

10. Il danno nelle obbligazioni pecuniarie

Secondo l'art. 1224, comma 1, c.c. *“nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura”*.

Da quando ha inizio un procedimento di cognizione il saggio degli interessi legali, sempre laddove non sia stata pattuita una misura convenzionale, è pari a quello, più cospicuo, previsto dalla legislazione speciale (D. Lgs. n. 231/2002, art. 5) relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 17 D.L. n. 132, del 12 settembre 2014).

La presunzione del danno nell'adempimento tardivo delle obbligazioni pecuniarie

Con l'obbligo del debitore di corrispondere gli interessi, il legislatore presume che nell'adempimento tardivo delle obbligazioni pecuniarie il creditore subisca sempre e comunque un danno. Difatti, mentre di regola è il creditore a dover provare di aver subito un danno dal ritardato adempimento, in tale ipotesi egli ha diritto di pretendere gli interessi moratori senza bisogno di provare di aver sofferto concretamente un danno.

La funzione di risarcimento forfettario degli interessi moratori

Gli interessi moratori hanno quindi la funzione di risarcimento forfettario commisurato al tasso legale degli interessi.

Gli interessi moratori presuppongono lo stato di mora, ossia la situazione di ritardo qualificato nell'adempimento di un'obbligazione ancora possibile; per la distinzione con le altre tipologie di interessi si rinvia al Cap. II.

Il secondo comma dell'art. 1224 c.c. precisa che *“al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori”*.

Per ottenere un risarcimento ulteriore il danno deve essere maggiore di quello risarcibile con gli interessi moratori al tasso legale. In tal caso il creditore dovrà provare che il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione gli ha provocato un danno maggiore perché egli, non disponendo di quel denaro, non ha potuto utilizzarlo in impieghi maggiormente redditizi, o ha dovuto procurarsene a condizioni maggiormente svantaggiose.

Ad es. un imprenditore che non ottiene alla data stabilita il credito spettantegli avrà diritto dal giorno della mora agli interessi legali (moratori). Ma poiché è altamente probabile che l'imprenditore avrebbe utilizzato quel denaro per la sua attività, qualora costui, in conseguenza dell'inadempimento, si veda costretto a chiedere un finanziamento bancario ad un tasso d'interesse maggiore di quello legale, potrà domandare il ristoro del maggior danno, consistente nella differenza tra gli interessi pagati e gli interessi moratori che gli spettano.

Prova del maggior danno

Problema da sempre dibattuto è quello relativo al tipo di prova richiesta al creditore pecuniario che intenda ottenere l'ulteriore risarcimento *ex art. 1224, comma 2, c.c.*

Prova piena e rigorosa

In materia si riscontra una profonda evoluzione giurisprudenziale, che è possibile suddividere nelle seguenti tappe fondamentali.

Nel primo periodo, che va dalla fine degli anni '40 sino all'inizio degli anni '70 del secolo scorso, la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che la prova fornita dal creditore

dovesse essere una prova piena e rigorosa, essendo questi tenuto a dimostrare precisamente il pregiudizio individuale sofferto per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria.

Trattandosi, in particolare, del maggior danno da svalutazione monetaria, il creditore aveva innanzi tutto l'onere di allegare l'effettiva verifica di un deprezzamento della moneta, sia nell'*an* che nel *quantum* e, in secondo luogo, doveva provare di aver subito un particolare pregiudizio per non aver potuto disporre tempestivamente del denaro dovutogli, parimenti sotto il profilo sia dell'*an* che del *quantum*.

La prova richiesta si risolveva, in concreto, nella dimostrazione, alquanto difficoltosa, che il creditore, ove avesse ottenuto per tempo la somma di denaro, avrebbe acquistato beni sottratti al deprezzamento della moneta oppure non sarebbe stato costretto, a causa del ritardo, a vendere beni di tale specie, scongiurando così gli effetti negativi della svalutazione verificatasi *medio tempore*.

Questa impostazione faceva rigorosa applicazione del principio nominalistico, ponendo in termini netti la distinzione fra debiti di valore, nei quali l'importo dovuto deve necessariamente esprimere il valore effettivo dell'obbligazione primaria sostituita e, pertanto, non può restare insensibile alle oscillazioni del potere di acquisto della moneta, e debiti di valuta, nei quali, al contrario, la svalutazione monetaria non può avere alcun rilievo, se non quello di costituire il fatto generatore di un pregiudizio patrimoniale, conseguente al ritardato adempimento.

Rigorosa applicazione del principio nominalistico

Le principali critiche mosse all'impostazione giurisprudenziale in parola, consistono nel fatto che essa imponeva al creditore una *probatio diabolica*, essendo alquanto difficile, se non del tutto impossibile, dimostrare che, effettuando idonei investimenti, si sarebbero scongiurati gli effetti negativi della svalutazione. Ciò vale soprattutto per i creditori economicamente più deboli che, a differenza di quelli dotati di maggiori disponibilità economiche, difficilmente possono sostenere di impiegare abitualmente il denaro in investimenti produttivi.

Critiche: "probatio" diabolica

L'impostazione classica entra in crisi quando, a causa della crisi petrolifera degli anni '70 del secolo scorso e del conseguente crollo della moneta nazionale, inflazione e svalutazione da fenomeni occasionali diventano endemici ed assumono proporzioni assai più rilevanti che in passato.

Inflazione nel decennio 1970-80

La Corte di Cassazione, con sent. n. 5670/1978, recependo le critiche mosse dalla dottrina all'orientamento tradizionale e preso atto delle novità intervenute nel mondo economico nel corso dei suddetti anni '70, ha drasticamente affermato il principio secondo cui la perdita del potere di acquisto della moneta realizza un danno concreto e reale del quale il creditore non deve fornire alcuna prova, perché la svalutazione costituisce, sotto questo profilo, un fatto notorio, la cui entità può facilmente desumersi da indici pubblicizzati di sicura attendibilità.

Cass. n. 5670/1978

Al creditore tardivamente soddisfatto, pertanto, si riconosceva automaticamente la rivalutazione della somma di denaro, tutte le volte in cui l'indice di svalutazione ufficiale risultasse superiore al saggio degli interessi legali.

a) svalutazione come fatto notorio

Se, inoltre, si considera che al tempo della sentenza in oggetto parte della giurisprudenza era favorevole alla cumulabilità di interessi moratori e maggior danno, si comprende, allora, quanto vantaggiosa fosse la situazione del creditore che, in caso di tardivo adempimento, poteva ottenere non solo gli interessi legali ma anche l'automatica rivalutazione della somma dovutagli, senza fornire alcuna prova del danno effettivamente subito.

Il nuovo orientamento espresso dalla Cassazione ha dato adito a numerose critiche.

b) automatico riconoscimento della rivalutazione

Si è obiettato, principalmente, che il riconoscimento in via automatica della rivalutazione monetaria, conseguente al ritardato adempimento, comporta la sostanziale trasformazione dei debiti di valuta in debiti di valore.

In risposta alle critiche sollevate dalla dottrina ed al fine di comporre il conflitto giurisprudenziale determinatosi, la Cassazione è intervenuta a S.U. nel 1979 e poi nel 1986 – e quindi a breve distanza di tempo – inaugurando un nuovo indirizzo.

Terza tappa nell'evoluzione giurisprudenziale (Cass. civ., S.U., nn. 3776/1979 e n. 2368/1986): applicazione di un regime di presunzioni legate alla categoria soggettiva di appartenenza

La soluzione compromissoria adottata dalle S.U. consiste nella riaffermazione dei principi espressi dall'orientamento tradizionale, mitigandone al contempo il rigore probatorio attraverso la puntualizzazione della possibilità di ricorrere alla prova presuntiva, mediante il riferimento a categorie economiche socialmente significative di creditori.

Le S.U. hanno ammesso la possibilità di utilizzare “presunzioni fondate su condizioni e qualità personali del creditore e sulle modalità di impiego del denaro coerenti [...] con tali elementi”, al fine di consentire “una valutazione il più possibile soggettiva del danno medesimo, senza tuttavia rinunciare al ricorso a criteri generali tali da permettere, ove possibile, una quantificazione forfettaria e da favorire la semplicità e speditezza della liquidazione”.

All'uopo, le S.U. hanno individuato alcune categorie economiche socialmente significative di creditori ed, in particolare, quelle dell'imprenditore, del risparmiatore abituale, del modesto consumatore e del creditore occasionale.

Con riferimento a coloro che svolgono attività imprenditoriali, si è osservato che essi impiegano normalmente il denaro per effettuare investimenti produttivi e, quindi, per ottenere maggiori redditi. Il danno che generalmente l'imprenditore patisce per effetto della tardiva percezione della somma dovutagli è legato al mancato reinvestimento e corrisponde, quindi, al mancato profitto che ne consegue: il criterio presuntivo stabilito dalle S.U. con riferimento a tale categoria è costituito, pertanto, dalla

a) imprenditore

redditività marginale del denaro, desumibile dalla “capacità operativa, quale risulta dall'attività pregressa e da quella prevedibile come normale in relazione alla struttura della sua azienda e delle condizioni di mercato“. Per le imprese costrette a ricorrere al credito per rimpiazzare la somma venuta meno il danno è commisurato al tasso di interesse per l'accesso al credito, ossia il *prime rate* per le imprese solvibili che godono delle condizioni migliori.

b) risparmiatore abituale

Il risparmiatore abituale, invece, è identificato in colui che, sebbene non svolga attività imprenditoriali o professionali, tuttavia produce normalmente un reddito superiore alle proprie esigenze di consumo e, pertanto, dispone periodicamente di un *quid pluris* da investire in beni fruttiferi. Alla categoria dei risparmiatori abituali, dunque, le S.U. ricollegano danni presuntivamente quantificati sulla base della redditività del tipo di investimenti abitualmente operati, che coincidono con i titoli di Stato.

c) modesto consumatore

Quanto al modesto consumatore, colui, cioè, che impiega integralmente il proprio reddito nell'acquisto di beni di consumo, il criterio presuntivo utilizzato è quello che fa riferimento agli indici ufficiali dei prezzi al consumo. Si è espressamente riconosciuto, infatti, che anche l'acquisto di beni consumabili, e non solo quello di beni produttivi, sottrae il denaro agli effetti della svalutazione, atteso che il creditore, spendendo tempestivamente la somma, realizza il valore attuale della moneta mediante il godimento dei beni o servizi ottenuti.

d) creditore occasionale

Viene, infine, definito creditore occasionale colui che solo eccezionalmente dispone di somme superiori alle proprie esigenze di consumo; con riferimento agli appartenenti a tale categoria le S.U. hanno indicato, il tasso degli interessi erogati per i depositi bancari.

Cass., S.U., 16 luglio 2008, n. 19499

La materia è stata da ultimo riscritta da Cass., S.U., 16 luglio 2008, n. 19499. Le S.U. osservano che le categorie economicamente significative sono poco chiare, inaffidabili, insufficienti e discriminatorie. Ad avviso della Suprema Corte non è necessario inquadrare il creditore in una categoria specifica per poi presumerne l'utilizzo tipico del denaro (imprenditore, risparmiatore o consumatore); a qualsiasi creditore di somme non corrisposte dal debitore va riconosciuto un maggior danno che corrisponde alla differenza tra il tasso di ren-

dimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi (o tra il tasso di inflazione, se superiore) e quello degli interessi legali (se inferiore), determinato per ogni anno ai sensi dell'articolo 1284 c.c. Trattasi infatti del parametro più affidabile perché statisticamente più frequente, dotato di una base legale *ex art.* 1284 e idoneo ad assicurare un margine differenziale positivo rispetto al regime legale di cui all'art. 1284.

Detta presunzione è relativa ed è suscettibile di essere vinta sia in *melius* dal creditore che dimostri di avere subito un danno maggiore, che in *peius* dal debitore che dimostri che il danno subito è inferiore al parametro in parola.

Queste le massime finali:

– *Nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, cod. civ. (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento – dovendo ritenersi superata l'esigenza di inquadrare a tale fine il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate –, nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 cod. civ.;*

– *è fatta salva la possibilità del debitore di provare che il creditore non ha subito un maggior danno o che lo ha subito in misura inferiore a quella differenza, in relazione al meno remunerativo uso che avrebbe fatto della somma dovuta se gli fosse stata tempestivamente versata;*

– *il creditore che domandi a titolo di maggior danno una somma superiore a quella differenza è tenuto ad offrire la prova del danno effettivamente subito, quand'anche sia un imprenditore, mediante la produzione di idonea e completa documentazione, e ciò sia che faccia riferimento al tasso dell'interesse corrisposto per il ricorso al credito bancario sia che invochi come parametro l'utilità marginale netta dei propri investimenti;*

– *in entrambi i casi la prova potrà dirsi raggiunta per l'imprenditore solo se, in relazione alle dimensioni dell'impresa ed all'entità del credito, sia presumibile, nel primo caso, che il ricorso o il maggior ricorso al credito bancario abbia effettivamente costituito conseguenza dell'inadempimento, ovvero che l'adempimento tempestivo si sarebbe risolto nella totale o parziale estinzione del debito contratto verso le banche; e, nel secondo, che la somma sarebbe stata impiegata utilmente nell'impresa.*

Una disciplina speciale è dettata dal D.Lgs. n. 231/2002, introdotto dal nostro legislatore in attuazione della direttiva comunitaria 2000/35/CE, che fissa un saggio più elevato di interessi moratori ed una loro decorrenza automatica nel caso di transazioni commerciali tra imprese ovvero tra imprese ed enti pubblici. *D.Lgs. 231/02*

Al fine di “armonizzare” le normative dei singoli Stati membri, la disciplina comunitaria – in ciò assorbita da quella italiana – fondava la sua “forza” regolatrice su due versanti applicativi: da un lato, la fissazione di un tasso di interesse legale di mora piuttosto elevato; dall'altro, la automatica operatività nella decorrenza di siffatti interessi, ossia a prescindere da una formale costituzione in mora del debitore, e semplicemente attendendo il decorso di un termine prefissato contrattualmente. Tuttavia, tale disciplina, seppure nelle intenzioni dell'autore stringente ed incisiva, perdeva molta della sua efficacia dissuasiva dal momento che veniva ad assumere natura dispositiva, ovvero derogabile convenzionalmente dalle parti (quindi non con effetti imperativi), ed in secondo luogo si applicava indistintamente alle contrattazioni tra le imprese private ed a quelle tra queste e gli enti pubblici (previsione che si rivelava, già agli albori della introduzione della direttiva, irragionevole, attesa la diversità

strutturale e di capacità economico-finanziaria tra le prime ed i secondi). Unica clausola di “salvaguardia” rispetto alla sostanziale capacità modificativa della normativa da parte dei privati contraenti era la possibilità, da parte del giudice nazionale, di valutare la “grave iniquità” degli accordi *inter partes*, i quali si discostassero in maniera considerevole dai dettami della legge, ciò che consentiva allo stesso giudice di poter intervenire con effetti di etero-integrazione contrattuale.

Nonostante la giurisprudenza si sia impegnata a garantire la corretta applicazione delle predette disposizioni normative, e malgrado le Autorità di Vigilanza abbiano assunto una posizione di controllo vigile ed attenta per il raggiungimento degli obiettivi comunitari, il fenomeno del ritardo nei pagamenti, specie per i crediti verso le P.P.A.A., ha assunto proporzioni sempre maggiori, ragione per la quale il legislatore europeo ha avvertito la necessità di emanare una nuova direttiva, in sostituzione di quella precedente, volta a stringere l'ambito applicativo ed a meglio perimetrare le condizioni di operatività.

Nella fattispecie, è stata emanata la direttiva 2011/7/UE, la quale ha anzitutto variato *in peius* la previsione del tasso di interesse di mora applicabile ai ritardi di pagamento, in misura corrispondente a quello pari al tasso di riferimento della BCE, maggiorato di otto punti percentuali (in luogo dei sette precedentemente previsti), e secondariamente ha nettamente differenziato le ipotesi di contrattazioni tra imprese private e quelle tra privati e P.A., prevedendo per le prime un ampio regime di derogabilità da parte dei contraenti del contenuto negoziale, al contrario fissando regole imperative ed inderogabili per il secondo tipo di contrattazioni.

D.Lgs 192/12 Il D. Lgs. n. 192 del 2012, entrato in vigore il 1° Gennaio 2013, ha dato attuazione alla regolamentazione comunitaria, provvedendo ad integrare, ed in parte a modificare, l'impianto normativo contenuto nel D. Lgs. n. 231/02.

Tra le novità più significative della novella, va primariamente ricordata la estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, attualmente riferita – nelle contrattazioni tra privati ed enti pubblici – ad ogni “amministrazione aggiudicatrice”, rispetto all'originario rinvio al generico concetto di “pubblica amministrazione”. Tale modifica, di non poco momento, ha consentito di superare i dubbi interpretativi inerenti la operatività della normativa in parola anche al settore degli appalti pubblici, nel quale la delimitazione dell'ambito applicativo risulta fissata dal D. Lgs. n. 163/06 (Codice dei Contratti Pubblici). In tal guisa, e fugando ogni incertezza al riguardo, per le negoziazioni aventi ad oggetti “servizi pubblici”, con qualsiasi ente di natura pubblicistica, l'impresa privata potrà sicuramente fruire delle garanzie della neonata disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Per quanto attiene, invece, alla fissazione dei termini di pagamento, il legislatore del 2012 ha statuito – come già detto – una differente disciplina nelle ipotesi di contrattazioni tra imprese private ovvero tra imprese e P.P.A.A. In ordine alle prime, il pagamento del corrispettivo per la consegna della merce o per la fruizione del servizio, dovrà avvenire nel termine di trenta giorni: a) dalla data di ricevimento della fattura o da una equivalente richiesta di pagamento ad opera del creditore; b) dalla data di consegna della merce o della prestazione del servizio, qualora successive (o non meglio predeterminate) alla data di emissione della fattura o della richiesta di pagamento; c) dalla data di accettazione o verifica della conformità della merce o del servizio alle condizioni contrattuali, se previsti dalla legge o dal contratto, sempre che la fattura o la richiesta equivalente di pagamento sia pervenuta al debitore in data anteriore. Tuttavia, tale disciplina ha carattere dispositivo, quindi sarà derogabile dalle parti, pur nei limiti che seguono. Invero, le parti potranno decidere di contemplare un termine superiore, con la precisazione che, ove decidano di fissare un termine di 60 giorni, sarà richiesta la “forma scritta” (*ad probationem*), mentre in caso di termine maggiore, l'accordo tra i contraenti dovrà essere “espresso”, ossia non

potrà perfezionarsi per *facta concludentia* ovvero tacitamente. Il tutto, nel rispetto del generale e onnicomprensivo limite della “grave iniquità” dell’accordo, ai sensi dell’art. 7 del D. Lgs. n. 231/01.

Al contrario, con riferimento alle negoziazioni tra imprese private ed Amministrazioni pubbliche – le quali maggiormente hanno scontato difficoltà problematiche ed applicative – la novella ha fissato, quale regolamentazione dei termini di pagamento, la medesima disciplina prevista nelle contrattazioni tra privati, con la significativa e rilevante novità consistente nella sua inderogabilità negoziale, atteso che gli accordi derogatori ai termini legali di pagamento, oltre a dover essere pattuiti espressamente e provati per iscritto, devono essere giustificati “dalla natura o dall’oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione” (cioè al momento della conclusione dell’accordo stesso), e, in ogni caso, non possono eccedere il limite di sessanta giorni dalla scadenza delle date sopra descritte. Alla luce di quanto evidenziato, ne consegue – da parte della P.A. – in caso di deroga alle previsioni di legge un (seppur indiretto) onere motivazionale, di talché quando l’Ente abbia intenzione di introdurre (nei capitolati, nei bandi di gara o negli altri documenti di domanda di prestazioni o servizi) regolamentazioni modificative in merito ai termini di pagamento, non potrà limitarsi ad una esplicazione astratta e generica delle ragioni poste a fondamento di tale scelta, bensì dovrà individuare con esattezza le ragioni ed esigenze oggettive in base alle quali ritenga appunto di derogare ai termini legali di pagamento. La violazione delle disposizioni previste dal D. Lgs. n. 231/01, come novellato, provocherà la nullità delle clausole pattizie *contra legem*, con automatica sostituzione della disciplina legale a quella negoziale, *ex art. 1419 c.c.*

Da ultimo, come già anticipato in precedenza, occorre rilevare come il legislatore del 2012 abbia innalzato il tasso di interesse di mora, portandolo a otto punti percentuali in più rispetto a quello di riferimento della BCE; inoltre, così come evidenziato per la disciplina relativa alla fissazione dei termini di pagamento, in caso di contrattazioni tra privati tale soglia potrà essere derogata convenzionalmente, al contrario delle negoziazioni tra imprese e PPAA., ove ritornerà la inderogabilità pattizia.

Ancora, a sottolineare il carattere marcatamente sanzionatorio della novella, oltre a quanto fin qui rassegnato, vi è da ricordare anche una nuova regolamentazione per il recupero dei costi relativi alla esazione del credito in caso di mora del debitore (con la previsione di una ulteriore “sanzione” pari ad euro 40,00 per ogni giorno di ritardo), al fine di risarcire l’*accipiens* per le spese sostenute per le azioni recuperatorie (oltre la prova dell’eventuale “maggior danno” subito), e ad una nuova accezione del limite della “grave iniquità” degli accordi in deroga alla disciplina legale, il quale limite, essendo piuttosto generico ed ampio, dovrà essere oggi vagliato caso per caso, ossia facendo riferimento alla fattispecie concreta posta all’attenzione del giudice, ed avendo riguardo a “tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l’esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all’importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero”.

È altresì considerata gravemente iniqua, con una presunzione *iuris et de iure*, la clausola che esclude l’applicazione di interessi moratori.

Quale sanzione, l’art. 7 prevede che il giudice possa dichiarare, anche d’ufficio la nullità delle clausole gravemente inique.

Infine, con la legge europea 2013-*bis* (L. 30 ottobre 2014, n. 160), il legislatore è nuovamente intervenuto in materia introducendo nel tessuto normativo un nuovo art. 7 bis che dispone che in presenza di tali clausole il creditore (oltre ovviamente alla nullità delle stesse, di cui all’art. 7) possa ottenere un risarcimento del danno.

La nullità e il risarcimento del danno in caso di clausole gravemente inique

11. La responsabilità professionale

Obbligazioni di mezzi e di risultato Tradizionalmente la dottrina civilistica è solita distinguere, all'interno della macro-categoria delle obbligazioni, le obbligazioni di mezzi da quelle di risultato, definendo le prime come quelle obbligazioni in cui il debitore si impegna semplicemente ad assicurare l'esecuzione di una prestazione secondo diligenza ordinaria (art. 1176, comma 1, c.c.) o qualificata (art. 1176, comma 2, c.c.), a prescindere dal raggiungimento di un dato risultato, e le seconde come quelle obbligazioni in cui il debitore si impegna a raggiungere proprio il risultato avuto di mira dal creditore, a prescindere dalle modalità adempitive.

In passato, prima dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione con la citata pronuncia 13533/2001 (cfr. *supra* par. 2), si riteneva che detta distinzione si riflettesse sul riparto dell'onere della prova in caso di inadempimento; più precisamente, si sosteneva che nell'ambito delle obbligazioni di mezzi il creditore dovesse dimostrare che la prestazione non era stata conforme alla diligenza richiesta, mentre nelle obbligazioni di risultato, una volta dimostrato il titolo della pretesa contrattuale, sarebbe stato onere del debitore provare che il risultato era stato raggiunto ovvero non era stato raggiunto per causa a sé non imputabile *ex art.* 1218 c.c.

Responsabilità medica Nell'ambito della responsabilità medica, in particolare, si riteneva che l'onere probatorio si modellasse a seconda della situazione concreta, operandosi una distinzione tra intervento di *routine* ed intervento complesso. Orbene, in caso di intervento terapeutico *routinario* (ove statisticamente non si verifica un rischio apprezzabile di morte qualora l'intervento venga effettuato correttamente), si presumeva che l'eventuale esito infausto fosse addebitabile ad un errore terapeutico grave del medico, avente rilevanza causale nella produzione dell'evento mortale: al paziente bastava dimostrare la facilità dell'intervento perché si presumesse l'esistenza di un errore terapeutico causa della morte. Viceversa negli interventi complessi, con rischio di mortalità apprezzabile, valeva la presunzione opposta: l'evento infausto era ritenuto ascrivibile alla difficoltà dell'intervento chirurgico; in questo senso al medico era sufficiente dimostrare la complessità dell'intervento per escludere la propria responsabilità, mentre al paziente veniva richiesto di dimostrare l'errore terapeutico che aveva causato l'esito negativo dell'intervento.

Critiche a detta distinzione Tale netta contrapposizione era stata già sottoposta a revisione critica da parte di alcuni Autori, sulla scorta di due rilievi: da un lato, le obbligazioni di mezzi non sempre sono scevre dall'attesa di un risultato; dall'altro, nelle obbligazioni di risultato non sempre risultano indifferenti le modalità di esecuzione della prestazione. Si è, dunque, precisato che mentre nelle obbligazioni di risultato la diligenza opera soprattutto quale parametro di valutazione dell'esattezza della prestazione, nelle obbligazioni di mezzi essa opera anche nel senso di determinare il contenuto della prestazione.

La distinzione tra le due tipologie di obbligazioni è stata ulteriormente scalfita dalla surrichiamata pronuncia del 2001, che ha ricondotto ad unità le regole probatorie applicabili alle vicende obbligatorie contrattuali: il creditore, anche in caso di obbligazione di mezzi, dovrà limitarsi a provare il titolo del proprio credito e ad allegare l'inadempimento del debitore, gravando sempre e comunque su quest'ultimo la prova dell'esattezza dell'esecuzione.

Storicamente le obbligazioni professionali (quali quella del medico o dell'avvocato) sono assurte ad emblema delle obbligazioni di mezzi: al professionista, considerata l'aleatorietà del risultato da raggiungere (condizionato dal concorso di vari fattori, anche estranei alla sua sfera di competenza) si richiedeva di eseguire la prestazione conformemente al livello di diligenza esigibile in relazione alla specifica obbligazione e non anche di perseguire il risultato avuto di mira dal creditore.

Obbligazioni del professionista: natura di obbligazioni di mezzi

Se questo è condivisibile in linea di principio, non può negarsi, tuttavia, che in taluni casi anche la prestazione del professionista vada qualificata quale obbligazione di risultato: ad esempio l'ingegnere a cui è affidato un progetto di ristrutturazione è debitore di un'obbligazione di risultato (la realizzazione del progetto).

Eccezioni alla regola generale

Anche nell'ambito delle obbligazioni professionali, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stata progressivamente erosa, di talché, in caso di inadempimento, il riparto dell'onere probatorio dovrà articolarsi secondo il paradigma dettato dalle Sezioni Unite del 2001, valido quale che sia l'azione esperita dal creditore, e quale che sia il tipo di obbligazione rimasta inadempita (cfr. da ultimo Cass. Sez. Un. 577/08).

Gli effetti della sentenza 13533/2001 delle Sezioni Unite

Applicando queste coordinate nell'ambito della responsabilità medica, viene superata a fini probatori anche la distinzione tra intervento *routinario* ed intervento complesso: il paziente danneggiato deve provare, come per qualsiasi inadempimento, la fonte da cui deriva il proprio diritto alla prestazione sanitaria (quindi il contratto o il contatto sociale qualificato, sul quale cfr. *supra*, Cap. 1, par. 3) ed il danno che ne è derivato (lesione, morte, e danni eventualmente consequenziali alla morte, come quello morale o esistenziale patito dagli eredi). Non deve invece provare l'errore terapeutico, bensì solo allegarlo.

Responsabilità medica

Al medico spetterà invece la prova di aver tenuto un comportamento diligente e di non aver commesso durante tutte le fasi dell'intervento (preparatorie, diagnostiche, post-operatorie) alcun errore che abbia avuto rilevanza nella produzione dell'evento lesivo.

La prova del nesso di causalità tra l'errore terapeutico e l'evento dannoso

Per quanto concerne invece il nesso di causalità tra l'errore terapeutico e l'evento dannoso si fronteggiano due scuole di pensiero.

Secondo il primo orientamento i due profili della prova dell'errore e della prova della causalità restano distinti. Mentre non è più necessaria la prova dell'inadempimento del medico (anche in caso di interventi complessi), resta ferma comunque la prova della causalità, ossia che sia stato l'inadempimento a provocare l'evento mortale o le ulteriori conseguenze dannose. Si ritiene quindi che la prova della causalità attenga alla prova del danno, che, com'è noto, grava sul creditore.

I tesi: i due profili della prova dell'errore e della prova della causalità restano distinti

La tesi prevalente in giurisprudenza (avallata dalla richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 581) ritiene invece che il problema della causalità sia assorbito da quello della prova dell'errore, poiché in tema di responsabilità medica i due profili non possono essere apprezzabilmente distinti. Dunque, una volta dedotto l'errore, si presume che lo stesso sia stato causalmente rilevante. Conseguentemente può concludersi che se il paziente deve provare solo l'esistenza dell'obbligo e dedurre l'errore, nonché le conseguenze dannose, il medico deve invece dimostrare non vi è stato alcun errore, o, se errore c'è stato, che comunque lo stesso non è stato causalmente rilevante (perché ad es. per il tipo di patologia e per la storia clinica del paziente è plausibile che l'evento morte si sarebbe verificato comunque).

Tesi prevalente: la prova della causalità è assorbito dalla prova dell'errore: S.U., 11 gennaio 2008, n. 581

Sul tema v. anche Sez. V, Cap. III, § 4. ss.

11.1. La causalità civile e la causalità penale in campo medico

La responsabilità medica rappresenta il settore in cui si è inoltre maggiormente discusso in ordine al modo di intendere la causalità civile, ossia se essa debba essere ricostruita tenendo conto delle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza penalistiche, ovvero debba rispondere a regole autonome e specifiche.

*Causalità
penale*

In sede penale la questione della causalità in campo medico è stata esaminata dalla celebre pronuncia "Franzese" (Sezioni Unite, 11 settembre 2002, n. 30328), cui si è rifatta tutta la giurisprudenza successiva, sia pure con alcune puntualizzazioni. In detta storica pronuncia, la Suprema Corte ha ritenuto che la responsabilità penale debba essere provata con elevato grado di probabilità logica o credibilità razionale, sostenendo la necessità che il risultato probatorio raggiunto attraverso la sussunzione del fatto storico nell'alveo della legge scientifica, universale o statistica, applicabile nella specie, debba essere corroborato dalle emergenze processuali del caso concreto. Calando detti postulati nel settore della responsabilità medica, si deve ritenere che, quand'anche ricorra la probabilità statistica che l'omissione di una data condotta doverosa da parte del sanitario determini la morte del paziente, tale dato statistico va compiutamente corroborato sulla scorta degli elementi probatori acquisiti al giudizio. Con l'effetto che, uno scarso grado di probabilità statistica può comunque condurre all'affermazione di responsabilità, laddove vi sia un'evidenza probatoria che converge verso la colpevolezza, così come un elevato grado di probabilità statistica non giustifica la pronuncia di condanna allorché gli elementi acquisiti siano tali da non consentire di escludere l'esistenza di una spiegazione alternativa dell'eziologia dell'evento per come verificatosi *hic et nunc*.

*Causalità
civile*

In sede civile la causalità segue dinamiche differenti, non richiedendosi una prova in termini di certezza o di probabilità vicina alla certezza perché il danneggiante sia chiamato a rispondere delle conseguenze dalla propria condotta.

Si pensi al caso di un errore di diagnosi di un tumore, che viene diagnosticato tardivamente con conseguente morte del paziente. Un soggetto sottoposto ad un intervento per un tumore tardivamente diagnosticato non ha le stesse possibilità di sopravvivenza del soggetto che ha ricevuto la diagnosi precoce e quindi ha subito un trattamento terapeutico tempestivo. Ciò posto, in sede penale difficilmente il medico sarà condannato per omicidio colposo a causa dell'errore diagnostico, che come tale non si considera causa diretta della morte. Sul piano civile, invece, il fatto che un soggetto operato in modo tardivo abbia un rischio di recidiva ed una prospettiva di sopravvivenza inferiore rispetto ad un soggetto che è stato operato tempestivamente assume rilevanza sotto il profilo del danno morale o esistenziale (per la cui analisi v. *amplius* Parte V, Sez. V, Cap. II) che subisce il soggetto che vive con la consapevolezza di un rischio di recidiva.

Le ragioni poste a base della differenziazione del regime causale in campo civile sono varie.

Innanzitutto, in materia penale prevalgono le garanzie costituzionali a favore dell'imputato (si pensi al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.), in forza delle quali la colpevolezza va accertata oltre ogni ragionevole dubbio.

Inoltre, mentre nel sistema penale si ha come obiettivo quello di sanzionare il comportamento colpevole, accertando in maniera rigorosa che la condotta è causa del reato, in ambito civile il legislatore si pone l'obiettivo di tutelare la vittima e riparare il danno dalla stessa subito.

Si aggiunga che in ambito civile è considerata molto più equa una soluzione che responsabilizzi colui che ha creato il rischio di morte e non lo ha controllato (il medico), a differenza di quanto accade in sede penale, dove il fatto che un comportamento abbia creato il rischio di un evento non è mai sufficiente ad integrare il reato.

Ancora, mentre in sede penale l'imputazione della condotta è soggettiva, il modello civile è invece caratterizzato da una pluralità di criteri di imputazione, tra cui quello oggettivo, e ciò tanto in ambito contrattuale quanto in ambito aquiliano.

Da ultimo è rilevante il diverso significato che assume il danno in sede civile rispetto alla speculare lesione sanzionata nel campo penale: in sede civile, come si vedrà nel § 12, è pacifico che abbia rilevanza sul piano risarcitorio anche la c.d. *chance* quale bene della vita autonomo.

11.2. Il consenso informato

L'ultima questione in tema di responsabilità del medico riguarda l'obbligo di informazione. Si registra infatti un massiccio contenzioso nel settore della responsabilità medica *sub specie* di danni cagionati da omessa informazione.

Nella ricerca della fonte dell'obbligo di informazione che incombe sul medico nei confronti del paziente, sulla scorta dell'assunto che l'attività medico-chirurgica è un'attività socialmente utile, che scrimina indipendentemente dal consenso, si è rilevato che la fonte non potrebbe essere la scriminante penale del consenso dell'avente diritto. Si è pertanto preferito fare riferimento ad una serie di norme di rango costituzionale ed ordinario che individuano per l'attività medico-chirurgica un limite rappresentato dalla necessità di acquisire il consenso informato terapeutico del paziente: in particolare l'art. 32 Cost., che vieta i trattamenti sanitari obbligatori e che quindi pone un limite all'utilità sociale dell'intervento rappresentato dal consenso del paziente; in secondo luogo l'art. 13 della Cost., che tutela in generale la libertà personale; ed infine una serie di norme, in particolare la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (l. 833/78), che stabiliscono le modalità di acquisizione del consenso nell'ipotesi in cui il paziente sia impossibilitato a prestarlo.

La fonte dell'obbligo di informazione

Quanto al contenuto di quest'obbligo, la giurisprudenza chiarisce che esso deve essere il più possibile analitico e personalizzato, al fine di consentire sostanzialmente al paziente l'esplicazione della sua libertà di autodeterminazione nel decidere se assoggettarsi o meno ai rischi che per la salute comporta l'intervento o il tipo di trattamento.

Il contenuto dell'obbligo di informazione

Il consenso deve essere non formale, ma reale: non è sufficiente quindi l'informazione solo cartacea quando sostanzialmente si risolve in generiche indicazioni sull'intervento non fornendo dettagliate ed individualizzate delucidazioni.

Infine il consenso deve essere cronologicamente attualizzato, nel senso che l'informazione va data non solo all'inizio del trattamento, ma anche nel corso dello stesso ogni qualvolta intervengano fattori che comportano una ulteriore delucidazione sui rischi e sulle problematiche coinvolte nell'*iter* terapeutico.

Ai fini dell'individuazione del soggetto che deve provare se il consenso c'è stato, alla luce delle considerazioni precedentemente svolte sul nuovo corso giurisprudenziale in tema di onere probatorio (inaugurato come visto dalle S.U. del 2001 ed applicato alla responsabilità medica in tema di prova del nesso di causalità dalla pronuncia n. 581/2008), sarà il medico, e quindi il debitore, a provare, insieme agli adempimenti degli obblighi diagnostici e terapeutici, anche l'adempimento dell'obbligo (che non è accessorio ma principale, la cui violazione quindi dà vita non ad un inesatto adempimento ma ad un inadempimento in senso pieno), di aver acquisito il consenso informato, che dovrà essere scritto (specie per gli interventi più importanti), e quindi facilmente documentabile in un'ottica di vicinanza della prova.

L'onere probatorio dell'intervenuto consenso

Per quel che concerne il tipo di danno rivendicabile, ci si è chiesti quale danno sia risarcibile se il medico esegue perfettamente un intervento non preceduto dalla necessaria informazione ed acquisizione del consenso informato. La fattispecie in esame è quella che ricorre nel caso in cui il consenso all'intervento non viene acquisito, pur non essendoci un'urgenza che lo impedisse, o viene acquisito senza fornire le informazioni necessarie affinché possa reputarsi validamente prestato. Ci si chiede, in altri termini, se il medico debba rispondere

Il tipo di danno rivendicabile

del danno cagionato a seguito di un intervento che sul piano delle *leges artis* è corretto, ma al quale il paziente si è sottoposto senza aver manifestato il suo consenso informato, e quindi se vi sia un nesso di causalità che avvinca l'omessa informazione al danno cagionato a valle di un intervento eseguito conformemente ai principi della scienza medica.

Onde rispondere al quesito occorre preliminarmente chiarire che dalla violazione dell'obbligo di informazione in campo sanitario possono rilevare, sul piano del danno-conseguenza, diversi tipi di lesione: una prima categoria afferente alla lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente; una seconda categoria afferente alla lesione del diritto alla vita o alla salute.

Quanto al primo tipo di lesioni, la giurisprudenza è assai rigorosa nel ritenere che in tema di attività medico-chirurgica, è risarcibile il danno cagionato dalla mancata acquisizione del consenso informato del paziente in ordine all'esecuzione di un intervento chirurgico, ancorché esso apparisse, *ex ante*, necessitato sul piano terapeutico e sia pure risultato, *ex post*, integralmente risolutivo della patologia lamentata, integrando comunque tale omissione dell'informazione una privazione della libertà di autodeterminazione del paziente circa la sua persona, in quanto preclusiva della possibilità di esercitare tutte le opzioni relative all'espletamento dell'atto medico e di beneficiare della conseguente diminuzione della sofferenza psichica, senza che detti pregiudizi vengano in alcun modo compensati dall'esito favorevole dell'intervento (cfr. da ultimo Cass. 12205/15).

Quanto alla possibile lesione del diritto alla vita o alla salute derivante dalla mancata acquisizione del consenso informato si registrano due orientamenti.

Un primo orientamento, partendo dalla premessa secondo cui l'attività medico-chirurgica è socialmente utile ed autorizzata dall'ordinamento indipendentemente dal consenso dell'interessato per i benefici sociali che comporta, ricava il corollario che l'osservanza completa delle regole professionali in sede di effettuazione dell'intervento esclude la risarcibilità del danno da lesione della salute, lasciando residuare la riparabilità del solo pregiudizio da lesione del diritto di autodeterminazione del paziente, che trova il suo fondamento costituzionale nel combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 della Cost.

Questa impostazione non è stata condivisa dal prevalente orientamento giurisprudenziale.

La *ratio* dell'istituto, si osserva (Cass., 26 settembre 2006, n. 20832), è quella di consentire al paziente di decidere se sottoporsi o meno all'intervento sulla base di una sua imponderabile valutazione personale comparativa dei rischi che ne derivano per la salute. Nel momento in cui il consenso viene acquisito, il paziente decide di accollarsi il rischio, non ovviamente dell'errore del medico, bensì dell'alea fisiologica dell'intervento. Se, invece, il consenso non viene acquisito, il paziente non è in grado di valutare questi rischi. La mancata acquisizione del consenso implica dunque che questo rischio, normalmente assunto dal paziente sulla base di una sua ponderata decisione, debba essere traslato in capo al medico, che si sostituisce al paziente nella decisione; il medico, dunque, non risponderà solo della conseguenza dell'errore, ma anche del rischio connesso alla fisiologica alea terapeutica.

Tanto chiarito, appare senza dubbio più convincente l'impostazione secondo cui al paziente vada risarcito non solo il danno-conseguenza derivato dalla lesione della libertà morale, ma anche il danno da lesione della salute, ovvero di quel bene giuridico alla cui tutela è preordinata l'acquisizione del consenso da parte dell'interessato.

Occorre a questo punto chiedersi se la conclusione sia valida solo qualora non si dimostri che il paziente – ove richiesto – non avrebbe acconsentito all'intervento, oppure se detto principio prescindia dalla dimostrazione che il paziente avrebbe o meno accettato il rischio, ove interpellato in maniera informata e puntuale.

Si deve infatti tener conto dell'eventualità che un intervento potrebbe essere tale da rendere quasi inimmaginabile la mancata prestazione del consenso: si pensi al caso in cui

l'evento morte sia di assai probabile verifica in assenza di intervento caratterizzato da cospicue possibilità di successo.

In tal caso, pur essendo evidente, sotto il profilo deontologico, l'avvenuta violazione dell'obbligo di acquisire il consenso informato, non può disconoscersi che, sul piano sostanziale, quella omessa acquisizione del consenso non ha avuto rilevanza causale, ove si provi che il paziente, se informato adeguatamente, avrebbe comunque acconsentito all'intervento.

Tali considerazioni hanno trovato puntuale accoglimento da parte delle S.U. penali, che, in un arresto (21 gennaio 2009, n. 2437) hanno riconosciuto che *“ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle legis artis, sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative apprezzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo delle lesioni personali quanto sotto quello della violenza privata”*.

Sul consenso informato v. anche Parte IV, Cap. I, § 2.1.

11.3. Le novità in materia di responsabilità medica introdotte dalla legge 8 marzo 2017, n. 24

In tema di responsabilità medico sanitaria deve riferirsi di un recentissimo intervento legislativo che, da un lato, tenta di ridurre l'area della responsabilità del medico (in una logica di contenimento dei problemi legati alla c.d. medicina difensiva) e, dall'altro, individua criteri certi e predeterminati ai fini dell'inquadramento delle varie ipotesi di responsabilità ascrivibili al sanitario e alla struttura in cui questi opera.

In particolare, con la l. 8 marzo 2017, n. 24 il legislatore ha ritenuto di fare una scelta qualificando per la prima volta la responsabilità, non solo delle strutture sanitarie (di cui già si era occupata la precedente l. 8 novembre 2012 n. 189), ma anche dei medici ivi operanti. In particolare, il primo comma dell'art. 7 della legge in commento fissa il principio di piena responsabilità della struttura per l'operato del sanitario stabilendo che *“la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose”*. Il legislatore dunque recepisce il tradizionale orientamento giurisprudenziale in ordine alla natura contrattuale della responsabilità della struttura; responsabilità che trova la propria fonte *“in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze”* (cfr. *ex plurimis* Cass. 1698/06).

La responsabilità della struttura

La struttura ai sensi del citato art. 7, comma 1, non risponde solo in relazione ai propri fatti d'inadempimento, ma anche delle condotte dolose o colpose imputa-