



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Paolo VITTORIA - Presidente -

Dott. Roberto PREDEN - Consigliere -

Dott. Vincenzo SALLUZZO - Consigliere -

Dott. Giuliano LUCENTINI - Rel. Consigliere -

Dott. Antonio SEGRETO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

A.A., elettivamente domiciliato in ROMA(...), presso lo studio dell'avvocato X, difeso dall'avvocato Y, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

B.B., elettivamente domiciliato in ROMA (...), presso lo studio dell'avvocato Z, che lo difende, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1943/99 della Corte d'Appello di NAPOLI, SEZ.

IV emessa il 26/5/1999, depositata il 09/08/99; RG. 774/1996,

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/02/01 dal Consigliere Dott. Giuliano LUCENTINI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Raffaele PALMIERI che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

### Svolgimento del processo

Con citazione notificata il 14 giugno 1984 B.B. esponeva che - essendo affetto d alopecia di tipo androgeno nella regione frontale, parietale bilaterale ed occipitale del cuoio capelluto - s'era rivolto al chirurgo plastico dott. A.A. il quale, verso la fine del 1981, l'aveva sottoposto ad un intervento cruento di trasposizione di lembi di pelle da prelevare dalle altre sedi parietali. Sennonché, dopo pochi giorni, nelle zone espianate s'era verificata una reazione infiammatoria con successiva necrosi dei tessuti, ragione per cui s'era rivolto ad un altro specialista, il quale, dopo vari interventi, aveva ridotto la zona necrotica, tentando la ricomposizione della pelle mediante innesti liberi. In seguito aveva appreso che l'incisione chirurgica aveva raggiunto la regione alopecica, provocando la devascularizzazione delle restanti superfici del cuoio capelluto. Conveniva pertanto il A.A. davanti al Tribunale di Napoli, chiedendone la condanna al risarcimento del danno.

Radicatosi il contraddittorio, il Tribunale accoglieva la domanda e, per l'effetto, condannava il A.A. a pagare al B.B. la somma di L. 50.025.000, oltre interessi, e la decisione, impugnata dal soccombente, era confermata dalla Corte d'Appello di Napoli, che così motivava.

Infondata era l'eccezione del A.A., secondo cui il B.B. non aveva "conservato" la prova del danno, con conseguente mancato assolvimento del relativo onere, avendo il Tribunale condivisibilmente ritenuto, nell'ambito del suo potere discrezionale di scelta delle prove, essere più che esaurienti le due relazioni peritali del consulente tecnico prof. Sbrocca e l'ampia documentazione medica raccolta dall'attore nel corso degli anni, e prodotta in giudizio.

Eguale infondata era l'altra eccezione volta a dedurre l'interruzione del nesso causale per avere il B.B. posto fine ad ogni rapporto con il A.A., ricorrendo ad altri sanitari per ulteriori trattamenti, e così impedendogli di effettuare la seconda parte dell'intervento. Il primo giudice, invero, nel ricostruire la vicenda successiva al primo intervento, aveva ritenuto la piena attendibilità delle relazioni mediche redatte dai medici interpellati dal B.B., in tale modo accertando che costui, a pochi mesi dall'operazione, presentava, nella regione temporo-parietale di sinistra, una lesione impetiginizzata. D'altro canto, proseguiva la Corte, era provato che lo stesso B.B. era stato costretto a rivolgersi ad altri medici a causa dell'assenza, da Napoli, del A.A., il che giustificava la perdita di fiducia da parte sua.

Il A.A. aveva posto in evidenza, ancora, la particolarità dell'intervento, cosicché, dovendosi applicare i criteri di imputazione dell'inadempimento, rappresentati del dolo o della colpa grave ex art. 2236 c.c., non poteva essere ritenuto responsabile del fatto dannoso, in difetto dell'uno o dell'altra, ovvero anche della sola colpa lieve.

In relazione a tale questione - osservava la Corte - "non risulta(va) provato che il A.A. avesse ottemperato ai suoi doveri di informazione nei confronti del B.B. in ordine alla portata e gravità dell'operazione e al rischio di un esito infausto", in conformità del principio, emerso nel tempo, della necessità del consenso informato del paziente, soprattutto nel caso di interventi chirurgici di natura estetica.

Per la cassazione della sentenza il A.A. proponeva ricorso sulla base di più motivi.



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

Resisteva con controricorso il B.B..

Entrambe le parti hanno presentato memorie illustrative.

### Motivi della decisione

Con il primo motivo, denunciando omessa o insufficiente motivazione, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 696 c.p.c. e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360, n. 5 e n. 4, c.p.c., il ricorrente deduce che il B.B. aveva lasciato trascorrere ben tre anni dall'intervento chirurgico, sottoponendosi nel frattempo all'opera di altri medici, prima di citarlo in giudizio, in tale modo rendendo impossibile l'accertamento delle sue effettive condizioni nel tempo immediatamente successivo all'intervento medesimo. La Corte aveva ritenuto la sufficienza della prova fornita, facendo riferimento alla consulenza tecnica compiuta e alla certificazione medica prodotta; senza tuttavia considerare che, mentre quest'ultima documentazione era priva di qualunque valore, in quanto relativa ad accertamenti non svolti in contraddittorio, la consulenza tecnica aveva ripetutamente posto in evidenza come proprio il mancato accertamento dello stato del paziente dopo il contestato intervento, e prima che il B.B. si sottoponesse alle cure di altri sanitari, avesse impedito d'accertare se e quali responsabilità potessero addebitargli.

Con il secondo motivo, denunciando omessa o insufficiente motivazione, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 696 c.p.c. e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360, n. 5 e n. 4, c.p.c., il medesimo ricorrente si duole che la Corte territoriale abbia disapplicato le regole sull'onere della prova, non avendo spiegato le ragioni per cui le certificazioni mediche in atti, redatte da professionisti interpellati dal B.B., fossero sufficienti a provare - ed a provare attendibilmente - le sue effettive condizioni dopo l'intervento.

Con il terzo motivo, denunciando omessa o insufficiente motivazione, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360, n. 5 e n. 4, c.p.c., il A.A. si duole che il secondo giudice abbia ommesso qualunque motivazione sulla questione dell'interruzione del nesso di causalità, in tal modo disapplicando le regole in materia di prova. In realtà, non era provato che le condizioni del B.B. dovessero attribuirsi all'intervento, né era provato che lo stesso B.B. fosse stato costretto a rivolgersi a terzi per la sua assenza da Napoli.

Con il quarto motivo, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 2236 c.c., omessa, o insufficiente e contraddittoria motivazione, in relazione all'art. 360, n. 4 e n. 5, c.p.c., il A.A. afferma d'aver dedotto in appello che la fattispecie era riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 2236 c.c., trattandosi di prestazione d'opera implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, e su tale questione la Corte avrebbe dovuto soffermarsi, "specie per determinare l'incidenza dell'onere della prova circa l'assolvimento del dovere d'informativa". Era invece accaduto che su tale questione la Corte



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

aveva ommesso qualunque motivazione, diffondendosi per contro sulla diversa questione del consenso informato.

Con il quinto mezzo, denunciando violazione e falsa applicazione degli *artt. 2330, 2336, 2697 c.c.*, difetto di motivazione, in relazione *all'art. 360 n. 5 e n. 3 c.p.c.*, il ricorrente lamenta che la Corte abbia affermato che non risultava che egli avesse ottemperato al suo dovere di informazione nei confronti del B.B. in ordine alla portata e gravità dell'operazione e al rischio di un esito infausto. Ma l'affermazione era inficiata da più errori; a) il giudice avrebbe dovuto accertare se l'intervento fosse, o no, di particolare difficoltà. Ritenendo poi che, per implicito, il Giudice avesse inteso aderire alla tesi della facile esecuzione, vi sarebbe difetto di motivazione, in presenza delle ripetute affermazioni del consulente d'ufficio attestanti la particolare difficoltà dell'intervento; b) era il B.B. che avrebbe dovuto dimostrare che non era stato informato delle difficoltà e dell'esito dell'intervento.

Osserva il Collegio che, secondo la puntuale notazione contenuta nel quarto mezzo d'annullamento, la Corte d'Appello, in effetti, non considerò, nonostante che fosse stata dedotta, la questione della difficoltà, se speciale o no, dell'intervento chirurgico compiuto dal A.A., in riferimento ai connessi criteri di imputazione dell'inadempimento (dolo o colpa grave) *ex art. 2236 c.c.*, avendo ritenuto di potere altrimenti risolvere la controversia.

In particolare, la stessa Corte finì con l'affermare che la responsabilità del sanitario derivava anche dalla violazione del dovere d'informazione su di lui incombente, non risultando provato che vi avesse ottemperato: il che introduce la questione, oggetto del quinto mezzo, se sia il medico a dover provare d'avervi adempiuto o se, all'opposto, il relativo onere probatorio compete al paziente.

Va premesso, in linea generale, che l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell'avente diritto (*art. 51 c.p.*), come si riteneva nel passato, poiché tale opinione, di per sé, contrasterebbe con *l'art. 5 c.c.*, in tema di divieto degli atti disposizione del proprio corpo, ma in quanto essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute.

Dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti posti *dall'art. 5 c.c.*, non può tuttavia trarsi la convinzione che il medico possa, fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di manifestare la propria volontà, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni di cui *all'art. 54 c.p.*), intervenire senza il consenso, ovvero, "a fortiori", malgrado il dissenso del paziente.

La necessità del consenso si evince, in generale, dall'*art. 13 Cost.*, il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge. Ma è soprattutto rilevante in materia *l'art. 32 Cost.*, per il quale "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (la quale) o può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". È proprio in attuazione di tali principi che la *legge 13 maggio 1978 n. 180*, sulla riforma dei manicomi, ha stabilito che "gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari", salvi i casi espressamente previsti, concetto che è stato di lì a poco ribadito dalla *legge 23 dicembre 1978 n. 833*, istitutiva del servizio sanitario nazionale, il cui *art. 33* dispone che "gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono, di norma, volontari".



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

La formazione del consenso presuppone una specifica informazione su quanto ne forma oggetto (c.d. consenso informato), che non può provenire che dal sanitario che deve prestare la sua attività professionale. Tale consenso implica la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, con la precisazione, peraltro, che, nel caso di interventi di chirurgia estetica, in quanto non finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione deve essere particolarmente precisa e dettagliata.

Qualora l'informazione sia mancata, in tutto o in parte, si avrà una responsabilità del sanitario colpevole dell'omissione: la quale sarà di natura contrattuale ovvero di natura extracontrattuale (precisamente: precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*), a seconda che si ritenga che il difetto d'informazione rilevi sul piano dell'inadempimento di un contratto già pienamente perfezionato, o su quello, semplicemente, delle trattative.

In alcune sue decisioni (si vedano, da ultimo, Cass., 25 novembre 1994 n. 10014, Cass., 15 gennaio 1997 n. 384) questa Corte ha ritenuto di optare per la seconda alternativa, collegando l'obbligo di informazione al comportamento secondo buona fede cui le parti sono appunto tenute nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Peraltro, già con sentenza 29 marzo 1976 n. 1132 la Corte aveva enunciato l'opposto principio, osservando: che il contratto d'opera professionale si conclude tra il medico ed il cliente quando il primo, su richiesta del secondo, accetta di esercitare la propria attività professionale in relazione al caso prospettatogli; che tale attività si scinde in due fasi, quella, preliminare, diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici, e l'altra, conseguente, terapeutica o di intervento chirurgico, determinata dalla prima; che l'una e l'altra fase esistono sempre, e compongono entrambe l'"iter" dell'attività professionale, costituendo perciò entrambe la complessa prestazione che il medico si obbliga ad eseguire per effetto del concluso contratto di opera professionale; che, poiché solo dopo l'esaurimento della fase diagnostica sorge il dovere del chirurgo d'informare il cliente sulla natura e sugli eventuali pericoli dell'intervento operatorio risultato necessario, questo dovere d'informazione, diretto ad ottenere un consapevole consenso alla prosecuzione dell'attività professionale, non può non rientrare nella complessa prestazione. Di qui, in definitiva, la natura contrattuale della responsabilità derivante dall'omessa informazione.

Tale orientamento giurisprudenziale, successivamente fatto proprio da altre decisioni (Cass., 26 marzo 1981 n. 1773, Cass., 8 agosto 1985 n. 4394), sembra meglio adeguarsi, nel confronto con l'altro, al normale accadimento delle vicende umane e alle norme che tali vicende sono chiamate a regolare.

Ritenuto dunque che la violazione del dovere di informazione dà luogo ad un'ipotesi di inadempimento contrattuale, l'onere della prova correlativo si distribuirà tra le parti in conformità delle consuete norme in materia.

Com'è noto, l'orientamento tradizionale afferma che, in materia di obbligazioni contrattuali, è il creditore che deve dimostrare l'inadempimento, oltre al contenuto della non adempiuta obbligazione, mentre il debitore è tenuto, dopo tale prova, a giustificare *ex art. 1218 c.c.* l'inadempimento che il creditore gli attribuisce.



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

Secondo tale indirizzo, più precisamente, si deve avere riguardo, a questi fini, all'oggetto specifico della domanda: sicché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ov'è sufficiente che l'attore provi la fonte del rapporto dedotto in giudizio, ossia l'esistenza del negozio e quindi dell'obbligo che assume inadempito, qualora, invece, si domandi la risoluzione del contratto ovvero il risarcimento dei danni per inadempimento, l'attore è tenuto a provare anche il fatto su cui la domanda è fondata, ossia l'inadempimento, spettando quindi al convenuto di dare la prova della non imputabilità di esso (in questo senso, ad esempio, Cass., 9 gennaio 1997 n. 124, Cass., 24 settembre 1996 n. 8435, Cass., 19 luglio 1995 n. 7863, Cass., 4 maggio 1994 n. 4285, Cass., 29 gennaio 1993 n. 1119, etc.).

Il medesimo orientamento giurisprudenziale è stato seguito, espressamente, dalla citata sentenza Cass., n. 10014/1994, pur se in contraddizione con le premesse poste, in quanto riferite (come visto) ad un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

In tempi recenti, tuttavia, si è fatto via via strada, sino a divenire prevalente, il diverso ed opposto orientamento secondo cui, nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, e non anche l'inadempienza dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga l'eccezione "inadimplenti non est adimplendum", nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare, provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta ("ex plurimis", Cass., 27 marzo 1998 n. 3232, Cass., 15 ottobre 1999 n. 11629, Cass., 7 febbraio 1996 n. 973, Cass., 5 dicembre 1994 n. 10336, Cass., 31 marzo 1987 n. 3099).

L'idea che è alla base di questo indirizzo è stata volta a volta individuata:

a) nell'ontologica distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, che comporta oneri probatori diversi circa l'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa, che sono, nell'un caso, la fonte negoziale o legale, e, nell'altro, il comportamento lesivo;

b) nel criterio di ragionevolezza, sotteso all'attività ermeneutica delle norme, alla cui luce appare irrazionale che, di fronte ad un'identica situazione probatoria delle ragioni del credito (l'esistenza dell'obbligazione contrattuale e il diritto ad ottenere l'adempimento), l'onere probatorio si atteggi in maniera diversa a seconda che il creditore agisca per l'inadempimento ovvero chieda il risarcimento del danno (o la risoluzione) per causa d'inadempimento;

c) nel criterio di vicinanza della prova, secondo cui l'onere della prova di un fatto va posto a carico della parte cui esso si riferisce: onde l'inadempimento - che nasce e si consuma, per così dire, nella sfera d'azione del debitore - non deve essere provato dal creditore, dovendo invece essere il debitore a provarne l'imputabilità;

d) nel criterio di persistenza del diritto, da intendere nel senso che, nel caso di pretese creditorie destinate ad essere estinte entro un certo termine attraverso l'adempimento, il creditore è dispensato dalla prova dell'inadempimento sulla base di quella presunzione;

e) nel fatto che, se l'*art. 1453 c.c.* consente, a chi ha chiesto l'adempimento, di domandare successivamente la risoluzione, sarebbe illogico ritenere che, in un caso siffatto, abbia a mutare la



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

ripartizione dell'onere probatorio, prima richiedendosi all'attore di provare soltanto l'esistenza dell'obbligazione che vuole sia adempiuta e poi, nel corso del giudizio - pur dopo un'eventuale condanna del convenuto all'adempimento, basata sul mancato assolvimento dell'onere relativo -, pretendendosi che sia lo stesso attore a provare, in ragione dell'esercitato "ius variandi", l'inadempimento già precedentemente accertato sulla base di una diversa regola probatoria.

In relazione al nuovo principio, che appare meritevole di completa adesione, appare di particolare interesse, sul punto della persistenza del diritto, la sentenza 15 ottobre 1999 n. 11629 di questa Corte suprema.

Essa, invero, nel conformarvisi, ha precisato tuttavia che la presunzione "non opera allorché siano dedotti non già l'inadempimento dell'obbligazione, ma l'inesatto adempimento o la violazione di un obbligo accessorio (quale, ad esempio, l'obbligo di informazione) la cui prova incombe al deducente".

Nel rilevarsi che tali eccezioni risultano perfettamente coerenti con le ragioni giustificative della regola generale - non potendo che essere il creditore, in presenza di un inesatto adempimento, a provare in che cosa consista l'inadempimento - non sembra che la violazione del dovere di informazione, di cui oggi si controverte in causa, sia tale da comportare l'inclusione della fattispecie nella disciplina derogatoria, sol che si consideri che esso, lungi dall'essere accessorio o strumentale (rispetto ad un altro), derivando da una norma di rilevanza costituzionale volta a tutelare un diritto primario della persona, non può non avere, per ciò stesso, nella complessiva struttura negoziale, natura e dignità autonome (con autonoma rilevanza, sul piano delle conseguenze giuridiche, nel caso d'inadempimento).

Ritenuto, allora, che avrebbe dovuto essere il A.A. a provare il fatto estintivo del dovere di informazione, ossia di avervi adempiuto a prescindere dalle difficoltà dell'attività professionale prestata, essendo incondizionato il dovere medesimo -, è da concludere che il giudice d'appello, ritenendo che il debitore A.A. non avesse provato d'aver informato il B.B. della natura, dei rischi, delle conseguenze dell'intervento, non violò le denunciate norme su'onere della prova.

La sentenza gravata, che individuò in capo al A.A. un duplice profilo di inadempimento - in relazione all'obbligazione avente ad oggetto l'intervento di chirurgia e a quella avente ad oggetto l'informazione del paziente - resta pertanto ferma per quanto riguarda il secondo.

Il ricorso va, in conclusione, rigettato.

Nella ricorrenza di giusti motivi, si compensano fra le parti le spese del giudizio di cassazione.

**P.Q.M.**



**Bios-Bios**

[www.bios-bios.it](http://www.bios-bios.it)

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della terza sezione civile della Corte suprema di cassazione, addì 15 febbraio 2001.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 23 MAGGIO 2001.