tra l'altro, risulta in linea con le dominanti correnti di pensiero precedenti la nota pronuncia di legittimità<sup>187</sup>, che erano orientate in tal senso<sup>188</sup>.

Da una prima lettura delle decisioni richiamate, quindi, sembrerebbe

---

184Cass. Civ. Sez. VI-2, Ord., 10 gennaio 2014, n. 344, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936, in *De Jure*, Archivio "Sentenze Cassazione civile"; Cass. Civ., Sez. II, 13 febbraio 2008, n. 3472, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, in cui si afferma che l'appaltatore che agisca in giudizio per il pagamento del corrispettivo convenuto ha l'onere di provare di avere esattamente adempiuto la propria obbligazione, in applicazione del principio probatorio stabilito per l'inadempimento contrattuale, la cui disciplina generale si estende all'appalto per giurisprudenza costante; Corte d'appello di Roma, sez. III, 15 giugno 2010, in *il civilista*, 3, 2011, p. 47, con nota di DE STEFANI; Tribunale di Nocera Inferiore, Sez. II, 18 novembre 2011, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

185Cass. Civ., Sez. II, 09 agosto 2013, n. 19146, in *De Jure*, Archivio "Sentenze Cassazione civile"; Cass. Civ., Sez. II, 15 marzo 2004, n. 5250, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Tribunale di Bologna, 29 maggio 2007, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*; Tribunale di Bologna, 21 maggio 2007, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2008, p. 1140, con nota di PORRECA, *Logica e onere della prova nell'ipotesi di adempimento contrattuale viziato: riaffiorano dubbi nella giurisprudenza di merito*.

186Cass. Civ., Sez. II, 09 agosto 2013, n. 19146, cit., sottolinea come tale impostazione sia più in sintonia con il diritto inviolabile di difesa (art. 24 Cost.), che preclude interpretazioni della legge che rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto medesimo.

187Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

188RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, 3ª edizione, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2007, p. 396; LANZI, *Commento all'art. 1667 c.c.*, cit., p. 97.

doversi constatare un contrasto tra sentenze che aderiscono all'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite, volto a sollevare il creditore dalla prova di inesattezze e vizi, e sentenze che continuano ad applicare l'opposto, tradizionale, criterio di distribuzione dell'onere della prova.

Tuttavia, ancora una volta, una analisi più attenta mette in luce come le pronunce che sembrerebbero espressive di differenti orientamenti attengono semplicemente a situazioni diverse.

In molte delle decisioni che assegnano all'appaltatore la prova di aver esattamente adempiuto il committente non aveva accettato l'opera. Si tratta, invero, di ipotesi in cui lo stesso aveva <<rifiutato di adempiere la propria controprestazione, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 1665, u.c., c.c., a seguito dell'esito negativo del collaudo>><sup>189</sup>.

Come si osserva in dottrina, la mancata accettazione della prestazione impedisce lo spostamento del carico probatorio dal debitore al creditore in ordine alle <<difformità tra dovuto e prestatato>><sup>190</sup>. In altre parole, finché il creditore non accetta la prestazione<sup>191</sup>, spetta al debitore dimostrare la conformità della stessa, come si ricava dalle norme in tema di *mora credendi*<sup>192</sup>.

Ne deriva che, nella gran parte delle sentenze considerate, l'impostazione, da sempre predominante, che grava il committente della prova dei difetti, non risulta

---

189Cass. Civ., Sez. II, 20 gennaio 2010, n. 936, cit., e Tribunale di Nocera Inferiore, Sez. II, 18 novembre 2011, cit.

190DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 597. V. anche Cass. Civ., Sez. II, 09 agosto 2013, n. 19146, in *De Jure*, Archivio: *Massime*: <<In tema di garanzia per difformità e vizi nell'appalto, l'accettazione dell'opera segna il discrimine ai fini della distribuzione dell'onere della prova, nel senso che, fino a quando l'opera non sia stata espressamente o tacitamente accettata, al committente è sufficiente la mera allegazione dell'esistenza dei vizi, gravando sull'appaltatore l'onere di provare di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte, mentre, una volta che l'opera sia stata positivamente verificata, anche "*per facta concludentia*", spetta al committente, che l'ha accettata e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica, dimostrare l'esistenza dei vizi e delle conseguenze dannose lamentate, giacché l'art. 1667 cod. civ. indica nel medesimo committente la parte gravata dall'onere della prova di tempestiva denuncia dei vizi ed essendo questo risultato ermeneutico in sintonia col principio della vicinanza al fatto oggetto di prova.>> (corsivo aggiunto)

191Alcuni comportamenti del committente, peraltro, sono equiparati dalla legge, quanto agli effetti, alla accettazione dell'opera. Ai sensi dell'art. 1665 c.c. il committente, infatti, ha diritto alla verifica dell'opera prima di riceverla in consegna. Tuttavia, se lo stesso tralascia di compiere la verifica senza giusti motivi o omette di comunicarne il risultato all'appaltatore o, ancora, riceve senza riserve l'opera, questa si considera accettata.

192DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 594.

scalfita a seguito del cambio di rotta operato dalle Sezioni Unite nel 2001<sup>193</sup>.

Il sommario esame di due importanti settori della responsabilità contrattuale, quali sono quello della vendita e quello dell'appalto, ha evidenziato le notevoli incertezze che si sono determinate in ordine al soggetto su cui incombe l'onere della prova dei vizi o delle difformità<sup>194</sup>.

Il quadro prospettato rende auspicabile un nuovo intervento delle Sezioni Unite in merito alla prova dell'inesatto adempimento.

In particolare, le riflessioni sopra svolte dovrebbero indurre ad optare per una differenziazione del regime probatorio rispetto all'inadempimento assoluto, ponendo a carico del creditore l'onere della prova di inesattezze, vizi e difformità<sup>195</sup>.

---

193Cass. Civ., Sez. II, 09 agosto 2013, n. 19146, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*.

194GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, cit., p. 500.

195La migliore dottrina continua a sostenere tale assunto, nonostante il contrario principio espresso dalla Cassazione. v. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 644 <<ci sono casi in cui l'inadempimento-conduca esso alla risoluzione o alla generica domanda di danni, o di adempimento- deve essere provato: così avviene in caso di cattiva esecuzione (opera male costruita dal debitore), di cattiva qualità della cosa alienata, di negligenza professionale del medico o dell'avvocato>>; pone a carico del committente che invoca la garanzia l'onere di provare il vizio o la difformità anche CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 69.

**CAPITOLO III**  
**L'ONERE DELLA PROVA NELLE OBBLIGAZIONI DI MEZZI E DI**  
**RISULTATO:**  
**LA DISCUSSA VALENZA DOGMATICA DELLA DISTINZIONE**

**1. Le obbligazioni di mezzi e di risultato: esclusione di un diverso fondamento della responsabilità.**

Nel capitolo precedente (§3.1) si è dato un rapido sguardo alla disciplina del riparto probatorio in caso di inesatto adempimento. In particolare si è fatto riferimento al settore delle garanzie per vizi nella vendita e nell'appalto.

Più in generale, è appena il caso di notare che la questione della prova dell'inesatto adempimento si pone in misura rilevante nel campo delle obbligazioni di fare, nel cui ambito si distinguono tradizionalmente le obbligazioni di mezzi dalle obbligazioni di risultato.

In primo luogo, preme sottolineare che tale articolazione assume rilievo solo ed esclusivamente qualora la prestazione sia stata integralmente eseguita e non quando la stessa sia del tutto mancata.

In secondo luogo, si osserva che alla distinzione sono stati attribuiti, soprattutto in passato, risvolti non solo di tipo processuale, in punto di onere della prova, ma anche di tipo sostanziale, in quanto il diverso contenuto del rapporto obbligatorio condiziona la valutazione sulla inesattezza e, quindi, il giudizio di responsabilità.

In effetti, venendo in considerazione una difformità tra risultato prodotto e risultato dovuto (sia esso coincidente o meno con l'interesse primario del creditore), diventa di fondamentale importanza definire la prestazione dedotta in obbligazione.

Alcuni autori ritengono che la distinzione mezzi-risultato incida sullo stesso fondamento della responsabilità<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup>CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino, 2007, p. 111; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, p. 124 ss.

In particolare si è affermato in dottrina che nelle obbligazioni di mezzi il fondamento andrebbe ravvisato nella colpa, mentre nelle obbligazioni di risultato lo stesso andrebbe ravvisato nell'inadempimento *tout court*<sup>197</sup>.

Tuttavia, come autorevolmente sostenuto, nelle c.d. obbligazioni di mezzi il mancato rispetto dei canoni della diligenza integra l'inadempimento nella sua materialità<sup>198</sup> e, pertanto, la responsabilità è pur sempre fondata su un obiettivo inadempimento, fino al limite del *casus*<sup>199</sup>.

In questa specie di obbligazioni, quando il debitore non raggiunge il risultato sperato dal creditore, nonostante la diligenza spiegata nella misura dovuta, non sorge alcuna responsabilità, non tanto per mancanza di colpa, ovvero perché l'inadempimento non è imputabile al debitore, quanto perché questi ha adempiuto la sua obbligazione<sup>200</sup>.

Il contrasto tra coloro che sostengono il diverso fondamento della responsabilità nei due tipi di obbligazioni e i fautori dell'unità del sistema, a ben vedere, è solo teorico<sup>201</sup>. Infatti, per entrambi gli orientamenti l'inesatto adempimento delle obbligazioni di mezzi si concretizza nella trasgressione dei canoni di diligenza e di perizia. Tuttavia tale negligenza o imperizia per gli uni è identificabile con la colpa del debitore, mentre per gli altri non risulta assimilabile ad una colpa in senso proprio<sup>202</sup>.

---

197D'AMICO, *ult. op. cit.*, p. 132.

198MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, cit., p. 158 e p. 173; ID., voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1097; CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 26.

199MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 175 e p. 200, nota come fino a quando la prestazione rimane possibile l'inadempimento prescinde da una colpa. Il fatto che nelle obbligazioni c.d. di mezzi la misura della responsabilità coincida con la <<*diligentia diligentis*>>, dipende dal fatto che in questi casi la diligenza è il criterio determinativo del contenuto della prestazione dovuta; OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1918, p. 423, sottolinea come nelle obbligazioni di diligenza la responsabilità appaia collegata alla colpa solo perché in esse la diligenza determina il contenuto della prestazione dovuta. Ne deriva una coincidenza tra colpa e inadempimento.

200MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 209 e p. 238 ss. L'A. rileva come la tesi che fonda la responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni di mezzi sulla colpa confonde la prova dell'inadempimento con la prova della colpa.

201CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 32-33.

202MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 238 ss., per il quale anche nelle obbligazioni c.d. di diligenza la prova della colpa deve ritenersi nettamente distinta dalla prova dell'inadempimento. La prova del fatto che il debitore non si sia conformato alle regole imposte dalla diligenza, non costituisce nel pensiero dell'Autore <<prova inesorabile>> della colpa. Per provare l'imputabilità soggettiva di tale condotta il creditore dovrebbe provare altresì che il

Se, quindi, la responsabilità si connette pur sempre ad un obiettivo inadempimento, in entrambi i tipi di prestazione la responsabilità medesima ha come unico limite l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, *ex. art. 1218 c.c.* Naturalmente, al diverso contenuto dell'obbligazione corrisponde una diversa estensione dell'area dell'impossibilità<sup>203</sup>.

Con particolare riferimento alle obbligazioni di fare, nel primo ordine di ipotesi, ovvero nelle obbligazioni di mezzi, le circostanze esimenti da responsabilità potrebbero consistere in eventi che abbiano reso impossibile il rispetto delle regole di diligenza, prudenza e perizia.

Nel secondo ordine di ipotesi, ovvero nelle obbligazioni di risultato, l'impossibilità deriva invece dall'intervento di un fattore causale che ha impedito il buon esito dell'attività del debitore, nonostante il rispetto di tutte le regole dell'arte esercitata dal medesimo<sup>204</sup>.

In ogni caso si rende necessario valutare l'imputabilità al debitore dei suddetti fattori causali e tale giudizio va effettuato alla stregua dei canoni e dei criteri generali sull'impossibilità della prestazione.

Premesso che secondo un orientamento di pensiero, che qui si ritiene di condividere, deve escludersi una influenza della dicotomia mezzi-risultato sulla natura della responsabilità<sup>205</sup>, sotto altri profili sembra doveroso approfondire il tema, al fine di valutare l'attuale portata della distinzione. In effetti tale tradizionale partizione risulta oggi messa in discussione, a seguito di una serie di pronunce di legittimità che ne hanno ridimensionato la valenza dogmatica.

---

debitore poteva impiegare la misura di diligenza dedotta in obbligazione oppure che si è venuto a trovare nell'impossibilità di farlo per causa a lui imputabile; Cfr. Trib. Milano, sez. V, 22 aprile 2008, n. 40662, in *Giustizia a Milano*, 2008, 4, 26, dove si afferma che la colpa non è costitutiva della responsabilità contrattuale, ma la sua assenza non è neppure immediatamente impeditiva: il debitore può esonerarsi dalla responsabilità solo provando prima l'impossibilità, poi che questa non dipende da colpa.

203MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 212; con riferimento al rilievo della distinzione sul piano del contenuto dell'obbligazione cfr. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Vol. IV, Milano, 2012, p. 72 ss., il quale limita la contrapposizione mezzi-risultato proprio ad una differenza di contenuto delle obbligazioni. L'A. esclude un rilievo della distinzione sul piano dell'applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e della responsabilità. Lo stesso, più precisamente, sottolinea che il diverso contenuto della prestazione influisce solo sull'area di incidenza dell'impossibilità.

204CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 26.

205MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 173 ss.

Per lungo tempo la stessa ha avuto un notevole rilievo, dovuto proprio alle conseguenze che se ne ricavavano in ambito probatorio. È evidente che un orientamento giurisprudenziale che incida proprio sulle implicazioni probatorie riduce il valore della bipartizione, attribuendole carattere meramente descrittivo. Si rende pertanto necessario valutare i riflessi delle varie sentenze di Cassazione sulla dicotomia in parola, per verificare se la classificazione possa ritenersi del tutto superata o se conservi una sua utilità.

Tale analisi giurisprudenziale muoverà dalla storica pronuncia delle Sezioni Unite<sup>206</sup>, che non contiene al riguardo indicazioni espresse, ma che ha sancito un principio di carattere generale, diretto ad omogeneizzare il regime probatorio di tutti i tipi di obbligazioni, con le conseguenze appena accennate.

La Corte, nella citata sentenza, ha esteso all'inesatto adempimento l'applicazione del principio della sufficienza dell'allegazione e a titolo esemplificativo ha richiamato la <<violazione di doveri accessori, come quello di informazione>>, la <<mancata osservanza dell'obbligo di diligenza>>, le <<difficoltà quantitative o qualitative dei beni>>.

Prima di procedere ad una analisi del regime probatorio delle obbligazioni in discorso, sembra doveroso soffermarsi brevemente sull'origine, sul significato e sulle implicazioni della nota dicotomia.

## **2. Origine della distinzione e posizioni interpretative contrastanti.**

Come è noto, la classificazione delle obbligazioni di fare in obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è sconosciuta al nostro codice civile. Si tratta di una distinzione importata dall'ordinamento francese, nel quale un illustre giurista<sup>207</sup> ha per primo teorizzato la *summa divisio* tra obblighi <<de résultat>> e obblighi <<de moyen>>, per distinguere le obbligazioni in cui il debitore è tenuto a procurare al creditore l'utilità dal medesimo avuta di mira, da quelle obbligazioni in cui lo stesso debitore è tenuto soltanto ad un comportamento diligente, diretto al raggiungimento di uno scopo ulteriore, che resta fuori del

---

206Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

207DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris, 1925, n. 1237, p. 538 ss.

rapporto obbligatorio<sup>208</sup>.

Come più volte si è detto, le principali implicazioni della distinzione si apprezzano in tema di prova. Infatti, si suole affermare che nelle obbligazioni di risultato il debitore risponde ove questo non sia conseguito, potendosi liberare solo provando il caso fortuito o la forza maggiore; nelle obbligazioni di mezzi, invece, il creditore insoddisfatto ha l'onere di provare la colpa (ovvero la negligenza) del debitore, che solo a seguito di tale dimostrazione ha l'onere di fornire la prova liberatoria<sup>209</sup>.

Il contributo dello studioso francese<sup>210</sup> si colloca nel periodo della rivoluzione tecnico-professionale del primo Novecento, in un contesto in cui era fortemente avvertita l'esigenza di contemperare due contrapposti interessi, da un lato l'interesse alla libertà d'azione del debitore, portatore di nuove tecniche e di progresso tecnologico, dall'altro quello alla sicurezza e alla tutela dei diritti di un numero crescente di debitori, destinatari delle dette innovazioni<sup>211</sup>.

Con la teoria dell'obbligazione di mezzi il citato giurista ritiene di trovare il punto di equilibrio, addossando al creditore la prova dello specifico errore in cui è incorso il debitore, conseguentemente esonerando il debitore da carichi di prova "sovrumani", che lo allontanerebbero dal rapporto obbligatorio<sup>212</sup>.

È doveroso rilevare alcuni contemperamenti proposti dallo stesso Autore, diretti ad alleggerire l'onere probatorio del creditore<sup>213</sup>. Si tratta di criteri pratici e <<di stampo antiformalistico>>, quali quello di verosimiglianza della pretesa, quello del minor costo e quello di collaborazione<sup>214</sup>.

Il primo evita al creditore di dover provare ogni elemento della sua pretesa, consentendogli di dimostrare la verosimiglianza della medesima, gravando il debitore della prova dell'evento anomalo.

208 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 12 e ss., il quale conduce uno studio approfondito sull'origine della distinzione, rilevando le ascendenze romanistiche della stessa. In particolare l'A. individua l'origine medesima nella contrapposizione tra *locatio operis* e *locatio operarum* propria dell'esperienza giuridica romana.

209 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 14.

210 DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, cit.

211 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 12, p. 53.

212 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 53 ss.

213 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 54.

214 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 54.



Il secondo, assimilabile al criterio di vicinanza della prova, cui ricorre frequentemente la nostra giurisprudenza, pone la prova a carico di colui che sia in grado di fornirla con un minor dispendio, in termini di tempo e di costi.

Infine, il criterio di cooperazione, che impone un comportamento collaborativo alla parte non onerata della prova, con la possibilità per il giudice di disporre, per esempio, l'esibizione di documenti<sup>215</sup>.

L'*obligation de moyens* riceve numerose critiche, da parte di diversi studiosi nell'ambito dell'ordinamento che l'ha vista nascere. In particolare, la principale censura era basata su due considerazioni, la prima, quella per cui il debitore che afferma di aver adempiuto dedurrebbe un fatto nuovo, che, come tale, dovrebbe essere provato<sup>216</sup>.

La seconda obiezione nota l'irragionevolezza dell'assunto che pone a carico del creditore la prova dell'errore in cui sia incorso il debitore, essendo quest'ultimo l'unico in grado di conoscere la propria condotta sotto ogni aspetto<sup>217</sup>.

L'Autore che muove le suddette critiche alla teoria dell'obbligazione di mezzi, mostra di non ignorare i profili di aleatorietà che caratterizzano questo genere di obbligazioni, per cui ritiene sufficiente per il debitore provare la regolarità della propria condotta, lasciando a carico del creditore il rischio delle cause ignote di eventuali danni<sup>218</sup>.

### **3. La diffusione della distinzione nel nostro ordinamento.**

Nel nostro ordinamento la distinzione ha avuto un'ampia diffusione, soprattutto grazie all'opera di un giurista<sup>219</sup>, che ha criticato la portata attribuita alla medesima nell'ordinamento d'origine.

Come sopra accennato, infatti, l'Autore citato ha escluso l'incidenza della dicotomia sul regime e sul fondamento della responsabilità contrattuale,

---

215CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 54.

216CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 55, che richiama per la critica esposta ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, in *Rev. Trim. dr. civ.*, 1933, p. 627 ss.

217CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 55.

218CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 55-56.

219MENGONI, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, I, pp. 185 ss.

limitandola alla natura del risultato dovuto. In particolare lo studioso ritiene che la distinzione in parola sia accettabile solo come riferimento ad una maggiore o minore ampiezza del risultato dedotto in obbligazione.

In effetti, lo stesso muove da una critica alla terminologia mezzi-risultato, sottolineando come un risultato sia dovuto in ogni obbligazione, non avendo alcun senso un'obbligazione in cui sia dedotto un mero comportamento fine a se stesso, privo di una utilità destinata al creditore<sup>220</sup>. Naturalmente il risultato non può coincidere sempre perfettamente con l'interesse primario e finale del creditore. In alcuni casi si tratta di un interesse strumentale rispetto ad uno ulteriore, a cui tende l'attività del debitore e che costituisce la premessa del rapporto obbligatorio, ma che non è dedotto in obbligazione<sup>221</sup>.

Il motivo per cui in alcune obbligazioni il risultato ultimo non risulta compreso nella prestazione dovuta consiste per lo più, come si osserva in dottrina, nella aleatorietà del medesimo. Quando la realizzazione dell'interesse primario non dipende solo dalla volontà e dall'impegno del debitore, ma da una serie di condizioni del tutto estranee alla sua sfera di controllo, lo stesso non potrebbe logicamente ritenersi tenuto al conseguimento di quel risultato.

Così, nel pensiero del giurista in parola, fermi restando la relatività dei concetti di mezzi e di risultato e l'inconcepibilità di un'obbligazione dalla quale sia escluso il momento del risultato, le obiezioni mosse alla distinzione in esame non sono tali da privare la medesima di ogni forma di rilievo<sup>222</sup>.

La partizione viene però ridotta a mero riflesso della maggiore o minore corrispondenza del risultato dovuto e dedotto in obbligazione, rispetto all'interesse primario, da cui origina l'obbligazione<sup>223</sup>, con esclusione di un mutamento del regime di responsabilità.

La valenza della classificazione sul piano della definizione della *utilitas* dovuta al creditore risulta chiara se si pone mente alle obbligazioni del professionista intellettuale, che vengono tradizionalmente ricondotte alla categoria

---

220MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 144 ss.

221MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 146.

222MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 145

223MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 146.

delle obbligazioni di mezzi o di comportamento.

Segnatamente la prestazione del medico, così come quella dell'avvocato, rendono chiaro come il debitore si impegni senz'altro ad un risultato, quello di curare bene il malato, da un lato, e quello di difendere bene il cliente, dall'altro. Tuttavia, di regola, in nessuna delle due ipotesi lo stesso assicura il soddisfacimento dell'interesse primario del creditore, ovvero la guarigione e la vittoria della causa, rispettivamente.

Tali considerazioni non sono di poco momento. Infatti, qualora, nell'esempio riportato, il medico curasse il paziente con la diligenza del buon professionista, rispettando tutte le regole dell'arte, offerte dalla scienza in quel dato momento storico, l'obbligazione risulterebbe adempiuta, anche se in ipotesi dovesse seguire la morte del soggetto sottoposto alle cure. Di tale evento il medico non risponderebbe e ciò non per impossibilità della prestazione a lui non imputabile, ma per aver adempiuto esattamente la prestazione. L'oggetto di questa, si ripete, non coincide con la guarigione, ma con la predisposizione di cure adeguate per promuovere la medesima<sup>224</sup>.

A tal proposito si osserva sin d'ora che il confine tra le due specie di obbligazioni deve considerarsi mutevole, in funzione dell'evoluzione della tecnica, da un lato, nonché della volontà delle parti, dall'altro<sup>225</sup>. Queste, infatti, ben possono rafforzare o, al contrario, affievolire la *utilitas* assicurata al creditore<sup>226</sup>.

Le richiamate critiche in ordine alle implicazioni della classica bipartizione in discorso anticipavano in gran parte gli approdi cui è pervenuta in tempi più recenti la Corte di Cassazione. Tuttavia in un primo momento detta classificazione ha avuto un'ampia diffusione, specialmente nelle applicazioni giurisprudenziali. Per tale ragione sembra opportuno soffermarsi proprio sulle conseguenze che in passato sono state tratte dalla storica distinzione di elaborazione francese.

### **3.1 La rilevanza teorica e pratica della distinzione.**

Come si è già osservato, la più immediata implicazione della partizione in

---

224MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 146-147.

225CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 28.

226CAPPALÀ, *ult. op. cit.*, p. 29.

esame, attiene all'oggetto della prestazione dovuta. Trascurando per un attimo la terminologia, autorevolmente ritenuta imprecisa<sup>227</sup>, infatti, nelle due specie di obbligazioni il fatto che costituisce adempimento varia notevolmente, coincidendo con la realizzazione di quell'interesse del creditore definito primario solo nelle obbligazioni di risultato.

Ciò non deve portare a pensare che nelle obbligazioni di mezzi la diligenza esaurisca il contenuto dell'obbligazione, rilevando anche in quest'ultime, come più volte detto, il risultato della prestazione. Non è rilevante la mera attività del debitore, ma è necessaria altresì la oggettiva idoneità della stessa ad arrecare un'*utilitas* al creditore. Ne consegue un mutamento anche dello stesso contenuto della prova e ciò a prescindere dalla determinazione della parte onerata della medesima.

Degno di nota è quell'indirizzo che ha ritenuto di risolvere l'apparente antinomia tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 1218 c.c. proprio tramite il ricorso alla dicotomia in parola, riferendo il parametro della diligenza alle sole obbligazioni di comportamento. Proprio nell'ambito di tale orientamento si colloca la tesi, già richiamata, sul diverso fondamento della responsabilità, che sarebbe di tipo soggettivo nelle prime e di tipo oggettivo nelle seconde.

### **3.1.1 (...segue) Esclusione di una rilevanza della distinzione nel rapporto tra gli articoli 1176 c.c. e 1218 c.c.**

Come sopra accennato, secondo un'opzione interpretativa, l'ambito applicativo dell'art. 1176 c.c. sarebbe limitato alle obbligazioni di contegno (come sono anche definite le obbligazioni di mezzi)<sup>228</sup>.

Il parametro del diligente *paterfamilias* non governerebbe le obbligazioni di risultato, poiché in queste non rilevarebbe il comportamento del debitore, che resterebbe libero nella scelta dei mezzi da impiegare.

In altre parole, secondo detta teoria l'art. 1176 c.c. detterebbe esclusivamente uno

---

<sup>227</sup> Si rinvia al paragrafo precedente.

<sup>228</sup>BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 130; OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 293 ss.

dei parametri di valutazione dell'esatto adempimento, quello relativo alle modalità dell'esecuzione, e solo con riferimento alle obbligazioni di contegno. Tale disposizione non fornirebbe alcun criterio utile ai fini della valutazione della responsabilità, che invece resterebbe regolata esclusivamente dall'art. 1218 c.c., norma generale applicabile a qualsiasi obbligazione. Il tutto in un'ottica strettamente oggettiva della responsabilità.

In posizione diametralmente opposta si colloca quella linea di pensiero che afferma la vocazione universale del canone della diligenza, attribuendo allo stesso una funzione non solo di determinazione del contenuto della prestazione dovuta, ma anche di definizione del limite della responsabilità *ex. art. 1218 c.c.*, il quale sarebbe proprio integrato dalla prima disposizione<sup>229</sup>. Tale concezione identifica la causa di esonero con l'evento non superabile con l'ordinaria diligenza.

Come si è già avuto modo di chiarire, tuttavia, quest'ultima impostazione, soggettivistica, sembra collidere con il testo dell'art. 1218 c.c., che, riconnettendo la responsabilità all'inadempimento obiettivamente inteso, risulta formulato chiaramente in termini oggettivi. Detta disposizione esige una duplice prova per la liberazione del debitore, l'impossibilità sopravvenuta e la non imputabilità della causa<sup>230</sup>.

Neppure la prima teoria, tuttavia, persuade del tutto, perché, pur riconoscendo la natura oggettiva della responsabilità, delimita l'area di operatività dell'art. 1176 c.c. alle obbligazioni di mezzi. In effetti, in queste ultime la diligenza svolge un ruolo indubbiamente preminente<sup>231</sup>, ma tale ruolo non può considerarsi del tutto neutralizzato nelle altre obbligazioni<sup>232</sup>. Ciò risulterebbe in contrasto tanto con la

---

229CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 94, il quale richiama BIANCA, *Negligenza (diritto privato)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965 p. 192 ss.

230MEMMO, *Commento all'art. 1218*, in GALGANO (a cura di) *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 944.

231MEMMO, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, cit. p. 899, con riferimento alla responsabilità professionale, tipica obbligazione di mezzi, mette in luce la specialità delle regole, <<che si allontanano dal modello generale previsto dall'art. 1218 c.c. per attribuire maggior rilievo all'aspetto soggettivo della valutazione della condotta del debitore ai fini dell'individuazione di un inadempimento>>. L'A. sottolinea come tale assunto risulti confermato dall'art. 2236 c.c., che esonera da responsabilità per colpa lieve il professionista, nelle prestazioni che implicano la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

232Cass. Civ., Sez. II, 13 luglio 1998, n. 6812, in *Giustizia civile Massimario*, 1998, 1515, dove si afferma che l'ingegnere, l'architetto e il geometra, nell'espletamento della attività professionale,

legge, che non opera tale limitazione, quanto con il programma negoziale, che non può prescindere del tutto dal contegno diligente e perito del debitore.

Si è osservato in dottrina, con riferimento al primo profilo, che il legislatore spesso attribuisce rilevanza al comportamento diligente del debitore anche nelle obbligazioni tradizionalmente considerate di risultato.

A tal proposito si richiama l'art. 1662 c.c., che prevede il diritto del committente di operare verifiche in corso d'opera, assegnando, in caso di mancato rispetto da parte dell'appaltatore di regole dell'arte o di condizioni contrattuali, un termine per conformarvisi, pena la risoluzione del contratto<sup>233</sup>.

Con riferimento al secondo profilo, quello del programma negoziale, non può ritenersi che nelle obbligazioni di risultato, le pattuizioni trascurino del tutto i mezzi da impiegare per il conseguimento dello stesso. Il risultato finale implica sempre il doveroso impiego dei mezzi idonei alla sua realizzazione<sup>234</sup>. Spesso, infatti, le parti specificano le attività da compiere, le modalità di esecuzione della prestazione<sup>235</sup>.

Quanto appena detto non esclude che i contraenti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, possano disinteressarsi del tutto del contegno del debitore, attribuendo rilievo determinante al verificarsi di un determinato evento<sup>236</sup>. Tuttavia ciò non corrisponde a quanto normalmente previsto nelle obbligazioni considerate

---

sia essa configurabile come prestazione di mezzi o di risultato, devono osservare la diligenza del buon padre di famiglia; CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008, p. 91; GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Torino, 1965, p. 581 ss.

233 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 91; CHINÈ- FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013, p. 1903; cfr. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., p. 118, il quale fa un analogo rilievo, ma con riguardo al prestatore d'opera. L'A. nota che l'art. 2224 c.c. accorda al creditore un rimedio preventivo contro l'inesatto adempimento, per il caso in cui il prestatore d'opera non proceda nel rispetto delle condizioni stabilite e a regola d'arte. Tale disposizione costituirebbe un chiaro indice della rilevanza della diligenza anche nella obbligazione di risultato, quale è quella del prestatore d'opera.

234 STANZIONE, *Responsabilità contrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, Padova, 2012, p. 1306.

235 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., pp. 92-93, che per tale rilievo rinvia a BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 31.

236 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 108.

di risultato e comunque, in tal caso, non tanto di obbligazione di risultato dovrebbe discorrersi, quanto di prestazione di garanzia o assicurazione<sup>237</sup>.

Dalle riflessioni svolte discende che la diligenza è condizione necessaria, anche se non sufficiente, per l'adempimento<sup>238</sup>. Tale considerazione, valida per le obbligazioni di risultato, dovrebbe estendersi anche alle obbligazioni di mezzi, nelle quali, si ripete, un risultato è pur sempre dovuto<sup>239</sup>.

Da quanto sopra sembra potersi concludere per l'irrilevanza del binomio mezzi-risultato nella definizione del rapporto tra l'art. 1176 e 1218 c.c., dovendosi riferire entrambe le norme a tutte le obbligazioni.

### **3.1.1.1 (...segue) Il ruolo della diligenza in tutte le obbligazioni di fare.**

Nel paragrafo precedente si è chiarito che, secondo l'impostazione ritenuta preferibile, il canone della diligenza viene in considerazione in tutte le obbligazioni di fare, siano esse di mezzi o di risultato.

Alla regola di diligenza di cui all'art. 1176, peraltro, sembra potersi assegnare una duplice funzione. La prima, di determinazione delle modalità di adempimento, la seconda, di controllo dell'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta<sup>240</sup>.

---

237CERDONIO CHIAROMONTE, *ult. op. cit.*, p. 108.

238STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile, I, Responsabilità contrattuale*, cit., p. 291, rileva che il criterio di diligenza è regola di comportamento per tutte le obbligazioni, ma non è unico metro di valutazione dell'inadempimento.

239CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 93; MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., pp. 152-153: << giammai l'oggetto di un'obbligazione di comportamento si riduce nei termini di un mero dovere di sforzo per riuscire a far bene. [...] Non basta che il medico sia stato diligente nella cura del malato: è necessario che l'abbia oggettivamente curato bene (salvo il caso fortuito).>>.

240CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 101; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., p. 117 ss., il quale osserva che anche le obbligazioni di mezzi risultano regolate dall'art. 1218 c.c. Infatti, di fronte alla prova dell'inesatta esecuzione della prestazione il debitore può liberarsi non solo fornendo la controprova (di aver osservato la diligenza cui era tenuto), ma anche provando la causa che in concreto ha reso impossibile l'adeguamento agli standard richiesti. A titolo esemplificativo l'A. cita il caso di un chirurgo che per l'improvviso guasto di un macchinario non possa effettuare il controllo di alcuni parametri clinici, controllo al quale sarebbe tenuto secondo la corretta tecnica.

A tal proposito giova fare alcune precisazioni.

Il fatto che la imputabilità della causa, per regola generale, vada valutata alla luce della diligenza di cui all'art. 1176 c.c., non esclude che in determinate prestazioni venga in rilievo un rischio, di cui risulti gravato il debitore<sup>241</sup>.

A titolo di esempio può richiamarsi l'art. 1693 c.c., in tema di trasporto di cose, che indica come limite della responsabilità per perdita o avaria delle cose il caso fortuito. Analogo discorso vale per tutte le ipotesi in cui al debitore viene addossato il rischio di impresa<sup>242</sup>.

Qualche breve cenno si impone, inoltre, in ordine al concetto di diligenza. In primo luogo è opinione diffusa, anche in giurisprudenza, che la diligenza del *bonus paterfamilias*, non sia quella dell'uomo <<medio>> o <<normale>>, dovendo l'obbligato impiegare la sollecitudine idonea a <<tutelare efficacemente>> l'interesse altrui e quindi una misura di diligenza <<notevole>>, <<buona>><sup>243</sup>.

Questa, inoltre, secondo la migliore dottrina, deve intendersi in senso astratto, senza riferimento alle singole capacità o attitudini, e relativo, perché deve avere riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176, 2° comma, c.c.), nonché allo specifico rapporto<sup>244</sup>. È evidente che la diligenza richiesta ad un professionista non possa essere quella generica del buon padre di famiglia, ma debba essere più

---

241 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., pp. 102 ss.

242 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 104.

243 GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, 1958, p. 597; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2009, p. 370.

244 GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Novissimo digesto italiano*, cit., p. 597 <<La maggiore complessità delle attività della vita moderna richiede indubbiamente un più attento adeguamento del modello astratto alla concreta attività del soggetto>>; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 371, in nota, dove a tal proposito l'A. richiama la Relazione del Guardasigilli al codice civile; STELLA, *Commento all'art. 1176 c.c.*, in BONILINI-CONFORTINI-GRANELLI, *Codice Civile commentato*, Milanofiori Assago, 2012, p. 2473; CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 111; con riferimento alla relativizzazione della responsabilità: STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile, I, Responsabilità contrattuale*, cit., p. 300; in giurisprudenza si veda, tra le altre, Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it> che chiarisce come il professionista sia tenuto ad una diligenza adeguata allo standard professionale della sua categoria, standard che determina la perizia dovuta e i mezzi tecnici da impiegare. Si afferma, inoltre, che <<ai diversi gradi di specializzazione corrispondono [...] diversi gradi di perizia>>.



<<intensa e concreta>>, comprendendo la perizia e le capacità professionali tipiche dell'attività svolta, che implica un grado di scrupolosità e di attenzione specifiche e qualificate<sup>245</sup>.

Altro aspetto da chiarire è quello relativo al carattere oggettivo o soggettivo del canone della diligenza del buon padre di famiglia. Ci si è chiesti in passato se tale formula avesse una connotazione psicologica e, quindi, se si riferisse esclusivamente ad un dovere di sforzo, ad una tensione della volontà.

Nonostante la questione sia stata al centro di un annoso dibattito dottrinale, oggi sembra prevalere la linea di pensiero che identifica il parametro della diligenza in termini oggettivi. Il comportamento diligente presupporrebbe, in tale ottica, la oggettiva conformità alle regole sociali di condotta, alle leggi della tecnica e dell'arte esercitate dal debitore<sup>246</sup>.

Occorre però interrogarsi sulla valenza del concetto di diligenza ora descritto con riferimento alle due funzioni sopra attribuite a tale parametro.

Segnatamente si pone il problema di stabilire se il concetto di diligenza sia unico e identico nel suo ruolo di parametro determinativo del contenuto della prestazione dovuta e in quello di criterio di imputabilità dell'impossibilità<sup>247</sup>.

Secondo una ricostruzione, nell'espletamento delle due funzioni, detto canone assumerebbe un significato diverso. In particolare, la diligenza quale criterio di imputabilità avrebbe connotati prettamente soggettivi, coincidendo con una certa misura di sforzo, attenzione al fine, cura, <<tensione della volontà>><sup>248</sup>. Si tratterebbe, secondo tale impostazione, della diligenza in senso tecnico, l'unica correlativa alla colpa. Per converso, la diligenza come parametro dell'esatto adempimento, avrebbe assunto nel linguaggio giuridico un significato ulteriore -più ampio di quello proprio- e oggettivo, concretandosi in una obiettiva esecuzione esperta e precisa della prestazione<sup>249</sup>.

---

245MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 374.

246CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 113; Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>, dove la diligenza viene identificata con la cura, cautela, legalità, perizia, che, a sua volta, si sostanzierebbe <<nell'impiego delle abilità e delle appropriate nozioni tecniche>> propri dell'attività esercitata, con l'uso degli strumenti adeguati.

247CERDONIO CHIAROMONTE, *op. ult. cit.*, p. 114.

248MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 151 ss.

249MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, cit., p. 154.

Tale impostazione, per quanto suggestiva e autorevolmente sostenuta è stata oggetto di critica da parte di una linea di pensiero che sottolinea come risulti problematico e irragionevole sostenere che un unico articolo -1176 c.c.- possa far riferimento contemporaneamente a due concetti così distinti di diligenza<sup>250</sup>.

In effetti è sembrata più persuasiva e coerente con il sistema quella tesi secondo cui il concetto di diligenza sarebbe unico, ma diverso sarebbe il modo di operare dello stesso nei due campi considerati, quello relativo alla definizione dell'esatto adempimento e quello relativo al giudizio di imputabilità<sup>251</sup>.

Nella determinazione del contenuto della prestazione dovuta, infatti, la diligenza viene in considerazione *ex ante* in astratto, come parametro alla luce del quale stabilire il comportamento al quale, secondo le previsioni contrattuali e la legge, il debitore deve attenersi<sup>252</sup>.

Nel giudizio di imputabilità, invece, la diligenza viene in rilievo *ex post* e in concreto, come criterio in base al quale stabilire l'imputabilità di quella specifica causa sopravvenuta e, quindi, se la stessa fosse prevedibile ed evitabile dal debitore<sup>253</sup>.

Tale opzione interpretativa spiega anche perché nell'inadempimento contrattuale la colpa non ha una autonoma rilevanza, se non nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta imputabile. Finché la prestazione è possibile, la valutazione dell'inadempimento non è altro che l'accertamento di una non conformità oggettiva del comportamento tenuto dal debitore rispetto a quello esigibile in base al regolamento contrattuale. Tale giudizio è <<neutro>>, perché prescinde dalle ragioni per cui il debitore non si è conformato agli *standard* richiesti<sup>254</sup>.

---

250CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 118.

251CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p.118.

252CERDONIO CHIAROMONTE, *op. ult. cit.*, p. 118.

253CERDONIO CHIAROMONTE, *ult. op. cit.*, p. 118.

254CERDONIO CHIAROMONTE, *ult. op. cit.*, p. 119.

### 3.1.2 (... segue) La rilevanza della dicotomia sul regime probatorio nella prassi precedente il *revirement* delle Sezioni Unite 13533/2001.

Si è già anticipato che la nota classificazione è stata per lo più utilizzata dalla giurisprudenza per definire la portata degli oneri probatori delle parti.

Si affermava, infatti, che nelle obbligazioni di risultato il creditore dovesse provare solo il suo mancato conseguimento, mentre nelle obbligazioni di mezzi, gravasse sul creditore stesso la prova della colpa del debitore<sup>255</sup>.

Alla base di tale impostazione vi era, *in primis*, quell'orientamento che accollava al creditore l'onere della prova dell'inesatto adempimento, oggi ribaltato a seguito del *revirement* operato con la nota sentenza a Sezioni Unite del 2001<sup>256</sup>.

In secondo luogo, la suddetta affermazione era fondata su un concetto equivoco della locuzione “colpa contrattuale”, cui si è accennato sopra.

Con tale espressione, infatti, talvolta si allude alla imputabilità della causa dell'impossibilità sopravvenuta, talaltra alla negligenza, altre volte ancora all'inadempimento<sup>257</sup>.

Ai fini di una responsabilità per inadempimento il termine ricorre nel senso di insufficiente o difettosa attività, di violazione di regole di diligenza ordinaria o tecnico-professionale, a seconda del tipo di prestazione.

Risulta chiaro, pertanto, il pensiero di chi ritiene che la colpa non abbia alcun rilievo, la violazione dei suddetti canoni non essendo altro che la concretizzazione dell'inadempimento oggettivamente inteso<sup>258</sup>.

255Cass. Civ., Sez. III, 10 dicembre 1979, n. 6416, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, f. 12, emblematica nel mettere in luce la differenza tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato. Si afferma, in particolare, che le prime richiedono al debitore solo la diligente osservanza di un comportamento, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo ultimo del creditore, mentre nelle seconde il risultato è il <<contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione>>. Conseguentemente in queste ultime l'adempimento presuppone la piena realizzazione dell'interesse avuto di mira dal creditore, indipendentemente dall'attività espletata dal debitore. Di conseguenza si ha inadempimento quando la diligenza profusa da questi, sia pure elevata, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto.

256Cass. civ., sezioni unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, pubblicata in numerose riviste tra le quali *Corriere giuridico*, 2001, 1565, con nota di MARICONDA.

257VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, cit., p. 422.

258SESTI, *La responsabilità dell'avvocato tra obbligazione di mezzi e di risultato*, in *Vita notarile*, 1, 2011, p. 145, nota l'equivoco su cui si fonda l'idea di una responsabilità del debitore di un'obbligazione di mezzi fondata sulla colpa. L'A. sottolinea come la prova dell'inadempimento sia concettualmente distinta dalla prova della colpa, poiché la dimostrazione che il debitore non si è conformato agli standard fissati dall'art. 1176 c.c. <<fissa

A ben vedere, dunque, nelle due specie di obbligazioni non era tanto l'allocazione della prova a mutare, spettando sempre al creditore dimostrare l'inadempimento, quanto il contenuto della stessa, indubbiamente più ardua nelle obbligazioni di mezzi.

In passato tale impostazione ha determinato il sorgere di ampie zone di immunità dei professionisti, dovute, tra l'altro, alla difficoltà che incontrava il creditore, privo delle conoscenze specifiche e tecniche, nell'individuazione dello specifico errore commesso dal debitore (violazione di regole della scienza o della pratica medica, dei doveri professionali, per imperizia o per trascuratezza etc.)<sup>259</sup>.

Com'è noto, alle obbligazioni di mezzi, sono state tradizionalmente ascritte innanzitutto le obbligazioni inerenti alle professioni intellettuali, quali quelle del medico, dell'avvocato o del notaio.

La giurisprudenza ha ricondotto alle obbligazioni di mezzi anche il vincolo derivante dalla lettera di *patronage*, con la quale il *patronnant* si impegna a vigilare sulle proprie società controllate, beneficiarie di un finanziamento, per mantenerle in grado di adempiere alle proprie obbligazioni<sup>260</sup>.

Alle obbligazioni di risultato sono state ascritte, tra le altre, le obbligazioni del prestatore d'opera manuale, dell'appaltatore<sup>261</sup>, del vettore<sup>262</sup>, nonché quelle di

---

solo la materialità dell'inadempimento, ma non è una prova di colpa né di colpa in senso tecnico>>.

259CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 36, il quale sottolinea come la catalogazione di un'obbligazione tra quelle di mezzi finiva per rappresentare un espediente per giustificare un trattamento di favore per alcune categorie professionali; DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, cit., pp. 397 ss.

260MEMMO, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, cit. p. 897; Tribunale di Torino, 25 marzo 1999, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 2346.

261Alcuni collocano la prestazione dell'appaltatore tra le obbligazioni di risultato e quelle di mezzi in considerazione del fatto che l'appaltatore non si obbliga solo al conseguimento di un determinato risultato, ma anche all'espletamento di una determinata attività con diligenza e a regola d'arte. Il rispetto di tali parametri è peraltro verificabile in corso d'opera dal committente, ex art. 1662 c.c.: CARUSO-TALLARO, *L'inadempimento di singole obbligazioni*, in VIOLA (a cura di), *Inadempimento delle obbligazioni, accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, Bassano del Gr. (VI), 2010, p. 765. In realtà, tale considerazione, più che collocare in una zona grigia la prestazione dell'appaltatore sembrerebbe dimostrare come il canone della diligenza, di cui all'art. 1176 c.c., assuma rilievo anche nelle obbligazioni di risultato e non solo nelle obbligazioni di mezzi (v. *infra* § 3.1).

262Il vettore non si obbliga solo a trasportare con diligenza cose o persone, ma si obbliga ad un risultato ben preciso, consistente nel portare a destinazione le persone incolumi e le cose intatte, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., pp. 10-11.

consegnare cose, di specie o di genere<sup>263</sup>.

Alla distinzione dottrinale si è fatto ricorso altresì per distinguere la prestazione del lavoratore autonomo, ritenuta di risultato, da quella del lavoratore subordinato, ritenuta di mezzi<sup>264</sup>.

Con riferimento a quest'ultimo, le clausole di rendimento minimo, talvolta previste nel contratto, non sono state considerate idonee a mutare l'oggetto dell'obbligazione in prestazione di risultato<sup>265</sup>. Così il mancato conseguimento dell'obiettivo fissato non è stato considerato di per sé inadempimento, potendo lo stesso derivare da difetti organizzativi dell'impresa o da fattori socio-ambientali.

Di conseguenza il datore di lavoro è stato gravato della prova della imputabilità dello scarso rendimento a negligenza del lavoratore<sup>266</sup>.

---

263ANELLI, *Commento all'art. 1218 c.c.*, in BONILINI-CONFORTINI-GRANELLI, *Codice Civile commentato*, cit., p. 2589.

264Cass. Civ., sez. lav., 11 ottobre 2012, n. 17337, in *Giustizia Civile Massimario*, 2012, 10, 1200.

265GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 12, il quale sottolinea come la clausola di rendimento minimo, pur non mutando la natura dell'obbligazione, che resta di mezzi, attribuisce particolare rilievo al mancato conseguimento del minimo previsto. L'A. sostiene, infatti, che il mancato raggiungimento dello stesso dia luogo ad una presunzione di negligente esecuzione della prestazione, con conseguente inversione dell'onere della prova; BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in RESCIGNO-GABRIELLI (a cura di), *Trattato dei contratti*, II, Milanofiori Assago (MI), 2009, p.1911; ZAMBELLI, *Risoluzione rapporto di lavoro*, Milano, 2010, p. 119. *Contra* D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., pp. 199 ss., il quale ritiene che la clausola di rendimento minimo trasformi l'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato. Secondo l'autore, infatti, la prova della negligenza è richiesta dalla giurisprudenza non ai fini della prova dell'inadempimento in sé, bensì di un adempimento di tal gravità da costituire giustificato motivo di licenziamento.

266 Cass., 26 novembre 1987, n. 8759, in *Orient. giur. lav.*, 1988, p. 180, dove neppure la prova della negligenza risulta sufficiente a giustificare un licenziamento del lavoratore per inadempimento, dovendo il giudice verificare che il livello minimo di produzione pattuito fosse concretamente raggiungibile e che l'attività non fosse svolta in condizioni ambientali inadeguate, che abbiano potuto determinare la carenza di rendimento; cfr. anche Cass., sez. lav., 10 novembre 2000, in *Legalità e Giustizia*, 2001, p. 377. Cfr. anche Cass., sez. lav., 9 settembre 2003, n. 13194, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, II, p. 368, con nota di NANNIPIERI, *Imperizia, scarso rendimento, oneri di prova e di repêchage a carico del datore di lavoro*, relativa ad un caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, dovuto a scarso rendimento. L'ipotesi è parzialmente diversa dalle altre, perché non era stata prevista alcuna clausola di rendimento minimo, tanto è vero che lo scarso rendimento non è qui inteso in senso quantitativo, ma qualitativo. Ad ogni modo la S.C. pone a carico del datore di lavoro la prova rigorosa del comportamento negligente del lavoratore, <<in quanto elemento costitutivo del recesso per giustificato motivo soggettivo>>. Il caso offre l'occasione per notare che in tema di licenziamento il regime probatorio sancito dalla Sezione Unite, che prevede la sufficienza della allegazione dell'inadempimento, gravando il debitore della prova dell'esatto adempimento, non può trovare applicazione. Come osserva il commentatore della sentenza citata, infatti, ad impedirlo vi sarebbe da un lato il testo di legge, dall'altro la stessa natura della prestazione lavorativa subordinata. L'art. 5, l.n. 604/1966 impone al datore di giustificare il

È doveroso fin d'ora rilevare che il confine tra le due specie di obbligazioni non è netto e non tutte le prestazioni si prestano ad una esatta classificazione, stante l'intreccio di aspetti e profili di difficile inquadramento<sup>267</sup>.

A titolo esemplificativo si può pensare ad alcune ipotesi in cui la prestazione d'opera intellettuale, tipicamente considerata di mezzi, è ricondotta alla opposta categoria, come nel caso dell'odontoiatra, del progettista<sup>268</sup> o di alcune prestazioni mediche, quale quella del chirurgo estetico<sup>269</sup>.

Lo stesso fenomeno si verifica tutte le volte in cui, dalla volontà delle parti o dalla natura della prestazione, risulta che al professionista sia stata commissionata, nei fatti, un *opus*, in relazione al quale il medesimo si obbliga non ad un mero comportamento diligente, quanto ad assicurare un risultato ben preciso<sup>270</sup>.

Si pensi alla redazione da parte dell'avvocato di un parere su una determinata questione giuridica, in ordine alla quale il professionista è tenuto a delineare un quadro completo e preciso di tutti i possibili rischi e vantaggi dell'eventuale esperimento di un'azione, indicando i vari orientamenti e le eventuali incertezze interpretative sul punto (si veda *amplius* cap. IV).

In questo caso la giurisprudenza ha ritenuto che sull'avvocato incombesse un'obbligazione di risultato, dovendo il professionista fornire al cliente tutti gli

---

recesso, il che impedisce al medesimo di limitarsi ad allegare un inadempimento, che deve essere dimostrato. Per quanto riguarda la natura della prestazione, essendo questa espletata sotto la direzione e alle dipendenze dell'imprenditore, è evidente che sul rendimento del lavoratore incidono una pluralità di fattori diversi dalla sua condotta: <<scelte organizzative imprenditoriali, disfunzioni produttive, fattori socio-ambientali esterni>> e così via. Sotto questo aspetto risulta chiaro perché il datore debba, non solo dimostrare lo scarso rendimento, ma anche che il medesimo non sia dovuto a fattori organizzativi o ambientali, NANNIPIERI, *Imperizia, scarso rendimento, oneri di prova e di repêchage a carico del datore di lavoro*, cit., pp. 368 ss.

267VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 418.

268Cass., sez. II, 21 marzo 1997, n. 2740, in *Corriere giuridico*, 1997, p. 547.

269FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006, p. 26 ss.

270Cass. Civ., Sez. II, 21 luglio 1989, n. 3476, in *Giust. Civ. Massimario*, f. 7, 1989, dove si afferma che il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale comporta normalmente per il professionista un'obbligazione di mezzi, tranne nel caso in cui al medesimo sia stato richiesto dal cliente un *opus*, perché in tal caso l'obbligazione da lui assunta è di risultato; sulla base di questo criterio la prevalente giurisprudenza ha qualificato come obbligazione di risultato quella del progettista, in quanto il progetto di ingegneria avrebbe ad oggetto un risultato ben preciso e dotato di una sua autonoma utilità, Cass. 27 febbraio 1996, n. 1530, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, p. 263 ss.

elementi per una ponderata valutazione della situazione<sup>271</sup>.

Gli esempi riportati evidenziano la relatività della classificazione, la quale dipende dalla natura della prestazione, dalla volontà delle parti<sup>272</sup> e da circostanze del caso concreto<sup>273</sup>.

In ogni caso è fuori di dubbio che per lungo tempo i giudici hanno fatto ricorso alla dicotomia, per risolvere problemi di ordine pratico relativi alla distribuzione degli oneri probatori, sul presupposto di un diverso fondamento della responsabilità nelle due specie di obbligazioni.

#### **4. Il parziale superamento della dicotomia obbligazioni “di mezzi”-obbligazioni “di risultato” nella più recente giurisprudenza.**

La teoria da ultimo esaminata e le sue implicazioni pratiche sono state oggetto di una revisione critica da parte della dottrina e della giurisprudenza più recenti.

In particolare, come già rilevato, la nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2001<sup>274</sup>, fissando un regime di prova unico in materia di responsabilità contrattuale, ha posto le basi per il superamento della storica distinzione o, meglio, dei suoi risvolti in campo probatorio.

In effetti, la Suprema Corte, assegnando -in ogni caso- al debitore la prova dell'esatto adempimento della prestazione, ha di fatto eliminato in radice la diversa e più gravosa posizione in cui si veniva a trovare il creditore di una prestazione di mezzi, il quale, per far valere la responsabilità della controparte, era tenuto a provarne la negligenza.

---

271 Cass. Civ. 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 256; LEONARDI, *Responsabilità civile dell'avvocato: lavori in corso*, cit., p. 1249.

272 Le parti possono nel regolamento contrattuale attribuire una rilevanza al risultato tale da trasformare una obbligazione, che normalmente sarebbe di mezzi, in obbligazione di risultato. È il caso del medico che assicuri al paziente la buona riuscita al 100% di un determinato intervento; in tal senso Cass. Civ., Sez. II, 10 settembre 1999, n. 9617, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, p. 315, con nota di CITARELLA, che ha qualificato come obbligazione di risultato quella di un medico che aveva effettuato un intervento di incollaggio delle tube ad una paziente, proponendolo quale metodo anticoncezionale sicuro al 100%, mentre la donna era successivamente rimasta incinta.

273 VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 418.

274 Cass. civ., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, pubblicata in numerose riviste tra le quali *Corriere giuridico*, 2001, 1565, con nota di MARICONDA.

Tuttavia, tale naturale e logica conseguenza del regime sancito dalla Cassazione non è stato immediato; in effetti, l'ambito delle obbligazioni dei professionisti intellettuali, tradizionali <<roccaforti delle obbligazioni di mezzi>><sup>275</sup>, in un primo momento, è sembrato impermeabile ai nuovi criteri applicati in altri settori.

Soltanto negli anni successivi si è manifestata l'influenza della pronuncia richiamata, in particolare nel settore medico-sanitario<sup>276</sup>, nel quale si è assistito ad un progressivo aggravamento della posizione del professionista, tenuto a provare l'esatto adempimento (si rinvia al Cap. IV).

Nonostante ciò, nelle sentenze persisteva il riferimento alla bipartizione mezzi-risultato, il cui valore dogmatico è stato messo in discussione solo in seguito dalle Sezioni Unite, che ne hanno escluso ogni incidenza sul regime di responsabilità del professionista<sup>277</sup>.

In particolare la Corte ha notato come in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del risultato pratico, che del comportamento e dell'impegno necessari per ottenerlo.

Per tal via, si è negato valore a quella concezione per cui nelle obbligazioni di mezzi verrebbe in rilievo il mero contegno diligente del debitore, mentre nelle obbligazioni di risultato conterebbe solo il conseguimento del risultato dovuto, essendo indifferente il mezzo per raggiungerlo.

Il Supremo Collegio ha, inoltre, espressamente escluso la valenza della partizione sotto il profilo dell'onere della prova, ritenendo tutti i profili di responsabilità del professionista intellettuale sottoposti alla disciplina generale dell'inadempimento e, quindi, ad un identico regime probatorio.

---

275CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 37.

276Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Giustizia civile*, 2005, f. 1, I, p. 1601; in *Danno e responsabilità*, 2005, 26, con nota di DE MATTEIS, in cui il Supremo Collegio, dichiarando di condividere il *dictum* delle Sezioni Unite, lo applica ad un caso di responsabilità professionale del medico: <<il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile>>; Cass. Civ., sez. III, 04 marzo 2004, n. 4420, in *pluriscadam.utetgiuridica.it*.

277Cass. Civ., Sezioni Unite, 28 luglio 2005, n. 15781, in *Vita notarile*, 2005, I, 1530; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 828, con nota di VIGLIONE.



Lungo questa linea si colloca una pronuncia, in tema di responsabilità medica, che in maniera ancora più marcata afferma l'inconsistenza della distinzione mezzi-risultato, negandone il fondamento normativo<sup>278</sup>.

In particolare, la Corte ribadisce che anche nelle obbligazioni ritenute di mezzi il debitore è obbligato a raggiungere il risultato conseguibile secondo criteri di normalità, che devono tener conto delle circostanze del caso concreto, ovvero della patologia, delle condizioni del paziente, dello stato attuale della scienza, degli strumenti e dell'organizzazione a sua disposizione.

Per converso, non risulta corretto affermare che nelle obbligazioni tradizionalmente qualificate di risultato, quest'ultimo sia comunque garantito, pena la responsabilità contrattuale.

Se così fosse l'impegno del debitore si sostanzierebbe in un'assicurazione. Mentre, anche in questo tipo di obbligazioni, l'impegno del debitore è obbligatorio, potendosi lo stesso sottrarre alla responsabilità tramite la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c.

L'*iter* argomentativo della Corte porta a concludere che tutte le obbligazioni sono sottoposte ad un identico meccanismo di ripartizione dell'onere della prova.

Secondo la regola più volte ribadita, il creditore è tenuto a provare il titolo del proprio diritto e ad allegare l'inadempimento, che consegue, in ogni caso, alla mancata realizzazione dell'obiettivo dovuto, secondo una valutazione delle circostanze concrete.

Peraltro la pronuncia contiene un'ulteriore precisazione degna di nota.

Si afferma, con particolare riferimento al settore medico-sanitario, che il risultato "anomalo", ovvero quello che si discosta dall'esito dovuto secondo criteri di normalità, non deriva solo da un aggravamento dello stato di malattia o dall'insorgenza di nuove patologie, ma anche da un mancato miglioramento.

In effetti, l'inutilità dell'intervento, a fronte di un risultato positivo in concreto conseguibile, si traduce in un inadempimento, con notevoli conseguenze

---

<sup>278</sup>Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>, afferma che la distinzione tra "obbligazione di mezzi" e "obbligazione di risultato" è <<frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento>>.

pregiudizievoli per il paziente, in termini economici e morali.

Sembra evidente come risulti ridimensionata, se non neutralizzata, l'incidenza della partizione in esame sul piano probatorio.

Tale approdo risulta ulteriormente avvalorato da una recente decisione delle Sezioni Unite, in cui il Collegio conferma la natura meramente <<descrittiva>> della distinzione, da considerarsi <<dogmaticamente superata>><sup>279</sup>.

Le Sezioni Unite si conformano ancora una volta al principio enunciato, sia pure in termini generali e senza alcun riferimento alla dicotomia in esame, dalla storica pronuncia del 2001<sup>280</sup>.

Punto centrale della decisione risiede nella risoluzione della questione relativa alla prova del nesso eziologico<sup>281</sup>.

Coerentemente con il criterio per cui il creditore può limitarsi ad allegare l'inadempimento, la Corte chiarisce che la prova del nesso di causalità non possa essere posta a carico del paziente. Tuttavia questi non potrà allegare un qualunque inadempimento, bensì un inadempimento <<qualificato>>, astrattamente idoneo a produrre il danno lamentato<sup>282</sup>.

Dalla casistica giurisprudenziale emerge una tendenza alla applicazione sempre più rigorosa dei meccanismi di ripartizione dell'onere della prova nei confronti del professionista e in particolare del medico.

Alla base di questo approccio è possibile rinvenire il principio generale di *favor* per il creditore danneggiato, considerato parte debole, al quale si vuole assicurare una riparazione del danno subito, tramite un alleggerimento del carico probatorio.

Analogo approccio, anche se più attenuato e decisamente più lento, è riscontrabile in altri settori, tra cui quello forense. Come si avrà modo di vedere in seguito (Cap. IV), infatti, in quest'ultimo ambito si è passati progressivamente da

---

279Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2008, p. 852, con nota di GORGONI.

280Cass. civ., sezioni unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giuridico*, 2001, 1565, con nota di MARICONDA.

281Per un esame più approfondito della prova del nesso eziologico in materia di responsabilità professionale si rinvia al IV cap.

282Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2008, p. 853, con nota di GORGONI.

una situazione di sostanziale intangibilità della prestazione professionale, ad un maggior riconoscimento delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dagli errori dell'avvocato<sup>283</sup>.

Tuttavia, nel settore forense l'atteggiamento giurisprudenziale non appare armonico né univoco. Accanto ad alcune sentenze che mostrano un'apertura verso una maggior tutela degli interessi dei clienti, vi sono numerose pronunce che denotano una radicata adesione a più risalenti e consolidati indirizzi.

Emblematico a tal proposito risulta proprio il ricorso alla distinzione obbligazione di mezzi-obbligazioni di risultato, che, in questo campo, la giurisprudenza non sembra voler abbandonare.

L'impiego di tale distinzione, peraltro, non avviene in funzione meramente descrittiva del contenuto dell'obbligazione, ma con i noti risvolti in punto di oneri probatori.

Così, in netto contrasto con i criteri sanciti dalle Sezioni Unite in tema di prova dell'inadempimento, sembra prevalere l'indirizzo che assegna al creditore la prova della insufficiente o difettosa prestazione dell'avvocato, nonché del danno e del rapporto di causalità tra la condotta inadeguata e il pregiudizio<sup>284</sup>.

Tali divergenze mettono in luce, ancora una volta, come la regola individuata nel 2001 continui, a distanza di anni, ad essere applicata in modo disomogeneo ed impone di ridimensionare e relativizzare quella portata generale e assoluta che in un primo momento si era pensato di attribuire alla stessa.

## **5. Riflessioni sulla prova dell'inesatta esecuzione della prestazione di fare.**

Come si è avuto modo di osservare in precedenza (v. Cap. II, § 3), il criterio della semplice allegazione dell'inadempimento sancito dalle Sezioni Unite<sup>285</sup> in

---

283NOCCO, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2009, p. 302 ss.

284Cass. 18 aprile 2007, n. 9238, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 2172. Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza sul punto si rinvia al IV cap.

285Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

tema di responsabilità contrattuale, risulta piuttosto rigido e, in alcuni punti, contraddittorio.

L'equiparazione, infatti, di inadempimento totale e inesatto adempimento non sembra supportato da giustificazioni giuridiche solide<sup>286</sup>.

A ben vedere, i principi che sorreggono l'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite, tra i quali quello di persistenza del diritto e di identità delle situazioni probatorie, perdono valore in merito alla questione della prova dell'inesatto adempimento.

Quando il creditore contesta vizi e inadeguatezze della prestazione, sembra difficile sostenere che lo stesso possa limitarsi ad allegare un inadempimento, costringendo il debitore a fornire la prova in merito a tutti i profili di correttezza dell'esecuzione.

Da un lato il principio di persistenza del diritto risulta indebolito nel momento in cui il creditore afferma di aver ricevuto la prestazione, perché, secondo alcuni, ammetterebbe che un adempimento vi è stato<sup>287</sup>, sia pure inesatto, secondo altri, creerebbe un'apparenza di adempimento<sup>288</sup>.

Nondimeno, un altro rilievo sembra deporre a favore di una differenziazione del regime probatorio.

Come già anticipato, secondo un orientamento l'incidenza sul debitore dell'onere di provare l'inesatto adempimento troverebbe giustificazione nella

---

286Non a caso ha ricevuto le critiche di gran parte della dottrina, tra cui si segnala: MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1571; CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, p. 120; VILLA, *onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica* (commento a cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533), cit., p. 728; ELEFANTE, *Giudizio amministrativo e onere della prova dell'inadempimento*, cit., p. 1688; GAZZARA, *Le S. U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2008, p. 1007 ss.

287BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, articoli 1218-1229 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIALOJA-BRANCA, cit., p. 177: <<la presunzione di persistenza del diritto non è invece operante quando [...] il creditore ha ammesso l'esecuzione della prestazione contestandone solo l'esattezza>>.

295. Cfr. PATTI, *Le prove, parte generale*, cit., p. 160 ss. il quale nega in generale l'esistenza del principio di persistenza del diritto con riferimento al rapporto obbligatorio. Tuttavia l'A., sulla base di diverse argomentazioni, giunge alla stessa conclusione dell'Autore da ultimo citato, assegnando al creditore l'onere di provare l'inesattezza della prestazione.

288Si rinvia a CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 167 per una disamina delle varie tesi sul punto.

struttura della fattispecie dedotta in giudizio<sup>289</sup>.

In particolare l'Autore nota che quando il creditore agisce per l'inesatto adempimento, piuttosto che per una prestazione del tutto mancata, pone a fondamento della sua domanda vizi e difformità, che rappresentano i fatti lesivi del credito<sup>290</sup>.

Tali fatti, concretando <<circostanze ulteriori rispetto al titolo del vincolo>>, formano oggetto di una allegazione autonoma e distinta, alla quale si collega un correlativo onere probatorio<sup>291</sup>.

Al contrario, quando il creditore stesso domanda l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento, sul presupposto di un inadempimento totale, fa valere l'originario impegno debitorio<sup>292</sup>.

Dall'adesione a questa opzione interpretativa deriva l'assegnazione al creditore della prova specifica dell'inadempimento e, quindi, della divergenza tra la condotta tenuta dal debitore e il modello al quale si sarebbe dovuto conformare<sup>293</sup>.

La mancata prova dei presupposti di fatto su cui si fondano le richieste dovrebbe comportare il rigetto delle stesse.

Quanto appena detto non esclude che in alcuni casi possa ammettersi un alleggerimento del carico probatorio gravante sul creditore.

Occorre però fare attenzione ad ancorare tali deviazioni dalla regola generale a modelli e principi giuridici razionali, che consentano una verifica dell'operato del giudice, il quale non può stabilire, caso per caso, quale sia la parte da tutelare e da preferire.

Come autorevolmente rilevato, una simile soluzione renderebbe arbitraria l'attività del giudice e si tradurrebbe in una violazione del principio di legalità<sup>294</sup>.

---

289DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 595.

290DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 595.

291DE CRISTOFARO, *ult. op. cit.*, p. 595.

292DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, cit., p. 581 ss.

293PATTI, *Le prove, parte generale*, cit., p.161, che fonda tale criterio sulla considerazione per cui il creditore che ha ricevuto la prestazione si troverebbe nella miglior posizione per dimostrare le difformità.

294VERDE, voce *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 627.

### **5.1. (...segue) L'incidenza della distinzione mezzi risultato sul contenuto della prova dell'inesatto adempimento.**

La tesi che assegna la prova dell'inesatto adempimento al creditore, alla quale si è ritenuto di aderire, va ora posta in relazione con la *summa divisio* interna alle obbligazioni di fare, per comprendere l'incidenza della distinzione sulle dinamiche probatorie.

In primo luogo giova ribadire che tale indagine non intende revocare in dubbio la conclusione cui si è pervenuti nelle pagine precedenti, consistente nella esclusione di un diverso fondamento della responsabilità nelle due specie di obbligazioni e nella correlativa affermazione dell'unità strutturale dell'obbligazione, regolata da un unico e omogeneo regime.

Risulta ormai diffuso il convincimento, condivisibile, per cui oggetto dell'impegno debitorio è pur sempre un risultato, una conseguenza utile dell'attività del debitore e non una mera qualità della stessa<sup>295</sup>.

Tuttavia, tale risultato, com'è naturale, assume connotati diversi nelle varie tipologie di prestazione, in funzione dell'aleatorietà del medesimo, dell'ambito di rischio nel quale risulta inserito.

Quanto più contenuta sarà l'alea, tanto più il risultato dedotto in obbligazione tenderà a coincidere con lo scopo ultimo avuto di mira dal creditore.

Fermo restando che la prova dell'inesatto adempimento, secondo l'indirizzo qui ritenuto preferibile, dovrebbe gravare sul creditore, è innegabile che le circostanze ora evidenziate si riflettano sui meccanismi probatori.

Nelle prestazioni (c.d. di risultato) in cui il risultato dovuto risulta determinabile in modo chiaro *a priori*, la prova dell'inadempimento risulterà senz'altro agevolata e, per converso, più difficile sarà per il debitore fornire la prova liberatoria, *ex.art.* 1218 c.c.

Al contrario, nelle prestazioni (tradizionalmente definite di mezzi) in cui più incerto è il conseguimento dell'obiettivo primario del creditore, per il coinvolgimento di una pluralità di fattori che aumentano l'alea, la prova

---

<sup>295</sup> Come anticipato da MENGONI, *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, cit., p. 144 ss.; CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 32.

dell'inadempimento diventa più ardua. Il risultato dovuto non ha, infatti, il carattere di determinatezza che ha nel primo ordine di ipotesi considerate.

Pertanto, poiché la prova deve vertere, innanzitutto, sul titolo e sul contenuto di questo (e, quindi, sull'oggetto dell'obbligazione), il creditore dovrà dimostrare il bene dovuto nel caso di specie.

Quest'ultimo dovrà fare riferimento non solo alla volontà delle parti, che peraltro non sempre risulta esplicitata in modo analitico (il che semplificherebbe la prova stessa), ma dovrà altresì tener conto di tutti gli altri fattori esterni, che giocano un ruolo nella determinazione del risultato finale.

In altre parole, il creditore dovrà provare il risultato che era normale attendersi e che, quindi, doveva seguire ad una attività diligente del debitore.

Nel caso classico del medico, tali fattori saranno costituiti dal tipo di patologia, dalle condizioni generali del paziente, dallo stato attuale della scienza, dall'organizzazione e dai mezzi a disposizione del professionista, dal suo livello di specializzazione<sup>296</sup>...

Naturalmente nelle ipotesi in cui più incerto è il risultato da conseguire, più difficile sarà circoscrivere e definire il normale esito che dovrebbe considerarsi dedotto in obbligazione.

Nella misura in cui questo bene dovuto risulti, per così dire, evanescente, verrà meno la possibilità per il creditore di assolvere al proprio onere provando una mera divergenza tra il risultato conseguito e quello dovuto.

Tali considerazioni, peraltro, hanno una valenza trasversale, nel senso che non presuppongono una separazione netta tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi<sup>297</sup>. A ben vedere, infatti, anche in queste ultime, talvolta, le circostanze fattuali consentono di considerare oggetto dell'obbligazione un risultato tutt'altro che indefinito e incerto.

Ciò dimostra, ancora una volta, la relatività delle suddette categorie e,

---

296 In tal senso Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, 8826, in <http://www.pluriscedam.utetgiuridica.it>.

297 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., parla di «mobili frontiere del risultato professionale». L'A. mette in evidenza come alle due categorie di obbligazioni, di mezzi e di risultato, non risultino ascrivibili in modo netto singole professioni. La distinzione in parola, prosegue lo stesso autore, «attraversa le singole attività professionali», all'interno delle quali risultano individuabili incarichi riconducibili all'una o all'altra articolazione.

soprattutto la mobilità dei relativi confini.

Le riflessioni svolte a proposito del diverso modo di assolvere l'onere della prova, a seconda del tipo di risultato che è legittimo attendersi, non sembrano, nella sostanza, condurre a conseguenze straordinarie o nuove rispetto a quelle cui si era pervenuti in giurisprudenza prima dell'arresto delle Sezioni Unite<sup>298</sup>.

È a tutti nota la diffusione di meccanismi volti ad alleggerire il carico probatorio del creditore in quelle ipotesi in cui, in base alle circostanze fattuali e all'*id quod plerumque accidit*, ad una condotta diligente si riteneva dovesse necessariamente seguire un buon esito, salvo il fortuito.

Il riferimento è, chiaramente, alla teoria degli interventi di *routine*, sviluppata in ambito medico e fondata sul c.d. principio *res ipsa loquitur* di matrice anglosassone (sul punto si rinvia al Cap. IV).

La distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione si inseriva in un contesto in cui la classificazione obbligazione di mezzi-obbligazioni di risultato, era fortemente radicata nella prassi giurisprudenziale.

Ciò è tanto vero che tale ricostruzione era stata escogitata per esonerare il creditore, negli interventi *routinari*, dalla prova della colpa, dalla quale si riteneva gravato, essendo, quella del medico, una obbligazione di mezzi.

Dall'esito negativo dell'intervento, infatti, si presumeva la negligente esecuzione della prestazione e, quindi, l'inadempimento<sup>299</sup>.

A seguito del mutato orientamento di legittimità, per cui la prova dell'inadempimento non risulterebbe più posta a carico del creditore, neppure in caso di inesatto adempimento, è venuto meno il ruolo di quella proposta interpretativa nella ripartizione degli oneri probatori (si rinvia al Cap. IV).

Tuttavia, nel momento in cui ci si discosta parzialmente dal principio probatorio sancito dalle Sezioni Unite, con particolare riferimento alla prova dell'inesatto adempimento, la distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione acquista nuovamente valore e pregio.

Infatti, se -secondo l'impostazione qui condivisa- il creditore che agisce per far

---

298 Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

299 GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., p. 12. L'argomento sarà approfondito nel Cap. IV.



valere l'inadeguatezza dell'esecuzione è tenuto a darne la prova, diventa intuibile la centralità assunta, ancora una volta, dal parametro della *routine* terapeutica.

Tale ruolo, però, va riguardato alla luce della visione interpretativa in auge, secondo cui l'inesatto adempimento consiste -sempre- nella mancata produzione di un risultato dovuto.

Partendo da tale assunto, si potrebbe dire che negli interventi di facile esecuzione sarà sufficiente per il creditore dimostrare il mancato raggiungimento dell'obiettivo, ovvero l'esito peggiorativo o immutato, per integrare la prova dell'inadempimento.

Più difficile sarà la prova negli altri casi, dove, come si è già ricordato, il risultato dovuto non è esattamente e obiettivamente delineabile.

Proprio per queste ipotesi in dottrina si evidenzia la necessità di individuare principi in base ai quali agevolare il creditore nell'assolvimento di un onere probatorio talvolta troppo difficile.

## **5.2 (...segue) Tutela della parte “debole” e inversioni totali o parziali degli oneri probatori.**

Al fine precipuo di facilitare la tutela dei diritti di soggetti “deboli”, la giurisprudenza ha elaborato una serie di criteri tra i quali quello di vicinanza della prova, quello di normalità o di verosimiglianza, in base ai quali si determina un'inversione degli oneri probatori o, comunque, una attenuazione del carico probatorio della parte che ne sarebbe gravata<sup>300</sup>.

In base al primo criterio, come è noto, si tende ad assegnare la prova alla parte nella cui sfera di dominio si è verificato il fatto da dimostrare e che quindi ha la possibilità concreta di fornire la stessa.

Una corrente di pensiero sottolinea la debolezza della giustificazione su cui si fonda tale criterio. Si osserva che una simile esigenza potrebbe essere soddisfatta prevedendo un obbligo di *disclosure*, in virtù del quale la parte in possesso della

---

300 PATTI, *Prove, Disposizioni generali, Artt. 2697-2698 c.c.*, cit., p. 170, sottolinea come il criterio della verosimiglianza determini un'inversione degli oneri probatori solo in senso improprio.

prova utile all'altra parte sia tenuta a produrla<sup>301</sup>.

In realtà tale strumento non sembrerebbe del tutto risolutivo. In effetti, non sempre l'omissione o la condotta negligente in cui si concreta l'inadempimento risultano materializzate in un documento di cui possa imporsi l'esibizione.

Peraltro, anche nelle ipotesi in cui così dovesse essere, non sempre il creditore è in grado di individuare tale documento in modo da chiederne la produzione.

Con riferimento al secondo dei criteri enunciati, quello di verosimiglianza, o della *prima facie probatio*, si tratta di un modello analogo al c.d. *Anscheinsbeweis*<sup>302</sup> di diritto tedesco, ampiamente studiato e utilizzato nella dottrina e nella giurisprudenza germaniche, ma fortemente criticato nella nostra letteratura giuridica<sup>303</sup>.

La teoria dell'*Anscheinsbeweis* alleggerisce la posizione processuale di una parte, consentendole di non fornire una prova piena, ma di limitarsi a dimostrare la verosimiglianza ovvero l'apparenza di una determinata situazione<sup>304</sup>.

Si osserva in dottrina come tale teoria non determini una inversione dell'onere della prova, se non in senso improprio o parziale, in quanto la controparte è chiamata semplicemente a fornire elementi di prova che facciano venir meno la situazione di apparenza, ma che non rappresentano prova piena del fatto contrario<sup>305</sup>.

Secondo il pensiero di un illustre giurista quanto sopra induce a concludere che l'istituto in esame non sia riconducibile alla regola dell'onere della prova<sup>306</sup>.

In effetti, l'*Anscheinsbeweis* attiene ad una fase anteriore all'applicazione della regola di giudizio, di cui all'art. 2697 c.c., perché abbassa <<il grado di prova

---

301 TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2012. , p. 256 ss.

302 PATTI, *Prove*, cit., p. 169

303 Si veda per esempio TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 738 ss.

304 PATTI, *Prove*, cit., p. 170; TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 740.

305 PATTI, *Prove*, cit., p. 171; in senso dubitativo TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 740, il quale ritiene che non sia chiaro se l'*Anscheinsbeweis* determini un'inversione degli oneri probatori o semplicemente imponga una prova contraria alleviata, sufficiente ad abbattere l'apparenza creata dalla controparte. In ogni caso l'A. si mostra fortemente scettico sulla ammissibilità nel nostro ordinamento di tale modello, mancando una norma che lo preveda.

306 PATTI, *Le prove, parte generale*, cit., p. 234.

normalmente richiesto>> per determinare il convincimento del giudice<sup>307</sup>.

Al contrario, l'applicazione della regola sull'onere della prova presuppone proprio che il giudice non sia pervenuto alla formazione del convincimento e che, quindi, non possa tener conto del materiale probatorio prodotto, con conseguente rigetto della domanda<sup>308</sup>.

L'applicazione della teoria in discorso riduce, pertanto, il rischio di negare tutela ad un diritto, in relazione al quale non siano stati forniti, per oggettive difficoltà, le prove idonee a determinare il convincimento del giudice, nonostante un grado di probabilità -anche alto- in ordine alla sua fondatezza<sup>309</sup>.

### **5.3 (...segue) L'opportunità di integrare il diritto positivo con criteri di ripartizione degli oneri probatori di origine giurisprudenziale.**

Le inversioni degli oneri probatori, proprie o improprie, brevemente analizzate nel paragrafo precedente, esprimono quel *favor* per la parte debole, cui si ispira la nostra giurisprudenza.

Tali metodi hanno, infatti, lo scopo di facilitare quella parte ritenuta non in grado di fornire la prova, addossando quest'ultima alla parte considerata verosimilmente e normalmente responsabile e, comunque, in grado di fornire adeguati mezzi di prova, per essere il fatto riconducibile alla sua sfera di dominio o di organizzazione<sup>310</sup>.

In relazione a questi meccanismi la dottrina ha sollevato non poche perplessità, dovute alla considerazione che ogni manipolazione degli oneri probatori si risolve, di fatto, in una violazione dell'art. 2697 c.c.<sup>311</sup>

Si osserva che, finché è il legislatore ad introdurre deroghe alla regola generale, *nulla quaestio*, si tratta di scelte di politica del diritto, più o meno condivisibili, ma provenienti da un soggetto legittimato, che interviene attraverso norme generali e astratte<sup>312</sup>.

---

307 PATTI, *Le prove, parte generale*, cit., p. 233.

308 PATTI, *Le prove, parte generale*, cit., p. 227.

309 PATTI, *Le prove, parte generale*, cit., p. 227.

310 PATTI, *Le prove, parte generale*, cit., p. 226.

311 TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 254.

312 TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 249 ss.

Al contrario, quando il giudice interviene a modificare la distribuzione degli oneri probatori, si arrogerebbe, secondo tale corrente di pensiero, un potere arbitrario e di creazione del diritto. Peraltro, tali operazioni, effettuate caso per caso, minerebbero anche alla certezza del diritto, rendendo imprevedibile l'esito del giudizio<sup>313</sup>.

Non si può negare la forza argomentativa di tali obiezioni, ma, allo stesso tempo, non si può non convenire con chi nota come esigere sempre la prova della colpa (*rectius* negligenza) da parte del creditore, si tradurrebbe, spesso, in una negazione di tutela<sup>314</sup>.

In effetti, da un lato, le omissioni e gli errori del debitore, che integrano la condotta negligente, sono sovente posti in essere fuori del cospetto del creditore, dall'altro, nessuno meglio del debitore può conoscere i dettagli della sua condotta.

Sotto questo punto di vista, una allocazione degli oneri probatori che tenga conto anche della difficoltà di una parte di fornire la prova, agevolandola nell'esercizio del suo diritto di difesa, potrebbe assumere persino rilievo costituzionale<sup>315</sup>.

Si potrebbe obiettare che in ogni caso spetti al legislatore intervenire sul riparto degli oneri probatori, tenendo conto di tutti questi aspetti ed esigenze.

Tuttavia, la varietà delle fattispecie concrete, i diversi ambiti di rischio, dipendenti dalla natura aleatoria di alcune prestazioni, nonché dalla volontà delle parti, rende difficile, e forse inadeguata, l'elaborazione di temi fissi di prova<sup>316</sup>.

L'opportunità di un certo grado di flessibilità della regola di giudizio è connessa, inoltre, all'evoluzione della scienza e della tecnica, che costantemente determinano un innalzamento del livello di attesa sociale in relazione ai risultati conseguibili.

La realtà materiale si presenta difficilmente inquadrabile entro schemi rigidi

---

313 TARUFFO, *ult. op. cit.*, p. 257 ss.

314 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 67.

315 TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 250.

316 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 58 ss., ritiene che il sistema della prova in materia di responsabilità contrattuale debba fondarsi su un'ampia flessibilità, che consenta un adeguamento alle fattispecie concrete; ID., *Verso lo statuto unico della responsabilità contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2008, p. 1330.

ed omogenei, rendendo opportuno un adeguamento dei principi da parte del giudice, che valorizzi le peculiarità del caso<sup>317</sup>.

Naturalmente questo non può comportare l'affermazione di un potere del giudice di stabilire di volta in volta la regola di giudizio.

Un simile potere consentirebbe all'organo giudicante di determinare arbitrariamente la soccombenza di una parte a favore dell'altra, esonerata dal carico probatorio<sup>318</sup>.

Si tratta di adeguare la regola probatoria alle molteplici ipotesi, che, proprio per l'infinita varietà dei casi concreti, non potrebbero essere esaustivamente disciplinate dalla legge.

Tale adeguamento può essere attuato tramite il ricorso al principio di vicinanza della prova e ai <<meccanismi presuntivi fondati su criteri di verosimiglianza>><sup>319</sup>, cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente.

Il criterio di vicinanza o riferibilità della prova va, però, valutato in concreto e non in astratto, come invece sembra fare la giurisprudenza di legittimità quando lo pone a base della regola per cui sul debitore graverebbe sempre la prova dell'adempimento<sup>320</sup>. In effetti non sempre una simile allocazione della prova risponde al principio in parola.

Basta pensare, a titolo esemplificativo, all'ipotesi di vizi o difformità dei beni nella vendita o nell'appalto, dove, come si è già constatato, una volta acquistata la disponibilità della cosa, il creditore si trova nella miglior posizione per provarne i difetti.

Un'ultima notazione si impone in tema di responsabilità professionale, in merito alla necessità di operare un contemperamento degli interessi in gioco.

Il *favor* per il creditore danneggiato e l'applicazione dei criteri in esame, non possono, infatti, determinare un sacrificio eccessivo per la posizione del

---

317 VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., p. 631. Non a caso in alcuni ordinamenti, come quello spagnolo, il legislatore attribuisce al giudice poteri discrezionali, che, in materia di onere della prova, gli consentono di tener conto proprio della riferibilità e disponibilità dei mezzi di prova. In altri ordinamenti, come quello inglese o quello nordamericano, spetta al giudice stabilire, caso per caso, l'incidenza dei carichi probatori, TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 253.

318 TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 751.

319 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 165.

320 Il riferimento è alla storica sentenza Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

professionista intellettuale.

L'alleggerimento del carico probatorio di una parte, non può tradursi nel trasferimento sul debitore di una prova che sia eccessivamente difficile o, addirittura, impossibile.

Questo pericolo, in parte, è sventato dalla circostanza che le professioni intellettuali risultano rette da protocolli sempre più analitici e dettagliati, che agevolano il professionista nella prova della loro relativa osservanza<sup>321</sup>.

Lo stesso non si vedrà pertanto costretto a fornire una prova c.d. negativa indefinita (relativa al difetto di colpa *-id est* alla omissione di condotte negligenti o imperite-), che sarebbe di gran lunga più difficile e che determinerebbe sovente la sua soccombenza.

Preme inoltre sottolineare l'esigenza di applicare in modo rigoroso e assolutamente aderente al caso concreto il principio di vicinanza della prova e i meccanismi presuntivi sopra enunciati.

Con speciale riferimento a questi ultimi, si rende necessario il rispetto rigoroso del principio di verosimiglianza, perché, come acutamente osservato da un autore, solo una <<tendenziale coincidenza tra presunzione e verità>> conferisce autorità e legittimità a tali meccanismi<sup>322</sup>.

Tali strumenti non devono diventare espedienti per una indiscriminata tutela della parte considerata debole e per soddisfare esigenze di giustizia del caso concreto<sup>323</sup>.

---

321 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 70.

A tal proposito occorre precisare che la prova dell'esatto adempimento è diversa per i vari tipi di prestazione dedotta in obbligazione. Infatti, per esempio, in ambito di responsabilità medica, la prova cambia a seconda del grado di rischio circa l'esito dell'intervento. Negli interventi dall'esito più incerto il debitore potrà fornire alternativamente la prova della propria diligenza o della causa estranea a lui non imputabile. Diversamente, negli interventi ad alta probabilità di successo il debitore potrà liberarsi da responsabilità solo provando la causa specifica che ha impedito la realizzazione del risultato convenuto: CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 40.(v. *Infra* § 5.4).

322 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 67, rileva la necessità di ricorrere a presunzioni giurisprudenziali che siano fedeli a criteri di verosimiglianza, tali da <<non distorcere il dato reale in un qualche senso politicamente orientato>>.

323 Un autore, assolutamente contrario a <<manipolazioni giurisprudenziali>> degli oneri probatori e, quindi, anche all'uso dei criteri qui analizzati, fa un'ulteriore notazione: <<Tuttavia, se l'impulso al giustizialismo del caso concreto fosse così irresistibile da non potersi evitare la manipolazione degli oneri di prova, ciò dovrebbe almeno avvenire con modalità tali da non ledere il diritto di difesa delle parti.>> A tal fine l'A. stesso ritiene che il giudice che intenda

#### **5.4 La posizione processuale del debitore a fronte della prova del mancato raggiungimento del “risultato dovuto”... nelle obbligazioni di mezzi e di risultato.**

Come più volte constatato, nella distinzione tra le obbligazioni di mezzi e di risultato, occorre avere presente la relatività dei concetti “mezzi” e “risultato”, assumendo rilievo in tutte le obbligazioni di fare tanto il contegno del debitore, quanto il risultato.

Tale osservazione, però, non comporta la negazione della storica classificazione, che conserva una sua utilità, una sua valenza descrittiva<sup>324</sup>.

In effetti, com'è noto, la dicotomia allude ad una maggior o minor coincidenza tra risultato dovuto e scopo ultimo del creditore, legata alla aleatorietà della prestazione ovvero al concorso di fattori causali estranei all'operato del debitore.

Pertanto, nel prosieguo della trattazione, si continuerà a fare riferimento alla bipartizione in parola, pur nella consapevolezza di quanto appena ricordato.

Tale premessa è sembrata opportuna al fine di affrontare il tema relativo alle possibilità di difesa del debitore nei vari tipi di obbligazione, a fronte della prova del mancato raggiungimento del risultato dovuto, sia esso coincidente con l'interesse primario del creditore o solo strumentale rispetto a quello.

Nelle obbligazioni di mezzi, la posizione del debitore risulta meno gravosa.

Infatti, il mancato conseguimento dell'esito sperato consente di inferire con un grado di probabilità piuttosto basso l'inesatta esecuzione della prestazione<sup>325</sup>.

Ciò in quanto si tratta di prestazioni caratterizzate da un livello di rischio molto elevato, dovuto alla compresenza di fattori non controllabili dal debitore.

In tale situazione quest'ultimo avrà a disposizione una duplice prova, quella della correttezza del proprio operato e quella della impossibilità sopravvenuta a sé non imputabile.

Diversamente, nelle obbligazioni di risultato, nelle quali il grado di rischio è

---

intervenire sui carichi probatori debba quanto meno riferire tale determinazione alle parti, cosicché queste ultime possano predisporre le proprie difese e procurarsi le necessarie prove. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 259.

324 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 129.

325 CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 40 e ss.

minimo, l'esito infausto consente di inferire con una probabilità correlativamente altissima, che il debitore sia incorso in un errore<sup>326</sup>.

L'effetto fallimentare dell'azione del medesimo appare, in tal caso, dotato di una persuasività tale per cui risulta estremamente difficile convincere il giudice circa l'adeguatezza e correttezza della condotta<sup>327</sup>.

Per tale motivo, in questo tipo di obbligazioni, il debitore, di fatto, potrà liberarsi da responsabilità solo tramite l'individuazione della causa specifica che ha reso impossibile il conseguimento del risultato programmato.

Ancora una volta, le riflessioni appena svolte depongono a favore della persistente rilevanza della bipartizione mezzi-risultato.

Con tutte le precisazioni e i correttivi del caso, già enunciati nei paragrafi precedenti, il ricorso alla stessa sembra altamente opportuno.

In effetti, come da più parti rilevato in dottrina, la distinzione consente di valorizzare i diversi ambiti di rischio, con tutte le conseguenze che ne derivano, anche in relazione alle dinamiche processuali e ai contenuti delle prove a carico dei contraenti.

Una omologazione delle varie tipologie di prestazioni porterebbe ad un appiattimento tutt'altro che proficuo.

Così, nelle obbligazioni tradizionalmente ritenute di mezzi, la considerazione della elevata aleatorietà insita nella prestazione, esclude, come si è visto, che possa esigersi sempre dal debitore la prova della causa che ha ostacolato la produzione di quel risultato che normalmente segue all'osservanza delle regole dell'arte e della diligenza.

Una regola che imponesse indiscriminatamente una simile prova al debitore, infatti, darebbe luogo ad una responsabilità di tipo oggettivo, indipendente dalla condotta e dalla possibilità di prevenire la verifica dell'evento dannoso, il che si tradurrebbe nella assunzione di una garanzia, più che di un impegno obbligatorio<sup>328</sup>.

Naturalmente non si tratterebbe di una garanzia in senso tecnico, nella quale

---

326 CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 41.

327 CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 41.

328 Cfr. CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 42.



non vi sarebbe neppure spazio per la prova del fortuito. Con il riferimento a tale concetto si vuole rappresentare la situazione che -di fatto- si potrebbe determinare.

Se, infatti, si considera il notevole peso che in questa specie di obbligazioni assumono i fattori estranei alla sfera di dominio del debitore, è facile comprendere la difficoltà in cui questi incorrerebbe nell'individuare lo specifico evento che ha determinato l'insuccesso del suo operato.

Un simile scenario, sotto certi punti di vista, potrebbe sembrare auspicabile, in quanto maggiormente garantista per il creditore, ma ad un'analisi più approfondita mostrerebbe tutti i suoi punti deboli.

Un sistema di responsabilità civile che, in un'ottica di massima tutela del creditore danneggiato, fosse diretto ad una espansione sempre più ampia dell'area del danno risarcibile, comporterebbe un eccessivo sacrificio per il professionista.

Questi vedrebbe mortificata la propria iniziativa e pregiudicata la propria serenità nell'esercizio dell'attività, a discapito di tutta la collettività.

Sovente la tendenza qui paventata viene giustificata con il richiamo a valori costituzionali, senza pensare che anche l'attività del professionista risulta meritevole di pari tutela, per l'interesse generale a cui risponde<sup>329</sup>.

---

329 FRATI, MONTANARI VERGALLO, GULINO, DI LUCA, *L'accertamento della colpa medica: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra equità e rispetto del codice civile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, IX, p. 1944; Esprimono perplessità sul punto anche GAZZARA, *Le S. U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, cit., p. 1008, il quale valuta i riflessi anche sul piano assicurativo; SCARPA, *Responsabilità contrattuale e onere della prova: l'incertezza probatoria rientra tra i rischi della prestazione?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 01, p. 248 ss., ritiene che sia «in atto un processo di oggettivazione della responsabilità contrattuale, che si manifesta come «scomparsa del soggetto debitore», ossia scomparsa del debitore guardato quale soggetto individuale dell'esperienza». L'A. nota come le specifiche qualità del soggetto stiano passando sempre più in secondo piano, acquistando rilievo quasi esclusivo il soddisfacimento dell'interesse del creditore. E osserva, ancora, che «la preminente «tutela del credito» può comportare l'eccessivo sacrificio della «tutela delle persone»». L'A. mette in evidenza come il regime probatorio omogeneo sancito dalle Sezioni Unite, imponendo sempre al debitore la prova di aver esattamente adempiuto, finisce, spesso, col determinarne la soccombenza. Lo stesso conclude notando che: «la ragione abitualmente» è «di colui che non deve fornire prove».

## 6. La ricezione della dicotomia obbligazione “di mezzi/di risultato” nei principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali.

Nella situazione di incertezza, che caratterizza nel nostro ordinamento il tema delle obbligazione di mezzi-obbligazioni di risultato, il recepimento della dicotomia sul piano internazionale conferisce alla stessa una rinnovata centralità<sup>330</sup>.

I principi UNIDROIT contengono un esplicito riferimento alla distinzione, alla quale dedicano due articoli, l'art. 5.4 e l'art. 5.5 (oggi 5.1.4 e 5.1.5).

La prima disposizione distingue l'obbligazione di risultato da quella di mezzi in base al fatto che solo nella prima (*duty to achieve a specific result*) la parte si obbliga a raggiungere un determinato risultato, mentre nella seconda (*duty of best efforts*) la stessa si impegna ad adottare tutte le misure che una persona ragionevole (<<*reasonable person*>>) adotterebbe in quelle circostanze per conseguire lo scopo programmato<sup>331</sup>.

Nel commento ufficiale che si affianca alla citata disposizione la distinzione è fondata sul diverso grado di diligenza richiesto, che sarebbe più elevato nel primo caso e più contenuto nel secondo.

A ben vedere, il discrimine tra le due tipologie di obbligazioni non sembra risiedere tanto o, comunque, non solo nell'intensità dello sforzo dovuto, quanto nell'ampiezza del vincolo<sup>332</sup>.

In effetti, dedurre in obbligazione uno specifico risultato fa sì che il rischio della sua mancata realizzazione ricada sul debitore, il quale risulterà inadempiente, salvo che fornisca la prova della forza maggiore.

La seconda disposizione citata (art. 5.1.5) fornisce dei criteri all'interprete per

---

330 Cfr. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., pp. 158 ss.

331 **ARTICOLO 5.1.4** dei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali:

(Obbligazioni di risultato. Obbligazioni di mezzi)

(1) Quando l'obbligazione di una parte comporti il dovere di raggiungere uno specifico risultato, quella parte è tenuta a raggiungere quel risultato.

(2) Quando l'obbligazione di una parte comporti il dovere di adoperarsi con diligenza nell'esecuzione della prestazione, quella parte è tenuta a compiere gli sforzi che una persona ragionevole della stessa qualità compirebbe nelle medesime circostanze.

332 D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., p. 162.

stabilire il tipo di obbligazione cui le parti abbiano inteso dar vita<sup>333</sup>.

In particolare, a titolo meramente esemplificativo, l'articolo in esame fa riferimento alla volontà delle parti, al prezzo convenuto, al grado di rischio inerente alla prestazione, alla influenza del creditore sull'adempimento dell'obbligazione.

È evidente che l'interprete risulta fortemente agevolato nel caso in cui la volontà delle parti sia stata esplicita nell'inserire nell'oggetto dell'obbligazione un risultato specifico<sup>334</sup>.

Diversamente, quando l'ampiezza del vincolo non sia stata oggetto di specifico accordo, occorrerà avere riguardo ad altri elementi, tra i quali il grado di rischio connesso al raggiungimento dell'obiettivo fissato.

Quello dell'aleatorietà del risultato rappresenta, peraltro, il criterio principe per determinare il tipo di obbligazione, nelle elaborazioni dottrinali che hanno approfondito la materia.

Altro parametro utile ai fini indicati è quello del prezzo e di altre clausole contrattuali.

In effetti, un prezzo particolarmente alto o subordinato alla riuscita dell'operazione, nonché la previsione di una penale per il caso di esito infruttuoso della stessa, possono essere indici sintomatici della volontà delle parti di comprendere nel programma negoziale un risultato, che, normalmente, in quelle circostanze, resterebbe fuori del rapporto obbligatorio<sup>335</sup>.

---

### 333 ARTICOLO 5.1.5

(Determinazione del tipo di obbligazione)

Nel determinare quando l'obbligazione di una parte sia un'obbligazione di mezzi o un'obbligazione di risultato, bisogna avere riguardo, tra l'altro, a:

- (a) il modo in cui l'obbligazione è espressa nel contratto;
- (b) il prezzo fissato nel contratto ed altre clausole del contratto;
- (c) il grado di rischio che di norma è connesso al raggiungimento del risultato atteso;
- (d) la capacità dell'altra parte di influire sull'adempimento dell'obbligazione.

334 Un esempio può essere rinvenuto nel caso riportato nello stesso commento all'art. 5.1.4, in cui <<A, un rivenditore, promette di raggiungere entro l'anno la quota di 15.000 vendite nella zona oggetto del contratto. Se allo scadere del termine A ha venduto solo 13.000 articoli, ha chiaramente mancato di adempiere la sua obbligazione [...]>>

335 Commento all'art. 5.1.5.

Scettico sull'utilità ai fini interpretativi indicati del criterio relativo alla presenza di una penale o di una clausola, che ancori il pagamento del corrispettivo al raggiungimento del risultato, D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., p. 200, nota 108.

Infine, l'art. 5.1.5 fa riferimento alla capacità del creditore di influire sull'adempimento. Tale circostanza condurrà, tendenzialmente, a configurare l'obbligazione come obbligazione di mezzi<sup>336</sup>.

L'accoglimento della bipartizione “mezzi-risultato” nei Principi Unidroit testimonia la vocazione internazionale e la rilevanza pratica della stessa.

Sembra, infatti, confermata l'utilità della *divisio* nella ricostruzione del contenuto del rapporto obbligatorio, e, quindi, quella sua valenza descrittiva, a cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti.

Tale considerazione risulta rafforzata se si pone mente alla diffusione che la suddetta distinzione ha avuto nella prassi arbitrale. Infatti, il carattere non vincolante dei principi Unidroit, fa sì che gli stessi derivino la propria autorità dal grado di <<persuasività delle regole proposte>><sup>337</sup>.

## **6.1 (...segue) ... e nei Principi di diritto europeo dei contratti.**

I principi di diritto europeo dei contratti non contengono un espresso accoglimento della distinzione obbligazione di mezzi-obbligazioni di risultato.

Tuttavia, nell'art. 6.102, disposizione relativa alla possibilità di ricavare clausole contrattuali implicite dall'intenzione delle parti, dall'applicazione dei principi di buona fede e correttezza, dallo scopo del contratto, si trova un riferimento alla partizione in parola e ai criteri interpretativi, indicati nei richiamati principi Unidroit.

Un Autore intravede una allusione alla distinzione già nel riferimento al <<*purpose of the contract*>>, contenuto nel testo originale in inglese dell'art.

---

336 Nel commento all'art. 5.1.5 è riportato il seguente esempio: <<A è in grado di fornire a B la necessaria assistenza tecnica per applicare un processo chimico recentemente scoperto, ed è d'accordo che B gli invierà alcuni dei suoi ingegneri per seguire dei seminari di formazione organizzati da A. A non può garantire che B riuscirà ad impadronirsi del nuovo procedimento, anche sotto l'aspetto tecnico, in quanto il raggiungimento di questo risultato in parte dipende dall'effettivo invio da parte di B dei suoi ingegneri ai seminari, dalla competenza di questi ingegneri e dalla loro diligenza nella partecipazione ai seminari>>.

337 CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., pp. 28 e ss., il quale sottolinea ruolo significativo rivestito dalla distinzione, come recepita dai principi UNIDROIT, nei rapporti transfrontalieri. Per corroborare la propria affermazione l'A. richiama alcuni arbitrati, decisi sulla base dei citati principi Unidroit, nei quali, in base alla appartenenza all'una o all'altra tipologia di obbligazioni (mezzi-risultato), l'arbitro ha affermato o escluso l'inadempimento.

6.102. Lo stesso nota, infatti, come proprio l'atteggiarsi dello scopo, ora interno, ora esterno al programma obbligatorio, segni la linea di confine tra i due tipi di obbligazione<sup>338</sup>.

Nondimeno, il richiamo espresso alla distinzione si riscontra solo nel Commento che accompagna la disposizione citata, dove, peraltro, è contenuta un'altra interessante puntualizzazione.

Segnatamente, si constata come alla bipartizione non siano ascrivibili rigidamente interi tipi contrattuali, potendo nello stesso contratto coesistere obbligazioni di entrambi i tipi<sup>339</sup>.

Tale notazione rappresenta un'importante presa di coscienza della inadeguatezza di una teoria che pretenda di applicare la classificazione in modo astratto e rigido, per tipi contrattuali.

Anche questa posizione sembra confermare le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti, in merito alla fluidità del confine tra le categorie e soprattutto alla possibile compresenza all'interno di uno stesso rapporto contrattuale di obbligazioni di mezzi e di risultato.

---

338 CARBONE, *ult. op. cit.*, p. 33.

339 CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 35.

## CAPITOLO IV

### PROFILI OPERATIVI DELL'ONERE DELLA PROVA NELLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE.

#### 1. Note introduttive.

Come si è avuto modo di notare nei capitoli precedenti, la regola sull'onere della prova, sancita in modo indifferenziato e assoluto con la celebre sentenza a sezioni unite<sup>340</sup>, è stata oggetto di applicazioni diverse, a seconda dei contesti.

Uno degli ambiti privilegiati per studiare l'operare della regola stessa è quello della responsabilità professionale, che rappresenta sicuramente il settore in cui il noto intervento di legittimità ha avuto maggiori ripercussioni.

In effetti, l'affermazione del principio che esonera il creditore dalla prova dell'inadempimento e il conseguente -parziale- superamento della distinzione obbligazione di mezzi- obbligazioni di risultato, come noto, ha scardinato le tradizionali regole in materia.

Si pensi alla regola che, facendo gravare sul creditore la prova della colpa, caratterizzava la responsabilità del professionista in senso soggettivo.

Attualmente, in determinati settori, *in primis* quello medico, la responsabilità ha assunto, infatti, i connotati della responsabilità oggettiva, come si avrà modo di approfondire in seguito.

Tuttavia, tale processo di aggravamento della responsabilità del professionista non si è sviluppato armonicamente nei vari ambiti. Invero alcuni di questi risultano ancorati ai tradizionali meccanismi probatori e sembrano recepire solo in parte i più recenti orientamenti.

Per tutte le ragioni indicate è sembrato opportuno soffermarsi su alcune ipotesi di responsabilità professionale, considerate emblematiche delle richiamate disarmonie.

Ciò per il diverso operare delle regole che presiedono il giudizio in merito all'inadempimento e alla responsabilità, di cui si tenterà una ricostruzione.

Innanzitutto lo studio si incentrerà sul settore medico, per poi rivolgere

---

<sup>340</sup>Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giuridico*, 12, 2001, p. 1565.

l'attenzione all'ambito forense, al fine di comprendere le rispettive peculiarità e i punti di contatto.

## **2. Responsabilità professionale del medico e onere della prova: cenni sulla natura del rapporto.**

L'analisi del regime probatorio in materia di responsabilità medica, non può prescindere da un accenno alla questione, ampiamente dibattuta, della natura della responsabilità del medico.

A tal proposito è possibile individuare cinque principali ipotesi di erogazione della prestazione medica: quella del medico libero professionista, quella del medico dipendente dell'amministrazione sanitaria, quella del medico universitario, quella del medico operante in cliniche o strutture private e, infine, l'ipotesi del medico convenzionato con l'amministrazione sanitaria<sup>341</sup>.

Tuttavia, tutte le predette ipotesi risultano ascrivibili a due situazioni fondamentali.

Infatti, ai fini della qualificazione del rapporto tra medico e paziente occorre, *in primis*, domandarsi se il medico sia o meno diretto contraente del paziente stesso, per valutarne, in un secondo momento, le conseguenze sul regime di responsabilità.

Nei casi del medico libero professionista, che eserciti nel proprio studio o anche entro strutture dell'unità sanitaria locale, ma in orari diversi da quelli di ordinario servizio o, ancora, nell'ipotesi del medico convenzionato, unico debitore della prestazione sanitaria è il medico stesso, quale diretto contraente del paziente<sup>342</sup>.

In questi casi non sorge alcun dubbio in merito alla natura della responsabilità

---

341 GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 711.

342 GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., p. 722-723, sottolinea come i medici convenzionati non siano pubblici dipendenti, ma liberi professionisti, che concludono contratti d'opera professionale con i pazienti.

351. Parte della giurisprudenza esclude una responsabilità della Asl, a qualsiasi titolo, per i danni cagionati dall'operato del medico. Si ritiene, infatti, che non vi sia alcun rapporto né di immedesimazione organica, né di ausiliarità, tra l'azienda sanitaria e il medico stesso, considerato alla stregua di un libero professionista del tutto autonomo: Cass. Pen., Sez. IV, 23 settembre 2008, n. 36502, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

del professionista, che non potrà che essere contrattuale.

Al contrario, nelle ipotesi del medico dipendente della struttura sanitaria il rapporto contrattuale diretto intercorre tra paziente e struttura, ponendosi così il problema della qualificazione della responsabilità del medico, che resta estraneo al contratto<sup>343</sup>.

La questione è stata, ed è tuttora, al centro di accesi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza.

Un risalente indirizzo, muovendo dalla considerazione della estraneità del medico al rapporto contrattuale tra paziente e struttura sanitaria, riconosceva in capo al medesimo una responsabilità extracontrattuale per difettosa esecuzione della prestazione<sup>344</sup>.

Tale tesi, tuttavia, si esponeva a numerose obiezioni, di carattere teorico e pratico. Per un verso, infatti, non sembrava persuasiva per l'equiparazione del medico ad un soggetto qualunque, che cagiona un danno in violazione del generico precetto del *neminem laedere*<sup>345</sup>. Per altro verso, la qualificazione della responsabilità come extracontrattuale implicava l'applicazione di un regime sfavorevole per il paziente sotto il profilo dell'onere della prova, della prescrizione, nonché del danno risarcibile. Infatti, la responsabilità aquiliana, postulando un danno ingiusto, assicurava il ristoro di danni derivanti dalla lesione alla salute, ma non anche quelli conseguenti ad interventi rivelatisi inutili, anche se non peggiorativi delle condizioni fisiche<sup>346</sup>.

Con una celebre sentenza la Cassazione<sup>347</sup>, sul finire degli anni Novanta, supera tale impostazione, aderendo alla tesi della responsabilità contrattuale del medico, fondata sul c.d. contatto sociale.

Secondo questa opzione interpretativa il “contatto” tra medico e paziente genera

343Con riferimento al titolo della responsabilità della struttura sanitaria per la non diligente esecuzione da parte del medico dipendente, v. *infra* § 2.2

344GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., p. 722, sottolinea come unico debitore della prestazione sia la struttura sanitaria, che sarà la sola contrattualmente responsabile, a norma dell'art. 1228 c.c., mentre il medico risponderà solo a titolo di responsabilità extracontrattuale.

345MIRIELLO, *La responsabilità medica nello specchio della responsabilità civile*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna, 2011, p. 49.

346MIRIELLO, *La responsabilità medica nello specchio della responsabilità civile*, cit., p. 49.

347Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, 4, 1999, p. 441 ss., con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.



obblighi di comportamento funzionali alla tutela di interessi emersi in occasione del contatto stesso. Quest'ultimo rappresenterebbe, dunque, una fonte di obbligazioni, come espressamente consentito dalla formulazione dell'art. 1173 c.c., che, accanto al contratto e al fatto illecito, prevede <<ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico>>.

Più precisamente, detti obblighi di protezione sorgerebbero in capo al medico, in quanto esercente una professione protetta, che incide su interessi e valori di rango costituzionale.

A tal proposito la dottrina ha parlato di <<rapporti obbligatori senza obbligo primario di prestazione>><sup>348</sup>.

In effetti, in mancanza di un vincolo contrattuale, il paziente non può pretendere la prestazione sanitaria dal medico. Tuttavia, quando questi intervenga sarà tenuto all'osservanza di una serie di obblighi, che non si esauriscono in un *non facere*, ovvero nel mero rispetto della sfera giuridica altrui, ma che hanno ad oggetto comportamenti positivi, conformi agli standard richiesti dalla professione<sup>349</sup>.

Si osserva, infatti, come l'assenza di un obbligo di prestazione non possa “neutralizzare” la professionalità del medico, il quale è pur sempre tenuto all'osservanza della diligenza qualificata (art. 1176, 2° comma, c.c.), diligenza che, naturalmente, comprende la perizia e che implica il rispetto di regole tecniche e accorgimenti tipici dell'attività esercitata<sup>350</sup>.

Tale ricostruzione della Suprema Corte, evidentemente, supera la tesi dottrinale per cui, in assenza di un rapporto contrattuale, sorgerebbero in capo al medico meri obblighi di protezione<sup>351</sup>.

Secondo la ricostruzione delineata dalla Cassazione, infatti, la prestazione eseguita non potrà essere diversa da quella a cui il medico stesso sarebbe stato tenuto in virtù di un comune contratto con il paziente<sup>352</sup>.

Lungo questa linea si collocano anche le successive pronunce di legittimità, nelle

---

348CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 177.

349Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, cit., p. 444.

350Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, cit., p. 445.

351DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 4, 1999, p. 451, nota 22.

352Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, cit., p. 445.

quali emerge in modo ancora più marcato il contatto sociale come fonte di un rapporto che non ha ad oggetto la mera protezione del paziente, ma una attività corrispondente a quella oggetto di un contratto d'opera professionale<sup>353</sup>.

Si è osservato in dottrina come in tali ipotesi la <<normale sequenza>> per cui l'obbligazione precede la prestazione risulta <<capovolta>><sup>354</sup>. Invero, originariamente vi è una <<prestazione senza obbligazione>>, poiché, mancando un contratto, la prestazione stessa non è esigibile dal paziente. Tuttavia, al momento esecutivo segue un'obbligazione il cui contenuto è quello imposto dallo *status* di professionista e che comprende comportamenti diretti ad assicurare un risultato utile per il creditore<sup>355</sup>.

Da quanto sopra deriva chiaramente l'inconfigurabilità di una responsabilità aquiliana in capo al medico. Quest'ultima, infatti, presuppone l'insussistenza di un precedente rapporto e la mancata osservanza del generico divieto di *neminem laedere*, mentre nelle ipotesi in esame la responsabilità si collega alla violazione di specifici obblighi di comportamento sorti in virtù del contatto<sup>356</sup>.

## 2.1 (... segue) La natura della responsabilità del medico dopo la Riforma Balduzzi.

L'indirizzo appena esposto, relativo alla natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente, fondata sul contatto sociale, è stato confermato dalla successiva giurisprudenza<sup>357</sup>, tanto da divenire orientamento consolidato.

Detto orientamento rappresenta una delle manifestazioni di quella

---

353In tal senso Cass. Civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>

354DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 4, 1999, p. 450.

355DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 4, 1999, p. 450-451.

356Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, cit., p. 444: <<quando ricorre la violazione di obblighi la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto [...] ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*>>, che può avere fonte nella volontà delle parti o nella legge. Nello stesso senso anche Cass. Civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

357Cass. Civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

evoluzione del diritto vivente, diretta ad un progressivo aggravamento della responsabilità del professionista, in vista di una tutela sempre più ampia del paziente danneggiato.

Si pensi alle soluzioni accolte in punto di onere della prova dell'inadempimento<sup>358</sup>, del nesso causale<sup>359</sup> o in tema di prescrizione<sup>360</sup>, tutte improntate ad un principio di *favor* per il creditore<sup>361</sup>.

Tale situazione, come già rilevato in precedenza<sup>362</sup>, pur risultando apparentemente conveniente ed equa, di fatto si ripercuote contro quegli stessi soggetti alla cui tutela è volta.

In effetti, l'ampliamento progressivo dell'area del danno risarcibile, da un lato, sacrifica e mortifica l'attività del professionista, favorendo il fenomeno della c.d. medicina difensiva<sup>363</sup>, dall'altro determina un incremento degli importi risarcitori, con gravi conseguenze sul bilancio pubblico<sup>364</sup> e, non da ultimo, sul sistema assicurativo<sup>365</sup>.

---

358Per le quali si rinvia ai capitoli II e III.

359v. *infra* §§ 2.4.3 e ss.

360Cass. Civ., Sez. III, 23 settembre 2013, n. 21715, in *De Jure*, Archivio: *Massime*: <<Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità medico-chirurgica decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, primo comma, cod. civ., non dal giorno in cui il comportamento del terzo provoca il danno, né dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può esserlo, con l'uso dell'ordinaria diligenza, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo. (principio enunciato con riferimento ad un'ipotesi di risarcimento danni conseguenti ad ipossia perinatale. Determinante uno stato vegetativo stimato intorno al 90-95% [...])>>.

361QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, 12, p. 896.

362Cap. III, § 5.4.

363Per medicina difensiva si intende il comportamento del medico, che, indotto dal timore di subire condanne risarcitorie, rinuncia ad adottare tecniche che presentino profili di rischio, anche quando le stesse sarebbero più adeguate, in quanto dotate di un'alta probabilità di efficacia (medicina difensiva negativa). Del pari riconducibile a tale fenomeno risulta la scelta del medico di prescrivere esami diagnostici o terapie superflui, effettuati non tanto per tutelare la salute del paziente, quanto per prevenire future azioni giudiziali (medicina difensiva positiva), MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in PALAZZO-BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, pp. 7-8.

364QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, cit., p. 896, rileva come l'eccesso di responsabilità del medico e delle strutture sanitarie determini un circolo vizioso, andando a incidere negativamente sul bilancio pubblico, su cui gravano gran parte dei costi del contenzioso sanitario, nonché dando vita a fenomeni di medicina difensiva.

365GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, cit., p. 1009, che paventa un collasso del sistema assicurativo.

In questo scenario, la Riforma Balduzzi<sup>366</sup> è intervenuta proprio con il dichiarato intento di dare un nuovo assetto alla organizzazione sanitaria, tenendo conto della contrazione delle risorse finanziarie, dovuta alle misure di contenimento della spesa pubblica<sup>367</sup>.

In particolare, ai fini che qui interessano, viene in rilievo l'art. 3 della citata legge, che, con riferimento alla responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, ha fatto espresso rinvio all'art. 2043 c.c.<sup>368</sup>

Il richiamo a tale disposizione ha determinato il sorgere di incertezze e contrasti in merito alla sua reale portata. Tra le varie proposte interpretative è possibile individuarne due principali.

Secondo una prima ricostruzione il legislatore avrebbe chiaramente inteso ricondurre la responsabilità medica nell'ambito dell'illecito aquiliano, così ponendo nel nulla i consolidati orientamenti relativi alla responsabilità contrattuale fondata sul contatto sociale<sup>369</sup>.

Questa interpretazione sarebbe non solo desumibile in modo inequivocabile dal dato letterale, ma sarebbe anche coerente con la *ratio* della novella e con il <<contesto socio-economico in cui essa si cala>><sup>370</sup>. Il regime aquiliano risulta, infatti, indubbiamente meno gravoso per il medico e, quindi, conforme all'esigenza di ridurre il contenzioso nei suoi confronti<sup>371</sup>.

A tal proposito, degna di nota risulta una elaborazione dottrinale, che propone una interessante spiegazione del rinvio contenuto nella novella<sup>372</sup>.

---

366D.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189.

367CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 382.

368L'art. 3 della legge Balduzzi dispone: <<L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo>>.

369Tribunale di Torino, sez. IV civile, 26 febbraio 2013, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 373 ss., Tribunale di Varese, Sez. I civile, 26 novembre 2012, 1406, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 375 ss., Tribunale di Enna, 18 maggio 2013, in *Danno e responsabilità*, 1, 2013, p.74 ss., Tribunale di Rovereto, 28 gennaio 2014, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.

370ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, p. 81.

371CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 383.

372ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, cit., pp. 82 ss.

Partendo dal presupposto della inevitabilità dell'errore umano, l'autrice sottolinea come spesso il singolo operatore sia solo <<l'ultimo anello [della] catena>> di un processo in cui l'esito infausto dipende spesso da disfunzioni del sistema<sup>373</sup>.

Secondo l'impostazione in esame sarebbe opportuno puntare l'attenzione sul momento organizzativo e preventivo, per tentare di ridurre al minimo i fattori di rischio, piuttosto che colpevolizzare l'operatore finale<sup>374</sup>.

Alla luce di tali osservazioni, il sistema delineato dalla legge citata sarebbe del tutto condivisibile e adeguato. Da un lato, infatti, si alleggerisce la posizione processuale del medico; dall'altro, si favorisce uno spostamento del <<baricentro>> delle doglianze del creditore danneggiato verso le strutture ospedaliere, che sarebbero meglio in grado di controllare e prevenire fattori e danni<sup>375</sup>.

La scelta operata dal legislatore sottenderebbe, in tale ottica, un recupero della teoria del rischio di impresa, per cui la fallibilità del fattore umano inserito nell'organizzazione aziendale costituisce un rischio a carico del suo titolare<sup>376</sup>. Quest'ultimo dovrà rispondere, ai sensi dell'art. 1228 c.c., degli errori commessi dall'ausiliario, il quale, per converso, potrà essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale, qualora la sua condotta integri gli estremi del fatto illecito<sup>377</sup>.

Una diversa opzione interpretativa intende il riferimento all'art. 2043 c.c.

---

373ZORZIT, *ult.art.cit.*, p. 83.

374ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, cit., p. 83, propone l'introduzione di "barriere di salvaguardia", <<procedure, protocolli, controlli, sistemi di automazione ecc.>>.

375ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, cit., p. 84. L'autrice riprende a tal proposito le parole della sentenza dalla medesima annotata, Tribunale di Enna, 18 maggio 2013, n. 252, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, p. 75, secondo la quale il legislatore, per <<scongiurare i rischi legati alla c.d. medicina difensiva>> avrebbe "restaurato" il regime di responsabilità civile anteriore al *revirement* del 1999. Il riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nella legge citata, non rappresenterebbe una svista, ma una vera e propria presa di posizione del legislatore, che avrebbe così <<tracciato una riga orizzontale su tutta la giurisprudenza di Cassazione degli ultimi venti anni>> in tema di responsabilità medica.

376ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, cit., p. 85, che per il concetto di rischio di impresa cita VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 769.

377ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, cit., p. 86.

“in senso atecnico”<sup>378</sup>, come rinvio ad un generico obbligo risarcitorio e non anche a tutta la disciplina propria della responsabilità extracontrattuale<sup>379</sup>. Si osserva, infatti, come il tenore letterale della disposizione non sia univoco nel senso di richiamare l'azione aquiliana come unico rimedio esperibile.

In primo luogo, una simile conclusione non potrebbe in ogni caso valere per quelle ipotesi pacificamente qualificate come contrattuali, in cui sussiste un rapporto diretto tra medico e paziente<sup>380</sup>. In secondo luogo, l'affermazione di una responsabilità *ex. art. 2043 c.c.* non esclude la configurabilità di una concorrente responsabilità *ex. art. 1218 c.c.*, essendo consentito nel nostro ordinamento il cumulo delle azioni di responsabilità<sup>381</sup>.

Secondo tale corrente di pensiero il dato normativo va inserito all'interno del sistema e letto e interpretato coerentemente con i principi generali che informano la materia<sup>382</sup>.

Proprio i principi generali non consentono di assimilare la situazione del medico, che nell'espletamento della sua attività arreca un danno, a quella di un soggetto qualunque, che arreca il danno <<occasionalmente>><sup>383</sup>, come, peraltro, è stato messo in luce nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno condotto all'affermazione della teoria del contatto sociale.

Come noto, infatti, la responsabilità aquiliana sorge in capo ad un soggetto che

---

378DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, p. 78, richiamato da CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 384.

379In tal senso si è espresso Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 368 ss., che ritiene che il riferimento all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. sia <<del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consenta di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale>>.

380Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Danno e responsabilità*, cit., p. 1984, osserva che se il richiamo all'art. 2043 c.c. dovesse intendersi nel senso di rinvio al regime aquiliano, a rigore si dovrebbe pervenire alla conseguenza, inaccettabile, di applicare lo stesso regime a tutte le ipotesi di responsabilità medica, anche a quelle pacificamente contrattuali. La novella, infatti, non opera alcun distinguo.

381Tribunale di Caltanissetta, 1° luglio 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2013, p. 1980 ss., ritiene che la riforma Balduzzi non abbia determinato un superamento del diritto vivente, che inquadra la responsabilità del medico nell'ambito contrattuale. Il richiamo alla norma generale di cui all'art. 2043 c.c., non implicherebbe affatto che essa sia l'unica norma applicabile, essendo consentito nel nostro ordinamento il cumulo delle azioni di responsabilità.

382SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L. n. 189/2012*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2013, p. 1993; Tribunale di Caltanissetta, 1° luglio 2013, *ibidem*, p. 1984.

383Tribunale di Caltanissetta, 1° luglio 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, cit., p. 1984.

fino alla verifica del danno era del tutto estraneo rispetto al danneggiato. Al contrario, la responsabilità contrattuale, o da inadempimento di un'obbligazione, presuppone una relazione preesistente, in virtù della quale una parte è tenuta non all'osservanza di un generico *alterum non laedere*, ma ad una prestazione determinata, nonché a quanto necessario, secondo buona fede, per realizzare l'interesse del creditore<sup>384</sup>.

Con specifico riferimento alla situazione del medico, appare innegabile che allo *status* professionale del medesimo e alla particolare natura protetta della sua attività conseguano obblighi di comportamento ben precisi, diretti alla protezione della salute del paziente e alla realizzazione del suo interesse.

La preesistenza di tali obblighi rispetto al verificarsi del danno rende del tutto incongrua e incoerente con i principi generali dell'ordinamento la riconduzione della responsabilità medica nell'area dell'illecito aquiliano<sup>385</sup>.

In tal senso si è orientata anche la giurisprudenza di legittimità, che in una sentenza di poco successiva alla normativa in esame, ha ridimensionato la portata del rinvio all'art. 2043 c.c., affermando la persistenza delle regole consolidate in materia di responsabilità contrattuale del medico da contatto sociale<sup>386</sup>.

## **2.2 La responsabilità della struttura sanitaria.**

L'analisi della responsabilità medica non può prescindere da un riferimento, sia pure sintetico, alla responsabilità della struttura sanitaria.

In passato la responsabilità dell'ente ospedaliero veniva fondata sul fatto illecito. Si riteneva, infatti, che la pubblica amministrazione fosse tenuta al rispetto del principio del *neminem laedere*, anche nell'esercizio di poteri puramente discrezionali<sup>387</sup>.

Più precisamente, la responsabilità aquiliana in capo all'amministrazione sanitaria

384 Tribunale di Caltanissetta, 1° luglio 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, cit., p. 1981; CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 386 ss.

385 Cfr. SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L. n. 189/2012*, in *Responsabilità civile e previdenza*, cit., p. 1995.

386 Cass. Civ., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 367 ss., che riduce la portata dell'art. 2043 c.c., affermando che la materia della responsabilità civile continua ad essere regolata dai criteri consolidati <<non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale.>>

387 PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, in FRANZONI (a cura di), *La responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna, 2011, p. 168.

era affermata sulla base del c.d. rapporto di immedesimazione organica, che consentiva di imputare direttamente alla struttura ospedaliera i fatti illeciti commessi dai medici suoi dipendenti<sup>388</sup>.

Alla base di tale concezione vi era l'idea della inconfigurabilità di un rapporto contrattuale tra amministrazione sanitaria e assistito, in quanto la prima prestava il servizio in forza di legge e non in virtù di un contratto e il secondo, a sua volta, non era libero nella scelta del medico<sup>389</sup>.

Solo a partire dagli anni Settanta del secolo scorso inizia ad affermarsi la tesi della natura contrattuale del suddetto rapporto<sup>390</sup>.

Come autorevolmente rilevato, infatti, il concetto di pubblico servizio e quello di <<diritto soggettivo alla fruizione di un servizio>> non sono incompatibili con quello di contratto<sup>391</sup>. Il raccordo tra tali nozioni è individuabile nella <<ben nota figura dell'obbligo a contrarre>>, tramite la quale il diritto al servizio diventa diritto alla stipulazione di un contratto avente ad oggetto il servizio<sup>392</sup>.

In un primo momento l'impostazione più diffusa qualificava il contratto stesso come contratto d'opera intellettuale. Le conseguenze di tale inquadramento erano di non poco conto. Da un lato, ne derivava l'applicazione del criterio di accertamento della responsabilità di cui all'art. 2236 c.c., con conseguente esonero dell'ente da responsabilità per colpa lieve negli interventi di difficile esecuzione<sup>393</sup>. Dall'altro lato, la responsabilità della struttura sanitaria risultava subordinata a quella concorrente del medico<sup>394</sup>.

---

388PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, cit., p. 168.

389PARTISANI, *ult.op.cit.*, p. 168.

390Cass. Civ., Sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *De Jure*, Archivio: *Massime*; Cass. Civ., Sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1980, 90; Tribunale di Verona, 04 ottobre 1990, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 2, 696; Tribunale di Vicenza, 27 gennaio 1990, in *Nuova giurisprudenza civile*, 1990, I, 734.

391GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., p. 712.

392GALGANO, *ult.art.cit.*, p. 712.

393PARTISANI, *Dal contratto di ospedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, cit., p. 172; GORGONI, *Corollari della contrattualizzazione della responsabilità nosocomiale e professionale medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2008, p. 863.

394GORGONI, *Corollari della contrattualizzazione della responsabilità nosocomiale e professionale medica*, cit., p. 863; Cass. Civ., Sez. III, 08 maggio 2001, n. 6386, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, dove si afferma che il contratto tra paziente e struttura, pubblica o privata, <<è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto d'opera professionale [...]. Il positivo accertamento della responsabilità dell'istituto postula pertanto [...] pur sempre la colpa del medico esecutore



La qualificazione del contratto tra ente ospedaliero e assistito nei termini suddetti, è stata oggetto di critica da parte di una corrente di pensiero che ha messo in luce la incongruenza tra il contratto che viene in rilievo nei casi in esame e la <<configurazione legislativa>> del contratto d'opera intellettuale<sup>395</sup>.

In effetti, quest'ultimo è definibile come contratto caratterizzato dall'*intuitus personae*, con cui il professionista intellettuale si obbliga ad eseguire personalmente l'incarico assunto (art. 2232 c.c.)<sup>396</sup>. Il contratto concluso dall'amministrazione sanitaria, invece, non ha ad oggetto la prestazione intellettuale propria del debitore contraente, ma quella altrui, degli ausiliari dipendenti<sup>397</sup>. Per di più, lo stesso presenta un oggetto complesso, di cui la prestazione del medico rappresenta solo una componente<sup>398</sup>.

Sulla base di tali osservazioni autorevole dottrina ha qualificato il contratto in esame come contratto atipico riconducibile allo schema della *locatio operis*, regolato dai principi generali sui contratti<sup>399</sup>.

Questa soluzione ha trovato riscontro anche in giurisprudenza, dove si è andata affermando una configurazione del suddetto rapporto come contratto atipico, c.d. di spedalità o di assistenza sanitaria, fonte di responsabilità autonoma rispetto a quella eventuale del medico.

Si è sottolineata, in particolare, la natura complessa della prestazione dedotta in obbligazione, che non si esaurisce nelle cure mediche o chirurgiche, ma comprende la messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, di attrezzature adeguate, la fornitura di medicinali, prestazioni di tipo alberghiero e così via<sup>400</sup>.

---

dell'attività che si assume illecita [...]>>; Cass. Civ., Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *De Jure*, Archivio: Sentenze Cassazione Civile.

395 GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., p. 720.

396 GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, cit., p. 720.

397 GALGANO, *ult.art.cit.*, p. 720.

398 GALGANO, *ult.art.cit.*, p. 721.

399 GALGANO, *ult.art.cit.*, p. 721.

400 Cass. Civ., Sez. Unite, 01 luglio 2002, n. 9556, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, che aderisce a tale tesi con riferimento al rapporto intercorrente tra una struttura privata e il paziente; Cass. Civ., Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 571, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, anche nelle due sentenze da ultimo richiamate parte in causa era una casa di cura, ma il principio viene espresso in termini ampi ed esteso anche all'ente ospedaliero; Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, con specifico riferimento ad un

La considerazione del rapporto tra struttura e paziente in termini autonomi, ha svincolato la responsabilità della prima da quella del medico<sup>401</sup>. Infatti, detta responsabilità può derivare, non solo da negligenze del singolo operatore, *ex art.* 1228 c.c., ma anche dall'inadempimento di obbligazioni direttamente a carico dell'ente o della clinica (relative, ad esempio all'adeguatezza delle attrezzature, alla somministrazione di medicinali, al personale paramedico etc.)<sup>402</sup>.

L'affermazione di una responsabilità per fatto dell'ausiliario, inoltre, prescinde dalla sussistenza di un rapporto di subordinazione del medico con la struttura. Unico aspetto rilevante a tal fine è rappresentato dalla circostanza che l'operatore sanitario risulti inserito nell'organizzazione del debitore, che si avvale della sua opera per l'esecuzione dell'obbligazione. Tale responsabilità non trova il suo fondamento nella colpa, ma <<nel rischio connesso all'utilizzazione di terzi>> nell'attuazione del rapporto<sup>403</sup>.

Si precisa ulteriormente che la circostanza che il professionista sia stato indicato dal paziente come medico di fiducia non vale ad escludere la responsabilità della struttura sanitaria, perché si tratta di una scelta che si inserisce in quella più ampia fatta a monte dalla struttura medesima<sup>404</sup>.

Da ultimo, è possibile notare che un orientamento qualifica il contratto di

---

ente ospedaliero conferma l'orientamento per cui <<l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto [...] di prestazione d'opera atipico di speditività>>; Cass. Civ., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> afferma la completa equiparazione della struttura pubblica e quella privata in punto di responsabilità civile nei confronti del paziente.

401 GORGONI, *Corollari della contrattualizzazione della responsabilità nosocomiale e professionale medica*, cit., p. 863. Cfr. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, v. II, *I singoli contratti*, Padova, 2011, p. 563, configura una responsabilità della struttura sanitaria <<autonoma dall'agire individuale>> del singolo medico, in quanto derivante <<dalla inesatta attuazione di un servizio (di assistenza sanitaria) che si presenta come prodotto di sinergie integrate in cui le singole componenti (strutturali, assistenziali, sanitaria, alberghiere) vengono tra loro a saldarsi [...]>>

402 Tra le tante, Cass. Civ., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Tribunale di Modena, Sez. I, 17 giugno 2013, in *De Jure*, Archivio: *Massime*; PARTISANI, *Dal contratto di speditività, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, cit., p. 175.

403 Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

404 Cass. Civ., Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*; Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, Cass. Civ., Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

spedalità o di assistenza sanitaria come contratto commutativo a titolo oneroso, in cui il corrispettivo può essere a carico del paziente, dell'assicuratore, del servizio sanitario nazionale o di altro ente<sup>405</sup>.

Un diverso orientamento distingue, invece, il contratto stipulato dal privato con la casa di cura, da quello intercorrente tra utente del Servizio Sanitario Nazionale e strutture pubbliche o private accreditate<sup>406</sup>. Il primo, infatti, sarebbe classificabile come contratto a prestazioni corrispettive, mentre il secondo si inserirebbe <<nell'ambito di una relazione trilatera a rilievo pubblicistico>><sup>407</sup> e sarebbe un contratto gratuito<sup>408</sup>.

### 2.3 Il regime probatorio nella responsabilità medica.

Il regime probatorio in tema di responsabilità medica, come anticipato nei capitoli precedenti, risulta profondamente mutato a seguito della celebre sentenza del 2001. Si è già rilevato, infatti, che con tale pronuncia le Sezioni Unite hanno affermato un principio generale, per il comune inadempimento, che a partire dal 2004 è stato recepito nel settore che qui interessa<sup>409</sup>.

Prima di procedere ad una verifica dell'attuale assetto degli oneri probatori, si rende necessario ricordare, in via preliminare, il precedente sistema di regole che governava l'accertamento della responsabilità del medico.

---

405PARTISANI, *Dal contratto di spedalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, cit., p. 176; Cass. Civ. Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 571, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

406DE MATTEIS, *La responsabilità i ambito sanitario*, cit., p. 570.

407DE MATTEIS, *La responsabilità i ambito sanitario*, cit., p. 570, nota 52. L'A. precisa che la relazione trilatera intercorre tra pazienti, Strutture sanitarie e Pubblica Amministrazione. Quest'ultima, <<come stipulante a favore degli utenti del Ssn, si obbliga a remunerare prestazioni e servizi sanitari che le strutture a loro volta provvedono, assumendosi il correlativo obbligo, ad erogare a chi, in qualità di utente del Ssn, ne faccia richiesta>>.

408DE MATTEIS, *La responsabilità i ambito sanitario*, cit., p. 570, la quale sottolinea come l'eventuale previsione di un ticket a carico dell'utente non costituisce corrispettivo del servizio fruito e, pertanto, non muta la natura del contratto intercorrente tra struttura e paziente, che resta un <<contratto unilaterale>>.

409Cass. Civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

419. È appena il caso di ricordare che la sentenza 13533/2001, alla quale si è fatto riferimento, ha sancito un regime probatorio unico per tutte le azioni di cui all'art. 1453 c.c., in cui sul creditore grava la prova del titolo e della eventuale scadenza, ma non dell'inadempimento, oggetto di una mera allegazione. Tale regola è stata estesa anche all'inesatto adempimento.

### 2.3.1 L'art. 2236 c.c. nella prassi giurisprudenziale precedente il *revirement* operato dalla sentenza 13533/2001.

L'art. 2236 c.c. detta una norma che, per le prestazioni intellettuali che implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, esonera il professionista da responsabilità per colpa lieve.

Tale disposizione è stata fin dalla sua introduzione piuttosto dibattuta, anche in virtù della sua formulazione, che ha favorito l'elaborazione di molteplici interpretazioni<sup>410</sup>.

Da un'analisi letterale della stessa, sembrerebbe doversi ricavare una attenuazione della responsabilità del professionista nelle prestazioni di particolare difficoltà. Sostanzialmente, secondo questa impostazione, l'art. 2236 c.c. introdurrebbe una deroga al sistema generale di responsabilità, desumibile dagli artt. 1218 e 1176 c.c., che sarebbe giustificata dalla esigenza di assicurare la serenità del professionista, senza tuttavia tollerare gravi inerzie del medesimo<sup>411</sup>.

Detta ricostruzione, accompagnata ad una interpretazione originariamente ampia del concetto di speciale difficoltà, tale da abbracciare l'intera attività dei professionisti intellettuali<sup>412</sup>, finiva con l'assicurare una ingiustificata immunità al professionista stesso<sup>413</sup>. D'altra parte non si comprende la ragione per cui, proprio nelle prestazioni più difficili e delicate, dove il professionista dovrebbe impiegare la massima attenzione e cura, si dovrebbe esigere dal medesimo un grado di diligenza minore<sup>414</sup>.

---

410 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 147 ss.

411 FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, in FRANZONI (a cura di), *La responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna 2011, p. 62.

412 Questa tesi era sostenuta da chi ricollegava la speciale difficoltà alla incertezza dell'esito finale. In un primo momento anche la giurisprudenza aveva accolto un'interpretazione piuttosto ampia del detto presupposto, riferito a tutti gli interventi chirurgici, in quanto implicanti sempre problemi di una certa difficoltà, FACCIOLI *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 69, che a conferma di quanto detto richiama la sentenza Tribunale di Trani, 09 maggio, 1967, in *Diritto e giustizia*, 1968, 106.

413 Cfr. per riferimenti alla giurisprudenza e alla dottrina relativi all'orientamento più risalente, che <<ravvisava nell'art. 2236 c.c. una attenuazione della normale responsabilità">> D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., pp. 176 ss.

414 FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 62.

Sulla scorta di tali osservazioni una parte della dottrina ha ritenuto di scomporre il concetto di colpa in imprudenza, negligenza e imperizia, per limitare l'operatività del regime di responsabilità attenuato alla sola imperizia lieve<sup>415</sup>. Questa interpretazione, infatti, è stata considerata più coerente con il riferimento ai problemi tecnici di speciale difficoltà, che come tali esigono un livello di perizia particolarmente elevato. Secondo tale linea di pensiero l'art. 2236 c.c. consente in dette circostanze di mandare esente da responsabilità il professionista che abbia osservato un grado di perizia medio<sup>416</sup>.

All'impostazione da ultimo richiamata ha aderito una nota sentenza della Corte Costituzionale<sup>417</sup>, seguita successivamente anche dalle Corti di merito e di legittimità<sup>418</sup>, che, peraltro, hanno ristretto l'ambito di operatività dei problemi tecnici di speciale difficoltà.

In questo concetto, infatti, si sono fatte rientrare non più le prestazioni in genere del professionista intellettuale in quanto tali, ma solo quei casi <<eccezionali e straordinari>>, che non risultino sufficientemente studiati o sperimentati o per i quali la scienza medica abbia elaborato e discusso sistemi di diagnosi e terapie incompatibili tra loro<sup>419</sup>.

---

415FACCIOLI, *op. ult. cit.*, p. 63.

416CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 150.

417Corte Costituzionale, 28 novembre 1973, n. 166, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., degli articoli 589 e 42 del codice penale "i quali consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare". La Consulta ritiene di aderire a quell'orientamento che considera operante la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa solo in tema di perizia, che presenta contenuto e limiti circoscritti. La colpa grave, nella pronuncia in discorso, è quella <<derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione>>. Si precisa ulteriormente che con riferimento alla imperizia <<l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito>>, mentre per l'imprudenza e la negligenza <<ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità.>>

418Cass. Civ., Sez. III, 12 marzo 2013, n. 6093, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*; Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*; Cass. Civ., Sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., sez. III, 10 maggio 2000, n. 5945, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>

419Cass. Civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*; Cass. Civ., sez. III, 10 maggio 2000, n. 5945, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 26 marzo 1990, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; le parole virgolettate nel testo sono di Cass. Civ., 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giustizia civile*, 1975, I, 1389 richiamata da FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 65.

Si è osservato, inoltre, che la speciale difficoltà non può essere desunta dall'aleatorietà del risultato. Quest'ultima, infatti, non rappresenta un indice univoco e decisivo, perché potrebbe dipendere dalla patologia e non da mezzi e metodi di intervento, rispetto ai quali va valutato il grado di perizia e abilità richiesto<sup>420</sup>.

Altra questione che merita di essere menzionata, è quella relativa alla necessità di verificare la sussistenza del presupposto in parola in astratto o in concreto, ovvero tenendo conto dei mezzi a disposizione del medico, nonché della sua preparazione e grado di specializzazione<sup>421</sup>.

La prevalente dottrina sembra orientata in questo secondo senso, con la precisazione che il più elevato grado di abilità o capacità professionale debba risultare oggettivizzato in un titolo o in una qualifica specifica<sup>422</sup>. Per converso, un livello di preparazione e abilità inferiore alla media non inciderebbe sulla valutazione, non potendo l'inettitudine del professionista giocare a suo favore, a discapito della salute dell'assistito<sup>423</sup>.

Nella giurisprudenza non è dato ritrovare frequente riferimento alle circostanze del caso concreto nella valutazione della speciale difficoltà. Tuttavia, alcune recenti pronunce mostrano di attribuire rilievo alle caratteristiche della struttura in cui è prestato il servizio<sup>424</sup> e alla <<peculiare specializzazione>> del medico<sup>425</sup>. Si afferma, infatti, che quanto più alto sarà il livello di specializzazione, tanto più la responsabilità dovrà essere esaminata con rigore e ciò *a fortiori* quando il

---

420Cass. Civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*, relativa ad un caso di omessa diagnosi di una malformazione. La Corte cassa la sentenza di merito che aveva qualificato come di speciale difficoltà l'esame ecografico in ragione dell'incertezza del risultato della stessa, quand'anche correttamente svolta. I giudici di legittimità, infatti, osservano come aleatorietà e difficoltà della prestazione non siano concetti coincidenti. Ben potrebbe aversi, infatti, una prestazione particolarmente agevole, come la somministrazione di farmaci, il cui risultato sia tuttavia incerto. Cfr. FACCIOLO, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 67.

421FACCIOLO, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 71.

422FACCIOLO, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, cit., p. 71.

423FACCIOLO, *Op. ult.cit.*, p. 72.

424Cass. 28 settembre 2009, n. 20790, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione; Cass. Civ., Sez.III, 13 aprile 2007, n. 8826*, cit.

425Cass. Civ., Sez.III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.; Cass. Civ., Sez.III, 09 ottobre 2012, n. 17143, in <http://phuris-cedam.utetgiuridica.it>: <<La difficoltà dell'intervento e la diligenza del professionista vanno valutate in concreto, rapportandole al livello di specializzazione del professionista e alle strutture tecniche a sua disposizione [...]>>.

professionista sia considerato <<tra i migliori del settore>><sup>426</sup>.

### 2.3.1.1 (...segue) il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella distribuzione degli oneri probatori.

Prima che intervenisse il *revirement* giurisprudenziale in punto di prova dell'inesatto adempimento<sup>427</sup>, il principio per cui nelle obbligazioni di mezzi la colpa era considerata tema di prova a carico del creditore, aveva portato ad una applicazione dell'art. 2236 c.c. che, di fatto, ripristinava a favore del professionista intellettuale quella immunità che in via ermeneutica si era cercato di arginare<sup>428</sup>.

Infatti, l'orientamento consolidato, a fronte della prova da parte del professionista della difficoltà della prestazione, faceva gravare sul paziente la prova dello specifico grave errore commesso dal primo, in quanto integrante l'inesatto adempimento<sup>429</sup>.

È evidente che in tale situazione la posizione processuale del paziente risultava particolarmente gravosa. Lo stesso, non essendo un esperto del settore, incorreva in intuibili difficoltà nella individuazione e prova dello specifico errore tecnico e delle modalità di esecuzione dell'atto terapeutico<sup>430</sup>.

In tale contesto, la giurisprudenza ha tentato di alleggerire il carico probatorio gravante sul creditore, fondando sulla distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione, un regime probatorio diversificato.

Segnatamente, come noto, per gli interventi c.d. di *routine*, caratterizzati da un grado minimo di aleatorietà, tale per cui all'osservanza dell'ordinaria diligenza professionale consegue normalmente un esito favorevole dell'intervento, l'onere probatorio subiva una attenuazione a favore del paziente<sup>431</sup>.

---

426Sempre Cass. Civ., Sez.III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.; naturalmente, come già rilevato in dottrina, l'inadeguata preparazione del medico non assume alcun rilievo ai fini della valutazione della speciale difficoltà: <<il professionista medico-chirurgo risponde anche per colpa lieve, quando per omissione di diligenza o per inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione d'un intervento operatorio o di una terapia medica>>. Nel caso di specie un medico chirurgo, con esperienza in ortopedia, aveva effettuato un intervento che richiedeva una esperienza di neurochirurgia, dal quale era derivata una paralisi al paziente.

427Operato dalla sentenza Cass. civ., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

428CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 152.

429CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 152.

430CERDONIO CHIAROMONTE, *ult.op.cit.*, p. 154.

431PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giurisprudenza civile*

Quest'ultimo, infatti, in caso di esito infausto dell'operazione poteva giovare della presunzione di inadeguata e negligente esecuzione della prestazione, gravando sul medico la prova contraria.

A tal proposito si deve rilevare che la giurisprudenza, ai fini della prova liberatoria, non sembrava ritenere sufficiente la dimostrazione da parte dell'operatore sanitario di aver osservato la diligenza richiesta. La gran parte delle pronunce esigeva, infatti, la prova dello specifico fattore esterno, imprevedibile e inevitabile, che avesse determinato l'insuccesso dell'intervento<sup>432</sup>.

Il rigore della prova liberatoria nel senso appena indicato, ha indotto alcuni autori a ritenere che la suddetta presunzione avesse, di fatto, trasformato l'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato<sup>433</sup>. Solo in quest'ultima, invero, il debitore è tenuto a dimostrare la causa estranea, bastando nelle obbligazioni di mezzi la prova del comportamento diligente.

Una voce dottrinale ha osservato, però, che l'operare della presunzione semplice non muterebbe il contenuto dell'obbligazione da mezzi in risultato<sup>434</sup>. Nelle ipotesi di interventi di *routine* con esito peggiorativo verrebbe in considerazione unicamente un problema di prova in concreto, che avrebbe rilievo sul piano processuale, non sostanziale del rapporto. Infatti, in questo tipo di operazioni il creditore, di fronte ad un risultato pregiudizievole, ben difficilmente potrebbe convincere il giudice in ordine al difetto di negligenza, se non provando la causa estranea<sup>435</sup>. Ciò dipenderebbe dall'alto grado di persuasività che, in simili

---

*commentata*, 2007, parte seconda, p. 446, che a titolo esemplificativo richiama gli interventi ortopedici semplici (come l'ingessatura di un arto); l'esecuzione di un parto cesareo; l'impianto di capelli artificiali; l'intervento di liposuzione; la somministrazione di un'anestesia; l'applicazione di un catetere; gli interventi odontoiatrici; (si rinvia alle note 7-13 del citato articolo per la relativa giurisprudenza).

432Cass. Civ., Sez. III, 16 novembre 1988, n. 6220, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, che richiede al professionista la prova dell'evento sopravvenuto, imprevisto e imprevedibile, oppure della <<preesistenza di una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con l'ordinaria diligenza professionale>>; Cass. Civ., Sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro italiano*, 1979, I, 4.

433D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, cit., p. 180 ss.; PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., p. 446; Cfr. Tribunale di Monza, 15 marzo 2006, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

434CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 158 ss.

435CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., p. 158-159.



casi, presenta il risultato dannoso circa l'inadeguata condotta del debitore.

### **2.3.2 (...segue) L'irrilevanza dell'art. 2236 c.c. ai fini del riparto dell'onere della prova nella prassi giurisprudenziale successiva alla sentenza 13533/2001.**

L'orientamento sopra richiamato, che sull'art. 2236 c.c. fondava la bipartizione tra interventi di facile e di difficile esecuzione, cui conseguiva una diversa distribuzione dell'onere della prova, ha subito un ribaltamento a seguito del mutato indirizzo di legittimità in punto di prova dell'inesatto adempimento. La affermazione del principio dell'allegazione dell'inadempimento da parte del creditore ha annullato il rilievo della suddetta distinzione, quale criterio di riparto probatorio<sup>436</sup>. Infatti, il paziente potrà limitarsi in ogni caso, a prescindere dal tipo di intervento, a provare <<l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie>><sup>437</sup>.

Nonostante, per quanto sopra detto, la funzione in campo probatorio dell'art. 2236 c.c. risulti fortemente ridimensionata, una voce dottrinale ha giustamente evidenziato che la categoria degli interventi routinari conserva uno spazio di operatività tutt'altro che marginale.

A ben vedere, se è vero che in questo tipo di prestazioni il minimo, quasi assente, livello di rischio determina una correlazione tra corretta esecuzione ed esito favorevole, ben sarà possibile per la giurisprudenza continuare a fare ricorso a presunzioni semplici di negligenza. Ne deriva che la prova dell'esatto adempimento a carico del medico risulterà certamente più gravosa rispetto a tutte le altre prestazioni mediche<sup>438</sup>.

Infine, sembra doveroso ricordare come il ruolo della disposizione in esame nella valutazione della responsabilità, per le prestazioni implicantì la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, non sia certo venuto meno.

Con riguardo a tale profilo la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare che la

---

436Come afferma espressamente Cass. Civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, cit.

437Cass. Civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, cit.

438CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale*, cit., pp. 160 ss.

prova della particolare difficoltà grava sul professionista e che il creditore, non solo non è tenuto a dimostrare la colpa grave, ma non deve neppure allegarla. La mancanza della stessa o la sua non qualificabilità in termini di gravità costituisce, infatti, tema di prova a carico del debitore che si voglia giovare della limitazione di responsabilità, di cui all'art. 2236 c.c.<sup>439</sup>

## **2.4 La prova del nesso di causa: notazioni preliminari sulla categoria giuridica.**

Una delle questioni più controverse in ambito di responsabilità medica è certamente rappresentata dal riparto dell'onere della prova relativo al nesso di causalità. Alla ricognizione dell'attuale assetto probatorio sul punto, sembra opportuno premettere una breve e sommaria disamina di alcuni aspetti essenziali sul nesso di causa.

Il tema di per sé presenta notevoli profili problematici, anche in considerazione del fatto che il nostro codice, pur contemplando o presupponendo tale categoria giuridica in diverse disposizioni, non fornisce una definizione, né criteri per la sua determinazione<sup>440</sup>.

### **2.4.1 (...segue) Causalità materiale e causalità giuridica.**

La dottrina civilistica ha approfondito e sviluppato l'argomento per lo più nell'ambito dell'illecito aquiliano, con l'elaborazione di criteri e modelli di causalità, che presentano interferenze e punti in comune con il sistema penale<sup>441</sup>.

Innanzitutto, il prevalente orientamento, nel sistema della responsabilità civile, distingue la causalità materiale, o di fatto, dalla causalità giuridica. La prima individua il collegamento tra la condotta e l'evento di danno<sup>442</sup>, la seconda, invece,

---

439 Cass. Civ., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, cit.

440 SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna, 2011, pp. 101 ss.

441 ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, p. 38.

442 Che nell'illecito aquiliano è la lesione dell'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, il danno ingiusto inteso come <<clausola generale di responsabilità>>, FRANZONI, *L'illecito*, in FRANZONI (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 55 ss.

designa le conseguenze pregiudizievoli riferibili all'evento di danno medesimo<sup>443</sup>. Pertanto, i due concetti di causalità rispondono a due diverse finalità. La causalità materiale riguarda l'*an* del risarcimento, consentendo di imputare un determinato fatto ad un soggetto; la causalità giuridica attiene, invece, al *quantum*, consentendo di definire l'entità del danno risarcibile<sup>444</sup>.

#### **2.4.2 (...segue) L'applicazione in materia civile dei principi penalistici che regolano la causalità di fatto.**

La scomposizione del rapporto di causalità nei termini sopra indicati, impedisce una ricostruzione unitaria della figura<sup>445</sup>.

È stato autorevolmente sostenuto che, nonostante la comunanza di alcune regole giuridiche, fondate su massime di esperienza, sulla regolarità statistica o su leggi scientifiche, il giudizio relativo alle due causalità va condotto sulla base di diverse norme giuridiche<sup>446</sup>. Quello sulla causalità di fatto andrebbe risolto alla stregua degli artt. 40 e 41 c.p.; quello sulla causalità giuridica sarebbe disciplinato dall'art. 1223 c.c.<sup>447</sup>

Pur essendo quella appena delineata la ricostruzione più diffusa, sembra doveroso ricordare un orientamento, che considera diversamente i due concetti di causalità. La prima, ovvero la causalità materiale individuerebbe il rapporto tra ogni comportamento antecedente che abbia contribuito a cagionare l'evento e l'evento stesso. La seconda, ovvero la causalità giuridica, individuerebbe, tra i vari fattori causali, quelli rilevanti per il diritto, in quanto idonei da soli a determinare l'evento<sup>448</sup>.

---

443 FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 56; Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 16 gennaio, 2009, n. 975, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*; Tribunale di Terni, 02 luglio 2010, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

444 FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 57; SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 103.

445 FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 61.

446 FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 61.

447 FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 58. L'A. richiama la nota sentenza sul caso Meroni, Cass. Civ., Sezioni Unite, 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 1, c. 680, che ha impostato il problema del rapporto di causalità proprio nei termini esposti. In tal senso anche Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

448 Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, pp. 33 ss.

In ogni caso, prescindendo da rilievi nominalistici, per entrambi gli orientamenti si rende necessario accertare il rapporto di causalità tra una determinata condotta e un evento di danno<sup>449</sup>.

A tal fine, come già anticipato, la tradizione giuridica ricorre alle disposizioni del codice penale relative al rapporto di causalità, secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza<sup>450</sup>.

Dall'art. 40 c.p. Si ricava il principio per cui un evento si considera prodotto da una determinata condotta se, mancando quest'ultima, il primo non si sarebbe verificato (principio c.d. della *condicio sine qua non*). Il successivo art. 41 c.p. sancisce l'equivalenza tra i vari fattori causali, precedenti, simultanei o sopravvenuti, salvo il temperamento, di cui al 2° comma, per cui la causa sopravvenuta, che sia stata <<da sola sufficiente a determinare l'evento>><sup>451</sup>, interrompe il nesso eziologico<sup>452</sup>.

È evidente che le norme citate non risolvono il problema ermeneutico del nesso di causa. Al fine di stabilire se un determinato evento possa essere messo in relazione con una condotta, la dottrina ha pertanto fatto ricorso a leggi scientifiche, universali o statistiche, dette leggi generali di copertura<sup>453</sup>, nonché a massime di esperienza<sup>454</sup>.

Chiaramente non è questa la sede per approfondire il tema, tuttavia sembra

---

449 SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 105.

450 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, cit., <<Si deve quindi ritenere che i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla "regolarità causale", in assenza di altre norme dell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza>>.

451 Art. 41 c.p.

452 FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 77.

453 DONATO-MESSINA, SPINNATO, *Diritto penale, Manuale breve*, Milano, 2012.

454 <<Un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica - "legge di copertura" -, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi "del tipo" di quello verificatosi in concreto>>, Cass. Pen., Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328, pubblicata in varie riviste tra cui *Foro italiano*, 2002, II, c. 601.

465. A tal proposito si parla anche di regolarità causale, per alludere alla teoria secondo la quale un soggetto può essere chiamato a rispondere di un determinato evento solo se quest'ultimo viene in rilievo come conseguenza prevedibile della condotta dell'agente. Più precisamente l'evento deve risultare prevedibile in astratto, sulla base di una valutazione *ex ante*, alla stregua di regole scientifiche o statistiche, Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

doveroso ricordare che in passato la giurisprudenza penale era divisa tra chi riteneva sufficiente un grado di probabilità medio-basso e chi esigeva un grado di probabilità prossimo alla certezza. Le Sezioni Unite penali, con la nota sentenza Franzese<sup>455</sup> hanno risolto il contrasto, delineando un “terzo orientamento”<sup>456</sup>. La Corte, infatti, ha statuito il principio dell'elevato o <<alto grado di probabilità logica credibilità razionale>>, che esige una certezza non oggettiva, ma processuale. A tal fine il riferimento a generalizzate regole di esperienza o a dati statistici risulta necessario, ma non sufficiente, dovendo la validità degli stessi essere verificata nel caso concreto, in base alle circostanze del fatto<sup>457</sup>. Queste ultime devono essere tali da escludere <<l'intervento di un diverso e alternativo decorso causale>><sup>458</sup>.

Il Supremo Collegio ha precisato inoltre che un insufficiente o contraddittorio riscontro probatorio della ricostruzione del nesso causale prospettata dall'accusa non potrebbe che condurre ad un esito assolutorio. Infatti, l'efficacia condizionante della condotta del soggetto deve potersi affermare <<oltre il ragionevole dubbio>><sup>459</sup>.

#### **2.4.2.1 (...segue) La necessità di adeguare i principi penalistici alle peculiarità del sistema di responsabilità civile.**

A seguito del celebre intervento di legittimità gli interpreti si sono interrogati sulla estensibilità dei suddetti principi di diritto in ambito civilistico<sup>460</sup>. In effetti una trasposizione <<acritica ed automatica>> degli stessi non sembrava sostenibile<sup>461</sup>, stante la diversità dei valori in gioco nel processo civile rispetto a quello penale, nonché la diversità di funzioni dei medesimi. L'uno ruotando intorno alla figura del danneggiato, mira ad assicurare l'integrale ristoro del danno, l'altro, incentrato sull'autore del reato, mira a sanzionarne la condotta,

---

455 Cass. Pen., Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328, cit.

456 SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 1078.

457 Cass. Pen., Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328, cit.

458 Cass. Pen., Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328, cit.

459 Cass. Pen., Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328, cit.

460 SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 107.

461 SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 108.

tramite applicazione di una pena che deve avere una funzione rieducativa<sup>462</sup>.

A tal proposito risulta di estremo interesse l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite Civili, che hanno confermato la necessità di far riferimento anche in materia civile ai principi generali sul nesso di causa di derivazione penalistica, opportunamente adeguati alle particolarità del sistema di responsabilità civile<sup>463</sup>.

Con specifico riferimento all'impianto logico delineato dalla citata Sentenza Franzese<sup>464</sup>, la Cassazione si è discostata dal medesimo solo con riferimento al punto in cui è richiesta una certezza processuale "oltre il ragionevole dubbio", sottolineando che tale regola probatoria, essenziale presidio del valore supremo della libertà nel processo penale, non opera in quello civile, dove vige la diversa regola della <<preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non">><sup>465</sup>.

A sostegno di tale assunto la Corte richiama anche alcune pronunce della Corte di Giustizia, orientate a favore di un accertamento del nesso di causalità necessariamente poggiato su logiche di tipo probabilistico<sup>466</sup>.

Per il resto le Sezioni Unite civili<sup>467</sup> enucleano dei principi che si pongono perfettamente in linea con quanto enunciato dalla giurisprudenza penale.

Invero, il Collegio afferma la necessità di fondare lo standard di "certezza probabilistica", su leggi statistiche o massime di esperienza, considerate non in astratto (<<c.d. probabilità quantitativa>>), ma verificate in base ad elementi che ne confermino l'attendibilità nel caso concreto (<<c.d. probabilità logica>>)<sup>468</sup>.

### 2.4.3 La prova del nesso eziologico nella responsabilità medica.

Come noto, l'evoluzione che negli ultimi anni ha interessato il settore della

---

462 FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 88.

463 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

464 Cass. Pen., Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328, cit.

465 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, cit. Su tale punto la Corte si pone in linea con alcune sentenze di legittimità espressive di quell'orientamento favorevole a sostituire il criterio della certezza dell'efficienza causale della condotta, con quello della probabilità. In altre parole, secondo tale impostazione il nesso deve ritenersi sussistente quando l'azione correttamente svolta <<avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili probabilità di successo>>: Cass. Civ., Sez. III, 04 marzo 2004, n. 4400, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997, *ivi*.

466 CGCE, Sezione III, 13 luglio 2006, causa C-295/04, in *Obbligazioni e Contratti*, f. 8-9, pp.709 ss.; CGCE 15 febbraio 2005, n. 12, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze CE e CEDU*.

467 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

468 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

responsabilità medica evidenzia una costante tendenza ad un rafforzamento della tutela del danneggiato.

Tale percorso, iniziato negli anni Settanta, tramite l'alleggerimento del carico probatorio del paziente nelle ipotesi di interventi routinari, è proseguito fino a sollevare il medesimo dalla prova dell'inesatta esecuzione in tutte le prestazioni sanitarie, a prescindere dal grado di difficoltà delle stesse<sup>469</sup>.

Questo mutato assetto probatorio, in un primo momento, non aveva riguardato il nesso causale tra condotta ed evento di danno, la cui prova, per consolidata giurisprudenza, si faceva gravare sul danneggiato<sup>470</sup>.

Tuttavia, alcune recenti pronunce hanno apparentemente decretato un superamento del tradizionale orientamento in materia.

In particolare, con una celebre sentenza, relativa ad un caso di danno da emotrasfusione, le Sezioni Unite si sono discostate dal consolidato indirizzo, ritenuto un residuo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, che, nell'ottica del Supremo Collegio, se può conservare una valenza descrittiva, deve ormai considerarsi priva di alcuna legittimazione teorica e utilità pratica<sup>471</sup>.

Più precisamente, la Corte ha enunciato il principio per cui il danneggiato deve limitarsi a provare la fonte del proprio diritto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e ad allegare un inadempimento del debitore, che sia <<astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato>><sup>472</sup>. Non, quindi, un qualunque inadempimento, ma un inadempimento <<per così dire, qualificato>><sup>473</sup>.

Per converso il debitore è stato gravato della prova dell'esatta esecuzione della prestazione o della mancata efficienza causale del proprio inadempimento<sup>474</sup>.

Lungo le direttrici segnate dalla sentenza ora richiamata, si sono poste

---

469 FACCIOLO, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, in *La responsabilità civile*, 2012, 5, 333.

470 Cass. Civ., 18 aprile 2005, n. 7997, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2005, n. 22894, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*; Cass. Civ., Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*.

471 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, cit. (per un esame più approfondito sul punto si rinvia al Cap.III).

472 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2008, p. 871.

473 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

474 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

alcune successive pronunce, che hanno considerato il criterio di riparto fissato dalle Sezioni Unite conforme al principio di vicinanza della prova e <<dogmaticamente ineccepibile>><sup>475</sup>.

Nello stesso senso sembra orientata una più recente pronuncia di legittimità, che, seppure con un percorso argomentativo diversamente articolato, conferma il principio per cui il danneggiato deve limitarsi a provare il contratto e l'evento lesivo subito<sup>476</sup>. Sostiene la Corte che, essendosi l'evento di danno verificato in seguito allo svolgimento della prestazione medica, la sua dimostrazione integra la prova della causalità materiale, intesa in senso naturalistico o fattuale<sup>477</sup>. Al contrario, la prova di un fattore idoneo ad elidere il rilievo causale della prestazione atterrebbe al diverso piano della causalità giuridica e sarebbe a carico del debitore<sup>478</sup>.

Dalla lettura delle massime relative alle sentenze citate emerge, come si è appena notato, l'adesione ad un'impostazione che esonera il paziente dalla prova del nesso di causalità. Come sempre, quando ci si trova a confrontarsi con principi espressi in massime estrapolate da ben più complessi percorsi argomentativi, occorre domandarsi se le stesse risultino veramente espressive di principi suscettibili di una applicazione generalizzata o se, piuttosto, vadano contestualizzate e lette alla luce del caso di specie.

A ben vedere, nelle fattispecie sottese alle decisioni richiamate il nesso di causalità risulta provato, quanto meno per presunzioni, e suffragato da elementi di fatto che appaiono idonei a ricondurre l'evento di danno alla prestazione sanitaria svolta.

Un indirizzo interpretativo<sup>479</sup> ha rilevato un ulteriore profilo di specialità

---

475 Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538, in *La Responsabilità civile*, 10, pp. 665 ss.

476 <<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>> Cass. Civ. Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, cit. p. 33.

477 Secondo la Corte sarebbe pacifico che l'esecuzione del rapporto curativo si sia inserita nella serie causale che ha determinato l'evento di danno. La sentenza in oggetto, infatti, aderisce ad una accezione di causalità materiale di tipo naturalistico, diversa da quella sostenuta dalla prevalente dottrina. Sul punto si rinvia al § 2.4.1 di questo capitolo.

478 Cass. Civ. Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, cit., p. 34.

479 In Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, cit., il paziente aveva contratto l'epatite. La Corte sottolinea come, secondo i principi generali in tema di riparto probatorio



delle decisioni favorevoli a sollevare il paziente dalla prova del nesso.

Si è notato, invero, che nelle medesime veniva in considerazione la responsabilità della struttura sanitaria (per inadeguatezza dei mezzi o per infezioni nosocomiali) e, quindi, il contratto c.d. di ospedalità, autonomo e diverso da quello d'opera intellettuale intercorrente con il medico<sup>480</sup>.

Si è osservato, in particolare, che porre a carico del medico la prova della irrilevanza eziologica della propria condotta, significherebbe attribuire allo stesso il rischio della causa ignota e, quindi, una responsabilità di tipo oggettivo, tipica dell'impresa, ma incompatibile con lo statuto del professionista intellettuale<sup>481</sup>. Non sembra, infatti, potersi dubitare del rilievo che, in questo settore, assume l'aspetto soggettivo nella valutazione dell'esatto adempimento<sup>482</sup>. Per converso, una forma di responsabilità di tipo oggettivo sembrerebbe ben più adatta all'ente ospedaliero. Quest'ultimo, infatti, «attraverso criteri di organizzazione imprenditoriale, potrebbe essere in grado di prevenire i rischi tipici connessi alle attività che si svolgono al suo interno»<sup>483</sup>.

---

nell'inadempimento contrattuale, sarebbe spettato al debitore provare l'esatto adempimento, ovvero che non era stato trasfuso sangue infetto.

491. In mancanza di questa prova non sembra potersi negare, in effetti, che il contagio risulti riconducibile all'inadempimento della struttura sanitaria, che potrà liberarsi da responsabilità solo provando l'interruzione del nesso eziologico.

492. In Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, cit., il paziente si era rivolto alla struttura sanitaria con forti dolori nella regione inguinale sinistra e una tumefazione. Dopo essersi recato più volte all'ospedale, in diversi giorni, lo stesso era stato ricoverato e sottoposto ad una serie di controlli ed esami, non idonei a rilevare l'infezione in corso. Innanzitutto l'inadempimento risulta dagli atti, come rileva la stessa Corte («il giudice del rinvio riesaminerà la vicenda assumendo che la struttura ospedaliera perugina non ha tenuto un comportamento diligente [...]»). In secondo luogo, dalle circostanze fattuali sembra potersi desumere l'esistenza del nesso eziologico.

480 DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in BELVEDERE e RIONDATO, *Le responsabilità in medicina*, in RODOTÀ e ZATTI, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, pp. 172 ss.; Tribunale di Rovereto, Sez. I, 02 agosto 2008, cit.

481 BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2012, p. 405.

482 MEMMO, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, cit., p. 899, la quale individua il fondamento normativo di tale assunto nell'art. 2236 c.c.; COMPORI, *Relazione alla tavola rotonda sulla colpa professionale*, in VISINTINI, (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 1988, p. 340, «La responsabilità del professionista va mantenuta nell'ambito del sistema di responsabilità soggettiva per colpa [...] si tratta di settori in cui prevale l'attività personale ed intellettuale dell'uomo, che, pertanto è opportuno non disciplinare con regole di responsabilità oggettiva, che meglio si adattano all'organizzazione spersonalizzata, alle attività di massa, agli accadimenti di pericolo, ai danni alle cose».

483 BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*, in

Alla luce delle riflessioni svolte, sembra opportuno ridimensionare la portata dell'orientamento in parola. D'altra parte numerose sono le pronunce che, dopo aver circoscritto l'ambito di applicazione del medesimo, se ne distaccano, per continuare ad affermare il criterio di riparto tradizionale, che vede il danneggiato gravato della prova del nesso eziologico<sup>484</sup>.

Resta ferma la possibilità di fornire la prova del nesso eziologico per presunzioni, in quanto strumento del tutto conforme ai principi generali e, segnatamente, alle ordinarie regole probatorie<sup>485</sup>.

Muovendo da detto assunto, una corrente di pensiero osserva come la distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione -che, come noto, sotto il profilo della distribuzione della prova dell'inadempimento ha perso il suo ruolo- possa essere recuperata sul diverso piano del nesso causale<sup>486</sup>.

Alcuni autori hanno, peraltro, puntualizzato come ai fini del discorso sopra svolto rilevi non tanto il carattere facile o difficile della prestazione, quanto la natura routinaria della stessa, che sia tale da escludere o ridurre al minimo il margine di rischio<sup>487</sup>. In effetti, nell'intervento di *routine* il rispetto delle regole dell'arte assicura normalmente il conseguimento del risultato sperato, il che consente di

---

*Danno e responsabilità*, 4, 2012, p. 405; CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., P. 42.

484 Cass. Civ., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743, in *CED Cassazione*, 2009; Cass. Civ., Sez. III, 29 agosto 2013, n. 19873, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*; Tribunale di Rovereto, Sez. I, 02 agosto 2008, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*; Tribunale di Bologna, Sez. III, 10 gennaio 2011, in *Nuova Giurisprudenza civile*, 2011, 10, 1005, con nota di FACCIOTTI.

485 LEPRE, *Responsabilità del medico e della casa di cura in virtù dei principi sulla responsabilità contrattuale nei confronti del paziente*, in *Giurisprudenza di merito*, 1, 2009, p. 114; Cfr. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giustizia civile*, 2010, 10, p. 2227.

486 LEPRE, *Responsabilità del medico e della casa di cura in virtù dei principi sulla responsabilità contrattuale nei confronti del paziente*, cit., p. 115.

487 CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, cit., p. 161. Anche la giurisprudenza distingue nettamente il concetto di difficoltà da quello di aleatorietà della prestazione: si veda ad esempio Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 cit.; PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., p. 450, osserva che le prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e gli interventi di facile esecuzione, (nel senso in cui sono intesi dalla giurisprudenza, ovvero quelli <<nei quali l'esito negativo può dipendere solo dall'errore medico>>), <<non sembrano appartenere a categorie specularmente omogenee>>. Per spiegare tale osservazione l'Autore richiama, a titolo di esempio, il campo dei grandi interventi chirurgici o quello della terapia oncologica, dove, sul piano della perizia, la speciale difficoltà può mancare del tutto, ma sicuramente non può parlarsi di elevata probabilità del risultato atteso.

presumere che l'esito infausto sia causalmente collegato ad una errata esecuzione della prestazione<sup>488</sup>.

Analogo discorso potrebbe farsi in ipotesi diverse da quelle propriamente routinarie, quando da un intervento sia derivato un aggravamento dello stato di salute e, quindi, un insuccesso, rispetto a ciò che nel caso concreto<sup>489</sup> era lecito attendersi da una corretta esecuzione della prestazione.

I criteri appena indicati si inseriscono perfettamente nel sistema elaborato dalla giurisprudenza in tema di rapporto di causalità. Come si è avuto modo di vedere, infatti, la Corte di Cassazione<sup>490</sup> da un lato afferma che nel processo civile vige la regola del “più probabile che non”<sup>491</sup>; dall'altro chiarisce che tale standard di <<certezza probabilistica>> non può essere ancorato a cristallizzati dati quantitativi e statistici, poiché questi devono essere verificati nel caso concreto.

Da ciò consegue che anche a fronte di probabilità statistiche medio-basse, ma corroborate dal materiale probatorio, che -sempre secondo il criterio del più probabile che non- escluda l'incidenza di cause alternative nel caso di specie, potrà essere affermata la sussistenza del nesso eziologico<sup>492</sup>.

Per converso, pur in presenza di una legge di copertura universale, il nesso causale non potrà essere aprioristicamente affermato, dovendo comunque risultare confermato sulla base <<dell'evidenza disponibile>><sup>493</sup>.

#### **2.4.3.1 (...segue) omissioni o inesattezze nella tenuta della cartella clinica e presunzione del nesso di causalità.**

Dopo aver fatto riferimento al diffuso orientamento che, nelle ipotesi di

---

488 In tal senso Tribunale di Terni, 02 luglio 2010, in *De Jure: Archivio: Sentenze Tribunale*, che addossa la prova del nesso di causalità al danneggiato, affermando, però, l'insuccesso di un intervento di *routine* o con alte probabilità di successo implichi di per sé prova del nesso; Cass. Civ., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, cit.

489 Tenendo conto della patologia, delle condizioni e dell'età del paziente, dell'attuale stato della scienza.

490 v. per tutte Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

491 Cfr. Tribunale di Terni, 02 luglio 2010, cit., che ritiene possibile, ai fini della prova del nesso, il ricorso alla suddetta presunzione proprio in quanto <<tale nesso, in ambito civilistico, consiste nella relazione probabilistica completa tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alle regole della normalità causale, del “più probabile che non”>>.

492 Cfr. Tribunale di Rovereto, Sez. I, 02 agosto 2008, cit.

493 Tribunale di Rovereto, Sez. I, 02 agosto 2008, cit.

interventi con alte probabilità di successo, ricorre alla presunzione ai fini della prova del nesso, sembra doveroso osservare come, spesso, la giurisprudenza applichi tale ragionamento inferenziale ai casi di omissioni o inesattezze nella tenuta della cartella clinica, mostrandosi così particolarmente severa nei confronti del professionista<sup>494</sup>.

Più precisamente, in diverse decisioni, risulta affermata l'efficienza causale della condotta del medico nella produzione dell'evento lesivo, anche quando l'interferenza di fattori alternativi risulti, in astratto, "più probabile che non", ma, in concreto, non possa essere accertata, a causa della lacunosa tenuta della cartella clinica<sup>495</sup>.

Ritiene, infatti, la Corte che, anche in virtù del principio di vicinanza della prova, la mancanza di tali dati non possa essere invocata da chi abbia dato luogo alla carenza stessa, per di più in danno di chi vanti un diritto a quella prestazione sanitaria<sup>496</sup>.

L'indirizzo giurisprudenziale in parola è stato oggetto di critica, in quanto ritenuto privo di fondamento normativo ed eccessivamente rigoroso per il medico, che si trova a rispondere di un evento lesivo sulla base di una mera supposizione<sup>497</sup>. Non si comprenderebbe, infatti, quale sia la massima di

---

494 FACCIOLI, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, cit., p. 334.

495 Cass. Civ., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 3847, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*; Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538, in *La responsabilità civile*, 10, pp. 665 ss.; Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 13 settembre 2000, n. 12103, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

496 Cass. Civ., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 3847, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 13 settembre 2000, n. 12103, cit.

497 ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, cit., p. 2227, sottolinea come la prova presuntiva non possa consistere in una mera illazione, <<come avverrebbe se dall'avverarsi di un determinato fatto noto si traesse, sempre e comunque, la prova del fatto ignorato.>>; FACCIOLI, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, cit., pp. 336 ss., si mostra perplesso in generale sull'utilizzo di presunzioni giurisprudenziali dirette a determinare un'inversione dell'onere della prova della colpevolezza del medico e del nesso di causa. L'A. critica, infatti, tali meccanismi, sia sotto il profilo del fondamento dogmatico, che delle conseguenze pratiche. Lo stesso, inoltre, svolge un interessante raffronto con le regole elaborate in materia da alcuni ordinamenti stranieri, dove le regole seguite risultano più rigorose. Tra questi, per esempio, l'A. osserva che la giurisprudenza tedesca, in tema di responsabilità medica, ammette inversioni dell'onere della prova della causalità nel caso di errore grossolano e, quindi di particolare gravità, astrattamente idoneo a cagionare eventi lesivi

esperienza o la legge di copertura che consenta di desumere, in via presuntiva, la sussistenza del nesso dalla difettosa tenuta della cartella clinica. Quest'ultimo rappresenta un indizio, che non sembra, invero, dotato dei requisiti della gravità, precisione e concordanza, richiesti dall'art. 2729 c.c.. Ne consegue che il fatto da provare risulta <<ipotizzato e presupposto>> piuttosto che accertato<sup>498</sup>.

Si è osservato, inoltre, come la innegabile sussistenza di un obbligo di collaborazione processuale e di “chiarimento” in capo al medico, che deve porre a disposizione della controparte tutti i documenti relativi allo svolgimento del rapporto curativo, non possa condurre ad inversioni dei carichi di prova stabiliti dalla legge<sup>499</sup>.

Con riguardo a simili meccanismi, una corrente dottrinale ha coniato la locuzione <<presunzioni giurisprudenziali>>, per riferirsi ad un fenomeno che presenta più punti di contatto con le presunzioni legali, che con le presunzioni semplici, giudiziali, contemplate dall'art. 2729 c.c.<sup>500</sup>. Queste ultime, infatti, sono strumenti di convincimento del giudice, al quale, nel rispetto di determinati presupposti (gravità-precisione e concordanza delle presunzioni) è consentito ricavare da un fatto direttamente provato (o comunque noto), un fatto ignoto.

Diversamente, le presunzioni giurisprudenziali determinano una modificazione degli oneri probatori, al pari di quelle legali.<sup>501</sup> L'attributo “giurisprudenziali” deriva proprio dalla circostanza che si tratta di presunzioni, che non risultano create dal legislatore, ma dal giudice, in deroga alle norme che stabiliscono una

---

del tipo di quello verificatosi.

498 Cfr. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 737.

499 FACCIOLO, *L'onere della prova del nesso di causalità nella responsabilità medica: la situazione italiana e uno sguardo all'Europa*, cit., p. 335; che rinvia a ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, cit., p. 2227, <<certo, l'omessa tenuta della cartella clinica è fatto grave che potrebbe rilevare penalmente e disciplinarmente, ma appare azzardato trarre da questa negligenza la prova automatica del nesso causale. Sarebbe come dire, *mutatis mutandis*, che l'avvocato il quale rediga l'atto di citazione in modo trascurato e incompleto debba rispondere sempre e comunque nei confronti del cliente per la soccombenza nella lite, quand'anche la domanda non avesse avuto alcuna possibilità di essere accolta>>.

500 VERDE, *L'inversione dell'onere della prova nel processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p.720; TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 254 ss.;

501 CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. III, Torino, 2013, p. 150.

determinata allocazione della prova<sup>502</sup>. In difetto di una norma di legge che preveda siffatto potere discrezionale, risultano comprensibili i dubbi sollevati in dottrina nei confronti di siffatti meccanismi<sup>503</sup>.

In tale contesto un ruolo di non poco conto è rivestito dal principio di prossimità della prova, che ormai, nelle elaborazioni giurisprudenziali, assurge a principio ordinante del sistema.

Alla luce del diritto vivente, proteso, è risaputo, verso una protezione del paziente, non può non tenersi conto, nella allocazione degli oneri probatori, delle difficoltà in cui il medesimo incorre nell'accedere alla relativa fonte. Tuttavia, il *favor* per il danneggiato non può tradursi in un ingiustificato ed eccessivo sacrificio per il professionista, che verrebbe altrimenti ad assumere il ruolo di “<<garante>> della guarigione”<sup>504</sup>.

Così, innanzitutto, come si è avuto modo di osservare in precedenza<sup>505</sup>, il criterio di vicinanza della prova dovrà essere inteso in concreto e non in astratto, come sarebbe se se ne ricavasse sempre un'inversione degli oneri probatori a favore del paziente.

In effetti, ben può accadere che la fonte di prova di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento del nesso<sup>506</sup> sia nella disponibilità esclusiva del creditore<sup>507</sup>.

In secondo luogo, l'affermazione di responsabilità non potrà certo derivare da una regola inferenziale basata sulla mera scarsità dei dati disponibili, quanto piuttosto dal fatto che le lacune della cartella clinica non consentano il

---

502 TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., pp. 738 ss.

503 TARUFFO, *Op. ult. cit.*, p. 741.

504 OCCORSIO, *Cartella clinica e <<vicinanza>> della prova*, p. 1269.

505 Cap. III, § 5.3.

506 Quali eventuali interventi subiti in precedenza, condizioni patologiche pregresse etc.

507 A tal proposito risulta emblematica la Sentenza del Tribunale di Bologna, Sez. III, 10 gennaio, 2011, cit., in cui una paziente, sottoposta ad un intervento di embolizzazione di fibromi uterini, lamentava, tra gli altri danni alla salute, la irrimediabile compromissione della capacità riproduttiva. Il Tribunale rigetta la domanda risarcitoria, ritenendo non integrata la prova del nesso eziologico. L'attrice, infatti, non aveva messo a disposizione la documentazione attinente ad una interruzione volontaria della gravidanza, eseguita prima dell'intervento di embolizzazione e che veniva in rilievo come ben più probabile causa del danno lamentato. Afferma, pertanto, il Tribunale che <<da tale lacunosità istruttoria non possono ovviamente trarsi conclusioni sfavorevoli a carico dei convenuti, trattandosi di documentazione rientrante nella disponibilità esclusiva dell'attrice ed il cui contenuto avrebbe potuto fornire la prova sia delle condizioni di partenza della paziente, sia della riconducibilità causale, in tutto o in parte, della predetta compromissione funzionale-procreativa all'intervento di embolizzazione *de quo* anziché a situazioni patologiche pregresse non imputabili ai convenuti.>>

riconoscimento di un decorso causale alternativo. Resta ferma la necessità che la condotta del medico risulti causalmente riconducibile all'evento lesivo, in astratto e sulla base dell'evidenza disponibile, secondo lo standard del “più probabile che non”.

#### **2.4.4 Il risarcimento del danno da perdita di *chance* come rimedio alla logica del “tutto o niente” nelle ipotesi di causalità incerta: critica.**

Come emerge dalle problematiche affrontate nei paragrafi precedenti, la valutazione del nesso di causalità risulta particolarmente complessa. Ciò soprattutto nell'ambito della responsabilità medica, dove alla produzione dell'evento finale concorrono molteplici fattori, che rendono estremamente ardua la determinazione dell'apporto causale della prestazione sanitaria.<sup>508</sup>

Il giudizio si complica quando venga in considerazione una condotta omissiva del medico, come nel caso di omessa diagnosi, mancata prescrizione di una cura, o di ritardo nell'intervento. In questi casi, infatti, il nesso eziologico non esiste nella realtà fenomenica, ma sul piano esclusivamente ipotetico, e postula un giudizio controfattuale in cui alla omissione deve essere sostituita la condotta professionalmente corretta, ma omessa<sup>509</sup>. In altre parole occorre accertare se il comportamento dovuto avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

In questo contesto è agevole comprendere l'ampia fortuna e diffusione che ha avuto la teorica della *chance* nella prassi giudiziaria.

Il risarcimento del danno da perdita di *chance* rappresenta un punto di equilibrio tra l'esigenza di accordare tutela al danneggiato e quella di non addossare tutto il risarcimento del danno al medico, a fronte di basse probabilità di efficienza causale della sua condotta. La *chance*, infatti, consente di attenuare le conseguenze negative dell'incertezza causale e di sfuggire alla rigidità del c.d. “tutto o niente”, che appare particolarmente iniqua quando la prova del nesso non

---

508 Cfr. VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2013, pp. 581 ss.

509 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 583.

risulti integrata solo per poco<sup>510</sup>.

Di tali esigenze ha tenuto conto la giurisprudenza -come sempre improntata ad una logica di iper-tutela della parte debole- dando ingresso, nella responsabilità civile, alla teoria dell'aumento del rischio<sup>511</sup>.

Secondo tale impostazione, quando risulta accertata l'errata condotta del medico, in presenza di fattori di rischio, tale inadempimento aumenta le probabilità che l'esito negativo si produca. In una simile situazione, pur non essendo possibile imputare l'evento di danno all'operatore sanitario, si può affermare che questi abbia pregiudicato le *chances* che il paziente aveva di conseguire un risultato utile<sup>512</sup>.

In tale ottica, la *chance* viene in considerazione come <<concreta ed effettiva possibilità di conseguire un risultato favorevole>>, e, quindi, come <<entità patrimoniale a sé stante>> e non come mera aspettativa di fatto<sup>513</sup>. La probabilità, da concetto astratto, viene trasformata in bene giuridico, divenendo oggetto di tutela<sup>514</sup>.

In questo modo l'accertamento verterà, non più sulla relazione causale tra condotta del medico e lesione dell'integrità fisica, bensì su quella tra la prima e la lesione della *chance*, di più semplice dimostrazione<sup>515</sup>.

---

510 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 584.

511 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 588, critico sul punto, rileva l'assenza di fondamento positivo della teoria dell'aumento del rischio nel nostro ordinamento. L'A. ritiene che in base alle regole tradizionali e ai principi che informano tutto il sistema della responsabilità civile, se l'illecito risulta provato in tutti i suoi elementi, compreso il nesso di causa, sorge il diritto al risarcimento. In caso contrario non si ha diritto a niente, non essendoci spazio nel nostro ordinamento per <<forme di responsabilità c.d. "proporzionali">>.

512 Cass. Civ., Sez. III, 04 marzo 2004, n. 4400, cit.

526. Cfr. BELVEDERE, *La perdita di chance*, in BELVEDERE-RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in RODOTÀ-ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 268, che osserva che ne deriva una responsabilità sganciata dalla imputabilità del danno, perché <<si ritiene risarcibile (anche solo parzialmente) il danno anche quando l'evento dannoso non sia imputabile al presunto responsabile, secondo i criteri causalistici [di legge]>>.

513 Cass. Civ., Sez. III, 04 marzo 2004, n. 4400, cit.

514 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 588, parla di <<reificazione>> delle probabilità che vengono <<entificate e diventano beni appartenenti al patrimonio del soggetto, acquistabili, tutelabili, distruttibili e dunque risarcibili>>; BELVEDERE, *La perdita di chance*, cit., p. 269.

515 FACCI, *Il danno da perdita di chance nelle attività sanitarie*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna, 2011, p. 142 e ss. L'Autore richiama, a titolo



Non è chiaro, tuttavia, quale sia la misura di probabilità necessaria affinché la *chance* assuma rilievo e giuridica consistenza<sup>516</sup>.

Alcune pronunce considerano esistente la *chance* anche in presenza di gradi di probabilità minimi, assumendo che questi ultimi rilevino solo sul piano della quantificazione del risarcimento<sup>517</sup>. Altre decisioni, invece, ritengono necessaria, ai fini della configurabilità stessa della *chance*, un'alta probabilità di conseguire un determinato vantaggio<sup>518</sup>.

Con riferimento al primo orientamento, una parte della dottrina ha messo in luce notevoli profili problematici -di tipo pratico e teorico- che presenta la figura in esame, costruita al di fuori di solide basi giuridiche, per far fronte ad esigenze "giustizialiste"<sup>519</sup>. La stessa, infatti, è stata elaborata come rimedio per accordare un risarcimento al paziente tutte le volte in cui la determinazione dell'efficienza causale di un (accertato) errore medico non raggiunga la soglia delle probabilità giuridicamente rilevanti<sup>520</sup>.

Spostando l'attenzione dalla lesione dell'integrità fisica o della vita, alla lesione della mera possibilità di guarigione, si elimina, di fatto, il problema della causalità. Infatti, una probabilità, sia pure in percentuale minima, di guarigione o

---

esemplificativo, casi in cui il paziente lamenta la perdita di una *chance* di sopravvivenza, di guarigione, di una miglior qualità della vita residua o di vivere alcune settimane o mesi in più.

516 BELVEDERE, *La perdita di chance*, cit., p. 268.

517 Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2011, n. 12961, in *La Responsabilità civile*, 5, 2012, p. 339, secondo la quale «<l'idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la [...] consecuzione [del vantaggio] è [...] rilevante soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa>> ; Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, p. 291,

518 Tribunale di Trieste, 04 ottobre 2011, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> considera «<risarcibile quale "perdita di chance" il danno cagionato al paziente affetto da una patologia (che ne avrebbe comunque determinato il decesso), per esser stato lo stesso privato di alcuni mesi di esistenza in ragione della ritardata diagnosi della patologia medesima, solo ove sia altamente probabile (secondo leggi scientifiche) che, in caso di diagnosi tempestiva, l'aspettativa di vita sarebbe stata maggiore. >>

533. Si deve trattare, in ogni caso, di una probabilità che non consenta di affermare la sussistenza del nesso tra condotta ed evento lesivo (morte, peggioramento delle condizioni di salute, insorgenza di una patologia), perché in tal caso il risarcimento sarebbe pieno.

519 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., pp. 584 ss.

520 FACCI, *Il danno da perdita di chance nelle attività sanitarie*, cit., p. 143; VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 584.

di migliore evoluzione della malattia può sempre sussistere<sup>521</sup>. Ne deriva che ad ogni colpa medica seguirà un danno e, quindi, una responsabilità<sup>522</sup>.

Ancora una volta, si determina una dilatazione dell'area del danno risarcibile smisurata, perché disancorata dai principi cardine del sistema della responsabilità civile. Infatti, l'obbligazione risarcitoria sorge automaticamente in conseguenza dell'errore medico, a prescindere da un accertamento e sulla base di una presunzione, che difficilmente il professionista potrà vincere. Quest'ultimo, infatti, dovrebbe fornire la prova della impossibilità di aver pregiudicato una qualsiasi *chance* di guarigione<sup>523</sup>.

Di fatto, si costruisce un modello di responsabilità, che si colloca fuori dal sistema, quale surrogato di quello ordinario.

Le riflessioni appena svolte conducono a rifiutare la teoria della perdita di *chance* nei termini esposti. Tuttavia, appare doveroso fare alcune ulteriori osservazioni.

Non si può negare che, in alcuni casi, la difettosa prestazione medica, pur non rappresentando causa del decesso o del peggioramento della malattia -che avrebbe in ogni caso seguito il suo corso- possa cagionare danni di diverso tipo al paziente.

Più precisamente, ciò avviene quando, in ipotesi, l'omessa diagnosi abbia impedito di eseguire un intervento che avrebbe rallentato lo sviluppo della patologia o avrebbe alleviato i dolori o ridotto alcune conseguenze negative, assicurando una migliore qualità della vita all'assistito o, ancora, avrebbe

---

521 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 591.

537. Tale discorso appare inconfindabile con riferimento ad una *chance* fondata sulla mera possibilità. Tuttavia, a ben vedere, anche qualora dovesse innalzarsi il livello di probabilità necessario per la configurabilità di una sua lesione, la *chance* resterebbe pur sempre un espediente per garantire un risarcimento quando in base alle ordinarie regole sulla causalità giuridica nulla spetterebbe.

522 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., pp. 587 afferma significativamente: «l'equazione è semplice e lineare: se vi è colpa, deve esserci un danno risarcibile». Cfr. IZZO, *Il tramonto di un <<sottosistema>> della r.c: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e responsabilità*, 2, 2005, p. 137: «detto brutalmente: se mancherà la diligenza, il danno inevitabilmente seguirà».

523 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 587.

allontanato, anche solo di alcune settimane o pochi mesi, l'evento infausto<sup>524</sup>.

Della meritevolezza di tali interessi non sembra potersi dubitare, ma, allo stesso modo, non vi è regione per ritenere che la risarcibilità della loro lesione debba passare attraverso la figura della perdita di *chance*<sup>525</sup>. Tutti i danni richiamati, invero, attengono alla vasta area del diritto alla salute; proprio quest'ultimo deve essere considerato come oggetto della lesione e non la evanescente possibilità o probabilità di guarigione<sup>526</sup>.

Di conseguenza, una ricostruzione coerente e armonica con tutto il sistema, dovrebbe subordinare la risarcibilità di tali eventi lesivi all'accertamento della causalità materiale, *in primis*, e di quella giuridica, poi, secondo gli ordinari criteri di legge<sup>527</sup>.

In questo modo, da un lato, i suddetti interessi non sarebbero lasciati sprovvisti di tutela, dall'altro, si garantirebbe il professionista da una soccombenza, che, nella impostazione criticata, appariva inevitabile e predeterminata, a causa della applicazione eccessivamente elastica (o, meglio, della disapplicazione) delle norme di legge in materia e, soprattutto, di quelle in punto di causalità.

#### **2.4.5 Violazione dell'obbligo informativo e risarcimento del danno: la prova del nesso eziologico.**

Tra i doveri gravanti sul professionista intellettuale sono annoverabili gli obblighi informativi. Detti obblighi in ambito medico assumono fondamentale importanza, in quanto sono funzionali ad acquisire quel consenso, c.d. informato, che costituisce fondamento e legittimazione del trattamento sanitario<sup>528</sup>. In mancanza di tale consenso, infatti, l'intervento del medico risulta arbitrario e illecito, salvo che si versi in una ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio o che

---

524 BELVEDERE, *La perdita di chance*, cit., p. 273.

525 BELVEDERE, *La perdita di chance*, cit., p. 273; VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 592 ss.

526 VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, cit., p. 592.

527 VIAZZI, *op. ult. cit.*, p. 592.

528 Cass. Civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984, in *Danno e responsabilità*, 7, 2013, p. 744.

ricorra lo stato di necessità<sup>529</sup>.

Come noto, affinché il consenso risulti validamente prestato, deve essere personale (salvo i casi di incapacità di intendere e di volere), reale ed effettivo, specifico<sup>530</sup> e manifesto e, se possibile, attuale<sup>531</sup>.

Perché tale consenso sia realmente libero e consapevole, deve, com'è naturale, essere preceduto da una informazione esaustiva e dettagliata sulla natura e le possibili conseguenze -certe o incerte, purché non anomale- dell'intervento, sui rischi e i benefici dello stesso, nonché sulle eventuali terapie alternative<sup>532</sup>.

In passato si discuteva intorno alla natura, precontrattuale, contrattuale o extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione di tali obblighi informativi. Oggi può ritenersi pacifico il suo inquadramento nell'ambito della responsabilità contrattuale. Secondo la consolidata giurisprudenza, infatti, gli obblighi informativi rientrano nella complessa prestazione che il medico si obbliga ad eseguire per effetto del concluso contratto di opera professionale<sup>533</sup>.

---

529 Cass. Civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984, cit., p. 744; Cfr. RICCIO, *Il consenso e l'autodeterminazione nell'attività sanitaria*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna, 2011, p. 243 ss.

530 L'adempimento dell'obbligo informativo non può desumersi dalla sottoscrizione di moduli del tutto generici, privi di riferimenti personalizzati in ordine ai rischi ed alle conseguenze dell'intervento, alla natura ed al tipo di operazione da praticare: Cass. Civ., Sez. III, 24 ottobre 2013, n. 24109, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 09 dicembre 2010, n. 24853, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Tribunale di Cesena, 06 agosto 2007, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

531 Non può pertanto essere presunto, come si ricava da Cass. Civ., Sez. III, 7 novembre 2012, n. 20984, cit., in cui un soggetto (medico) si era sottoposto ad un trattamento sanitario, correttamente eseguito, dal quale erano derivate conseguenze negative, normali e prevedibili, ma su cui il paziente stesso lamentava di non essere stato informato. La Corte territoriale, ritenendo tali complicanze iatrogene <<presumibilmente>> rientranti nella sfera di conoscenza del paziente, quale medico, considera il consenso validamente prestato, in quanto fondato su una completa (presunta) consapevolezza dei rischi clinici. La Cassazione cassa la sentenza, affermando che il consenso debba essere pienamente consapevole e tale consapevolezza deve essere effettiva, non può essere presunta.

532 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte Costituzionale*. Cfr. SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., p. 132, osserva che l'informazione dovrebbe essere <<il più possibile chiara, comprensibile, esaustiva e globale, ovvero estesa ad ogni fase dell'intervento (diagnostica, terapeutica, assistenziale)>>. L'A. sottolinea, inoltre, come la corretta osservanza di tale obbligo riduca l'asimmetria informativa tra paziente e medico, dovuta al carattere tecnico della prestazione e alla estraneità del malato alle conoscenze del settore.

533 Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2011, n. 11005, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it> sottolinea che il contratto d'opera professionale si conclude tra paziente e medico, quando quest'ultimo, su richiesta del primo,

Da ciò discende che, innanzi tutto, in conformità delle consuete norme in materia, dell'esatto adempimento deve dare prova il medico. In secondo luogo, il professionista medesimo sarà ritenuto inadempiente in caso di omessa informazione, indipendentemente dalla correttezza nell'esecuzione della prestazione sanitaria.

Se tale approdo risulta da tempo raggiunto nelle elaborazioni giurisprudenziali, meno chiara risultava, prima di alcuni importanti arresti sul tema, la questione relativa ai singoli pregiudizi risarcibili e, soprattutto, ai relativi oneri probatori.

Un primo indirizzo<sup>534</sup>, che può considerarsi superato, riteneva che la violazione degli obblighi informativi attribuisse il diritto al risarcimento del danno solo in caso di lesione alla salute del paziente<sup>535</sup>. Secondo tale impostazione, infatti, attribuendo rilievo della mera lesione del diritto all'autodeterminazione si sarebbe vanificata la funzione riparatoria della responsabilità civile, che esclude la risarcibilità del c.d. danno evento (ovvero di quel danno coincidente con la lesione dell'interesse protetto).

Un diverso indirizzo, oggi tendenzialmente unanime, afferma la risarcibilità della lesione del diritto all'autodeterminazione, anche quando non ne siano derivate conseguenze valutabili sul piano dell'integrità psico-fisica. La configurabilità di un danno evento sarebbe, infatti, scongiurata dall'onere per il cliente di fornire la prova specifica dei pregiudizi effettivamente subiti.

---

accetta di svolgere la propria attività in relazione al caso prospettato. Tale attività si scinde in due fasi; la prima, preliminare e diagnostica, in cui il medico analizza i sintomi e la seconda, terapeutica o di intervento chirurgico. Naturalmente, tra la prima e la seconda fase si inseriscono gli obblighi informativi del medico in ordine a natura e rischi dell'intervento, che pertanto, evidentemente, risultano compresi a pieno titolo nella complessa prestazione.

550. FACCIOTTI, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2011, 10, p. 1005, osserva che l'obbligo di informazione, da accessorio e preliminare, è passato ad essere considerato obbligo dotato di autonoma valenza contrattuale, in quanto scaturente da un rapporto tra medico e paziente già instaurato; BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, p. 25 nota che la giurisprudenza considera ormai da tempo l'obbligo di preventiva informazione come <<parte integrante del rapporto obbligatorio derivante dalla conclusione del contratto>>, in quanto funzionale all'esercizio di diritti di rango costituzionale.

534 GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 41.

535 Naturalmente il danno alla salute considerato è quello che si sostanzia nelle conseguenze pregiudizievoli di un intervento correttamente eseguito e, quindi, fisiologiche o comunque non derivanti da errori professionali, ma non comunicate al paziente.

A tal proposito assume rilievo decisivo una recente pronuncia della Corte Costituzionale, che ha definito il consenso informato come diritto della persona, individuandone le basi normative nell'art. 2 Cost., che ne tutela i diritti fondamentali, negli articoli 13 e 32 Cost. -che sanciscono, rispettivamente, l'inviolabilità della libertà personale e il divieto di trattamenti sanitari obbligatori, che non siano stabiliti dalla legge- nonché in numerose fonti nazionali ed internazionali<sup>536</sup>.

Dalle norme poste a fondamento del consenso informato la Suprema Corte evince la sua funzione di <<sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute>><sup>537</sup>. Infatti, il Giudice delle leggi rileva che, se è vero che ogni individuo ha diritto ad essere curato, è altresì vero che lo stesso ha diritto a ricevere tutte le informazioni propedeutiche ad una consapevole adesione al trattamento sanitario proposto. È evidente, infatti, che il diritto all'informazione è funzionale all'esercizio del diritto di libertà di autodeterminazione<sup>538</sup>.

Dalla configurazione del diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute come diritto distinto da quello alla salute stessa<sup>539</sup>, deriva la autonoma risarcibilità della sua lesione. Così, nelle ipotesi di intervento eseguito nel rispetto delle *leges artis* e dei protocolli e conclusosi con esito fausto, la

---

536 Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte Costituzionale*. Tra le fonti internazionali, in particolare, la Corte richiama: l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo (firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176); L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145); l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000). Tra le fonti nazionali vengono invece richiamate alcune leggi che disciplinano specifiche attività mediche e che prevedono la necessità che il paziente sia messo a conoscenza del percorso terapeutico cui va incontro: l'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), l'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale).

537 Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, cit.

538 Cfr. BUSI, *La violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: il danno risarcibile, i soggetti responsabili*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, Parte prima, p. 755.

539 RICCIO, *Il consenso e l'autodeterminazione nell'attività sanitaria*, cit., p. 249, sottolinea, quale aspetto saliente della sentenza in esame, proprio il fatto che <<per la prima volta il Giudice delle leggi affermi l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso.>>

omessa o inadeguata informazione (che rende il consenso informato non validamente prestato) obbliga il medico al risarcimento dei danni, anche in assenza di una lesione alla salute<sup>540</sup>.

Tale opzione interpretativa si pone perfettamente in linea con le pronunce di legittimità che riconoscono piena tutela risarcitoria ai diritti fondamentali della persona di rango costituzionale<sup>541</sup>, affermando il diritto del danneggiato alla integrale riparazione di tutti i danni, patrimoniali, non patrimoniali<sup>542</sup> e da perdita di *chance*<sup>543</sup>.

Passando ad analizzare il tema degli obblighi informativi sotto il profilo degli oneri probatori, si osserva fin d'ora che la questione che ha posto maggiori problemi è quella inerente alla prova del nesso di causalità tra omessa informazione e danno.

A tal riguardo, infatti, occorre domandarsi, *in primis*, su quale delle parti gravi il relativo onere probatorio, e, in un secondo momento, quale sia il contenuto della prova.

Con riferimento al primo quesito, la costante e consolidata giurisprudenza individua nel creditore il soggetto gravato della prova del nesso di causalità tra

---

540 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cfr. RICCIO, *Il consenso e l'autodeterminazione nell'attività sanitaria*, cit., pp. 269 ss.

541 Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 in *Corriere giuridico*, 2009, 1, p. 48, secondo la quale il danno non patrimoniale è risarcibile in tutti i casi di lesione di valori della persona costituzionalmente protetti, non potendo il legislatore ordinario rifiutare -stante l'inviolabilità di detti diritti- la riparazione mediante indennizzo (quale forma minima di tutela). La celebre sentenza chiarisce, inoltre, che il danno non patrimoniale rappresenta una categoria ampia ed onnicomprensiva, nell'ambito della quale il danno biologico, il danno morale e quello c.d. esistenziale, risultano privi di autonoma valenza ontologica e, quindi, risarcitoria. Tuttavia, il giudice nella valutazione del danno, dovrà tenere conto dei vari pregiudizi, sia pure in funzione meramente descrittiva, al fine di assicurare l'integrale riparazione.

559. Nella pronuncia si precisa, inoltre, che il danno non patrimoniale può derivare anche dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale.

542 La Corte, nella citata sentenza Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, cit., pone importanti limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale. Infatti il Collegio precisa che, innanzi tutto, la lesione dell'interesse deve essere grave, nel senso che l'offesa deve superare una soglia minima di tollerabilità. In secondo luogo, la Corte stessa chiarisce che il danno deve essere non futile, non potendo consistere in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità.

543 A differenza della *chance* oggetto di esame nel precedente paragrafo (§ 2.4.4), dove la figura giuridica ivi criticata veniva in considerazione nella fase relativa all'accertamento della causalità materiale (ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p.), in questo caso la *chance* viene in rilievo come pregiudizio conseguente alla lesione del diritto all'autodeterminazione. Pertanto la fase è quella successiva della causalità giuridica, ex. art. 1223 c.c.

omessa informazione e danno<sup>544</sup>.

Quanto al contenuto della prova, in via preliminare si osserva che alcun dubbio sussiste in ordine alla necessità di dimostrare che il pregiudizio sia causalmente connesso all'intervento (necessario e correttamente eseguito), rappresentando tale circostanza presupposto di tutto il successivo accertamento<sup>545</sup>.

Il problema della causalità si pone, piuttosto, in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico -per non aver informato il paziente- ed esecuzione dell'atto terapeutico<sup>546</sup>. In altri termini, occorre stabilire se il medico debba rispondere dei danni per il solo fatto di non aver informato l'assistito o se occorre, altresì, accertare che il paziente, ove informato, non si sarebbe sottoposto all'intervento<sup>547</sup>.

Come per ogni accertamento del rapporto di causalità, si rende necessario procedere al c.d. giudizio controfattuale, che impone di rispondere al quesito se, mentalmente eliminata la condotta omessa e sostituita dal comportamento doveroso, l'evento lesivo si sarebbe, o non, verificato.

Per una esposizione più chiara, sembra opportuno operare un distinguo tra i danni alla salute e tutti gli altri pregiudizi, compresi nell'ampia categoria del danno non patrimoniale.

Questi ultimi si concretano nella sofferenza e nel turbamento che derivano al paziente dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate, perché non prospettate dal medico<sup>548</sup>.

Con riferimento a questo tipo di danno non patrimoniale sembra possibile

---

544 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>: Tale allocazione della prova risulta coerente con quell'orientamento che afferma la regola generale per cui al creditore che alleggi l'inadempimento e pretenda di essere risarcito compete la prova del nesso di causalità. Tuttavia, tale regola, come si è notato in precedenza, risulta oggi parzialmente smentita da una Sentenza a Sezioni Unite, in tema di risarcimento del danno da emotrasfusioni. (si rinvia al § 2.4.3)

545 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit.

546 Questo è il quesito di diritto su cui si è soffermata la Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit.

547 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit.

548 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit., che, peraltro, confermando quanto espresso dalle celebri sentenze gemelle richiamate precedentemente (Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, pubblicate in diverse riviste tra cui, *Rivista di diritto civile*, 2009, I, p. 97, con nota di BUSNELLI), prevede, come condizione di risarcibilità del danno non patrimoniale, che sia superata una certa soglia di gravità dell'offesa e di serietà del pregiudizio.



affermare la sussistenza del nesso, sulla base del quesito sopra posto dal giudizio controfattuale. In effetti, si può dire che, se il medico avesse correttamente informato il paziente, quest'ultimo non avrebbe subito quel turbamento dovuto alla mancata preparazione psicologica, consapevolezza o preventiva accettazione di eventuali esiti sgradevoli<sup>549</sup>.

Diversamente, con riguardo ai danni alla salute, la risposta non può essere immediata, imponendosi un passaggio ulteriore. Infatti, il pregiudizio alla salute è determinato, senza colpa di alcuno, direttamente dall'intervento; non sembra possibile affermare che la adeguata informazione avrebbe scongiurato lo stato patologico verificatosi. Solo la non esecuzione dell'operazione lo avrebbe invero evitato.

Conseguentemente, in tal caso, la valutazione controfattuale conduce ad attestare la sussistenza del nesso di causalità solo se risulta che il paziente, ove compiutamente informato, avrebbe rifiutato l'atto terapeutico<sup>550</sup>.

In conclusione, sembra potersi affermare che solo in relazione ai danni alla salute la sussistenza del nesso eziologico presuppone la prova che l'assistito non si sarebbe sottoposto all'intervento, se fosse stato informato.

Per le altre conseguenze pregiudizievoli non risulta necessaria questa ulteriore prova. Sembrerebbe sufficiente, infatti, dimostrare che, se il paziente fosse stato reso edotto dei possibili esiti sgradevoli, sarebbe stato messo in condizione di accettarli preventivamente e di prepararsi psicologicamente e, pertanto, non avrebbe subito il trauma sofferto<sup>551</sup>.

---

549 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit. anche se, nonostante la compiuta informazione, il paziente dovesse patire un turbamento, il medico non sarebbe tenuto a risarcire alcunché sotto l'aspetto del difetto di informazione.

550 Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit. <<Anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio; mentre la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e quindi senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato>> (corsivo e sottoneature aggiunte);

551 Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, cit., a tal riguardo sottolinea come non sarebbe idoneo a contrastare le esposte conclusioni il riferimento alla <<prevalenza del bene "vita" o del bene "salute", rispetto ad altri possibili interessi.>> Infatti una valutazione

## 2.5 La prova dell'esatto adempimento e il problema della causa ignota.

Come più volte rilevato, nelle cause di responsabilità medica il paziente deve dimostrare l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia per effetto dell'intervento, restando a carico del medico la prova che la prestazione sia stata eseguita con la dovuta diligenza e che l'esito peggiorativo sia stato determinato da un evento imprevedibile<sup>552</sup>.

Il problema che si pone all'interprete è quello di definire l'esatto contenuto di tale ultima prova. Occorre, infatti, stabilire se il debitore possa limitarsi a provare la diligenza spiegata nella esecuzione della prestazione o se, al contrario, lo stesso sia tenuto a fornire la ben più difficile prova dello specifico fattore causale che ha prodotto l'esito infausto.

A tal fine, una corrente di pensiero fa riferimento alla distinzione mezzi-risultato, sul presupposto che la stessa, pur avendo perso ogni rilievo sul piano probatorio, conservi una sua utilità ai fini descrittivi.

Tale impostazione muove dall'assunto che nelle obbligazioni di comportamento, come quella del medico, il debitore ha il dovere di agire diligentemente in vista di uno scopo -coincidente con l'interesse finale del creditore- che resta fuori dell'oggetto dell'obbligazione. Pertanto, dal medico medesimo non potrebbe esigersi altra prova che quella di aver rispettato i canoni di diligenza, prudenza e perizia, nonché <<i>protocolli e le linee-guida più accreditate nel proprio settore di competenza>><sup>553</sup>. Una volta fornita tale dimostrazione, il creditore non potrebbe invocare l'art. 1218 c.c., pretendendo la prova della specifica causa impeditiva. Infatti tale norma presuppone un inadempimento, che non sussiste quando risulti provata la condotta diligente<sup>554</sup>.

---

comparativa di interessi facenti capo al medesimo soggetto non è operabile *ab externo*, in quanto la scelta di quale interesse tutelare e quale sacrificare compete solo al suo titolare, se capace. La nostra Costituzione, prosegue il Collegio, vede nella persona umana un <<valore etico in sé>>, sancendone il rispetto in ogni momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche, che orientano le sue determinazioni volitive.>>

552 Cass. Civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n.10297, in Foro It., 2005, 1, 2479.

553 Tribunale di Milano, 22 aprile 2008, in *Danno e responsabilità*, 12, 2008, p. 1270.

554 Tribunale di Milano, 22 aprile 2008, in *Danno e responsabilità*, cit., p. 1270.

Una corrente dottrinale ha giustamente rilevato come la varietà che connota le prestazioni sanitarie impedisca di dare una soluzione univoca al problema. In effetti, all'interno di tale vasta area di riferimento, è possibile distinguere prestazioni caratterizzate da diversi gradi di aleatorietà. Si è così ritenuto di individuare il discrimine della diversa modulazione della prova liberatoria proprio nell'incertezza del risultato<sup>555</sup>.

Più precisamente, si è osservato come nelle prestazioni dall'esito più incerto, il debitore, a fronte della prova del danno (peggioramento o mancato miglioramento delle condizioni di salute), abbia una duplice alternativa di difesa. Lo stesso potrebbe liberarsi mediante la prova dell'agire diligente oppure tramite quella della causa non imputabile<sup>556</sup>.

Al contrario, nelle prestazioni con elevate probabilità di successo e margini di rischio prossimi allo zero, il medico non potrà liberarsi che dimostrando il fatto imprevedibile e inevitabile che ha ostacolato la realizzazione del risultato convenuto<sup>557</sup>.

Il maggior rigore verso quest'ultimo ordine di ipotesi si spiega con la natura altamente vincolata delle prestazioni di *routine*, che, è risaputo, consentono di inferire la negligenza dal risultato fallimentare dell'atto terapeutico, <<con un grado di probabilità prossimo alla certezza>><sup>558</sup>. Tale presunzione, non potrebbe, di fatto, essere superata che con l'individuazione del fattore causale eccezionale.

Diversamente, nelle prestazioni dall'esito più incerto, in cui entrano in gioco molteplici fattori estranei alla sfera di controllo del debitore, la prova del danno induce a ritenere la sua derivazione causale da un errore medico, con un grado di probabilità molto più contenuto<sup>559</sup>. In una simile situazione risulta più semplice per il professionista convincere il giudice della correttezza del proprio operato e,

---

555 CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., pp. 40 ss.; IZZO, *Il tramonto di un <<sottosistema>> della r.c: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 148.

556 CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 40;

557 CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., 40; IZZO, *Il tramonto di un <<sottosistema>> della r.c: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 148.

558 CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 41.

559 È intuibile, infatti, come nel caso di rischio iatrogeno ineliminabile vi sia spazio per dimostrare che il danno si possa essere verificato anche in assenza di negligenza.

quindi dell'esatto adempimento, non rendendosi a tal fine necessaria l'individuazione della causa impeditiva<sup>560</sup>.

A tal proposito degno di nota è il pensiero di un Autore, il quale ha messo in luce come, di fatto, <<sia la scienza e non il diritto a scandire i tempi e i modi di applicazione della regola di cui si discorre>><sup>561</sup>. Infatti, il consolidamento dei ragionamenti presuntivi, applicati nelle ipotesi di interventi routinari, è reso possibile dal progresso della medicina, che consente di diminuire drasticamente il rischio iatrogeno e le percentuali di insuccesso<sup>562</sup>.

Dell'ipotesi ricostruttiva appena delineata è possibile rinvenire traccia nella casistica giurisprudenziale. In effetti, in molte decisioni in cui la prova del fatto impeditivo risulta posta a carico del medico, vengono in considerazione ipotesi di interventi routinari mal riusciti o ipotesi in cui risulta provata la condotta inadempiente<sup>563</sup>. È evidente che una volta accertato l'inadempimento, anche per presunzioni (come nel caso dell'intervento di *routine*), il debitore non possa andare esente da responsabilità se non provando il fattore eziologico, estraneo alla sua capacità di controllo.

Non sembra, invece, sostenibile una tesi che addossasse sistematicamente al convenuto la prova dell'evento non imputabile, a fronte della mera allegazione di parte attorea del danno derivato dall'intervento. Quando i fattori di rischio sono

---

560 Cfr. CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, cit., p. 42.

561 IZZO, *Il tramonto di un <<sottosistema>> della r.c: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 148.

562 IZZO, *Il tramonto di un <<sottosistema>> della r.c: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 147.

563 Tribunale di Bologna, Sez. II, 30 gennaio 2006, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>, riguardante un caso in cui era stata effettuata ad una paziente una iniezione, dalla quale era derivata la morte della stessa. Nello specifico risultava accertata la negligenza del medico, che non aveva tenuto conto dei dati anamnestici (da cui risultava una probabile allergia allo iodio), nonché la causalità tra l'iniezione e la conseguente patologia mortale. Pertanto, come naturale, il Giudice ha affermato che fosse a carico del medico l'onere di provare il fatto impreveduto e non imputabile; Tribunale di Monza, 15 marzo 2006, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>, relativo ad un caso di intervento per un'ernia al disco, inquadrata dal Giudice nell'ambito delle prestazioni mediche di facile esecuzione o di *routine*, in quanto effettuato <<tramite regole tecniche che, per comune consenso e consolidata sperimentazione, sono ormai acquisite alla scienza e alla pratica medica>>; Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>, relativo ad un intervento di settorinoplastica; Cass. Civ., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e responsabilità*, cit., pp. 33 ss., dove il rischio della causa ignota è posto a carico del debitore. Nel caso di specie risultava accertata la violazione del dovere di diligenza.

molteplici, infatti, imporre un simile onere al medico avrebbe l'effetto pratico di imputargli una automatica responsabilità, stante l'impossibilità, spesso, di individuare la specifica causa impeditiva<sup>564</sup>.

L'applicazione di una simile regola ad ambiti di rischio totalmente differenti appare, dunque, iniqua e idonea a creare squilibri nel sistema<sup>565</sup>.

### 3. La responsabilità dell'avvocato: note introduttive.

Dopo aver analizzato il riparto degli oneri probatori in materia di responsabilità medica, sembra opportuno e proficuo esaminare il settore della responsabilità forense, al fine di mettere in luce differenze, punti di contatto e comuni traiettorie evolutive.

In tempi ormai remoti, come noto, il carattere liberale della prestazione professionale veniva considerato ostativo della stessa configurabilità di un rapporto di tipo contrattuale tra avvocato e cliente<sup>566</sup>. Siffatta concezione affonda le sue radici nel diritto romano, nel quale le *operae liberales* non costituivano lavoro; le stesse non erano oggetto di contratto, né davano luogo ad obbligazioni<sup>567</sup>. Il codice civile del 1865 non prende posizione sulla natura delle prestazioni liberali, che vengono lasciate sprovviste di specifica disciplina.

Nel vigore del vecchio codice, parte consistente della dottrina sosteneva, in linea

---

564 IZZO, *Il tramonto di un <<sottosistema>> della r.c: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 148.

565 CARBONE E., *Verso lo statuto unico della responsabilità contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2008, p. 1332.

566 NOCCO, *La responsabilità civile dell'Avvocato*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2009, p. 302. Cfr. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., pp. 77 ss.

567 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., pp. 77 ss., il quale fa un *excursus* storico sulla disciplina romana delle professioni intellettuali. L'A. osserva che nell'ordinamento giuridico romano le *operae liberales*, come quelle degli esperti di diritto (*iuris prudentes*), venivano tradizionalmente svolte da uomini nati liberi, gratuitamente. Le stesse sfuggivano pertanto ad un inquadramento contrattuale e non costituivano oggetto di obbligazioni. Altre professioni intellettuali (come quella del medico o dell'architetto), abitualmente svolte da schiavi o da liberti, dietro pagamento di un prezzo, venivano invece inquadrate nello schema della *locatio operis*.

con la tradizione romanistica, che l'opera intellettuale non potesse essere oggetto di un contratto di locazione o di mandato<sup>568</sup>. Si rimarcava, infatti, la natura personale e insurrogabile della attività professionale, il cui compimento dipendeva da <<motivi interni insindacabili e rispettabili quanto la stessa coscienza, la stessa libertà>><sup>569</sup>. Le opere liberali erano considerate, peraltro, preziose e inestimabili, incompatibili con la pattuizione di un corrispettivo: l'eventuale compenso, infatti, non rappresentava un prezzo, ma un dono *-honorarium-* con cui il beneficiario esprimeva la propria riconoscenza<sup>570</sup>.

Questo orientamento si rifletteva nella giurisprudenza, che, fino all'entrata in vigore del vigente codice civile, qualificava la responsabilità del professionista come extracontrattuale<sup>571</sup>.

Solo il legislatore del 1942 introduce la nuova figura del contratto d'opera intellettuale, che, come autorevolmente rilevato, risente ancora della tradizione romanistica<sup>572</sup>. Tuttavia, nonostante tali influssi, il contratto d'opera professionale è classificabile, nel vigente ordinamento, come contratto consensuale, essenzialmente oneroso, a prestazioni corrispettive e a effetti obbligatori, poiché il professionista si obbliga ad eseguire una determinata prestazione e il cliente si obbliga a corrispondere il compenso pattuito<sup>573</sup>.

Il contenuto discrezionale della prestazione risulta particolarmente evidente nella attività forense. La scelta sui modi di attuazione dell'incarico e sulla linea tecnica difensiva, spetta al legale, il quale, naturalmente, è tenuto ad informare

---

568 La assimilazione dell'opera dell'avvocato a quella di un operaio era ritenuta offensiva del decoro della professione, MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 88.

569 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 88, che richiama PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni*, Torino, 1928, p. 470.

570 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 88.

571 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 89, al quale si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

572 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 90, nota tali influssi in varie disposizioni. In particolare l'A. richiama l'art. 2232 c.c. e lo confronta con il corrispondente art. 2224 c.c., dettato per il contratto d'opera professionale, che ai fini dell'adempimento richiede il rispetto delle pattuizioni contrattuali e delle regole dell'arte. L'art. 2232 c.c., invece, si limita a rimarcare la personalità della prestazione intellettuale, così dando rilievo al carattere discrezionale della stessa. L'A. sottolinea anche come l'art. 2233 c.c., nel disciplinare il compenso, faccia riferimento a parametri quali il decoro della professione, estranei alla logica mercantile e ai contratti di scambio.

573 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 91.

compiutamente il cliente, in ogni fase di espletamento della sua attività<sup>574</sup>.

Con specifico riferimento al contratto che l'avvocato stipula con il cliente, inoltre, accanto alle norme sul contratto d'opera intellettuale, di cui agli artt. 2229 ss., vengono in considerazione le norme sul mandato -artt. 1703 c.c. e ss- che si applicano in quanto compatibili con la funzione di rappresentanza tipicamente tecnico processuale demandata al difensore<sup>575</sup>.

### **3.1 La persistenza della dicotomia “mezzi-risultato” nella qualificazione delle prestazioni dell'avvocato.**

Nei capitoli precedenti si è dato conto del parziale superamento della distinzione obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, derivante da una serie di importanti pronunce di legittimità, che ne hanno escluso il fondamento normativo e la valenza dogmatica<sup>576</sup>.

Come si è avuto modo di vedere, tale impostazione ermeneutica si è riverberata soprattutto in ambito sanitario, dove all'esclusione di ogni valenza pratica della dicotomia è corrisposto l'assoggettamento di tutte le obbligazioni ad

---

574 AMENDOLAGINE, *La responsabilità professionale dell'avvocato nella casistica giurisprudenziale*, in *Il corriere giuridico*, 7, 2013, pp. 1003 e ss.; TRICOMI, *Responsabilità dell'avvocato nello svolgimento dell'attività professionale*, in *I contratti*, 11, 2011, p. 988.

575 Cass. Civ., Sez. II, 26 ottobre 1979, n. 5620, in *De Jure*, Archivio: *Massime*; Cass. Civ., Sez. II, 26 gennaio 1981, n. 579, in *De Jure*, Archivio: *Massime*, <<Dal mandato o procura alle liti - consistente nella dichiarazione ex art. 83 c.p.c. della parte (o di chi per essa) che investe della rappresentanza in giudizio il difensore - si distingue il rapporto interno tra quest'ultimo e la parte (o chi per essa), attinente al conferimento dell'incarico, il quale è soggetto alle norme di un ordinario mandato di diritto sostanziale, sicché cliente è, indipendentemente dalla provenienza della procura alle liti, colui che affida il patrocinio al legale e che, avendogli chiesto la prestazione della sua opera, è obbligato direttamente alla corresponsione del relativo compenso>>; Cass. Civ., Sez. III, 28 aprile 1994, n. 4044, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, p. 635 ss., in cui viene cassata la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità dell'avvocato, il quale si era astenuto dal compiere le attività necessarie ad evitare la prescrizione del diritto del suo cliente, ritenendo, a causa del silenzio prolungato del secondo, estinto il mandato. La Corte, in applicazione degli artt. 1724 e 1710 c.c., afferma la insufficienza del mero silenzio a determinare revoca del mandato e l'obbligo per il mandatario di interpellare formalmente il proprio mandante, in caso di incertezza, in ordine alla volontà di servirsi o meno della sua opera; Cass. Civ., Sez. II, 18 giugno 1996, n. 5617, in *Giur. It.*, 1997, I,1, 638; Cass. Civ., Sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, in *Il corriere giuridico*, 10, 2005, p. 1412. Cfr. VISINTINI, *Responsabilità dell'avvocato*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità*, II, *I singoli contratti*, Padova, 2009, cit., p. 611; AMENDOLAGINE, *La responsabilità professionale dell'avvocato nella casistica giurisprudenziale*, cit., pp. 1003 e ss.

576 Per tutte Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2008, p. 852.

un unico regime probatorio, in cui il creditore è dispensato dall'onere di provare l'inadempimento.

Se in campo sanitario rarissime, se non isolate, sono ormai le pronunce che ricorrono alla nota bipartizione, non altrettanto può dirsi per il settore forense.

In tale ambito la giurisprudenza afferma costantemente che le obbligazioni dell'avvocato sono di mezzi, salvo alcune eccezioni<sup>577</sup>.

Classico esempio di prestazione di risultato è rappresentato dall'attività di formulazione di un parere *pro veritate*, con cui il professionista si obbliga a fornire tutti gli elementi idonei a consentire al cliente una ponderata e consapevole decisione in ordine alla esperibilità di una azione<sup>578</sup>. La mancata prospettazione di una questione di fatto o di diritto a tal fine rilevante è stata pertanto ritenuta fonte di responsabilità per l'avvocato.

Anche la dottrina ha ravvisato alcune obbligazioni di risultato nell'ambito delle attività stragiudiziali di competenza del legale. Tali sono state ritenute, per esempio, le prestazioni consistenti nella redazione di un contratto<sup>579</sup> o di una lettera<sup>580</sup>, in quanto assimilate alla realizzazione di un *opus*. Tuttavia una perfetta assimilazione risulta impedita dalla innegabile prevalenza dell'apporto intellettuale insito nelle attività liberali, rispetto alla creazione di un manufatto<sup>581</sup>. Tale circostanza ha portato la Suprema Corte ad escludere l'applicabilità alle prestazioni intellettuali dell'art. 2226 c.c. che, in tema di contratto d'opera manuale, disciplina decadenza e prescrizione dell'azione di garanzia spettante al committente per vizi e difformità dell'opera<sup>582</sup>.

---

577 MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 97. L'Autore osserva come tali eccezioni siano state ritenute da alcuni autori tanto numerose da rendere ampiamente insufficiente la classificazione mezzi-risultato per le attività del professionista intellettuale, che non potrebbero essere ricondotte né all'una né all'altra categoria.

578 Cass. Civ., Sez. II, 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e responsabilità*, 3, 2003, p. 256.

579 NOCCO, *La responsabilità civile dell'Avvocato*, cit., p. 307, richiama un autore secondo il quale l'obbligazione in tal caso sarebbe di risultato, consistendo, almeno, nella <<corretta formulazione delle clausole dell'accordo, che debbono essere espresse in modo da essere idonee al raggiungimento di un "risultato giuridico" e, pertanto, essere immuni da invalidità ed inefficacia di qualsiasi natura>> (PISELLI, *La responsabilità civile*, in GARELLO, PISELLI, SCUTO (a cura di), *Le responsabilità dell'avvocato*, Milano, 2006, p. 15).

580 LEONARDI, *Responsabilità civile dell'avvocato: lavori in corso*, cit., p. 1249.

581 NOCCO, *La responsabilità civile dell'Avvocato*, cit., p. 306.

582 Cass. Civ. Sezioni Unite, 28 luglio 2005, n. 15781, in <http://www.pluriscedam.utetgiuridica.it>.



All'area delle obbligazioni di risultato vengono ricondotti anche gli obblighi informativi, di cui si tratterà nel prossimo paragrafo.

### 3.2 Gli obblighi di informazione del professionista.

Gli obblighi informativi a carico del professionista stanno assumendo una crescente importanza, per la centralità che, non solo in ambito medico, sta acquisendo il principio del <<consenso informato>>.

Il rilievo dei doveri informativi è intuibile, se si pone mente alla circostanza che nella normalità dei casi il cliente non è fornito delle conoscenze tecniche in materia<sup>583</sup>. Pertanto, gli stessi sono funzionali a mettere il cliente medesimo in condizione di comprendere i reali termini della situazione, così da valutare consapevolmente l'opportunità di una eventuale azione.

Il dovere di informazione discende dal più generale dovere di diligenza, di cui all'art. 1176 c.c., da leggere in combinato disposto con l'art. 1375 c.c., che impone l'obbligo di buona fede<sup>584</sup>. Ne deriva che il professionista, nell'espone il problema giuridico, dovrà tener conto delle condizioni soggettive del suo cliente, del grado culturale del medesimo, per adeguare la modalità di informazione al suo interlocutore<sup>585</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha messo in luce come l'obbligo di assolvere ai detti obblighi informativi sussista dal momento del conferimento dell'incarico e per tutto lo svolgimento del rapporto<sup>586</sup>.

Più precisamente, in una prima fase l'avvocato deve individuare lo scopo

---

583 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 76.

584 LEONARDI, *Responsabilità civile dell'avvocato: lavori in corso*, cit., p. 1250; Cfr. MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 427.; Tribunale Di Roma, 07 giugno 2007, in *De Jure: Archivio: Sentenze Tribunale*.

585 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 80, il quale osserva come non esista una modalità di informativa definibile *a priori*, dovendosi il legale adeguare alla persona del cliente. Così in determinati il dovere di informazione si riterrà adempiuto a seguito di una generica e sintetica esposizione del problema e delle attività ritenute opportune; in altri casi, invece, di fronte ad un cliente che, in ipotesi, sia un giurista, si renderà necessaria una spiegazione dettagliata della strategia giuridica suggerita; Tribunale Di Roma, 07 giugno 2007, in *De Jure: Archivio: Sentenze Tribunale*.

586 Cass. Civ., Sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giustizia civile mass.*, 2004, 7-8; MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 426; FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 78.

perseguito dal cliente e ricostruire la situazione di fatto, tramite lo studio approfondito della documentazione e delle informazioni che a tal fine deve richiedere allo stesso assistito<sup>587</sup>. Quest'ultimo dal suo canto deve tenere un comportamento collaborativo, indicando tutti i dettagli della fattispecie ed evitando di fornire informazioni reticenti o inesatte, le cui conseguenze negative resterebbero a suo carico<sup>588</sup>.

Il contenuto degli obblighi informativi risulta esplicitato dalla giurisprudenza<sup>589</sup>, che pone a carico del professionista doveri di informazione in ordine a tutte le questioni di fatto e di diritto, agli elementi ostativi al raggiungimento del risultato, alle possibilità di successo, nonché doveri di sollecitazione e dissuasione. Ulteriori elementi sono ricavabili dal codice deontologico, a norma del quale l'avvocato è tenuto ad informare il cliente sulle caratteristiche della controversia, sui possibili strumenti idonei alla realizzazione dello scopo, sulle attività da compiere, nonché su costi e presumibile durata del procedimento (art 40 del Codice deontologico). Si precisa, inoltre, che il legale deve astenersi dal suggerire azioni <<inutilmente gravose>> per il cliente (art 36)<sup>590</sup>.

Come sopra anticipato, gli obblighi informativi persistono durante tutto il corso dell'incarico, non solo con riferimento allo stato delle questioni affidate al difensore, ma anche soprattutto con riguardo ad eventuali elementi sopravvenuti, che possano incidere sulle scelte originariamente adottate e sulla realizzabilità dello scopo finale<sup>591</sup>. Il cliente deve essere messo in ogni momento in condizione di valutare l'opportunità di perseguire una determinata iniziativa e di farsi assistere

---

587 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 77.

588 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 77; MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 425; LEONARDI, *Responsabilità civile dell'avvocato: lavori in corso*, cit., p. 1251, la quale riporta una sentenza della Cassazione (Cass. Civ., 02 aprile 2009, n. 8016, in *Guida al diritto*, 2009, 20, 83), che in un caso in cui il cliente aveva fornito informazioni inesatte all'avvocato, ha applicato l'art. 1227, 1° comma, c.c., con conseguente riduzione del risarcimento a carico del professionista, in ragione della gravità della colpa del cliente, che aveva concorso a cagionare il danno, e delle conseguenze che ne erano derivate.

589 Cass. Civ., Sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, cit.

590 DI MARZIO, *La procura alle liti, poteri obblighi e responsabilità dell'avvocato*, Milano 2011, p. 15, il quale rileva <<la natura delle disposizioni del Codice deontologico forense quali norme integrative dei precetti legislativi, di recente riconosciuta dalle Sezioni Unite, anziché semplici regole interne di categoria>>.

591 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 78; MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 426.

da quel legale<sup>592</sup>. Così, si è osservato come, ad esempio, qualora l'avvocato ritenesse sconveniente intraprendere una determinata azione, dovrebbe darne tempestivo avviso al suo assistito, che, ove se non dovesse condividere tale opinione, potrebbe attivarsi, evitando di incorrere in decadenze o prescrizioni<sup>593</sup>.

Gli obblighi informativi sono tanto importanti che la circostanza che una iniziativa rivelatasi pregiudizievole sia stata sollecitata dal cliente non esonera l'avvocato da responsabilità<sup>594</sup>. Infatti la scelta in ordine alla linea difensiva spetta al legale, che ne è esclusivo responsabile<sup>595</sup>. In caso di disaccordo con eventuali indicazioni o richieste provenienti dall'assistito, il professionista potrebbe, al più, rinunciare al mandato, o assecondare la richiesta, ma solo dopo aver informato debitamente il cliente in ordine alle possibili conseguenze della stessa<sup>596</sup>.

Sembra doveroso sottolineare che i doveri informativi del professionista non vengono meno neppure in caso di cessazione del rapporto. Il legale, infatti, in caso di revoca, è tenuto ad indicare al cliente le attività da espletare per evitare ogni conseguenza pregiudizievole mentre, in caso di rinuncia al mandato, deve procedere lui stesso a compierle<sup>597</sup>.

Il quadro appena delineato si rivela piuttosto rigoroso nei confronti del professionista legale e appare ancora più severo se si considera il profilo degli oneri probatori<sup>598</sup>. In effetti la giurisprudenza è chiarissima nell'addossare

---

592 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 81, al quale si rinvia anche per la casistica giurisprudenziale; MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 426.

593 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 411. Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21589, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2010, p. 1324 ss., in cui la Corte ha affermato che «gli obblighi connessi alla ricezione degli atti per i quali sia avvenuta la domiciliazione, [...] permangono in capo al domiciliatario anche se nel frattempo la parte abbia nominato un nuovo difensore. Tra tali obblighi rientra quello di informare il nuovo difensore dell'avvenuta notifica di eventuali sentenze che riguardano la parte [...]».

594 DI MARZIO, *La procura alle liti, poteri obblighi e responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 16.

595 Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2007, n. 974, in *Danno e responsabilità*, 2007, 11, p. 1115; Cass. Civ., 28 ottobre 2004, n. 20869, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. II, 18 maggio 1988, n. 3463, in *Corriere giuridico*, 1988, p. 989.

596 Tribunale di Roma, 29 marzo 2005, in *Corriere del merito*, 2005, 7, p. 758; Tribunale di Roma, Sez. XIII, 07 giugno 2007, cit., «anche ad ammettere che effettivamente l'avv. F.P. Abbia avuto così poca stima della propria professione da ridursi a *nudus minister* del cliente, tale circostanza non lo esonera da responsabilità, perché non vi è prova che il cliente abbia esercitato le proprie scelte dopo avere ricevuto un valido consenso informato».

597 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, cit., p. 412; FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit., p. 86.

598 DI MARZIO, *La procura alle liti, poteri obblighi e responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 17.

all'avvocato la prova di aver compiutamente ed esaustivamente informato il cliente<sup>599</sup>. Sotto tale aspetto è possibile ravvisare un punto di contatto con la posizione del professionista in ambito medico, di cui si è dato conto in precedenza.

### **3.3 Violazione della diligenza qualificata e casi tipici di responsabilità dell'avvocato. Le tendenze giurisprudenziali verso un approccio di maggior rigore nei confronti del professionista.**

Come sopra accennato, nella vasta area di attività di competenza dell'avvocato, le obbligazioni di mezzi assumono rilievo preponderante, mentre quelle di risultato rappresentano rare eccezioni.

Pertanto, di regola, ai fini dell'accertamento della responsabilità, si tiene conto esclusivamente del contegno del debitore, che deve impiegare la diligenza qualificata -di cui all'art. 1176, 2° comma, c.c.<sup>600</sup>. La figura di riferimento non è quella dell'uomo dotato di comune buon senso, ma quella del professionista dotato di conoscenze tecniche, esperienza e abilità medie<sup>601</sup>.

Per converso, dal mancato raggiungimento dell'esito auspicato in nessun caso

---

599Cass. Civ., Sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, cit., che dopo aver ribadito che l'onere di fornire la prova della corretta informazione grava sull'avvocato, ha affermato che a tal fine sarebbe insufficiente il rilascio da parte del cliente delle procure necessarie all'esercizio dello *jus postulandi*. Infatti le stesse, ad avviso della Corte, sarebbero inidonee a deporre <<obiettivamente ed univocamente [...] per la compiuta informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole [...]>>; Cass. Tribunale di Roma, Sez. XIII, 07 giugno 2007, cit.

600Cass. Civ., Sez. III, 05 agosto 2013, n. 18612, in *Danno e responsabilità*, 2013, 11, 1089; Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 8863, in *I contratti*, 11, 2011, p. 984; Cass. civ. Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6997, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. civ. Sez. II, 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e responsabilità*, 2003, 3, p. 256; nel merito: Tribunale di Milano, 12 settembre 2013, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

601 PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato. Rischi risarcitori e strumenti di tutela*, Matelica, 2008, p. 43; Tribunale di Milano, 12 settembre 2013, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Parla di diligenza del <<professionista di preparazione professionale e attenzione medie>>; Tribunale di Roma, Sez. XIII, 07 giugno 2007, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*, afferma che <<l'archetipo di professionista "medio" cui fa riferimento la norma ora citata [1176, 2° comma, c.c.], e rispetto al quale occorre misurare la condotta concretamente tenuta per valutare se vi sia stata o meno negligenza nell'adempimento delle obbligazioni professionali, corrisponde alla figura di un professionista preparato, aggiornato e zelante. In una parola, il professionista "medio" ex art. 1176, comma 2, c.c., non è un professionista "mediocre", ma è un professionista "bravo".>>

viene desunto *ipso facto* un inadempimento<sup>602</sup>.

Sotto tale aspetto è possibile notare un primo punto di distacco rispetto agli orientamenti in ambito medico, dove, come si è avuto di vedere, si fa ampio ricorso a ragionamenti di tipo presuntivo in caso di esito infausto di interventi routinari. Infatti, l'alta definizione di protocolli fa sì che per alcuni interventi le percentuali di insuccesso siano minime e che, quindi, un risultato “normale” sia definibile a priori. Diversamente, nel settore forense, la professione dell'avvocato non risulta vincolata a regole scientifiche, il cui rispetto assicuri un determinato esito della controversia. La vittoria della causa dipende da una molteplicità di variabili, che esulano dalla ponderazione del professionista e di cui nessun progresso scientifico potrebbe assicurare il controllo, non appartenendo il diritto all'ambito delle scienze esatte.

Per tali ragioni, dall'eventuale esito negativo della lite non sembra potersi inferire alcun inadempimento, dovendosi sempre accertare la effettiva negligenza dell'avvocato, nonché il nesso causale.

La natura ampiamente discrezionale dell'attività forense rende estremamente difficile valutare l'adeguatezza delle scelte tecniche e delle decisioni adottate dal professionista. Tale difficoltà è ravvisabile nelle decisioni sul tema, dove la responsabilità per una errata interpretazione della legge, per la scelta di una determinata linea difensiva, o per una errata valutazione degli interessi del cliente non viene affermata, se non nei casi di dolo o colpa grave<sup>603</sup>.

---

602 Cass. Civ., Sez. II, 11 agosto 2005, n. 16846, in *Guida al diritto*, 2005, 38, 54, <<[...]L'inadempimento del professionista nei riguardi del cliente non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira quest'ultimo, ma soltanto dalla violazione da parte del professionista del dovere di diligenza inerente ed adeguato alla natura dell'attività esercitata [...].>>

603 VISINTINI, *Responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 612, e risulta confermata dalla casistica giurisprudenziale: Cass. Civ., Sez. II, 11 agosto 2005, n. 16846, cit.; Tribunale di Bari, 17 aprile 2008, in *Corriere del Merito*, 2008, 8-9, p. 905; Tribunale di Benevento, 28 agosto 2008, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Tribunale di Mantova, 02 dicembre 2008, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Tribunale di Torino, Sez. IV, 29 gennaio 2009, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Tribunale di Milano, 12 settembre 2013, cit. In molti casi viene affermata l'inidoneità degli atti compiuti dal professionista a tutelare le ragioni del cliente, ma poi la responsabilità viene esclusa sulla base della mancata prova del nesso eziologico, come in Tribunale di Napoli, 28 maggio 2008, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*; Tribunale di Roma, Sez. XIII, 07 giugno 2007, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*.

L'analisi della casistica giurisprudenziale mette in luce ipotesi di responsabilità dell'avvocato per lo più connesse alla violazione di obblighi specifici o di regole tecniche, come quelle previste dal codice di rito, per le quali risulta escluso ogni profilo di discrezionalità o opinabilità<sup>604</sup>.

A titolo esemplificativo è possibile richiamare ipotesi di omesse notifiche o impugnazioni entro i termini utili<sup>605</sup>, di redazione di un atto di appello nullo (per mancata indicazione della data di comparizione)<sup>606</sup>, di introduzione della causa presso un tribunale privo della relativa giurisdizione<sup>607</sup> o ipotesi di invalida procura alle liti<sup>608</sup>.

Nelle decisioni richiamate il Giudice ha ritenuto integrati gli estremi della grave negligenza o imperizia, escludendo, peraltro, l'invocabilità dell'art. 2236 c.c., che presuppone una straordinarietà o eccezionalità dei problemi tecnici implicati nella soluzione del caso.

Della evoluzione di tale norma si è già dato conto in tema di responsabilità medica. In questa sede ci si limiterà a ricordare che alla stessa in un primo momento era stato riconosciuto un campo di applicazione tanto ampio da farne strumento di protezione dei professionisti intellettuali, ai quali era assicurato un

---

604 VISINTINI, *Responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 612; BELLI, *Onere di contestazione: quale responsabilità per l'avvocato che vi assolve tardivamente?*, in *La responsabilità civile*, 4, 2012, p. 275.

605 Cass. Civ., Sez. II, 13 maggio 2011, n. 10686, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*; Cass. Civ., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4781, ha affermato la responsabilità di un avvocato per mancata impugnazione di una sentenza dichiarativa dell'estinzione del processo per irrivalenza della riassunzione dello stesso e per l'omessa informazione del cliente circa le conseguenze di essa. Tale condotta del professionista aveva determinato la definitiva perdita del diritto, rendendo del tutto inutile l'attività difensiva precedentemente svolta. Di conseguenza la Corte ha ritenuto che la sua prestazione dovesse essere considerata totalmente inadempita ed improduttiva di effetti favorevoli per l'assistito, con esclusione di qualsiasi diritto al compenso. Si veda anche Tribunale di Roma, Sez. XIII, 02 giugno 2003, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>, per un caso di mancata riassunzione di una causa, che era stata cancellata dal ruolo per inattività delle parti (in mancanza di una espressa revoca del mandato).

606 Cass. Civ., Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6967, in *De jure*, Archivio: *Massime*.

607 Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 8863, in *I contratti*, 11, 2011, p. 984 ss.

608 Appello di Genova, Sez. I, 01 settembre 2005, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

627. Per un caso di proposizione di ricorso in cassazione da parte di un legale non iscritto all'apposito albo Cfr. Tribunale di Firenze, 29 agosto 2008, n. 3137, in *De jure*, Archivio: *Massime*; per un caso di responsabilità per omesso deposito del fascicolo di parte e mancata chiamata in garanzia dell'assicuratore, Tribunale di Roma, Sez. XIII, 07 febbraio 2007, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*.

regime di responsabilità attenuato<sup>609</sup>. Solo intorno agli anni Settanta, la Corte Costituzionale ne ha dato una lettura in linea con il principio di uguaglianza e con il principio di ragionevolezza. Non sembrava logico né equo, infatti, consentire al professionista di prestare attenzione e cautele minori, proprio in quelle prestazioni particolarmente delicate e difficili, per le quali il comune buon senso richiederebbe un impegno più elevato<sup>610</sup>. Il Giudice delle leggi ha così chiarito che nelle fattispecie che implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, la limitazione della responsabilità alla colpa lieve riguarda solo il profilo dell'imperizia e non anche quello della negligenza e dell'imprudenza, per le quali il giudizio «non può che essere improntato a criteri di normale severità»<sup>611</sup>.

Lungo tale linea di maggior rigore si è posta anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, che ha ricondotto all'alveo dell'art. 2236 c.c. solo quelle fattispecie eccezionali e straordinarie, che richiedono una preparazione professionale superiore alla media, per il compimento di attività tecnico-professionali anch'esse di livello superiore<sup>612</sup>.

In dottrina si è osservato come la colpa grave di cui all'art. 2236 c.c., non sia altro che «la colpa lieve valutata tenendo conto della speciale difficoltà della prestazione»<sup>613</sup>. Si afferma, inoltre, che la speciale difficoltà deve essere valutata in concreto, tenendo conto del grado di specializzazione del professionista. È evidente, infatti, che con riferimento ad una questione tecnica rientrante nel settore di specifica competenza dell'avvocato, difficilmente quest'ultimo potrà invocare la limitazione di responsabilità in discorso<sup>614</sup>.

---

609 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2002, p. 157, osserva come l'interpretazione data alla norma in esame dalla giurisprudenza degli anni Cinquanta e Sessanta aveva creato «una vera e propria area di immunità per i professionisti».

610 Corte Costituzionale, 28 novembre 1973, n. 166, in *Giustizia civile*, 1973, p. 1795.

611 Corte Costituzionale, 28 novembre 1973, n. 166, cit.

612 Tribunale di Milano, 12 settembre 2013, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. II, 23 aprile 2002, n. 5928, in *Giustizia civile Mass.*, 2002, p. 710; Cfr. MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, Milano, 2005, pp. 119 ss., il quale sottolinea come secondo l'originaria interpretazione, l'art. 2236 c.c. risultava sempre invocabile. Si riteneva, infatti, che la condotta di una causa postulasse sempre la soluzione di problemi complessi.

613 CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 78 ss., richiamato da MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 159.

614 MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 159.

La ricostruzione interpretativa appena esposta ha notevolmente migliorato la posizione del cliente, il quale ha visto riconosciute le proprie ragioni a fronte di inadempimenti che, in tempi meno recenti, sarebbero state relegate nell'area di sostanziale immunità del professionista<sup>615</sup>.

La responsabilità dell'avvocato è stata, per esempio, affermata in relazione a questioni di particolare difficoltà relative alla prescrizione, sia in ipotesi in cui era stato azionato un diritto già prescritto, sia, *a fortiori*, in casi in cui la prescrizione era maturata in conseguenza dell'inattività del legale<sup>616</sup>. A tal proposito la Corte ha, peraltro, precisato che, a parte le ipotesi di *overruling*, ovvero di mutamento giurisprudenziale, l'incertezza derivante da un contrasto interpretativo non potrebbe esimere l'avvocato da colpa grave. Infatti, in presenza di più orientamenti l'obbligo di diligenza impone al medesimo di optare per quello che meglio tutela gli interessi del cliente<sup>617</sup>.

Un atteggiamento più severo verso il professionista forense emerge anche da alcune pronunce, che sembrano scalfire quella originaria insindacabilità dell'area discrezionale della sua attività, andando a censurare scelte tecniche causative di un danno. La Suprema Corte ha, infatti, statuito che la scelta processuale del legale deve cadere sullo strumento giuridico più idoneo nel caso concreto a realizzare l'interesse del cliente<sup>618</sup>.

### 3.4 La disciplina dell'onere di prova.

---

615 MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 158.

616 Da ultimo Cass. Civ., Sez. III, 05 agosto 2013, n. 18612, in *Danno e responsabilità*, 2013, 11, 1089; Cass. Civ., Sez. III, 12 aprile 2013, n. 8940, in *De Jure*, Archivio: *Massime*. Cfr. CONTE, *Profili di responsabilità civile dell'avvocato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 153, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

617 Cass. Civ., Sez. III, 05 agosto 2013, n. 18612, cit. nel caso di specie il contrasto verteva sul termine di prescrizione dell'azione risarcitoria (il dubbio era tra due e cinque anni). L'avvocato, confidando nel termine più lungo, non si era attivato, determinando la prescrizione del diritto del suo cliente.

618 Ordinanza Cass. Civ., Sez. VI, 26 luglio 2010, n. 17506, in *Giustizia civile Mass.*, 9, 2010, p. 1154, che ha rigettato per manifesta infondatezza il ricorso col quale si censurava la sentenza di condanna di un avvocato, che nonostante la prova scritta del credito, aveva proceduto alla instaurazione di un giudizio ordinario, invece di un ricorso monitorio. Si è ritenuto, infatti, che tale scelta processuale, pur risultando di per sé non erronea, di fatto, aveva ritardato la realizzazione dell'interesse del cliente, a causa dei ben più lunghi tempi del procedimento ordinario.



Come si è detto, nelle pronunce in materia di responsabilità forense risulta più volte ribadita la natura di mezzi dell'obbligazione assunta dal professionista. Nel quadro della complessiva evoluzione giurisprudenziale, che ha sottoposto a dura critica la bipartizione mezzi-risultato, relegandola al piano meramente descrittivo, appare doveroso indagare le effettive ripercussioni che tale orientamento ha avuto nel settore in esame.

A ben vedere in ambito forense la tradizionale distinzione sembra resistere nella sua originaria portata, con tutte le conseguenze sul piano degli oneri probatori. Come noto, infatti, il punto di partenza dell'orientamento che ha portato a scardinare la validità della dicotomia in questione è rappresentata dalla celebre pronuncia a sezioni unite in materia di prova dell'inadempimento<sup>619</sup>. Più precisamente, il principio ivi affermato in termini generali, in virtù del quale, nelle azioni di cui all'art. 1453 c.c., l'inadempimento costituisce oggetto di mera allegazione da parte del creditore, gravando sul debitore la prova dell'avvenuto adempimento, quale fatto estintivo della pretesa avanzata dal primo, ha comportato una omologazione del regime probatorio di tutte le obbligazioni. Ne è derivata una progressiva erosione della portata della distinzione in parola, la cui più importante implicazione era apprezzabile proprio in punto di prova. Si ricorda, infatti, che mentre nelle obbligazioni di risultato la mancata realizzazione dello stesso integrava di per sé inadempimento, nelle obbligazioni di mezzi il debitore era gravato della prova della negligente esecuzione della prestazione.

Se in ambito sanitario, si è assistito ad un totale recepimento di tale impostazione ermeneutica, lo stesso non è avvenuto nel settore forense.

In materia di responsabilità professionale dell'avvocato, infatti, risulta pacifico l'orientamento che addossa al cliente, non solo la prova del danno, ma anche che questo è stato determinato dalla inadeguata esecuzione della prestazione del legale, del quale, in definitiva, va dimostrata la negligenza<sup>620</sup>. Al professionista

---

619 Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giuridico*, 12, 2001, p. 1565.

620 MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 113; Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238, in *Giustizia civile*, 2008, 9, I, p. 2017: «Il cliente che sostiene di aver subito un danno, per l'inesatto adempimento del mandato professionale del suo avvocato, ha l'onere di provare: a) la difettosa o inadeguata prestazione professionale; b) l'esistenza del danno; c) il nesso di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno»; Cass. Civ., Sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25266, in *I contratti*, 4, 2009, p. 343 ss.;

competere, invece, la prova della impossibilità, a lui non imputabile, dell'esatto adempimento<sup>621</sup>.

Sembra doveroso dar conto del fatto che un regime più favorevole per il cliente viene dalla giurisprudenza applicato con riferimento agli obblighi qualificati in termini di risultato. Tali sono considerati, per esempio, i doveri informativi, per i quali, come già rilevato, la Suprema Corte assegna all'avvocato l'onere di provare l'esatto adempimento<sup>622</sup>.

### **3.4.1 (...segue) La prova del nesso di causa tra inadempimento e danno.**

Ad aggravare la posizione processuale del cliente concorre l'ulteriore carico di prova a lui spettante, quello concernente il nesso di causalità tra lo scorretto svolgimento della prestazione e il danno subito.

Dalla funzione prettamente riparatoria e non punitiva del nostro sistema di responsabilità civile, infatti, deriva che la responsabilità non possa essere affermata sulla base di un mero inadempimento, a prescindere da un danno obiettivamente apprezzabile. Coerentemente, pertanto, sul danneggiato si fa gravare tale ulteriore dimostrazione.

La prova del nesso eziologico si sostanzia nella dimostrazione che la condotta diligente dell'avvocato avrebbe potuto assicurare un risultato più favorevole per la parte.

La giurisprudenza più risalente, muovendo dalla considerazione della imprevedibilità dell'esito del processo<sup>623</sup>, che non consente di affermare con

---

Tribunale di Torino, Sez. IV, 29 gennaio 2009, in *De Jure*, Archivio: *Massime*; Tribunale di Nocera Inferiore, 02 maggio 2013, n. 375, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale* <<Resiste, dunque, nel campo della responsabilità forense, la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato in materia di riparto dell'onere probatorio. Infatti, nel caso di obbligazione di mezzi, quale quella dell'avvocato, grava sul creditore l'onere della prova dell'inesatto adempimento, atteso il carattere aleatorio del risultato; nel caso di obbligazione di risultato, il creditore potrà invece limitarsi ad allegare l'inadempimento>>.

621 MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, cit., p. 113.

622 V. § *supra* 3.2.

623 Cass. Civ. 10 febbraio 1931, n. 495, in *Foro italiano*, 1931, I, 628, che esclude la sussistenza del nesso tra omessa interposizione di appello e danno, poiché <<nel calcolo concorrono elementi di difficile valutazione, quali l'opinione personale del giudice, l'apprezzamento che egli dovrà fare delle prove, l'apprestamento delle stesse per opera dei vari litiganti, il regolare corso del processo, l'attività delle parti, le loro risorse defensionali, ecc.>>.

certezza la sussistenza del rapporto di causalità, tendeva a negare sistematicamente il risarcimento al cliente. Ne derivava una «quasi-irresponsabilità» del professionista forense, del quale risultava scriminata anche la più grave negligenza<sup>624</sup>. Infatti, al creditore veniva riconosciuto al più un danno limitato alle spese del giudizio<sup>625</sup>.

Un autorevole giurista dopo aver confermato l'impossibilità di considerare la soccombenza quale effetto immediato e diretto dell'inadempimento del legale, ha messo in luce come una simile impostazione neutralizzi l'importanza del canone della diligenza, la cui violazione resterebbe in ogni caso impunita<sup>626</sup>. L'Autore, quindi, proponeva, per situazioni simili a quella oggetto della sua attenzione -relativa ad un caso di mancata proposizione di un appello nei termini- di procedere ad un calcolo statistico delle probabilità, fondato sul numero delle sentenze riformate in appello.

Tale soluzione, se da un lato appariva più equa rispetto alla precedente, dall'altro presentava diversi profili problematici. Si è osservato, infatti, come la stessa al contempo «conced[a] troppo e troppo poco». Troppo poco, per quei casi in cui la fondatezza dell'appello appaia altamente probabile, troppo, viceversa, per quelle ipotesi in cui lo stesso risulti palesemente infondato<sup>627</sup>.

Negli anni successivi si è assistito ad un graduale temperamento dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato.

In un primo momento, al criterio della «certezza» è subentrato, nelle decisioni sul tema, quello della «ragionevole certezza». La sussistenza del nesso di causa è stato così riconosciuto a fronte della prova del «sicuro e chiaro fondamento dell'azione che si intendeva promuovere o che era stata promossa e non fu diligentemente coltivata», dalla quale si deduceva la «ragionevole certezza», per l'appunto, che la condotta diligente avrebbe determinato l'esito vittorioso della lite<sup>628</sup>.

---

624 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit. p. 160 ss.

625 FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit. p. 160 ss., al quale si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

626 CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Rivista di diritto processuale*, 1931, II, p. 261 (nota a sentenza Cass., 10 febbraio 1931, n. 495, *ivi*).

627 L'osservazione è di CONTE, *Profili di responsabilità civile dell'avvocato*, cit., p. 150.

628 LEONARDI, *Responsabilità civile dell'avvocato: lavori in corso*, cit., p. 1258, che richiama

Tuttavia, anche a seguito di tale mutato indirizzo la prova a carico del cliente risultava di estrema difficoltà e spesso insuperabile.

In questo percorso evolutivo un significativo passo in avanti si ha con il profilarsi di un indirizzo che applica il criterio della probabilità al nesso causale<sup>629</sup>. Naturalmente una simile impostazione amplia notevolmente l'area del danno risarcibile, ricomprendendovi tutte le ipotesi in cui risulti, sulla scorta di criteri probabilistici, che la domanda, senza la negligenza del legale, sarebbe stata ritenuta fondata o che comunque il risultato sarebbe stato diverso e più favorevole per il cliente<sup>630</sup>.

L'indirizzo in parola risulta confermato in più sentenze, ma non ha dato luogo ad un orientamento consolidato. Diverse pronunce, infatti, subordinano ancora l'affermazione della responsabilità professionale alla dimostrazione del nesso in termini di certezza<sup>631</sup>.

---

Cass. Civ., 05 aprile 1984, n. 2222, in *Repertorio del foro italiano*, 1984, voce *Professioni intellettuali*, n. 59, relativa ad un caso di mancato appello. In quella circostanza i giudici di legittimità avevano affermato la necessità, per il cliente che lamentava il danno, di provare l'erroneità della pronuncia di primo grado o di fornire nuovi documenti o mezzi di prova idonei a determinare l'accoglimento del gravame; FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit. p. 165.

629 Cass. Civ., Sez. III, 14 maggio 2013, n. 11548, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*, <<il danno derivante da eventuali [...] omissioni deve ritenersi sussistente solo qualora si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito>>; Cass. Civ., Sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22376, in *Guida al diritto*, 4, 2013, 33; Cass. Civ., Sez. II, 27 maggio 2009, n. 12354, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., Sez. III, 27 marzo 2006, n. 6967, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass. Civ., 06 febbraio 1998, n. 1286, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 647; Tribunale di Nocera Inferiore, 02 maggio 2013, n. 375, cit.; Cfr. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, cit. p. 166; LEONARDI, *Responsabilità civile dell'avvocato: lavori in corso*, cit., p. 1258.

630 Cass. Civ., Sez. III, 14 maggio 2013, n. 11548, cit.

631 Cass. Civ., Sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25266, cit., p. 344, ritorna al vecchio orientamento secondo cui l'affermazione della responsabilità del professionista <<implica l'indagine -positivamente svolta- sul sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, quindi, la certezza che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente>>; Cass. Civ., Sez. II, 11 agosto 2005, n. 16846, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>; per la giurisprudenza di merito: Tribunale di Bari, 17 maggio 2010, n. 1759, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.

### **Osservazioni conclusive.**

L'analisi della casistica giurisprudenziale successiva alla nota pronuncia a Sezioni Unite testimonia che la portata generale e indifferenziata della regola individuata nel 2001 -volta a sollevare sempre il creditore dalla prova dell'inadempimento- va ridimensionata e circoscritta.

Con specifico riferimento alla prova dell'inesatto adempimento si è messo in luce, infatti, che in molti contesti il principio generale viene costantemente disatteso. Si pensi al settore della vendita e dell'appalto, in cui le pronunce sono prevalentemente orientate nel senso di assegnare la prova di vizi e difetti al creditore. Analogamente, nell'ambito della responsabilità forense, risulta pacifica l'impostazione che addossa al cliente, non solo la prova del danno, ma anche che questo è stato determinato dalla inadeguata esecuzione della prestazione del legale.

In questa prospettiva le tesi espresse dalla dottrina precedentemente alla pronuncia in oggetto e contrarie alla regola ivi fissata possono essere recuperate, per comprendere e legittimare le decisioni che si sono discostate da quell'orientamento e che hanno formato oggetto di indagine.

In altri ambiti l'indirizzo proposto dalla Cassazione viene applicato. Tuttavia, a ben vedere, le ragioni della estensione del principio in parola sembrano fondate più su valutazioni di opportunità, di tutela della parte debole e di fondamentali interessi di rango costituzionale, che su rigorosi argomenti giuridici. Il settore che più di ogni altro consente di constatare quanto appena affermato è senza dubbio quello della responsabilità medica.

In tale ambito si è da sempre assistito alla elaborazione di meccanismi idonei ad alleggerire il carico di prova spettante al paziente. Ciò in considerazione della natura tecnica della prestazione medica, che renderebbe estremamente difficile l'individuazione dello specifico errore professionale da parte del paziente, sprovvisto delle specifiche competenze in materia.

In linea di principio sembra doversi preferire, per le ragioni esposte nel presente lavoro, la teoria che assegna al creditore la prova specifica dell'inadempimento e, quindi, della divergenza tra condotta tenuta dal debitore e il

modello al quale lo stesso si sarebbe dovuto conformare.

Tuttavia, ciò non esclude che in alcuni casi possa ammettersi un alleggerimento del carico probatorio gravante sul creditore. Occorre però, come osservato nel corso dell'indagine, fare attenzione ad ancorare le deviazioni dalla regola ricavabile dalla legge a modelli e principi giuridici razionali, che consentano una verifica dell'operato del giudice, al quale è preclusa la possibilità di stabilire, caso per caso, quale sia la parte da tutelare e preferire. È stato autorevolmente rilevato, infatti, che una simile soluzione renderebbe arbitraria l'attività del giudice e si tradurrebbe in una violazione del principio di legalità<sup>632</sup>.

Il problema principale si pone per quelle prestazioni tradizionalmente ritenute di mezzi, in cui, non essendo esattamente e obiettivamente delineabile *a priori* un risultato, per il concorso di innumerevoli fattori nella determinazione dello stesso, la prova dell'inadempimento si presenta, di solito, piuttosto ardua. In questi casi, pretendere sempre la prova della colpa (*rectius*: negligenza) da parte del creditore, si tradurrebbe, spesso, in una negazione di tutela<sup>633</sup>.

Sotto questo punto di vista è stato osservato che una allocazione della prova che tenga conto della difficoltà di una parte di fornire la stessa, agevolandola nell'esercizio del suo diritto di difesa, potrebbe assumere persino rilievo costituzionale<sup>634</sup>.

Si potrebbe obiettare che in ogni caso spetti al legislatore intervenire sul riparto degli oneri probatori, tenendo conto di tutti questi aspetti ed esigenze.

Tuttavia la varietà delle fattispecie concrete, i diversi ambiti di rischio, dipendenti dalla natura aleatoria di alcune prestazioni, nonché dalla volontà delle parti, rende difficile, e forse inadeguata l'elaborazione di temi fissi di prova<sup>635</sup>.

La realtà materiale si presenta difficilmente inquadrabile entro schemi rigidi ed omogenei, rendendo opportuno un adeguamento dei principi da parte del giudice, che valorizzi le peculiarità del caso<sup>636</sup>.

---

632 VERDE, voce *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, cit., p. 627.

633 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 58.

634 TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 751.

635 CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 58.

636 VERDE, voce *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, cit., p. 631.

Tale adeguamento può essere attuato tramite il ricorso al principio di vicinanza della prova e a <<meccanismi presuntivi fondati su criteri di verosimiglianza>><sup>637</sup>.

A tal proposito si è visto come il criterio di vicinanza della prova dovrebbe essere valutato in concreto e non in astratto come sembrerebbe fare la giurisprudenza quando lo pone a base della regola per cui sul debitore graverebbe sempre la prova dell'adempimento. In effetti non sempre una simile allocazione della prova corrisponde al principio in parola, come si è avuto modo di notare con riferimento ai vizi nella vendita e nell'appalto.

Quanto al criterio di verosimiglianza, questo consente un alleggerimento dell'onere della prova gravante sul creditore, che potrebbe limitarsi a fornire elementi da cui si desuma la verosimiglianza o l'apparenza di una determinata situazione. Tale strumento ridurrebbe il rischio di negare tutela ad un diritto, in relazione al quale non siano stati forniti, per oggettive difficoltà, elementi idonei ad integrare una prova piena, nonostante un grado di probabilità, anche alto, in ordine alla sua fondatezza.

Da ultimo occorre considerare che il *favor* per il creditore danneggiato e l'applicazione dei criteri in esame non possono comportare un eccessivo sacrificio per il professionista intellettuale. L'alleggerimento della posizione processuale di una parte non può tradursi nel trasferimento al debitore di una prova che sia eccessivamente difficile o addirittura impossibile.

Così, ad esempio, non sembra sostenibile una regola che imponesse sempre al debitore la prova della causa che abbia ostacolato la produzione di quel risultato, che il creditore si attende dall'osservanza delle regole dell'arte e della diligenza.

Se, infatti, si pone mente al notevole peso che in questa specie di obbligazioni assumono i fattori estranei alla sfera di dominio del debitore, è facile comprendere la difficoltà in cui questi incorrerebbe nell'individuare lo specifico evento, che ha determinato l'insuccesso del suo operato.

Un sistema di responsabilità civile che, in un'ottica di massima tutela del creditore danneggiato, fosse diretto ad un'espansione sempre più ampia dell'area del danno risarcibile, andrebbe a discapito dell'intera collettività. Infatti, una

---

<sup>637</sup>CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, cit., p. 165.

simile situazione pregiudicherebbe la serenità del professionista e mortificherebbe la sua iniziativa, dando luogo ai paventati fenomeni di medicina c.d. Difensiva.

## **BIBLIOGRAFIA.**

- AMENDOLAGINE, *La responsabilità professionale dell'avvocato nella casistica giurisprudenziale*, in *Il corriere giuridico*, 7, 2013, pp. 1003 e ss.
- ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Tipografia sociale torinese, Torino, 1967.
- ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, p. 38.
- BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in RESCIGNO-GABRIELLI (a cura di), *Trattato dei contratti*, II, Utet, Milanofiori Assago (MI), 2009.
- BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2012, p. 405.
- BELLI, *Onere di contestazione: quale responsabilità per l'avvocato che vi assolve tardivamente?*, in *La responsabilità civile*, 4, 2012, p. 275.
- BELVEDERE, *La perdita di chance*, in BELVEDERE-RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in RODOTÀ-ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011.
- BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Società editrice del foro italiano, Roma, 1936.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953.
- BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in SCIALOJA- BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile, Libro quarto- Delle obbligazioni*, Zanichelli, Bologna, 1981.
- BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 2012.
- BIANCA, *Diritto civile, vol. V: La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2012.
- BIANCA, *La vendita e la permuta*, in VASSALLI (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1993.
- BIANCA, *Negligenza (diritto privato)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Tipografia sociale torinese, Torino, 1965.
- BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA, NATOLI, *Diritto civile*, Vol. III, *Obbligazioni e*



*contratti*, Utet, Torino, 1989.

-BUSI, *La violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: il danno risarcibile, i soggetti responsabili*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, Parte prima, p. 755.

-BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 2011.

-CABELLA PISU, *Inadempimento e mora del debitore*, in LIPARI-RESCIGNO (diretto da), ZOPPINI (coordinato da) *Diritto civile, III, Obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano 2009.

-CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Rivista di diritto processuale*, 1931, II, p. 261.

-CAPPALÀ, *Commento all'art. 1667 c.c.*, in *Codice dell'appalto privato* a cura di LUMINOSO, Giuffrè, Milano, 2010.

-CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Giuffrè, Milano, 2011.

-CARBONE E., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Giappichelli, Torino, 2007.

-CARBONE E., *Verso lo statuto unico della responsabilità contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2008.

-CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 382.

-CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, Volume 2, Giuffrè, Milano, 2008.

-CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1915, I, p. 620 ss.

-CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, II, p. 747.

-CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *I Contratti*, 2002, p. 120.

-CARNEVALI, *L'onere della prova nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *I contratti*, 6, 2000, p. 550 ss.

-CARUSO-TALLARO, *L'inadempimento di singole obbligazioni*, in VIOLA (a cura di), *Inadempimento delle obbligazioni, accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, Cedam, Bassano del Gr. (VI), 2010.

-CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Giuffrè, Milano, 2007.

-CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 177.

-CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale, tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Cedam, Padova, 2008.

-CHINÈ- FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Neldiritto.it, Roma, 2013.

-CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova, 2011.

-COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2010.

-CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. III, Giappichelli, Torino, 2013.

-CONTE, *Profili di responsabilità civile dell'avvocato*, in *Nuova giurisprudenza civile*

*commentata*, 2004, II, p. 153

-COVIELLO, *L'impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa*, in *Giurisprudenza italiana*, 1952, I, 1.

-DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Rousseau, Paris, 1925, n. 1237.

-DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I.

-DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Digesto disc. priv. sez. civile*, XII, Utet, Torino, 1995.

-DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in BELVEDERE e RIONDATO, *Le responsabilità in medicina*, in RODOTÀ e ZATTI, *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011.

-DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, v. II, *I singoli contratti*, Cedam, Padova, 2011.

-DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 4, 1999, p. 451.

-DI MARZIO, *La procura alle liti, poteri obblighi e responsabilità dell'avvocato*, Giuffrè, Milano 2011.

-DONATO-MESSINA, SPINNATO, *Diritto penale, Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2012.

-D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999.

-ELEFANTE, *Giudizio amministrativo e onere della prova dell'inadempimento*, in *Foro amministrativo: TAR*, 5, 2002, p.1688.

-FACCI, *Il danno da perdita di chance nelle attività sanitarie*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, Bologna, 2011.

-FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Cedam, Padova, 2006.

-FACCIOLI, *L'art. 2236 c.c. e l'onere della prova*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, Bologna 2011.

-FACCIOTTI, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2011, 10, p. 1005.

-FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam, Padova, 2002.

-FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in FRANZONI (a cura di) *Le obbligazioni, I, Le obbligazioni in generale*, Utet, Torino, 2004.

-FRANZONI, *L'illecito*, in FRANZONI (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2004.

-FRATI, MONTANARI VERGALLO, GULINO, DI LUCA, *L'accertamento della colpa medica: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra equità e rispetto del codice civile*, in *Responsabilità*

- civile e previdenza*, 2011, IX, p. 1944.
- GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 711.
- GALGANO, *Il contratto*, Cedam, Padova, 2007.
- GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova, 2010.
- GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 1982.
- GAZZARA, *Le S. U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2008, p. 1007 ss.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009.
- GENTILE, *La prova civile: commento agli articoli 2697 a 2739 del codice civile*, Jandi sapi, Roma, 1960.
- GIANNATTASIO, in CICU e MESSINO (a cura di), *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1977.
- GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Tipografia sociale torinese, Torino, 1958.
- GIORGIANNI, voce *Inadempimento (dir. priv.)*[XX, 1970], in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 865 ss.
- GIUGGIOLI, *Risoluzione contrattuale e onere della prova- il commento*, in *I contratti*, 6, 1996, p. 556 ss.
- GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2003, p. 478.
- IZZO, *Il tramonto di un <<sottosistema>> della r.c: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e responsabilità*, 2, 2005, p. 137.
- LANZI, *Commento all'art. 1667 c.c.*, in CARULLO-IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Cedam, Padova, 2012.
- LEONARDI, *Responsabilità civile dell'avvocato: lavori in corso*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, f. 6, p. 1249.
- LEPRE, *Responsabilità del medico e della casa di cura in virtù dei principi sulla responsabilità contrattuale nei confronti del paziente*, in *Giurisprudenza di merito*, 1, 2009, p. 114.
- LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, Cedam, Padova, 2009.
- LUMINOSO, voce *Vendita*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Utet, Torino, 1999.
- LUMINOSO, *La compravendita*, *Corso di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2008.
- MACRÌ, *Un campo privilegiato della mediazione penale: la responsabilità medica*, in PALAZZO-BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*,

- Firenze University press, Firenze, 2011.
- MAJELLO, *Custodia e deposito*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1958.
  - MARICONDA, *Risarcimento del danno e onere della prova – Il commento*, in *Corriere giuridico*, 5, 1996, p. 541 ss.
  - MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giuridico*, 12, 2001, p. 1578.
  - MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è a una svolta?*, in *Corriere giuridico*, 7, 1998, p. 792 ss.
  - MEMMO, *Commento all'art. 1218*, in GALGANO (a cura di) *Commentario breve al Codice Civile*, La tribuna, Piacenza, 2006.
  - MEMMO, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, in FRANZONI (a cura di) *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale*, Utet, Torino, 2004.
  - MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 1975.
  - MENGONI, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, I, pp. 185.
  - MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. Vig.) [XXXIX, 1988]*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988.
  - MENGONI, *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, Giuffrè, Milano, 2011.
  - MICHELI, *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1966.
  - MIRIELLO, *La responsabilità medica nello specchio della responsabilità civile*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 49.
  - MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2009.
  - MUSOLINO, *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, Giuffrè, Milano, 2005.
  - NOCCO, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e responsabilità*, 3, 200.
  - OCCORSIO, *Cartella clinica e <<vicinanza>> della prova*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2013, p. 1269.
  - OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Tipografia sociale torinese, Torino, 1962,
  - OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1918.
  - OSTI, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1973, I.
  - PARTISANI, *Dal contratto di ospitalità, al contatto sociale al contratto con effetti protettivi*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, Bologna, 2011.
  - PATTI, *Le prove*, in IUDICA e ZATTI, *Trattato di diritto privato* (a cura di), Giuffrè, Milano, 2010.

- PISELLI, *La responsabilità civile*, in GARELLO, PISELLI, SCUTO (a cura di), *Le responsabilità dell'avvocato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006.
- PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato. Rischi risarcitori e strumenti di tutela*, Halley editrice, Matelica, 2008.
- PRIMICERI, *Azione generale di risoluzione del contratto ed azioni speciali nell'appalto*, in *La responsabilità civile*, 1, 2007, p. 60.
- PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, parte seconda, p. 446.
- QUERCI, *Inadempimento e obbligazioni negative*, in G. VISINTINI (a cura di), *TRATTATO DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE*, I, Cedam, Padova, 2009.
- QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, 12, p. 896.
- RICCIO, *Il consenso e l'autodeterminazione nell'attività sanitaria*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, Bologna, 2011.
- RIVA, *Le Sezioni unite in materia di prova dell'inadempimento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, I, p. 324.
- ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011.
- ROPPO, *Rimedi-2*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del Contratto*, V, Giuffrè, Milano, 2006 .
- ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giustizia civile*, 2010, 10, p. 2227.
- RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto, Art. 1655-1677*, 3ª edizione, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2007.
- RUBINO, *L'appalto*, in VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1980.
- SACCO, *Il contratto*, II, in SACCO (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004.
- SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XVIII, Utet, Torino, 1998.
- SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Zanichelli, Bologna, 2011
- SCARPA, *Responsabilità contrattuale e onere della prova: l'incertezza probatoria rientra tra i rischi della prestazione?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 01, p. 248 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in GROSSO-SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1972.
- SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L. n. 189/2012*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2013, p. 1993.

- SESTI, *La responsabilità dell'avvocato tra obbligazione di mezzi e di risultato*, in *Vita notarile*, 1, 2011, p. 145.
- STANZIONE, *Responsabilità contrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, Cedam, Padova, 2012.
- STELLA, *Commento all'art. 1176 c.c.*, in BONILINI-CONFORTINI-GRANELLI, *Codice Civile commentato*, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2012.
- TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO-MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2012.
- TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Digesto-discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. XIII, Utet, Torino, 1995.
- TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1992, p. 749.
- TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2007.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2012.
- TRICOMI, *Responsabilità dell'avvocato nello svolgimento dell'attività professionale*, in *I contratti*, 11, 2011, p. 988.
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1974.
- VERDE, voce *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988.
- VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2013, pp. 581 ss.
- VILLA, *onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, V, p. 728.
- VISINTINI, *Azioni di adempimento e risoluzione del contratto*, intervento al Convegno “Il codice civile e la disciplina delle prove”, Centro studi Toscolano, 29 giugno 2013.
- VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da SCHLESINGER, continuato da BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 424.
- VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 903 ss.
- VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 2005, p. 769.
- ZAMBELLI, *Risoluzione rapporto di lavoro*, il Sole 24 Ore, Milano, 2010.
- ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del “Decreto Balduzzi”: un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, p. 81.

## **CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

- CGCE 15 febbraio 2005, n. 12, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze CE e CEDU*;
- CGCE, Sezione III, 13 luglio 2006, causa C-295/04, in *Obbligazioni e Contratti*, f. 8-9, pp.709 ss.

## **CORTE COSTITUZIONALE.**

- Corte Costituzionale, 28 novembre 1973, n. 166, in *Giustizia civile*, 1973, p. 1795.
- Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte Costituzionale*.

## **CORTE DI CASSAZIONE.**

- Cass. Civ. 10 febbraio 1931, n. 495, in *Foro italiano*, 1931, I, 628.
- Cass. 17 aprile 1970, n. 1109, in *Foro italiano*, 1970, I, 1911.
- Cass. Civ., Sezioni Unite, 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 1, c. 680.
- Cass. Civ., 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giustizia civile*, 1975, I, 1389.
- Cass. Civ., Sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.
- Cass. Civ., Sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1980, 90
- Cass. Civ., Sez. II, 26 ottobre 1979, n. 5620, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.
- Cass. Civ., Sez. III, 10 dicembre 1979, n. 6416, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, f. 12,
- Cass. Civ., Sez. II, 26 gennaio 1981, n. 579, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.
- Cass. Civ., 05 aprile 1984, n. 2222, in *Repertorio del foro italiano*, 1984, voce *Professioni intellettuali*, n. 59.
- Cass. Civ., Sez. II, 19 novembre 1985, n. 5686, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. civ. Sez. II, 31 marzo 1987, n. 3099, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> e in *Giustizia civile mass.*, 1987, f. 3.
- Cass., 26 novembre 1987, n. 8759, in *Orient. giur. lav.*, 1988, p. 180.
- Cass. Civ., Sez. III, 16 novembre 1988, n. 6220, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. II, 21 luglio 1989, n. 3476, in *Giust. Civ. Massimario*, f. 7, 1989.
- Cass. Civ., Sez. III, 26 marzo 1990, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. civ. Sez. II, 17 agosto 1990, n. 8336, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass., 09 aprile 1991, n. 3724, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, p. 790.
- Cass. Civ., Sez. II, 18 luglio 1991, n. 7986, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. civ. Sez. III, 29 gennaio 1993, n. 1119, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 28 aprile 1994, n. 4044, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, p. 635 ss.
- Cass. Civ., sez. III, 04 maggio 1994, n. 4285, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., 25 novembre 1994, n. 10014, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice*

- civile*, Cedam, Padova, 2011, p. 1505.
- Cass. civ. Sez. II, 05 dicembre 1994, n. 10446, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. civ., Sez. II, 19 luglio 1995, n. 7863, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. Civ., Sez. III, 07 febbraio 1996, n. 973, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 1202 ss.
  - Cass. 27 febbraio 1996, n. 1530, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, p. 263 ss.
  - Cass. Civ., Sez. II, 18 giugno 1996, n. 5617, in *Giur. It.*, 1997, I,1, 638.
  - Cass. Civ., Sez. II, 11 novembre 1996, n. 9825, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. civ., Sez. I, 09 gennaio 1997, n. 124, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass., sez. II, 21 marzo 1997, n. 2740, in *Corriere giuridico*, 1997, p. 547.
  - Cass. Civ., 06 febbraio 1998, n. 1286, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 647.
  - Cass. Civ., sez. I, 27 marzo 1998, n. 3232, in *Corriere giuridico*, 7, 1998, p. 792 ss.
  - Cass. Civ., Sez. II, 13 luglio 1998, n. 6812, in *Giustizia civile Massimario*, 1998, 1515.
  - Cass. Civ., Sez. II, 10 settembre 1998, n. 8963, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. Civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, 4, 1999, p. 441 ss.
  - Cass. Civ., Sez. II, 10 settembre 1999, n. 9617, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, p. 315.
  - Cass. civ. Sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, p. 1021 ss.
  - Cass. 05 Novembre 1999, n. 12310, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova, 2011, p. 1655.
  - Cass. civ., Sez. II, 08 gennaio 2000, n. 123, in *I contratti*, 6, 2000.
  - Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 2000, n.1457, in *Mass. Giur. it.* 2000.
  - Cass. Civ., sez. III, 10 maggio 2000, n. 5945, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. Civ., Sez. III, 13 settembre 2000, n. 12103, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass., sez. lav., 10 novembre 2000, in *Legalità e Giustizia*, 2001, p. 377.
  - Cass. Civ., Sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. Civ., Sez. III, 08 maggio 2001, n. 6386, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. civ, sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro italiano*, 2001, parte I, col. 2504.
  - Cass., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 113.
  - Cass. Civ., Sez. II, 23 aprile 2002, n. 5928, in *Giustizia civile Mass.*, 2002, p. 710.
  - Cass. Civ., Sez. Unite, 01 luglio 2002, n. 9556, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass. Pen., Sezioni unite, 11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro italiano*, 2002, II, c. 601.
  - Cass. Civ. 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 256.
  - Cass. Civ., Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
  - Cass., sez. lav., 9 settembre 2003, n. 13194, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, II, p. 368,



- Cass. 29 ottobre 2003, n. 16236, in *I contratti*, n. 8-9, 2004, p. 785 ss.
- Cass. Civ., sez. III, 04 marzo 2004, n. 4420, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.
- Cass. Civ., Sez. II, 15 marzo 2004, n. 5250, in *Corriere Giuridico*, 2004, 5, p. 586.
- Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*
- Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Giustizia civile*, 2005, f. 1, I, p. 1601.
- Cass. Civ., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*.
- Cass. Civ., Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*.
- Cass. Civ. Sezioni Unite, 28 luglio 2005, n. 15781, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, in *Il corriere giuridico*, 10, 2005, p. 1412.
- Cass. Civ., Sez. III, 13 gennaio 2005, n. 571, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass., Sez. Unite, 28 luglio 2005, n. 15781, in *La responsabilità civile*, 2006, n. 3, p. 229 ss.
- Cass. Civ., Sez. II, 11 agosto 2005, n. 16846, in *Guida al diritto*, 2005, 38, 54.
- Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2005, n. 22894, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*.
- Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. II, 15 febbraio 2006, n. 3302, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. civ. Sez. II, 27 marzo 2006, n. 6997, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*
- Cass. Civ., Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione Civile*.
- Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2007, n. 974, in *Danno e responsabilità*, 2007, 11, p. 1115.
- Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238, in *Giustizia civile*, 2008, 9, I, p. 2017.
- Cass. Civ., Sez. II, 12 giugno 2007, n. 13695, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 1166.
- Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 1824 ss.
- Cass. 18 aprile 2007, n. 9238, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 2172.
- Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e responsabilità*, 2008, n.8, p. 871 ss.
- Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>
- Cass. civ. Sez. II, 13 febbraio 2008, n. 3472, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, p. 291.
- Cass. Pen., Sez. IV, 23 settembre 2008, n. 36502, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25266, in *I contratti*, 4, 2009, p. 343 ss.
- Cass. Civ., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 in *Corriere giuridico*, 2009, 1, p. 48.

- Cass. Civ., Sez. III, 16 gennaio, 2009, n. 975, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*.
- Cass. Civ., 02 aprile 2009, n. 8016, in *Guida al diritto*, 2009, 20, 83.
- Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743, in *CED Cassazione*, 2009.
- Cass. Civ., Sez. II, 27 maggio 2009, n. 12354, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. 28 settembre 2009, n. 20790, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*.
- Cass. civ. Sez. II, 05 ottobre 2009, n. 21269, in *Obbligazioni e contratti*, 2, 2010, p. 147.
- Cass. Civ., Sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21589, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2010, p. 1324 ss.
- Cass. Civ., 20 gennaio 2010, n. 936, in *De Jure*, Archivio “*Sentenze Cassazione civile*”.
- Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538, in *La Responsabilità civile*, 10, pp. 665 ss.
- Cass. Civ., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 2847, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 12 febbraio 2010, n. 3373, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. 21 aprile 2010, n. 9439, in CIAN-TRABUCCHI, *Commentario al Codice Civile*, Cedam, Padova, 2011, p. 1168l.
- Ordinanza Cass. Civ., Sez. VI, 26 luglio 2010, n. 17506, in *Giustizia civile Mass.*, 9, 2010, p. 1154.
- Cass. Civ., Sez. III, 09 dicembre 2010, n. 24853, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 8863, in *I contratti*, 11, 2011, p. 984 ss.
- Cass. Civ., Sez. III, 17 febbraio 2011, n. 3847, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*.
- Cass. Civ., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 8863, in *I contratti*, 11, 2011, p. 984.
- Cass. Civ., Sez. II, 13 maggio 2011, n. 10686, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*.
- Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2011, n. 11005, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2011, n. 12961, in *La Responsabilità civile*, 5, 2012, p. 339.
- Cass. civ. Sez. II, 25 giugno 2012, n. 10579, CED Cassazione, 2012.
- Cass. Civ., Sez. III, 09 ottobre 2012, n. 17143, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984, in *Danno e responsabilità*, 7, 2013, p. 744.
- Cass. Civ., Sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22376, in *Guida al diritto*, 4, 2013, 33.
- Cass. Civ., Sez. III, 12 marzo 2013, n. 6093, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*.
- Cass. Civ., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 367 ss.
- Cass. Civ., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4781, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 12 aprile 2013, n. 8940, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.
- Cass. Civ., Sez. III, 14 maggio 2013, n. 11548, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*.

- Cass. Civ., Sez II, 26 luglio 2013, n. 18125, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> .
- Cass. Civ., Sez. III, 05 agosto 2013, n. 18612, in *Danno e responsabilità*, 2013, 11, 1089
- Cass. Civ., Sez. II, 09 agosto 2013, n. 19146, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Cassazione civile*.
- Cass. Civ., Sez. III, 29 agosto 2013, n. 19873, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Corte di Cassazione*.
- Cass. Civ., Sez. II, 02 settembre 2013, n. 20110, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e responsabilità*, 1, 2014, pp. 33 ss.
- Cass. Civ., Sez. III, 23 settembre 2013, n. 21715, in *De Jure*, Archivio: *Massime*
- Cass. Civ., Sez. III, 24 ottobre 2013, n. 24109, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Cass. Civ. Sez. VI-2, Ord., 10 gennaio 2014, n. 344, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>:

#### **GIURISPRUDENZA DI MERITO.**

- Tribunale di Trani, 09 maggio, 1967, in *Diritto e giustizia*, 1968, 106.
- Tribunale di Cagliari, 9 marzo 1989, in *Riv. Giur. Sarda*, 1992, 364.
- Tribunale di Vicenza, 27 gennaio 1990, in *Nuova giurisprudenza civile*, 1990, I, 734.
- Tribunale di Verona, 04 ottobre 1990, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 2, 696.
- Tribunale di Torino, 25 marzo 1999, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, 2346.
- Tribunale di Roma, Sez. XIII, 02 giugno 2003, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Appello di Genova, Sez. I, 01 settembre 2005, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Bologna, Sez. II, 30 gennaio 2006, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Roma, Sez. XIII, 07 febbraio 2007, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*.
- Tribunale di Monza, 15 marzo 2006, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Bologna, 21 maggio 2007, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2008, p. 1140
- Tribunale di Bologna, 29 maggio 2007, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*
- Tribunale Di Roma, 07 giugno 2007, in *De Jure*: Archivio: *Sentenze Tribunale*.
- Tribunale di Cesena, 06 agosto 2007, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Bari, 17 aprile 2008, in *Corriere del Merito*, 2008, 8-9, p. 905.
- Tribunale di Napoli, 28 maggio 2008, in *De jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*.
- Tribunale di Milano, sez. V, 22 aprile 2008, in *Danno e responsabilità*, 12, 2008, p. 1270
- Tribunale di Potenza, 23 luglio 2008, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Rovereto, Sez. I, 02 agosto 2008, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*.
- Tribunale di Benevento, 28 agosto 2008, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Firenze, 29 agosto 2008, n. 3137, in *De jure*, Archivio: *Massime*.
- Tribunale di Mantova, 02 dicembre 2008, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Torino, Sez. IV, 29 gennaio 2009, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Bari, 17 maggio 2010, n. 1759, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.

- Tribunale di Terni, 02 luglio 2010, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Bologna, Sez. III, 10 gennaio 2011, in *Nuova Giurisprudenza civile*, 2011, 10, 1005.
- Tribunale di Trieste, 04 ottobre 2011, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Nocera Inferiore, Sez. I, 07 febbraio 2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Milano, Sez. VII, 16 febbraio 2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Trento, 11 maggio 2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Varese, Sez. I civile, 26 novembre 2012, 1406, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 375 ss.
- Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 368 ss
- Tribunale di Torino, sez. IV civile, 26 febbraio 2013, in *Danno e responsabilità*, 4, 2013, p. 373 ss.
- Tribunale di Nocera Inferiore, 02 maggio 2013, n. 375, in *De Jure*, Archivio: *Sentenze Tribunale*.
- Tribunale di Enna, 18 maggio 2013, in *Danno e responsabilità*, 1, 2013, p.74 ss.
- Tribunale di Modena, Sez. I, 17 giugno 2013, in *De Jure*, Archivio: *Massime*
- Tribunale di Caltanissetta, 1° luglio 2013, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2013, p. 1980 ss.
- Tribunale di Milano, 12 settembre 2013, in <http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it>.
- Tribunale di Rovereto, 28 gennaio 2014, in *De Jure*, Archivio: *Massime*.

