Cassazione civile sez. III - 13/04/2007, n. 8826. Pres. Vittoria. Est. Scarano.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 1/12/1986 la sig.ra Z.M.P. conveniva la Usl Roma 3 ed il medico prof. D. V.M. avanti al Tribunale di Roma per ivi sentirli condannare al risarcimento in solido dei danni patiti in conseguenza di intervento di settorinoplastica da quest'ultimo, all'esito di consulto effettuato con il Prof. D.V.I. (padre del M.), eseguito presso il Policlinico Umberto I di Roma il 12/7/1983, deducendo di soffrire ancora degli stessi disturbi che l'avevano indotta a sottoporsi al suddetto intervento chirurgico, con aggravamento altresì del difetto estetico all'epoca lamentato.

Nella resistenza del D.V.M., che eccepiva essere stato correttamente eseguito l'intervento de quo, avente invero finalità prettamente funzionali, e che al momento delle dimissioni la Z. non palesava alcuna delle lamentate "anomalie"; e nella resistenza altresì della USL ROMA 3, che chiamava in causa la compagnia assicuratrice Assitalia Le Assicurazioni d'Italia s.p.a., l'adito giudice rigettava la domanda, osservando trattarsi nel caso di obbligazione di mezzi, in relazione alla quale nessun addebito poteva ascriversi al D.V., essendo rimasta esclusa all'esito dell'espletata C.T.U., una condotta negligente od imperita del medesimo.

Ciò anche con riguardo all'aspetto estetico della Z., in ordine al quale la medesima era stata "informata e consigliata all'intervento da altro sanitario (il prof., D.V.I.) rimasto estraneo alla causa".

Aggiungeva che la suddetta attrice non aveva d'altro canto nemmeno "avanzato domanda di risarcimento in ordine alla situazione così come determinatasi nel suo complesso".

Il gravame interposto dalla Z. nei confronti - oltre che del D.V. e della ASL Roma/A (ex USl Roma 2) - anche, all'esito della disposta integrazione del contraddittorio, della Asl Roma/A Gestione liquidatoria - in persona del Commissario liquidatore -, nonchè nei confronti della Regione Lazio e dell'Assitalia Le Assicurazioni d'Italia s.p.a., con sentenza del 22/1/2002 veniva quindi rigettato dalla Corte d'Appello di Roma che, nell'escludere avere l'intervento chirurgico de quo finalità (primaria) anche estetica, potendovi quest'ultima semmai "rientrare" solamente allo scopo di rendere risolutivo il fatto funzionale, argomentava dalla ritenuta qualificazione delle obbligazioni inerenti l'esercizio dell'attività professionale medica come obbligazioni di mezzi "in quanto il professionista assumendo l'incarico si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo", affermando che se da un canto "dalla mancanza di soluzione definitiva della disfunzione respiratoria" non può trarsi "che non siano stati adottati anche mezzi idonei", da altro canto dall'esperita C.T.U. non erano invero emerse "significative alterazioni funzionali riconducibili ad un comportamento negligente da parte dei sanitari".

Aggiungeva, ancora, che anche la necessità di sottoporsi come nella specie ad un secondo intervento, e la circostanza che questo sia risultato "risolutivo" rispetto al precedente, "non implica inadempienza del primo operatore riguardo ai mezzi adoperati".

Analoghe valutazioni tale giudice riteneva valevoli "per quel che attiene l'aspetto estetico dell'intervento", rimasto anch'esso "immutato" all'esito dell'intervento ed in ordine al quale "l'operatore non era stato specificamente chiamato a intervenire", nè "avrebbe potuto esserlo nell'ambito della pubblica spedalità".

Avverso la suddetta sentenza della corte di merito la Z. propone ora, ricorso per cassazione, affidato a 2 motivi, illustrati da memoria.

Resistono con controricorso il D.V. - che ha presentato anche memoria -, l'Azienda USL RM A, la Gestione liquidatoria dell'ex USL RM 2, la Regione Lazio e l'Assitalia Le Assicurazioni d'Italia s.p.a..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente affermata, trattandosi di questione rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, la sussistenza della legittimazione passiva nel presente giudizio della Regione Lazio e della Asl Roma/A Gestione liquidatoria, in persona del Commissario liquidatore, ed il difetto viceversa di legitimatio ad causam passiva della ASL Roma/A (ex USL Roma 2).

Come questa Corte ha già avuto modo di affermare e precisare, a norma della L. 23 dicembre 1994, n. 724, art. 6 e L. 28 dicembre 1995, n. 549, art. 2, comma 1 (che hanno trasferito alle Regioni i debiti delle soppresse unità sanitarie locali, stabilendo che in nessun

caso le Regioni possono far gravare sulle neo costituite Aziende sanitarie locali i debiti preesistenti), si è verificata una successione ex lege, a titolo particolare, della Regione nei rapporti obbligatori già di pertinenza delle Usl (v. Cass., 9/12/2004, n. 23007; Cass., 28/5/2004, n. 10297), sicchè ove la successione si sia come nella specie verificata nel corso di un giudizio introdotto nei confronti di una Usl, le Regioni sono legittimate sia ad impugnare le sentenze pronunziate nei confronti delle disciolte Usl, o delle loro gestioni liquidatorie, sia a resistere ad impugnazioni proposte nei loro confronti.

E in base al tenore formale e funzionale della L. n. 724 del 1994, suindicato art. 6 tra i debiti delle disciolte Usl gravanti sulle Regioni sono da ritenersi senz'altro ricompresi anche quelli per il risarcimento dei danni eventualmente causati nella erogazione delle prestazioni del servizio sanitario nazionale (v. Cass., 9/12/2004, n. 23007, ove si è ulteriormente negato che, così interpretata, la disposizione contrasti con gli artt. 81 e 119 Cost., sotto il profilo della mancata copertura dei debiti stessi e della lesione dell'autonomia finanziaria delle Regioni; Cass., 24/7/2000, n. 9693).

Orbene, nel caso in esame il procedimento è stato in primo grado introdotto nel 1986 e promosso (oltre che nei confronti del D. V.M. anche) nei confronti della Usl RM 3, e quindi, all'esito dell'interruzione disposta con ordinanza resa all'udienza 9/3/1988 (avendo il difensore di quest'ultima dichiarato che con effetto dal 1° agosto 1988 la sua assistita era stata soppressa) è stato riassunto ex art. 303 c.p.c. nei confronti della Usl RM 2.

La sentenza n. 10850/1995 emessa dal Tribunale di Roma a chiusura del medesimo è stata quindi dall'odierna ricorrente appellata nei confronti sia della AUSL Roma/A (ex USL Roma 2) che della AUSL Roma/A Gestione liquidatoria, in persona del Commissario liquidatore.

Successivamente il contraddittorio è stato integrato nei confronti della Regione Lazio e dell'Assitalia - Le Assicurazioni d'Italia S.p.A., odierne controricorrenti.

Va pertanto dichiarato il difetto di legittimazione passiva della AUSL Roma /A, e disposta la compensazione tra le parti delle spese dell'intero giudizio, sussistendone giusti motivi.

Con il 1 motivo la ricorrente denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 c.c. e degli artt. 324, 342, 343 e 346 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa punti decisivi della controversia prospettati dalle parti e rilevabili d'ufficio, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5; nullità della sentenza per omessa pronunzia su proposte domande e/o su capi delle stesse, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4.

Lamenta che erroneamente la corte di merito ha, diversamente dal giudice di prime cure, ritenuto che l'intervento chirurgico de quo non avesse finalità anche estetica, ed altresì riconsiderato l'obbligazione come "intieramente di mezzi", in violazione del formatosi giudicato, atteso che "nessuno dei convenuti ha gravato di appello incidentale, su tali punti, la decisione di primo grado, nè ha tempestivamente riproposto... le questioni innanzi alla Corte d'Appello".

Si duole che "in conseguenza dei vizi di cui all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5 (come in rubrica indicati), la sentenza della corte di Appello è inficiata anche di evidente, omessa pronuncia, avendo i Giudici di 2 grado affermato che restano superate tutte le questioni sollevate... non essendovi danno da risarcire".

Il motivo è infondato.

Va posto anzitutto in rilievo che la questione concernente la finalità anche estetica dell'intervento chirurgico per cui è causa costituisce aspetto inidoneo a passare in giudicato.

Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, la formazione della cosa giudicata per mancata impugnazione di un determinato capo della sentenza investita dall'impugnazione può verificarsi soltanto con riferimento ai capi della stessa che siano completamente autonomi, in quanto concernenti questioni affatto indipendenti da quelle investite dai motivi di gravame, essendo fondate su autonomi presupposti di fatto e di diritto, tali da consentire che ciascun capo conservi efficacia precettiva anche se gli altri vengono meno (v. Cass., 29/4/2006, n. 10043).

Orbene, la questione relativa alla circostanza che l'intervento chirurgico de quo avesse finalità, oltre che di recupero della compromessa funzionalità respiratoria, anche di carattere "estetico" non può invero considerarsi capo autonomo della domanda, risultando piuttosto una premessa logica della statuizione adottata (v. Cass., 29/4/2006, n. 10043; Cass., 18/10/2005, n. 20143), sicchè essa risulta implicitamente assorbita in altre statuizioni della sentenza.

Va ulteriormente precisato, sotto altro profilo, che la finalità estetica è da ritenersi senz'altro esclusa dall'ambito dell'odierno thema decidendum, stante il difetto di prova al riguardo da parte dell'odierna ricorrente.

Trattandosi di rapporto contrattuale intercorrente tra la medesima e l'ente ospedaliero ove il D.V. ha nel caso prestato la propria attività, in ossequio al criterio generale ex art. 2697 c.c. incombe infatti al creditore che agisce per farne valere il mancato o inesatto adempimento l'onere di provare il titolo ed il relativo contenuto.

Al riguardo non può invero attribuirsi valore al "riconoscimento" dal D.V. asseritamente operato nella comparsa di costituzione e risposta in sede di gravame di merito, non risultando tale atto (quantomeno in parte qua) debitamente riportato nel ricorso, in spregio del principio di autosufficienza.

Come questa Corte ha ripetutamente avuto modo di affermare, i motivi posti a fondamento dell'invocata cassazione della decisione impugnata debbono invero essere connotati dai caratteri della specificità, della completezza, e della riferibilità alla decisione stessa, con - fra l'altro - l'esposizione di argomentazioni intellegibili ed esaurienti.

Ai fini della sussistenza del requisito dell'esposizione sommaria dei fatti di causa prescritto a pena d'inammissibilità per il ricorso per cassazione dall'art. 366 c.p.c. è cioè necessario che nell'atto d'impugnazione si rinvengano gli elementi indispensabili perchè il giudice di legittimità possa avere, senza dover ricorrere ad altre fonti

o atti del processo, una chiara e completa visione dell'oggetto dell'impugnazione, dello svolgimento del processo e delle posizioni in esso assunte dalle parti (v. Cass., 23/7/2004, n. 13830; Cass., 17/4/2000, n. 4937; Cass., 22/5/1999, n. 4998; Cass., 21/5/1999, n. 4916; Cass., 25/3/1999, n. 2826).

Il mero contesto del ricorso (e quindi dalla lettura di tale solo atto, escluso l'esame di ogni altro documento, compresa la stessa sentenza impugnata) deve risultare idoneo a consentire la conoscenza del "fatto", sostanziale e processuale, sufficiente per bene intendere il significato e la portata delle critiche rivolte alla pronuncia del giudice a qua (v. Cass., 4/6/1999, n. 5492).

In giurisprudenza di legittimità si è altresì precisato che, ove non espressamente fornita, ben può la prova del contratto - stante la libertà di forme in proposito - essere invero anche tacitamente desunta, in base al comportamento mantenuto dalle parti.

Orbene, in assenza di prova di relativo espresso patto, se l'accettazione in ospedale con diagnosi di "deviazione del setto nasale" (come risulta accertato nell'impugnata sentenza) al fine dell'effettuazione dell'intervento di settorinoplastica e l'avvenuta esecuzione del medesimo depongono per la sussistenza nel caso di un (del resto incontestato) accordo relativamente ad un intervento chirurgico volto al recupero della compromessa funzionalità respiratoria, altrettanto non può invero dirsi in ordine alla finalità estetica.

Atteso che la stessa è, come affermato anche nella gravata decisione e del pari incontestato tra le parti, notoriamente non prevista tra quelle eseguibili presso una struttura sanitaria pubblica a spese dello Stato, in difetto di prova della sussistenza di un espresso e specifico accordo in tal senso non può invero inferirsene la formazione tacita.

Premesso che il sanitario della AUSL, nel sottoporre ad intervento o trattamento chirurgico il paziente, in realtà presta la propria attività professionale a prescindere da prescrizioni o indicazioni eventualmente in precedenza fornite da altri specialisti (nel caso, il padre dell'odierno ricorrente), rispetto alle stesse esplicando la propria opera in piena autonomia (cfr, Cass., 14/3/2006, n. 5444), non può ritenersi infatti configurabile un consenso tacito in relazione ad interventi e terapie mediche le quali risultano (quantomeno presuntivamente) escluse dal contenuto del contratto tra il paziente e la struttura sanitaria, quale deve nel caso ritenersi la prestazione medica con finalità estetica cui, come indicato nell'impugnata sentenza, può assegnarsi semmai rilievo quale mero effetto secondario, avuto cioè riguardo al conseguimento o meno di quello funzionale primario.

Con il 2 motivo la ricorrente denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 1176, 1218, 1223, 1226, 2236, 2043, 2056, 2057, 2059, 2727 e 2697 c.c. nonchè degli artt. 115, 116, 196, 210, 213 e 245 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3;

omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa punti decisivi della controversia prospettati dalle parti e rilevabili d'ufficio, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Lamenta la contraddittorietà ed apoditticità della motivazione laddove, da un canto, il fatto estetico viene indicato come estraneo all'intervento, e, da altro canto, si afferma che esso vi rientra come "fatto puramente residuale", e cioè "nel senso che l'operatore... avrebbe dovuto... eventualmente rimediare anche all'aspetto estetico che restava in ogni caso fuori dalla finalità primaria dell'atto operatorio".

Si duole che del pari apoditticamente la corte di merito abbia, diversamente dal giudice di prime cure, immotivatamente disatteso la C.T.U., secondo cui l'intervento chirurgico in questione, pur se avente finalità "funzionale", aveva anche "fini di riassetto estetico". Per poi contraddittoriamente ritenere sufficienti alla soluzione del caso le esperite indagini, senza disporne la rinnovazione o l'integrazione, nonostante le specifiche contestazioni mosse al riguardo dalla Z. e dai C.T.P..

Lamenta che erroneamente i giudici del merito hanno, da un canto, "sottovalutato" la "mancanza di soluzione definitiva della disfunzione respiratoria", sostenendo che dalla stessa non potrebbe trarsi "che non siano stati adottati anche mezzi idonei", e, da altro canto, considerato irrilevante il 2 intervento, senza minimamente considerare che pure "gli esiti" di quest'ultimo dimostravano la responsabilità del D.V..

Si duole che la corte di merito abbia trascurato che la limitazione della responsabilità professionale del medico chirurgo ai casi di dolo o colpa grave ex art. 2236 c.c. attiene al solo aspetto della perizia, con esclusione della imprudenza e della negligenza, attribuendo viceversa

rilievo ad una circostanza sicuramente irrilevante ai fini dell'esclusione della responsabilità del D. V., e cioè l'aver eseguito l'intervento "secondo Cottle".

Al riguardo omettendo viceversa di considerare che il D.V. era specializzato in O.R.L., come accertato e riferito dai C.T.U..

Lamenta, ancora, che "sono stati... proprio i cc.tt.uu. dottori D. G. e M., modificando sensibilmente le valutazioni espresse nella 1^ relazione, a riconoscere che l'intervento "chirurgico di cui sopra non ha in effetti ottenuto risultati obiettivamente risolutivi" con il conseguente "persistere di alcuni disagi nella respirazione nasale della p.", che si è avuto un risultato dal punto di vista funzionale... non del tutto soddisfacente" e che il secondo intervento eseguito il 30.11.87 dal dr. P.... "ha offerto alla p. un risultato sicuramente più soddisfacente ed adeguato alle reciproche aspettative (pag. 2 relazione a chiarimenti)".

A tale stregua, deduce la ricorrente, "i consulenti hanno dovuto riconoscere che "non vi fu un risultato efficace oltre che dal punto di vista estetico anche sul piano funzionale" (pag. 13 rel. a chiar.)" (pag. 28 del ricorso). Al riguardo concludendo: "I Giudici di 2 grado, insomma, dovevano ritenere che l'opera del D. V. fu decisamente inefficace sia sul piano funzionale che su quello estetico" (pag. 30 ric.).

Si duole ulteriormente che la corte di merito non abbia "in alcun modo considerato, al fine della chiesta affermazione di responsabilità, il secondo intervento chirurgico cui la Z. dovette sottoporsi", laddove

"tale circostanza, invece, era ed è di fondamentale importanza sia per l'affermazione di responsabilità del D.V. (un altro medico, con intervento dello stesso tipo, ha raggiunto quegli obiettivi di carattere funzionale ed estetico che anche il convenuto doveva ottenere), sia per l'eventuale rinnovo o l'integrazione delle indagini mediche (pure chieste dall'attrice), che dovevano disporsi in caso di dubbio..." (pag. 31 ric.):

Lamenta, ancora, essersi "completamente trascurato che i periti hanno sottolineato che l'insufficiente risultato... ha comportato un nuovo atto operatorio che ha comportato una "completa canalizzazione aerea dell'organo"... (pagg. 15-16 rel. chiar.)".

Censura, in particolare, che "I Giudici di secondo grado hanno errato, pure, nel ritenere (con motivazione sempre laconica) che la circostanza che la Z. abbia avuto necessità di un secondo intervento rileva solo ai fini del risultato... risolutivo rispetto al primo), ma che non implica inadempienza del primo operatore riguardo ai mezzi adoperati (pag. 14 sentenza)". Al riguardo sottolineando come "A parte il rilievo che l'inadempienza andava ritenuta sussistere già sulla scorta delle cc.tt.uu. o comunque acclarata previa rinnovazione od integrazione delle indagini mediche..., la Corte d'Appello ha ignorato che la attrice ha chiesto... il risarcimento dei danni tutti, nessuno escluso, derivatile dalla vicenda in esame, ivi compresi quelli causati, oltrechè dall'intervento chirurgico eseguito dal dr. D.V. M., dall'essersi dovuta sottoporre a seconda operazione (effettuata dal dr. P.) in conseguenza del primo e dal persistere di postumi ed inconvenienti addebitabili sempre al convenuto (da accertarsi tramite eventuali,

ulteriori indagini mediche). Risarcimento richiesto... sia per ciò che concerne il danno patrimoniale (rimborso di tutte le spese sostenute e riparazione per postumi permanenti ed inconvenienti sia funzionali che estetici, sempre conseguenti al primo intervento), che per quanto riguarda quelli biologico, estetico, alla vita di relazione, esistenziale e morale (riferiti sia alla inabilità temporanea dipendente dalla 2^ operazione, che... a postumi e pregiudizi estetici e funzionali tutt'ora residuati alla Z...." ; pagg. 43-44 ric.).

Si duole, ancora, che "nonostante le numerose difformità e contraddizioni tra le affermazioni e conclusioni contenute nella 1^ e nella 2^ C.T.U. (i periti d'ufficio, nel mentre ribadivano la inefficacia dell'intervento funzionale ed il risultato non soddisfacente dello stesso, dichiaravano, sorprendentemente, esulando dai loro compiti, che, quanto all'aspetto funzionale, ciò non ha nulla a che fare con la diligenza, la prudenza e la perizia)", la corte di merito abbia "negato ingresso a tutti i mezzi di prova (rinnovo o integrazione indagini mediche, prova per testi, ordini di esibizione) richiesti dalla Z. (fermo l'onere probatorio nella parte incombente ai convenuti)".

Lamenta che erroneamente il giudice del gravame di merito non ha considerato che a comprovare la colpa del D.V. deponevano invero la specializzazione in O.R.L.; la natura routinaria dell'intervento di settorinoplastica; il mancato verificarsi di alcun evento imprevedibile.

Sicchè, trattandosi di intervento chirurgico di non difficile esecuzione spettava, all'obbligato, sia esso il sanitario o la struttura, fornire la prova di avere eseguito la prestazione professionale in modo idoneo, e che l'insuccesso dell'operazione non fosse dipeso da difetto di

diligenza propria, essendo intervenuto un evento imprevisto ed imprevedibile (e al riguardo fa richiamo a Cass. n. 3492 del 2002).

Si duole che la corte di merito non abbia considerato che il D. V. ha effettuato l'intervento de quo senza aver mai visitato o parlato con la Z., a tale stregua "omettendo di eseguire i necessari ed opportuni accertamenti e rendendosi responsabile di grave ed indiscutibile colpa, oltre che di illecito ex art. 2043 c.c. (pure fatto valere)".

Lamenta essersi da parte della corte di merito altresì "completamente trascurato che i periti hanno sottolineato che i sanitari... non raggiunsero quei risultati di carattere estetico che dovevano senza dubbio essere garantiti (pag. 15 rel. chiar.), che è stabilita la sussistenza di un danno estetico non risolto dall'intervento chirurgico (pag. 13 1A C.T.U.), che l'insufficiente risultato... ha comportato un nuovo atto operatorio che ha migliorato l'espressione fisionomica del naso e comportato una completa canalizzazione aerea dell'organo e che i disagi morali (oltre che economici) subiti dalla Z. potranno trovare adeguata considerazione in sede competente (pagg. 15-16 rel. Chiar.)".

Deduce, ancora, che "nelle obbligazioni di risultato (tale e così è stata, anche se in via residuale, qualificata dalla Corte di Appello), il mancato raggiungimento dello stesso costituisce di per sè inadempimento a prescindere dalla valutazione della adeguatezza o meno della diligenza prestata per consentirlo (l'inadeguatezza e la colpa nel caso in esame risultano, comunque, inequivocabilmente, anche dall'assenza di eventi imprevedibili). Il risultato, cioè, è il prodotto necessario della condotta del debitore". Al riguardo

aggiungendo che "Nel caso in esame, l'aggravamento (di ciò si tratta e poteva essere accertato previo nuovo esame della Z. in sede di 1 C.T.U. a chiarimenti) del difetto estetico conseguito all'intervento del D.V. (come comprovano le foto in atti, e, in particolare, quelle allegate alla cc.tt.uu. ed alla c.t.p. del prof. D.S.) e, comunque, la situazione sostanzialmente sovrapponibile" (pag. 14 rel. chiar.) alla precedente erano e sono sufficienti alla affermazione della responsabilità del D. V.; e ciò in considerazione, pure, della necessità dell'ulteriore intervento correttivo, affermata dai cc.tt.uu. quale conseguenza dell'inefficacia dell'intervento chirurgico (pag. 14 rel. chiar.) e causa di ulteriori patimenti, sofferenze e sacrifici anche economici. Nè può insomma disconoscersi che l'inalterazione... non costituisce risultato, bensì inadempimento".

Si duole, ancora, che il D.V. sia venuto completamente meno al dovere di informazione su di lui incombente, come ammesso dalla stessa Corte d'Appello, non avendola mai incontrata o visitata prima di sottoporla all'intervento di settorinoplastica.

Lamenta che al riguardo non sia stata ritenuta ed affermata la responsabilità (anche extracontrattuale) del chirurgo in relazione all'omessa informazione e al conseguente difetto di valido consenso.

Il motivo, che si articola in plurimi profili di doglianza, concernenti i denunziati vizi di violazione di legge e di motivazione, è parzialmente fondato nei termini di seguito indicati.

In ordine al vizio di violazione di legge, con riferimento a "quanto attiene al profilo funzionale" dell'intervento di settorinoplastica de quo

la ricorrente si duole in particolare che nell'impugnata sentenza si sostenga che, trovandosi "di fronte ad una obbligazione di soli mezzi", "in tali ipotesi il professionista non si impegna a conseguire il risultato e ... irrilevante sarebbe la mancanza di una soluzione definitiva riparatoria".

Facendo espresso richiamo a Cass., 11/3/2002, n. 3492, osserva criticamente al riguardo che risulta a tale stregua dalla corte di merito disatteso il principio in base al quale quando l'intervento chirurgico da cui è derivato un danno non è di difficile esecuzione, l'aggravamento della situazione patologica del paziente o l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente ad esso ricollegabili comportano, a norma dell'art. 1218 c.c., una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo idoneo e che sia invece intervenuto un evento imprevisto e imprevedibile.

Orbene, in ordine alla qualificazione del rapporto intercorso tra le odierne parti di giudizio, alla natura dell'obbligazione assunta dal medico, al tipo di responsabilità che ne consegue, e alla ripartizione dei relativi oneri probatori, va osservato quanto segue.

Risponde a consolidato orientamento di questa corte - che il Collegio ritiene di non disattendere - l'inquadramento della responsabilità dell'ente ospedaliero e del medico nell'ambito della responsabilità contrattuale.

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 (v, Cass., 19/10/2006, n. 22390; Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 26/1/2006, n. 1698; Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/7/2003, n. 11316; Cass., 14/7/2003, n. 11001; Casa., 11/3/2002, n. 3492; Cass., 10/9/1999, n. 9198; Cass., 22/1/1999, n. 589; Cass., 2/12/1998, n. 12233; Cass., 27/7/1998, n. 7336; Cass., 11/4/1995, n. 4152; Cass., 27/5/1993, n. 5939; Cass., 4/8/1988, n. 6707; Cass., 1/3/1988, n. 2144; Cass., 8/3/1979, n. 1716; Cass., 21/12/1978, n. 6141) di prestazione d'opera atipico di spedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dalla L. n. 132 del 1968, art. 2, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonchè di quelle lato sensu alberghiere (v. Cass., 26/1/2006, n. 1698; Cass., 14/7/2004, n. 13066; Cass., Sez. Un., l/7/2002, n. 9556; Cass., 22/1/1999, n. 589; Cass., 21/12/1978, n. 6141).

Ne consegue, a tale stregua, che la responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti d'inadempimento (ad es., in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle

prestazioni di carattere alberghiero) sia per quanto concerne il comportamento in particolare dei medici dipendenti, trovando nel caso applicazione la regola posta dall'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (V. Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 4/3/2004, n. 4400; Cass., 8/1/1999, n. 103), ancorchè non siano alle sue dipendenze (v. Cass., 21/2/1998, n. 1883; Cass., 20/4/1989, n. 1855).

Responsabilità per fatto dell'ausiliario o preposto che in realtà prescinde dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato del medico con la struttura (pubblica o privata) sanitaria, essendo irrilevante la natura del rapporto tra i medesimi sussistente ai fini considerati, laddove fondamentale rilevanza assume viceversa la circostanza che dell'opera del terzo il debitore originario comunque si avvalga nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

A tale stregua, la responsabilità che dall'esplicazione dell'attività di tale terzo consegue riposa invero sul principio cuius commoda eius et incommoda (salva l'ipotesi dell'autonoma iniziativa del terzo, che come osservato in dottrina normalmente segna l'inapplicabilità della norma di cui all'art. 1228 c.c.).

Nè in argomento vale distinguere tra comportamento colposo e comportamento doloso del soggetto agente, al fine di considerare interrotto il rapporto in base al quale l'ente è chiamato a rispondere, giacchè è al riguardo sufficiente la mera occasionalità necessaria (v. Cass., 17/5/2001, n. 6756; Cass., 15/2/2000, n. 1682).

L'ente risponde infatti di tutte le ingerenze dannose che al dipendente sono rese possibili dalla posizione conferitagli rispetto al terzo danneggiato, e cioè dei danni che il dipendente può arrecare in ragione di quel particolare contatto cui si espone nei suoi confronti il paziente nell'attuazione del rapporto con la struttura sanitaria.

Responsabilità che trova fondamento non già nella colpa (nella scelta degli ausiliari o nella vigilanza) bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione (v. Cass., 17/5/2001, n. 6756; Cass., 30/12/1971, n. 3776. V. anche Cass., 4/4/2003, n. 5329).

Del pari irrilevante è la circostanza che ad eseguire l'operazione sia un medico di fiducia del paziente, laddove la scelta (anche tacitamente) cada su professionista come nella specie inserito nella struttura sanitaria (v. Cass., 14/7/2004, n. 13066; Cass., 13/1/2005, n. 571; Cass., 2/2/2005, n. 2042; Cass., 26/1/2006, n. 1698).

In tal caso, diversamente dall'ipotesi in cui il medico di fiducia indicato dal paziente sia estraneo all'organizzazione del debitore (nella quale il medesimo viene propriamente a configurarsi quale mero "cooperatore del creditore", il quale ultimo a tale stregua fornisce al debitore il mezzo per l'adempimento, e conseguentemente sopporta le conseguenze dannose da tale soggetto causate), la scelta del creditore risulta infatti operata pur sempre nell'ambito di quella più generale e previamente effettuata a monte dal debitore, sicchè essa non altera nel terzo quella posizione di ausiliario ribadita dal rapporto di servizio con il medesimo (per la precisazione che il diritto soggettivo alla libera scelta della struttura o del professionista privati

cui rivolgersi è esercitabile solo nell'ambito dei soggetti accreditati con i quali l'amministrazione regionale ha definito appositi accordi v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 8/8/2005, n. 16605).

Analogamente deve dirsi altresì nell'ipotesi in cui vi sia mero consenso - anche tacito - del creditore alla scelta come nella specie fatta dal debitore.

Come è stato posto in rilievo in dottrina, in tali casi, l'obbligato risponde invero dell'operato dell'ausiliario conformemente alla regola posta dall'art. 1228 c.c. volta a soddisfare l'esigenza che il ricorso del debitore originario a collaboratori nell'attuazione del rapporto obbligatorio non comporti per il creditore - senza la sua accettazione e su semplice iniziativa del debitore - l'imposizione della particolare ingerenza di soggetti che, a lui estranei, rispondano in proprio esonerando il debitore dalla sua originaria responsabilità. Conservando pertanto anche in tali ipotesi al creditore l'affidamento sulla responsabilità dell'obbligato (originario).

La natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è da questa Corte con consolidato orientamento fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 26/1/2006, n. 1698; Cass., 29/9/2004, n. 19564; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., 14/7/2004, n. 13066; Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 19/5/2004, n. 9471; Cass., 21/7/2003, n. 11316; Cass., 22/12/1999, n. 589).

Al riguardo, vale precisare, non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione.

Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi.

In altri termini, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, l'esistenza di un contratto è rilevante solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge: ad es. art. 593 c.p., Cass. pen., 10/4/1978, n. 4003, Soccardo). In assenza di dette ipotesi di vincolo il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico (v. Cass., 22/1/1999, n. 589).

Si è esclusa la configurabilità in tale ipotesi della responsabilità aquiliana, rinvenendosi una responsabilità di tipo contrattuale, per

non avere il soggetto fatto ciò cui era tenuto (v., in particolare, la citata Cass., 22/12/1999, n. 589; Cass., 1/3/1988, n. 2144).

La situazione descritta generalmente si riscontra nei confronti dell'operatore di una professione cd. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato), in particolare quando il relativo espletamento concerna beni costituzionalmente garantiti, come appunto per l'attività medica, che incide sul bene "salute" tutelato ex art. 32 Cost..

A tale stregua, la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero trova titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi degli artt, 1218 ss. c.c. (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., 11/3/2002, n. 3492; Cass., 22/12/1999, n. 589).

Trattandosi di obbligazione professionale, la misura dello sforzo diligente necessario per il relativo corretto adempimento va considerato in relazione al tipo di attività dovuta per il soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Al riguardo, in base al combinato disposto di cui all'art. 1176 c.c., comma 2, e art. 2236 c.c. la diligenza richiesta è non già quella ordinaria, del buon padre di famiglia (cfr. Cass., 13/1/2005, n. 583) bensì quella ordinaria del buon professionista (v. Cass., 31/5/2006, n. 12995), e cioè la diligenza normalmente adeguata in ragione del tipo di attività e alle relative modalità di esecuzione.

Nell'adempimento dell'obbligazione professionale va infatti osservata la diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, (che

costituisce aspetto del concetto unitario posto dall'art. 1174 c.c.: cfr. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 22/12/1999, n. 589), quale modello di condotta che si estrinseca (sia esso professionista o imprenditore) nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonchè ad evitare possibili eventi dannosi (v. Cass., 31/5/2006, n. 12 995. in ordine all'applicabilità della regola anche in tema di responsabilità extracontrattuale v. Cass., 26/3/1990, n. 2428. Per la distinzione tra "normale concetto di diligenza" e "diligentia quam in concreto" v. Cass., 22/10/2003, n. 15789).

Lo specifico settore di competenza in cui rientra l'attività esercitata richiede infatti la specifica conoscenza ed applicazione delle cognizioni tecniche che sono tipiche dell'attività necessaria per l'esecuzione dell'attività professionale.

Come in giurisprudenza di legittimità si è già avuto modo di porre in rilievo, i limiti di tale responsabilità sono invero quelli generali in tema di responsabilità contrattuale (v. Cass., Sez. Un., 30/10/2001, n. 13533), presupponendo questa l'esistenza della colpa, lieve del debitore, e cioè il difetto dell'ordinaria diligenza.

Al riguardo si è ulteriormente precisato che il criterio della normalità va valutato con riferimento alla diligenza media richiesta, ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, avuto riguardo alla specifica natura e alle peculiarità dell'attività esercitata (cfr. Cass., 20/7/2005, n.

15255; Cass., 8/2/2005, n. 2538; Cass., 22/10/2003, n. 15789; Cass., 28/11/2001, n. 15124; Cass., 21/6/1983, n. 4245).

In argomento, atteso che questa Corte ha già avuto modo di porre in rilievo come la limitazione di responsabilità professionale del medico ai casi di dolo o colpa grave ex art. 2236 c.c. si applica nelle sole ipotesi che presentano problemi tecnici di particolare difficoltà, in ogni caso attenendo esclusivamente all'imperizia e non anche all'imprudenza e alla negligenza (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 14448/2004; Cass. n. 5945/2000); e considerato quanto sopra posto in rilievo in tema di affidamento del paziente, deve ulteriormente precisarsi che la condotta del medico specialista (a fortiori se tra i migliori del settore) va esaminata non già con minore ma semmai al contrario con maggior rigore ai fini della responsabilità professionale, dovendo aversi riguardo alla peculiare specializzazione e alla necessità di adeguare la condotta alla natura e al livello di pericolosità della prestazione (cfr., con riferimento al medico sportivo, Cass., 8/1/2003, n. 85), implicante scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale (cfr. Cass., 13/1/2005, n. 583).

In quanto la diligenza (che, come posto in rilievo anche in dottrina, si specifica nei profili della cura, della cautela, della perizia e della legalità, la perizia in particolare sostanziandosi nell'impiego delle abilità e delle appropriate nozioni tecniche peculiari dell'attività esercitata, con l'uso degli strumenti normalmente adeguati; ossia con l'uso degli strumenti comunemente impiegati, in relazione all'assunta obbligazione, nel tipo di attività professionale o imprenditoriale in cui rientra la prestazione dovuta: v. Cass., 31/5/2006, n. 12995) deve

valutarsi avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c., comma 2), al professionista, e a fortiori allo specialista, è richiesta una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletarsi.

A tale stregua l'impegno dal medesimo dovuto, se si profila superiore a quello del comune debitore, va considerato viceversa corrispondente alla diligenza normale in relazione alla specifica attività professionale esercitata, giacchè il professionista deve impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale della sua categoria, tale standard valendo a determinare, in conformità alla regola generale, il contenuto della perizia dovuta e la corrispondente misura dello sforzo diligente adeguato per conseguirlo, nonchè del relativo grado di responsabilità.

Come si è osservato in dottrina, il debitore è di regola tenuto ad una normale perizia, commisurata al modello del buon professionista (secondo cioè una misura obiettiva che prescinde dalle concrete capacità del soggetto, sicchè deve escludersi che il debitore privo delle necessarie cognizioni tecniche sia esentato dall'adempiere l'obbligazione con la perizia adeguata alla natura dell'attività esercitata), mentre una diversa misura di perizia è dovuta in relazione alla qualifica professionale del debitore (per il riferimento alla necessità di adeguare la valutazione alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato, inerente lo svolgimento dell'attività del professionista, v. Cass., 23/4/2004, n. 19133; Cass.,

4/3/2004, n. 4400) in relazione ai diversi gradi di specializzazione propri dello specifico settore professionale.

Ai diversi gradi di specializzazione corrispondono infatti diversi gradi di perizia.

Può allora distinguersi tra una diligenza professionale generica e una diligenza professionale variamente qualificata.

Chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o una obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria.

Lo sforzo tecnico implica anche l'uso degli strumenti materiali normalmente adeguati, ossia l'uso degli strumenti comunemente impiegati nel tipo di attività professionale in cui rientra la prestazione dovuta.

La misura della diligenza richiesta nelle obbligazioni professionali va quindi concretamente accertata sotto il profilo della responsabilità.

Con specifico riferimento all'attività ed alla responsabilità del medico cd. "strutturato" si è in giurisprudenza di legittimità affermato che il medico e l'ente sanitario sono contrattualmente impegnati al risultato dovuto (v. Cass., 19/5/2004, n. 9471), quello cioè conseguibile secondo criteri di normalità, da apprezzarsi in relazione alle condizioni del paziente, alla abilità tecnica del primo e alla capacità tecnico-organizzativa del secondo (v. Cass., 22/12/1999, n. 589 Cass., n. 2750/98; Cass., 8/1/1999, n. 103).

Il normale esito della prestazione dipende allora da una pluralità di fattori, quali il tipo di patologia, le condizioni generali del paziente,

l'attuale stato della tecnica e delle conoscenze scientifiche (stato dell'arte), l'organizzazione dei mezzi adeguati per il raggiungimento degli obiettivi in condizioni di normalità, ecc..

Normalità che risponde dunque ad un giudizio relazionale di valore, in ragione delle circostanze del caso.

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, sicchè il medesimo deve, da un canto, valutare con prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all'ausilio di un consulto (se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo); e, (da altro canto, deve adottare tutte le misure volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento, e laddove ciò non sia possibile, deve informare il paziente, financo consigliandogli, se manca l'urgenza di intervenire, il ricovero in una struttura più idonea (v. Cass., 5/7/2004, n. 12273. V. anche Cass., 21/7/2003, n. 11316; Cass., 16/5/2000, n. 6318).

Emerge evidente, a tale stregua, che il risultato normalmente conseguibile per i migliori specialisti del settore operanti nell'ambito di una determinata struttura sanitaria ad alta specializzazione tecnico-professionale non può considerarsi tale per chi sia viceversa dotato di minore grado di abilità tecnico- scientifica, ovvero presti la propria attività presso una struttura con inferiore organizzazione o dotazione di mezzi (cfr. Cass., 5/7/2004, n. 12273), ovvero in una struttura

sanitaria polivalente o "generica", o, ancora, in un mero presidio di "primo intervento".

Ne consegue che anche per il migliore specialista del settore il giudizio di normalità va allora calibrato avuto riguardo alla struttura in cui è chiamato a prestare la propria opera professionale. Laddove lo spostamento verso l'alto della soglia di normalità del comportamento diligente dovuto determina la corrispondente diversa considerazione del grado di tenuità della colpa (cfr. Cass., 4437/82), con corrispondente preclusione della prestazione specialistica al medico che specializzato non è (cfr. Cass., 5/7/2004, n. 12273; Cass., 2428/90).

La riconduzione dell'obbligazione professionale del medico cd. strutturato nell'ambito del rapporto contrattuale, e della eventuale responsabilità che ne consegua nell'ambito di quella da inadempimento ex artt. 1218 ss. c.c., ha invero i suoi corollari anche sotto il profilo probatorio.

Al riguardo questa Corte ha già più volte enunciato il principio in base al quale quando l'intervento da cui è derivato il danno non è di difficile esecuzione la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione morbosa o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente, e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (v. Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass. 16 novembre 1988, n. 6220; 11 marzo 2002, n. 3492).

Più specificamente, l'onere della prova è stato ripartito tra le parti nel senso che spetta al medico provare che il caso è di particolare difficoltà, e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee; ovvero a quest'ultimo spetta provare che l'intervento è di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non sia dipeso da suo difetto di diligenza (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 11/11/2005, n. 22894; Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., 16/2/2001, n. 2335; Cass., 19/5/1999, n. 4852; Cass., 4/2/1998, n. 1127; Cass., 30/5/1996, n. 5005; Cass., 16/11/1988, n. 6220).

Tale orientamento interpretativo è stato da questa Corte "riletto" anche alla luce del principio enunciato in termini generali da Cass., Sez. Un. 30/10/2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento.

Nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici, le Sezioni Unite hanno nell'occasione affermato il principio - condiviso dal Collegio - secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre è al debitore convenuto che incombe di dare la prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato posto con riguardo all'inesatto adempimento, rilevandosi che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri

accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando sul debitore l'onere di dimostrare di avere esattamente adempiuto.

Applicando tale principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico si è affermato che il paziente che agisce in giudizio deve, anche quando deduce l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore (medico-struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sè non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile nè prevenibile con la diligenza nel caso dovuta (per il riferimento all'evento imprevisto ed imprevedibile cfr., da ultimo, Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 11/11/2005, n. 22894).

Pertanto, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c. il paziente-creditore ha il mero onere di allegare il contratto ed il relativo inadempimento o inesatto adempimento, non essendo tenuto a provare la colpa del medico e/o della struttura sanitaria e la relativa gravità (da ultimo v. Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Questa Corte è peraltro recentemente pervenuta ad affermare che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non può valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, bensì

solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario.

All'art. 2236 c.c. non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, giacchè incombe in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, laddove la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista, in relazione alle circostanze del caso concreto (v. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Appare in effetti incoerente ed incongruo richiedere al professionista la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di intervento di facile esecuzione o routinario, e addossare viceversa al paziente l'onere di provare "in modo preciso e specifico" le "modalità ritenute non idonee" quando l'intervento è di particolare o speciale difficoltà (in tal senso v. invece Cass., 4/2/1998, n. 1127; Cass., 11/4/1995, n. 4152).

Proprio nel caso in cui l'intervento implica cioè la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, richiede notevole abilità, e la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità, con largo margine di rischio in presenza di ipotesi non ancora adeguatamente studiate o sperimentate, ovvero oggetto di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi ed incompatibili tra loro (v. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 10/5/2000, n. 5945; Cass., 19/5/1999, n. 4852; Cass., 16/11/1988, n. 6220; Cass., 18/6/1975, n. 2439. Non anche in ragione dell'incertezza circa l'esito della tecnica applicata o dell'alta percentuale di risultati insoddisfacenti, atteso che la difficoltà

di prova non coincide con l'aleatorietà, ben potendo una prestazione tecnicamente di facile esecuzione presentare una non sicura efficacia terapeutica ovvero un difficile intervento condurre, in caso di esito positivo, a certa guarigione: v. Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Tale soluzione si palesa infatti ingiustificatamente gravatoria per il paziente, in contrasto invero con il principio di generale favor per il creditore-danneggiato cui l'ordinamento è informato (cfr. Cass., 20/2/2006, n. 3651).

In tali circostanze è infatti indubitabilmente il medico specialista a conoscere le regole dell'arte e la situazione specifica - anche in considerazione delle condizioni del paziente - del caso concreto, avendo pertanto la possibilità di assolvere all'onere di provare l'osservanza delle prime e di motivare in ordine alle scelte operate in ipotesi in cui maggiore è la discrezionalità rispetto a procedure standardizzate.

È allora da superarsi, sotto il profilo della ripartizione degli oneri probatori, ogni distinzione tra interventi "facili" e "difficili", in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla maggiore o minore difficoltà della prestazione, l'art. 2236 c.c. dovendo essere inteso come contemplante una regola di mera valutazione della condotta diligente del debitore (v. Case., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Va quindi conseguentemente affermato che in ogni caso di "insuccesso" incombe al medico dare la prova della particolare

difficoltà della prestazione (v. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Le obbligazioni professionali sono dunque caratterizzate dalla prestazione di attività particolarmente qualificata da parte di soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il paziente fa affidamento nel decidere di sottoporsi all'intervento chirurgico, al fine del raggiungimento del risultato perseguito o sperato.

Affidamento tanto più accentuato, in vista dell'esito positivo nel caso concreto conseguibile, quanto maggiore è la specializzazione del professionista, e la preparazione organizzativa e tecnica della struttura sanitaria presso la quale l'attività medica viene dal primo espletata.

Sotto altro profilo, va posto in rilievo che una limitazione della misura dello sforzo diligente dovuto nell'adempimento dell'obbligazione, e della conseguente responsabilità per il caso di relativa mancanza o inesattezza, non può farsi invero discendere dalla qualificazione dell'obbligazione - come in sentenza operata - in termini di "obbligazione di mezzi".

Il professionista, ed il medico specialista in particolare, è infatti tenuto non già ad una prestazione professionale purchessia bensì impegnato ad una condotta specifica particolarmente qualificata, in ragione del proprio grado di abilità tecnico- scientifica nel settore di competenza, in vista del conseguimento di un determinato obiettivo dovuto, avuto riguardo al criterio di normalità secondo il più sopra esposto giudizio relazionale (cfr. Cass., 19/5/2004, n. 9471. Nel senso che il risultato

positivo è una conseguenza "statisticamente fisiologica" della prestazione professionale diligente cfr. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 16/2/2001, n. 2335; Cass., 19/5/1999, n. 4852).

È infatti proprio la prestazione professionale particolarmente qualificata dal grado di conoscenza ed abilità tecnica, e la particolare organizzazione di uomini e mezzi della struttura sanitaria specializzata in cui la stessa viene espletata, ad ingenerare nel paziente l'affidamento idoneo ad indurlo a sottoporsi ad un particolare tipo di intervento sulla propria persona, che lo espone in ogni caso ad un più o meno alto grado di rischio per la propria incolumità, quando non addirittura sopravvivenza.

Per il professionista (e conseguentemente per la struttura sanitaria) non vale dunque invocare, al fine di farne conseguire la propria irresponsabilità, la distinzione tra "obbligazione di mezzi" e "obbligazione di risultato", sostenendo che la propria attività è da ricomprendersi tra le prime, sì da non rispondere in caso di risultato non raggiunto (contra v. Cass., Sez. Un., 9/3/1965, n. 375).

Siffatta distinzione costituisce infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralatiziamente tramandatasi, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento (per l'inidoneità di tale distinzione in tema di prestazione d'opera intellettuale, con particolare riferimento all'obbligazione del progettista, v. recentemente Cass., Sez. Un., 28/7/2005, n. 15781).

Si è al riguardo puntualmente e condivisibilmente posto in rilievo in dottrina, da un canto, che anche nelle cd. obbligazioni di mezzi lo sforzo diligente del debitore è in ogni caso rivolto al perseguimento del risultato dovuto; e, da altro canto, che la tesi secondo cui le obbligazioni di risultato sono assoggettate alla regola della responsabilità oggettiva è priva di riscontro normativo nonchè sfornita di argomenti sostanziali, valendo in contrario osservare che nelle ipotesi tipicamente indicate come obbligazioni di risultato (es., l'obbligazione del depositario) non è comunque garantito il risultato, giacchè l'impegno del debitore è pur sempre obbligatorio, e non si sostanzia invero in un'assicurazione. Tant'è che il medesimo non risponde dell'inadempimento dovuto ad impedimento sopravvenuto non prevedibile nè superabile con il normale sforzo diligente adeguato al tipo di prestazione (ad es., il depositario non risponde della mancata restituzione della cosa depositata in conseguenza della rapina di cui è rimasto vittima: v. Cass., 29/7/2004, n. 14470; Case., 19/7/2004, n. 13359; Cass., 5/1272003, n. 18651; Cass., 20/1/1997, n. 534).

Rilievo decisivo non può riconoscersi nemmeno all'obiezione secondo cui nelle obbligazioni di risultato non basta all'obbligato, per sottrarsi alla responsabilità, dimostrare di avere usato la diligenza, atteso che anche nelle obbligazioni di mezzi il debitore inadempiente ha l'onere di provare l'evento impeditivo e di provare l'imprevedibilità e l'insuperabilità di tale evento con la normale diligenza.

Inidoneo appare, ancora, al riguardo l'argomento della mancata liberazione dell'obbligato nell'ipotesi in cui l'impossibilità concerna il

mezzo destinato dal debitore all'adempimento, atteso che laddove non colpisca lo specifico mezzo contrattualmente indicato per l'adempimento della prestazione l'impossibilità della prestazione si ha in tal caso solamente se l'impedimento sopravvenuto non consente di adempiere con nessuno dei mezzi utilizzabili secondo l'ordinaria diligenza.

Nè, al fine di salvare la distinzione dogmatica in argomento, può valere il richiamo a principi propri di altri sistemi, come quello di common law della cd. evidenza circostanziale o res ipsa loquitur (per il quale v. invece Cass., 16/2/2001, n. 2335; Cass., 19/5/1999, n. 4852, Cass.; 22/1/1999, n. 589).

Come questa Corte ha avuto anche recentemente modo di precisare, in tema di responsabilità del medico per i danni causati al paziente l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione non può essere desunto, ipso facto, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale (v. Cass., 9/11/2006, n. 23918).

L'inadempimento consegue infatti alla prestazione negligente, ovvero non improntata alla dovuta diligenza da parte del professionista (e/o della struttura sanitaria) ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, adeguata alla natura dell'attività esercitata e alle circostanze concrete del caso.

Secondo la regola sopra ribadita in tema di ripartizione dell'onere probatorio, provati dal paziente la sussistenza ed il contenuto del

contratto, se la prestazione dell'attività non consegue il risultato normalmente ottenibile in relazione alle circostanze concrete del caso incombe invero al medico (a fortiori ove trattisi di intervento semplice o routinario) dare la prova del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza che lo stesso ha impedito di ottenere. E laddove tale prova non riesca a dare, secondo la regola generale ex artt. 1218 e 2697 c.c. il medesimo rimane soccombente.

In caso di mancata o inesatta realizzazione di tale intervento il medico e la struttura sono conseguente-mente tenuti a dare la prova che il risultato "anomalo" o anormale rispetto al convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da fatto a sè non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto.

Risultato "anomalo" che deve in realtà ravvisarsi non solo allorquando alla prestazione medica consegua l'aggravamento dello stato morboso o l'insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l'esito risulti come nella specie caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che l'intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario.

Lo stato di inalterazione si sostanzia nel mancato miglioramento (nel caso, funzionale) costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, e che il paziente può legittimamente attendersi quale normale esito della diligente esecuzione della prestazione convenuta professionale.

Anch'essa in effetti connota l'eseguito intervento chirurgico in termini di "inutilità", con tutte le conseguenze di carattere fisico e psicologico (spese, sofferenze patite, conseguenze psicologiche dovute alla persistenza della patologia e alla prospettiva di subire una nuova operazione, ecc.) che ne derivano per il paziente, caratterizzandolo pertanto in termini di "insuccesso" (cfr. Cass., 21/7/2003, n. 11316), a tale stregua integrando fattispecie d'inadempimento ingenerante responsabilità ex art. 1218 ss. c.c..

In tale aspetto si coglie anzi una fondamentale differenza rispetto alla considerazione della responsabilità del medico in termini di responsabilità extracontrattuale (cfr. quanto al riguardo osservato da Cass., 22/12/1999, n. 589. Per la limitazione della configurabilità della responsabilità extracontrattuale all'ipotesi che all'effettuazione dell'intervento medico consegua un aggravamento della patologia o l'insorgenza di nuove patologie v. Cass., 11/4/1995, n. 4152; Cass., 18/4/1994, n. 8470; Cass., 1/2/1991, n. 977).

Tutte le suindicate ipotesi sono allora da qualificarsi in termini di "insuccesso" della prestazione medica.

L'imposizione, secondo la sopra richiamata regola generale, mediante la previsione della presunzione dell'onere della prova in capo al debitore, il cui fondamento si è indicato nell'operare del principio di cd. vicinanza alla prova o di riferibilità (v. v. Cass., 9/11/2006, n. 23918; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., Sez. Un., 23/5/2001, n. 7027; Cass., Sez. Un., 30/10/2001, n. 13533; Cass., 13/9/2000, n. 12103), va ancor più propriamente ravvisato, come sottolineato anche in dottrina, nel criterio della maggiore possibilità per il debitore

onerato di fornire la prova, in quanto rientrante nella sua sfera di dominio, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo estranee alla comune esperienza, e viceversa proprie del bagaglio del debitore come nel caso specializzato nell'esecuzione di una professione protetta.

Deve dunque conclusivamente affermarsi che il danneggiato è tenuto a provare il contratto e ad allegare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza. Mentre al debitore, presunta la colpa, incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa a lui non imputabile, e cioè la prova del fatto impeditivo (v. Cass., 2875/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Orbene, con specifico riferimento all'aspetto funzionale dell'intervento di settorinoplastica oggetto dell'odierno esame, nell'impugnata sentenza la Corte d'Appello di Roma non si è invero attenuta ai suesposti principi.

In particolare laddove, pur dando atto che sotto il profilo funzionale l'intervento de quo ha avuto, sotto il profilo funzionale, un esito di "inalterazione", e quindi di sostanziale "insuccesso", ha ciononostante ritenuto (sulla base invero del giudizio emergente dall'esperita C.T.U.) la condotta dal medico nel caso mantenuta come non integrante ipotesi di responsabilità, pur in assenza della prova da parte del medesimo, in ossequio al combinato disposto di cui all'art. 1218 c.c.,

art. 1176 c.c., comma 2, e art. 2236 c.c., dell'essere tale esito; dovuto a causa a sè non imputabile.

Quanto ai profili del motivo in esame concernenti il denunziato vizio di motivazione va osservato quanto segue.

Deve anzitutto ribadirsi che il vizio in questione si configura solamente quando dall'esame del ragionamento svolto dal giudice del merito, quale risulta dalla sentenza, è riscontrabile il mancato o insufficiente esame di punti decisivi della controversia prospettati dalle parti o rilevabili di ufficio, ovvero un insanabile contrasto tra le argomentazioni adottate, tale da non consentire l'identificazione del procedimento logico giuridico posto a base della decisione (in particolare cfr. Cass., 25/2/2004, n. 3803).

Allorquando con il ricorso per cassazione viene come nella specie dedotta in particolare l'incongruità o illogicità della motivazione della sentenza impugnata, per mancata o insufficiente od erronea valutazione di risultanze processuali (un documento, deposizioni testimoniali, dichiarazioni di parti, accertamenti del c.t.u., ecc.), è imprescindibile - al fine di consentire alla Corte di legittimità di effettuare il richiesto controllo (anche) in ordine alla relativa decisività - che il ricorrente precisi, trascrivendole integralmente, le prove non o male valutate (cfr. Cass., 20/10/2005, n. 20323; Cass., 12/5/2005, n. 9954), atteso che per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione il controllo deve essere consentito sulla base delle deduzioni contenute nel medesimo, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative, non avendo la Corte di legittimità accesso agli atti del giudizio di merito (v. Cass., 31/5/2006, n. 12984;

Cass., 24/3/2003, n. 3158; Cass,, 25/8/2003, n. 12444; Cass., 1/2/1995, n. 1161). È altresì essenziale che il ricorrente evidenzi, in relazione a tale contenuto, il vizio omissivo o logico nel quale sia incorso il giudice del merito, le ragioni del carattere decisivo dello stesso, e la diversa soluzione cui, in difetto di esso, sarebbe stato possibile pervenire sulla questione decisa.

Solo in tale ipotesi il giudice di legittimità può invero accertare, sulla base esclusivamente delle deduzioni esposte nello stesso e senza la necessità di indagini integrative, l'incidenza causale del difetto di motivazione e la decisività delle prove erroneamente valutate, giacchè il mancato esame di un'istanza istruttoria può dar luogo al vizio di omessa o insufficiente motivazione solo se le risultanze processuali non o mal valutate siano tali da invalidare l'efficacia probatoria delle altre sulle quali il convincimento si è formato, onde la ratio decidendi venga a trovarsi priva di base (v, Cass., 17/2/2004, n. 3004; Cass. 23/1/2004, n. 1170; Cass., Sez. 2, 14/3/2001, n. 3737).

Avuto riguardo al suddetto principio il motivo è in effetti sotto vari profili carente.

La ricorrente si limita infatti a lamentare la mancanza, lacunosità e contraddittorietà della motivazione, apoditticamente affermando che la ritenuta estraneità nel caso della finalità anche estetica dell'intervento di settorinoplastica "oltre ad essere insostenibile", "non trova conforto alcuno nella sentenza della S.C. n. 12253/97, genericamente richiamata dalla Corte di Appello", essendo essa relativa a "caso in cui il paziente ha ottenuto un effettivo

miglioramento dell'aspetto fisico ... e, dunque, a fattispecie estranea a quella de qua".

Ancora, essa si limita a dolersi che la corte di merito abbia in termini asseritamente apodittici ed immotivati disatteso le conclusioni della C.T.U. espletata in prime cure in ordine alla finalità dell'intervento, e poi contraddittoriamente ritenuto le esperite indagini sufficienti alla soluzione del caso, laddove andava viceversa "perlomeno disposta una rinnovazione od integrazione delle indagini...", come reso evidente dalle "specifiche contestazioni mosse al riguardo dalla Z. (cfr. appello) e dai cc.tt.pp.. della stessa...".

Tali contestazioni la ricorrente tuttavia inammissibilmente omette di trascrivere nel ricorso.

Così come omette di riportare "tutti i mezzi di prova (rinnovo o integrazione indagini mediche, prova per testi, ordini di esecuzione)" di cui lamenta il mancato accoglimento da parte del giudice del gravame di merito.

Analoghi rilievi valgono quanto all'evocata "specializzazione in O.R.L. del D.V. (accertata e riferita dai cc.tt.uu.)", di cui del pari lamenta il mancato esame.

Ancora, con riferimento alla lamentata mancata considerazione dell'essere il D.V. "sorprendentemente e completamente venuto meno al dovere di informazione che su di lui incombeva, così come accertato, pure, dai cc.tt.uu., ammesso dallo stesso convenuto e riconosciuto sia dal Tribunale che dalla Corte di Appello".

La ricorrente ulteriormente al riguardo lamenta che il suindicato giudice non abbia ritenuto ed affermata "la responsabilità (pure extracontrattuale) del chirurgo anche in relazione a tale aspetto (omessa informazione e conseguente difetto di valido consenso)".

Tale asserita omissione fa peraltro valere sotto il profilo del denunziato vizio di motivazione - anche nel caso invero disattendendo i principi in argomento da questa Corte affermati e più sopra ribaditi - e non anche della violazione ex art. 112 c.p.c..

Diversamente deve invece dirsi in ordine alla doglianza di contraddittorietà ed insufficienza della motivazione in relazione alle circostanze della persistenza all'esito dell'intervento eseguito dal D.V. del difetto funzionale e della necessità per l'odierna ricorrente di sottoporsi ad un secondo intervento chirurgico, il quale (anche) ai soli fini funzionali qui in considerazione ha avuto efficacia risolutiva della lamentata patologia.

Nell'impugnata sentenza si afferma in particolare che "... in ordine allo stato della Z. successivo all'intervento e in particolare alla pervietà delle fosse nasali, è stato coerentemente replicato dai consulenti tecnici di ufficio che il discorso si riduce in termini di risultato essendo solo in discussione la quantità (cfr. supplemento c.t.u.)". Traendosene il seguente giudizio di valore: "Nè dalla mancanza di soluzione definitiva della disfunzione respiratoria può trarsi che non siano adottati anche mezzi idonei".

A suffragio del quale si argomenta: "A tal proposito, dalla cartella clinica (non contestata) risulta che l'intervento fu regolarmente

eseguito secondo cottle e che la paziente fu poi dimessa. A circa due anni dall'intervento cominciò ad accusare disturbi alla respirazione (cfr. rel. ctu). All'esame obiettivo effettuato dai c.t.u. non comparvero significative alterazioni funzionali riconducibili ad un comportamento negligente od imperito da parte dei sanitari (...)".

Si conclude quindi: "Che la Z. abbia avuto necessità di un secondo intervento, rileva solo ai fini del risultato: risolutivo rispetto al primo, ma che non implica inadempienza del primo operatore riguardo ai mezzi adoperati".

Orbene, in presenza di un accertato stato di inalterazione e non risolutività del difetto funzionale caratterizzante l'esito dell'operazione effettuata dal D.V., invero deponente - come sopra indicato - per il relativo "insuccesso"; ed atteso quanto sopra rilevato ed esposto in tema di contenuto dell'obbligazione professionale medica, e di distribuzione dell'onere probatorio, a fortiori ove trattisi di intervento semplice o routinario, le ragioni espresse dalla corte di merito, oltre a rivelarsi eccentriche rispetto al principio di diritto che avrebbe dovuto essere seguito, neppure lasciano intendere - già sul piano logico - perchè l'esito insoddisfacente, che come sopra esposto lo stesso stato di inalterazione (nel caso funzionale) postumo dell'intervento vale ad integrare, sia stato nella specie degradato ad evento irrilevante. E non già per converso inteso come sintomatico di inadempimento per difetto - in ragione della condotta mantenuta, delle scelte operate e dei mezzi utilizzati - della dovuta diligenza adeguata alle concrete circostanze del caso, pur nella mancata contraria dimostrazione del fatto impeditivo, dell'essere cioè intervenuto un evento imprevisto ed

imprevedibile deponente per la conseguente non imputabilità di tale esito al D.V..

Sussiste dunque il vizio di motivazione denunciato. Ed anche su questo aspetto il giudice del rinvio dovrà compiere una nuova valutazione.

S'impone pertanto l'accoglimento parziale del ricorso proposto dalla Z. e la cassazione in relazione dell'impugnata sentenza, con rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello di Roma, che procederà ad un nuovo esame della fattispecie, facendo applicazione dei suesposti principi.

Il giudice di rinvio provvedere anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte, pronunziando sul ricorso, dichiara il difetto di legittimazione passiva della Azienda USL Roma A e compensa tra le parti le spese dell'intero processo. Rigetta il 1 motivo del ricorso, accoglie in parte il 2. Cassa e rinvia, anche per le spese, ad altra sezione della Corte d'Appello di Roma.

Così deciso in Roma, il 18 dicembre 2006.

Depositato in Cancelleria il 13 aprile 2007