



FLAVIO PETROCELLI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi della Tuscia

LA PROVA DELL'INADEMPIMENTO. LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA INTELLETTUALE E DEL DATORE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La prova dell'inadempimento come problema di diritto sostanziale nella responsabilità contrattuale. – 2.1. Segue. La prova dell'inadempimento secondo l'orientamento meno recente. – 2.2. Segue. La semplificazione degli oneri di allegazione e prova introdotta da Cass. sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533 e le principali critiche della dottrina. – 2.3. Segue. Il superamento della distinzione obbligazioni di mezzi e di risultato con riferimento alla responsabilità professionale. – 2.4. Segue. Dall'allegazione dell'inadempimento all'allegazione dell'inadempimento "qualificato". – 3. Il più recente orientamento in tema di obbligazioni di facere professionale: l'allegazione dell'inadempimento e la prova del nesso di causalità cd. materiale. – 3.1. Segue. I profili di criticità sottesi al nuovo orientamento giurisprudenziale. – 4. La responsabilità del datore di lavoro. – 5. Conclusioni.

1. – Il regime probatorio della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni di *facere* professionale¹ interroga, in stretta connessione, la disciplina generale dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.) e quella specifica dettata dall'art. 1218 cod. civ.² con riguardo alla responsabilità civile del debitore, in relazione agli artt. 1176, 2230, 2236, 2740 cod. civ.

Pur in presenza di un dato normativo unitario, negli ultimi decenni si è registrata una copiosa e oscillante elaborazione giurisprudenziale che ha delineato veri e propri sotto-settori della responsabilità civile profes-

¹ Questo contributo si soffermerà sulle ipotesi di responsabilità per inadempimento degli obblighi principali e accessori rientranti nel complesso programma di comportamento al quale il professionista è vincolato per soddisfare l'interesse creditorio del cliente cfr. F. BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, 12. Restano escluse dall'indagine le ipotesi, pur configurabili, di responsabilità aquiliana del professionista; si pensi al caso dell'esercente la professione sanitaria ex art. 7, comma 3, l. 24 marzo 2017 o del notaio per danno cagionato a terzi.

² Cfr. per tutti L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 1072 ss. e più di recente F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto privato* a cura di R. Sacco, 2015, 189 ss.

Sull'art. 2697 senza pretese di esaustività cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399 ss.; ID, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 1 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; ID, voce *Prova (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 625 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja, G. Branca, *Libro sesto. Della tutela dei diritti. Art. 2697-2698*, Bologna-Roma, 1987; ID, *Le prove*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2021; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, 67 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, Torino, 2010; ID, sub art. 2697, in E. Gabrielli, A. Chizzini (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, 2015, 293 ss. Per la tesi che considera la disciplina dell'onere probatorio un relitto storico da abrogare v. J. NIEVA FENOLL, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 12, 2020, 1195 ss.; in senso critico con tale ultima tesi v. le repliche di M. GARAVAGLIA, *Astrolabi, bussola e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2021, 1350 ss.



sionale riservando particolare attenzione alla *natura* delle prestazioni richieste al *solvens* e al *tipo di interesse* da esse protetto, con inevitabili ripercussioni sulla distribuzione degli oneri di allegazione e prova tra le parti del giudizio.

Al “modello classico” delle professioni di stampo ottocentesco (ad es. avvocato), erette «*sui tre pilastri della colpa (per omissione), della rilevanza della distinzione mezzi/risultato, del nesso causale tra condotta negligente/imperita e danno subito dal cliente... in cui il rischio connesso alla causa ignota o all'incertezza probatoria ricade sul cliente*»³, si era affiancato un “modello nuovo” delle professioni con riguardo alle quali, la giurisprudenza delle Sezioni Unite aveva creato un unitario criterio di ripartizione dell'onere probatorio, fondato sull'art. 1218 cod. civ. ed estensibile a tutte le ipotesi di inadempimento; una volta che il cliente-creditore avesse provato il titolo e meramente allegato l'inadempimento, tale allegazione faceva insorgere nel professionista-debitore l'onere probatorio di individuare e dimostrare la causa, diversa dalla propria prestazione, che aveva determinato l'evento dannoso con conseguente rischio, a suo carico, della causa ignota e dell'insufficienza probatoria.

L'adozione di un unitario sistema probatorio era giustificato dai sempre più ridotti margini di aleatorietà che connotano alcune attività professionali grazie al progresso tecnico/scientifico (ad es. professioni ingegneristiche) e dalla necessità di tutelare interessi fondamentali del cliente (ad es. professioni sanitarie e anche notarile, in ragione del connotato pubblicistico⁴) nell'ambito di un rapporto contrattuale strutturalmente asimmetrico⁵ che, talora, rende impossibile, se non estremamente difficoltoso, l'accesso alla prova (si pensi al caso emblematico della cartella clinica carente o incompleta)⁶.

Il particolare *favor* per il creditore, ulteriormente avvantaggiato dalla valutazione della prova del nesso causale in termini di preponderanza dell'evidenza (in luogo della certezza morale) e dalla risarcibilità della perdita di *chances* (anche non patrimoniale)⁷, ha prodotto eccessi di deterrenza che si ripercuotono negati-

³ Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, R. Sacco (diretto da), Torino, 1998, 777.

⁴ Per i riferimenti relativi alla responsabilità del notaio, a metà strada tra professionista intellettuale e pubblico ufficiale, sia consentito il rinvio a F. PETROCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità professionale notarile*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 19 gennaio 2018.

⁵ In forza della disparità di posizione tra i contraenti si assiste alla proliferazione degli obblighi informativi del professionista nei confronti del cliente, talora anche di fonte deontologica, che concorrono a determinare la misura del vincolo in applicazione degli artt. 1175 e 1375 cod. civ. e/o 1176 cod. civ. Sulla estensione (e limiti) del dovere di consiglio ovvero di dissuasione in ambito notarile v. ad es. Cass. 15 febbraio 2022 n. 4911; Cass. 29 luglio 2019 n. 20297; Cass. 24 ottobre 2017 nn. 25111 e 25113; Cass. 18 maggio 2017 n. 12482; Cass. 13 giugno 2017 n. 14618. Sugli obblighi informativi del commercialista per l'attività di consulenza fiscale stragiudiziale v. ad es. Cass. 27 maggio 2019 n. 14387. Sugli autonomi obblighi relativi al consenso informato in ambito sanitario v. ad es. Cass. 11 novembre 2019 n. 28985; Cass. 17 gennaio 2019 n. 1043; Cass. 25 giugno 2019 n. 16892; Cass. 15 maggio 2018 n. 11749; Cass. 28 giugno 2018 n. 17022; Cass. 5 luglio 2017 n. 16503; Cass. 13 ottobre 2017 n. 24074. Sugli obblighi informativi dell'avvocato v. ad es. Cass. 7 gennaio 2021 n. 56; Cass. 22 febbraio 2021 n. 4655; Cass. 6 maggio 2020 n. 8494; Cass. 19 luglio 2019 n. 19520; Cass. 13 settembre 2017 n. 21173; Cass. 23 marzo 2017 n. 7410; Cass. 26 febbraio 2013 n. 4781; Cass. 20 novembre 2009 n. 24544; Cass. 30 luglio 2004 n. 14597; sul dovere dell'avvocato di dissuadere il cliente dall'intraprendere una causa temeraria v. Cass. 23 giugno 2016 n. 13008 o infondata v. Cass. 12 maggio 2016 n. 9695; Cass. 2 luglio 2010 n. 15717.

Sul problematico grado di autonomia del rapporto rispetto alla fonte v. per tutti F. GAMBINO, *op. cit.*, 212 ss.

⁶ Cfr. M. MAGLIULO, R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, 269, nota 74. C. SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2020, 208 evidenzia che la presunzione giurisprudenziale di sussistenza del nesso causale è qui giustificata dal fatto che chi aveva l'interesse contrario all'accertamento del nesso causale non può trarre vantaggio dall'incertezza probatoria da sé creata.

⁷ L'art. 2697 c.c., oltre a distribuire tra le parti l'onere di dimostrare i fatti che fondano le rispettive pretese, rileva anche quale regola legale di giudizio nel senso che se all'esito dell'istruzione probatoria rimane indimostrata l'esistenza di un fatto rilevante per la decisione, il giudice dovrà comunque pronunciare una sentenza secondo la disciplina dell'onere della prova rigettando la domanda o l'eccezione cfr. S. PATTI, *Le prove*, *op. cit.*, 79 ss. La disposizione codifica, perciò, gli effetti decisori del rischio della mancata prova



vamente sul libero esercizio di talune attività professionali (come quelle sanitarie)⁸. La giurisprudenza in tempi più recenti ha perciò rivisto la precedente posizione e delineato un regime differenziato di distribuzione dell'onere della prova incentrato sulla distinzione tra obbligazioni di dare e fare “tradizionali” e obbligazioni di *facere* “professionale” (o di diligenza professionale), richiamando la distinzione concettuale tra causalità e imputazione⁹ nell'alveo della responsabilità contrattuale.

In questo contributo, esaminati i profili di diritto sostanziale sottesi alla dislocazione dell'onere probatorio e, in particolare, alla prova dell'adempimento o dell'inadempimento, verranno successivamente ripercorsi i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali succedutisi nel tempo con riguardo alla responsabilità professionale e sarà analizzato in prospettiva critica il recente indirizzo sopra richiamato. Ulteriore disamina verrà dedicata alla responsabilità del datore di lavoro il cui regime probatorio sembra allineato al nuovo statuto della responsabilità del professionista intellettuale.

2. – Diversamente da altri sistemi giuridici tra cui quello tedesco e dal previgente codice civile Codacci Pisanelli del 1865¹⁰ di derivazione francese, il legislatore del 1942 ha introdotto una disposizione generale

a carico della parte che avrebbe avuto interesse a provare i fatti giuridici a sé favorevoli cfr. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, op. cit., 263, ove non altrimenti acquisiti in giudizio per il principio di acquisizione o l'esercizio di poteri officiosi del giudice. Discorre di “rischio di mancata prova” piuttosto che onere della prova R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, op. cit., 402.

Poiché la valutazione della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, che riveste un ruolo di centrale importanza nei giudizi di responsabilità professionale, è semplificata alla stregua del criterio del “più probabile che non”, il rischio del mancato raggiungimento della prova a scapito del danneggiato-creditore si riduce ulteriormente, ancor più se all'incertezza eventistica questi tenti di sopperire, impropriamente, con l'espedito della teoria della *chances* perdute, anche proponendo una domanda subordinata autonoma (incentrata esclusivamente sul danno da perdita di *chances*). Per tali profili sia consentito il rinvio a F. PETROCELLI, *Danno da perdita di chances terapeutiche ed evento di danno incerto: un connubio problematico*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2, 2021, 99 ss.

⁸ Cfr. M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *Jus civile*, 2015, 30 ss. Per l'asimmetria degli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità professionale a seconda dei professionisti considerati M. ROSSETTI, *Unicuiquesuum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218 ss.; ID., *Il danno alla salute*, Milano, 2017, 1016 ss.; cfr. anche F. PIRAINO, *Nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 457 ss.

⁹ Si tratta dell'orientamento inaugurato da Cass. 7 dicembre 2017 n. 29315 in ambito sanitario e poi esteso a tutte le obbligazioni di diligenza professionale da Cass. 11 novembre 2019 nn. 28991 e 28992. Cfr. per i fondamenti teorici del richiamato indirizzo giurisprudenziale le riflessioni di E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, 9, 265 ss.

¹⁰ L'art. 1312 del codice civile abrogato, riprendendo l'art. 1315 *Code civil* francese, prevedeva, in materia di «prova delle obbligazioni e di quella della loro estinzione», che «chi domanda l'esecuzione di una obbligazione deve provarla e chi pretende di essere liberato deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione».

L.P. COMOGLIO, sub art. 2697, op. cit., 293 ss. ricorda che sotto l'influenza francese i codici civili italiano (del 1865) e spagnolo, avevano dettato le regole generali sull'onere della prova in materia di obbligazioni, lasciando ad altre norme di carattere speciale, sparse in eterogenei settori, l'enunciazione di regole diverse, perlopiù correlate alla contestuale previsione di presunzioni legali.

La relazione ministeriale al Codice Civile del 1942 (Relazione al Re n. 1104, 1° cpv.) fa riferimento alla necessità di ampliare la visuale troppo angusta della prova delle obbligazioni e della loro estinzione, che risultava dal previgente art. 1312; pertanto con l'art. 2697 cod. civ. si è introdotta la distinzione tra i fatti che «costituiscono il fondamento» del diritto azionato dall'attore, e i fatti, allegati dal convenuto, su cui si «fondano» l'eccezione di «inefficacia» dei fatti allegati dall'attore o le eccezioni, in virtù delle quali quel diritto si sarebbe comunque «modificato o estinto» (cfr. Relazione al Re n. 1104, 2° cpv.). L'allocazione dell'onere probatorio ha dunque riguardo alla evoluzione dogmatica dei concetti di azione e di eccezione e alla fondamentale distinzione tra le diverse tipologie di fatti sopra indicati così L.P. COMOGLIO, sub art. 2697, op. cit., 294.

Per l'ascrizione all'onere della prova del ruolo di principio fondamentale del sistema giuridico cfr. per tutti P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1980, 249; ID., *Obbligazioni (dir. priv.)*, nozioni generali, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 142.



sulla ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.)¹¹ la quale non è autosufficiente sia perché, nel richiamare i fatti costitutivi del diritto, la cui prova grava sull'attore, e i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, la cui prova grava sul convenuto, rinvia alle norme di diritto sostanziale che fondano rispettivamente l'azione o l'eccezione¹², sia perché non stabilisce il criterio in forza del quale qualificare gli elementi della fattispecie¹³. L'indicata disposizione pone, inoltre, un problema di coordinamento con le ulteriori previsioni normative che, in determinati settori, disciplinano l'onere della prova, come l'art. 1218 cod. civ.¹⁴; sicché, secondo alcuni autori, l'art. 2697 cod. civ. opererebbe solo quale norma di chiusura, alla quale rivolgersi in mancanza di un criterio specifico¹⁵.

La tecnica legislativa adottata dal legislatore del 1942 è frutto della teoria di matrice tedesca secondo la quale le norme sull'onere della prova sono strettamente collegate alle singole disposizioni di diritto sostanziale, poste alla base dei fatti che si vogliono provare¹⁶.

L'art. 2697 cod. civ. è dunque norma sostanziale e non processuale perché l'art. 2698 cod. civ. risulterebbe altrimenti incompatibile con la natura processuale della disposizione da ultimo citata che consente all'autonomia privata di stipulare patti diretti a modificare l'onere della prova¹⁷.

¹¹ L'art. 2697 cod. civ. ha sostanzialmente recepito la *Normentheorie* di matrice tedesca su cui si rinvia *amplius* a L. ROSENBERG, *Die Beweislast: Auf der Grundlagedes Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, Monaco-Berlino, 1965. Osserva S. PATTI, *Le prove*, op. cit., 159 ss. che, in realtà, la *Normentheorie* è stata oggetto di diverse critiche in Germania e, in numerose applicazioni giurisprudenziali, si assiste a un capovolgimento del risultato al quale si dovrebbe pervenire applicando l'indicata ricostruzione teorica; tra esse l'A. menziona la responsabilità del medico, osservando che nella giurisprudenza tedesca viene considerato non pretendibile dal paziente l'onere di provare il nesso causale tra l'errore sanitario e il danno perché il danneggiato non conosce gli aspetti interni e i dati tecnici della scienza medica.

¹² S. PATTI, *Le prove*, op. cit., 156; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, op. cit., 420.

¹³ A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Inf. Prev.*, 4, 2007, 831; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, op. cit., 68.

¹⁴ Per V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 12, 2001, 1573 – 1574, gli artt. 1218 e 2697 cod. civ. devono essere interpretati sistematicamente; l'art. 1218 cod. civ. detta la “regola sostanziale dell'inadempimento che persiste fin quando l'obbligazione è in vita ma enuclea anche la regola processuale sull'onere della prova nel momento in cui pone al debitore l'onere di dimostrare la sussistenza degli estremi di quella particolare fattispecie estintiva che è l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile allo stesso debitore (art. 1256 c.c.)”. Per tale insegnamento v. in precedenza L. MENGONI, op. cit., 1095.

¹⁵ S. PATTI, *Le prove*, op. cit., 163.

¹⁶ Diffusamente P. RESCIGNO, *Introduzione, Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, 14, il quale osserva che l'art. 2697 cod. civ. si avvicina alla *Normentheorie* elaborata da L. ROSENBERG, op. loc. cit. ed è il risultato dello scambio di idee e di riflessioni della dottrina italiana e tedesca; “quest'ultima ha elaborato la nozione della *Beweislast* pure in mancanza del termine nel linguaggio normativo, e con precisione di linee ha costruito la trama dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi, ai fini dell'individuazione del soggetto, e per fissare la misura dell'onere da dividere tra chi afferma e chi contesta il diritto (le categorie così delineate sono passate quindi nella formula del nostro art. 2697, secondo comma)”. Sulla funzione di tali norme cfr. altresì C. HEINRICH, *Zur Funktion der Beweislastnormen*, in *Festschrift für H. Musielak*, Monaco, 2004, 231 ss. La mancata previsione di disposizioni sulla ripartizione dell'onere della prova nell'ordinamento tedesco ha, comunque, fatto emergere la regola citata della *Normentheorie* non dissimile dall'art. 2697 cod. civ. Si è, infatti, affermato in Germania che una norma può essere applicata soltanto quando sussistono tutti i presupposti di fatto richiesti dalla norma stessa. L'onere di provare questi presupposti di fatto grava sulla parte che della norma riceverebbe effetti favorevoli. Cfr. diffusamente W. GRUNSKY, *L'onere della prova nel diritto tedesco*, in AA.VV., *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, Torino 1986.

¹⁷ L. MODICA, *La prova di adempimento o inadempimento*, in M. Maggiolo (a cura di), *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento*, Milano, 2022, 257 ss. Propendono per la tesi processuale, come regola di giudizio a beneficio del solo giudice, tra gli altri, G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile, I (1894-1937)*, rist., Milano, 1993, 241; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936, 675; V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 269; propendono per la natura sostanziale, tra gli altri, S. PATTI, *Le prove*, op. cit., 131; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, op. cit., 399.



La disposizione in esame non è autosufficiente e neppure criterio esclusivo nella ripartizione dell'onere probatorio. Si pensi, ad esempio, oltre alla modifica pattizia *ex art. 2698 cod. civ.*, alle presunzioni legali *ex art. 2728 cod. civ.*, diverse dalle presunzioni semplici *ex art. 2729 cod. civ.*¹⁸, e alle cd. presunzioni giurisprudenziali. Nel primo caso (presunzioni legali), viene in rilievo una operazione logica compiuta *a priori* dal legislatore, senza la necessità di una mediazione del giudice¹⁹ e possono darsi presunzioni assolute (*juris et de jure*) che non ammettono la prova contraria (es. *art. 232 cod. civ.*) o relative (*juris tantum*), che consentono la prova contraria e realizzano una inversione della prova. Nel secondo caso, quello delle presunzioni giurisprudenziali, si rileva “*la tendenza dei giudici ad autoattribuirsi un ampio potere discrezionale in tema di allocazione dei carichi probatori, decidendo chi soccombe per non aver provato ciò che secondo il giudice (non secondo la legge) avrebbe dovuto provare*”²⁰ a prescindere dai requisiti dettati dall'*art. 2729 cod. civ.*²¹.

Le oscillazioni sulla ripartizione degli oneri probatori nella materia della responsabilità contrattuale dipendono anzitutto dalla formulazione dell'*art. 1218 cod. civ.*²² il quale tace sulla prova dell'inadempimento, dandolo per presupposto²³; la disposizione da ultimo richiamata si limita a disciplinare solo le conseguenze

Per Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, l'*art. 2697 cod. civ.* pone una regola di diritto sostanziale la cui violazione dà luogo a *error in iudicando*. La problematica non ha valenza solo teorica, potendo rilevare sotto vari aspetti pratici come la successione di leggi nel tempo e la disciplina di diritto internazionale privato.

¹⁸ Cfr. per tutti S. PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, in S. Patti, R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, 10 ss. il quale ricorda che, in quanto mezzi indiretti di prova, le presunzioni semplici semplificano l'assolvimento dell'onere probatorio, ma non lo invertono, diversamente dalle presunzioni legali *iuris tantum*. Mentre le presunzioni legali sono giustificate da ragioni di politica legislativa e il giudice deve sempre applicarle, le presunzioni semplici impongono, di volta in volta, al giudice di stabilire quali elementi di fatto sino idonei a costruire il ragionamento presuntivo tale da risalire al fatto ignoto sicché possa affermarsi, da un punto di vista logico, che il fatto da provare possa essere probabilmente accaduto. In altri termini il giudice si serve della probabilità per “*prendere la sua decisione in modo conforme al corso normale degli avvenimenti*”. L'A. evidenzia che possono verificarsi tre ipotesi nelle quali sussistono punti di contatto tra presunzioni semplici e onere probatorio; in primo luogo quando la giurisprudenza costruisce, fuori dai casi previsti dal legislatore, presunzioni semplici come se fossero presunzioni legali *iuris tantum* invertendo l'onere della prova; in secondo luogo, quando la giurisprudenza valorizza la prova presuntiva costruita nel corso del processo per ritenere provati fatti essenziali per la decisione sebbene, talora, ciò avvenga in assenza di contraddittorio – con la parte svantaggiata dal ragionamento presuntivo – e con la emanazione di sentenze “a sorpresa”; in terzo luogo quando il giudice, con ampia valutazione discrezionale, reputa gli indizi alla base della prova presuntiva insufficienti e decide la controversia secondo la regola di giudizio dell'onere della prova.

¹⁹ L.P. COMOGLIO, *Le prove*, *op. cit.*, 238.

²⁰ M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 425; in argomento, cfr. anche G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.* 1971, V, 189. Tra le presunzioni giurisprudenziali va ricordata ad es., in materia di lavoro, quella di continuità del rapporto lavorativo, nonostante il susseguirsi di licenziamenti o riassunzioni (Cass. 29 aprile 1979 n. 1209) o quella di gratuità della prestazione resa da parenti o affini, conviventi con il datore di lavoro (Cass. 17 agosto 2000 n. 10923); in materia successoria, quella di incapacità naturale del testatore, invocabile da chi impugni un testamento *ex art. 591*, secondo comma n. 3, *cod. civ.* dimostrando nel *de cuius* la sussistenza di una infermità mentale permanente (Cass. 23 gennaio 1991 n. 652).

²¹ Evidenzia S. PATTI, *Le presunzioni semplici*, *op. cit.*, 23 ss., che le presunzioni giurisprudenziali prescindono dalla verifica, in concreto, di gravità, precisione e concordanza degli elementi indiziari e dai limiti di ammissibilità della prova presuntiva dettati dall'*art. 2729*, comma 2, c.c.; la giurisprudenza, effettuando bilanciamenti tra contrapposti interessi, finisce per creare regole che incidono sulla distribuzione dell'onere probatorio, come nelle presunzioni legali, ma in difetto di previsione di legge. L'A. ricorda che nel sistema francese si discorre perciò di presunzioni “quasi *legales*”.

²² Cfr. anche la previgente formulazione dell'*art. 1225 c.c.*, il quale prevedeva quanto segue: “*il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede*”.

²³ Cfr. L. MODICA, *op. cit.*, 258 alla quale si rinvia per le molteplici opzioni interpretative astrattamente compatibili con la lettera della disposizione. Cfr. anche G. GRISI, sub *Art. 1218*, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario del Codice Civile. Delle Obligazioni*, Milano, 2013, 42 il quale evidenzia che la disposizione tace sull'inadempimento ponendo a carico del debitore solo la cd. prova libe-



di un inadempimento o ritardo già acclarati, prevedendo l'obbligazione risarcitoria a carico del debitore “*se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”. Il silenzio sulla prova dell'inadempimento esige, allora, di stabilire se esso sia un frutto di una precisa tecnica normativa, ovvero configuri una lacuna in senso stretto²⁴ e se l'inadempimento possa formare (o meno) un tema fisso di prova da disciplinare con un'unica regola.

Nell'alveo della responsabilità professionale, bisognerà anche affrontare l'ulteriore problema del rapporto intercorrente tra inadempimento e cd. colpa professionale chiarendo se quest'ultima, derivante dalla violazione delle regole di comportamento dettate dall'art. 1176 cod. civ. in combinato disposto con l'art. 2236 cod. civ., individui un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie e, con riguardo al nesso causale, se possa dirsi assorbito nell'allegazione o prova dell'inadempimento.

2.1. – Muoviamo dal primo profilo problematico; ossia se l'inadempimento costituisca fatto costitutivo o meno dell'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.

Secondo l'orientamento tradizionale, oggi superato dalla giurisprudenza (su cui *infra*), la ripartizione dell'onere della prova dipende dall'oggetto specifico della domanda giudiziale e dunque dall'effetto giuridico che l'attore intende conseguire; si distingue, perciò, tra azione di adempimento, da un lato, e azioni di risoluzione per inadempimento, di risarcimento del danno per mancato adempimento o per inesatto adempimento, dall'altro.

Nell'azione di adempimento, ai sensi del primo comma dell'art. 1453 cod. civ., il creditore ha l'onere di provare soltanto la fonte negoziale (o legale) del proprio diritto (*id est* il titolo) e la eventuale scadenza del termine di adempimento (*id est* l'esigibilità del credito), quali fatti costitutivi della domanda; spetta, invece, al debitore dimostrare l'adempimento o l'impossibilità di adempiere per causa a sé non imputabile, quali fatti estintivi dell'altrui pretesa con la conseguenza che il rischio della mancata prova grava sul convenuto²⁵. Di ciò si trae ulteriore conferma nell'art. 1199 cod. civ.²⁶ che attribuisce al debitore il diritto di ottenere la quietanza quale prova precostituita del pagamento (e dunque del fatto estintivo), per evitare ulteriori pretese illegittime a suo danno (cfr. Rel. al cod. civ. n. 566).

Tale ripartizione degli oneri probatori richiama, del resto, quanto già previsto dal previgente art. 1312 cod. civ. del 1865²⁷ in tema di prova delle obbligazioni e della loro estinzione.

Alla tesi secondo la quale il giudice non potrebbe condannare il debitore all'adempimento senza che il creditore abbia provato prima l'inadempimento (e, in particolare, il ritardo) quale fatto costitutivo della sua pretesa²⁸, si oppone il principio della cosiddetta “presunzione di persistenza del diritto” in virtù del quale, una volta che il creditore abbia dimostrato l'acquisto del credito, si presume la perdurante titolarità dello

ratoria. L'A. trae logico corollario inferire da ciò che il creditore abbia solo l'onere di dimostrare il diritto di ricevere la prestazione spettando al debitore dimostrare che l'adempimento è divenuto impossibile per causa ad esso non imputabile.

²⁴ Per la posizione di tale profilo problematico v. A. BELFIORE, *op. cit.*, 836, 837.

²⁵ V. *ex multis* Cass. 9 aprile 1980, n. 2277; Cass. 20 gennaio 1982, n. 379; Cass. 11 luglio 1983 n. 4689; Cass. 11 luglio 1983, n. 5127; Cass. 31 marzo 1987 n. 5884; Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446; Cass. 7 febbraio 1996 n. 973; Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629. In dottrina cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, *op. cit.*, 440; L. MENGONI, voce *La responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 1095; C. M. BIANCA, *L'Obbligazione*, in *Diritto civile*, Milano, 1993, 319; M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 574 ss.

²⁶ Cfr. M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 582.

²⁷ L. MODICA, *op. cit.*, 266.

²⁸ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 168.



stesso dopo la scadenza del termine per l'adempimento, alla luce della *ratio* di preservazione dello *status quo* sottesa all'art. 2697 cod. civ.²⁹.

Diversamente dall'azione di adempimento – attraverso la quale il creditore mira ad ottenere la condanna del debitore alla esecuzione della obbligazione originariamente sorta a suo carico –, con le azioni di risoluzione e di risarcimento del danno (in luogo della prestazione originaria)³⁰, l'attore fonda la propria pretesa sull'inadempimento di quella obbligazione che ne costituisce un ulteriore fatto costitutivo, la cui prova grava sul creditore³¹.

²⁹ C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna, 1979, 175. La portata generale del principio della presunzione di persistenza del diritto – estensibile anche alla materia delle obbligazioni –, prevale in giurisprudenza, ma non è pacifica in dottrina. In primo luogo non si ravvisa una corrispondenza necessaria tra scadenza del termine e mancato adempimento; se l'obbligazione nasce per estinguersi, si dovrebbe reputare statisticamente più probabile il contrario, ossia che alla scadenza il debito sia stato pagato piuttosto che non sia stato adempiuto; cfr. in tal senso S. PATTI, *Le prove*, op. cit., 203 ss. il quale condivide la formulazione del principio che esprime la *ratio* dell'art. 2697 cod. civ. e trova riscontro in plurime disposizioni sulla ripartizione dell'onere della prova presenti nei vari libri del codice civile, ma non lo reputa non applicabile alla materia delle obbligazioni sicché, secondo l'A. spetterebbe al creditore provare la sopravvivenza del credito. Esistono, in secondo luogo, indicazioni di segno positivo contrarie al richiamato principio, come ad esempio la disciplina delle prescrizioni presuntive le quali prevedono una presunzione legale di estinzione del credito, salva la prova che il pagamento non si è verificato v. in tal senso L. MODICA, op. cit., 268.

In prospettiva critica v. anche M. SIRAGUSA, *L'onere della prova dell'inadempimento e del vizio della cosa venduta. Fatti rilevanti e trasferimento di rischi*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2020, 95 ss. secondo cui il principio di presunzione di persistenza del diritto non si fonda su una presunzione legale, né semplice di inadempimento, ma sulla considerazione di irrilevanza dell'inadempimento; se l'originaria pretesa sopravvive alla mancata esecuzione della prestazione non occorre dimostrare l'inadempimento perché la prova del credito e la sua esigibilità implicano *ex se* che la prestazione non è stata eseguita. Fino alla prova della sua soddisfazione, il credito da soddisfare equivale a quello insoddisfatto, come ricorda L. MENGONI, voce *La responsabilità contrattuale*, op. cit., 1095 nella parte in cui afferma il “*principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo*”. Per una ulteriore critica a tale tesi v. *infra* nel testo.

³⁰ Osserva L. MENGONI, op. cit., 1096 che, in virtù del principio dell'adempimento in natura, fino a quando la prestazione del debitore rimane ancora possibile (nelle obbligazioni positive di fare e di dare), è precluso il risarcimento del danno (sostitutivo dell'adempimento), salvi i casi in cui il ritardo equivalga a inadempimento definitivo in ragione dell'essenzialità del termine ovvero nei contratti a prestazioni corrispettive se il creditore si sia avvalso della clausola risolutiva espressa oppure se il ritardo è qualificato ai sensi dell'art. 1455 cod. civ. per effetto dell'azione di risoluzione giudiziale. Al di fuori di queste ipotesi, il creditore ha l'onere di provare l'impossibilità della prestazione per ottenere il risarcimento, ma si tratta, secondo l'A., di una ipotesi prevalentemente teorica perché il creditore che non sia in grado di dimostrare senza difficoltà l'impossibilità della prestazione, potrebbe proporre in via principale la domanda di adempimento e di danno per il ritardo sicché, ai sensi dell'art. 1218 c.c., spetterebbe al debitore dimostrare sia l'impossibilità della prestazione, sia la non imputabilità dell'evento che l'ha cagionata. Invece nelle obbligazioni negative e di protezione grava sempre sul creditore l'onere di provare il fatto del debitore compiuto in violazione dell'obbligo, così come per l'inesatto adempimento. Viceversa se l'azione risarcitoria è accessoria alla domanda di risoluzione per inadempimento, dovrebbe reggersi sugli stessi fatti costitutivi dell'azione di adempimento poiché posta sullo stesso piano dall'art. 1453 cod. civ. e fondata sugli stessi presupposti di tale ultima azione.

Per la tesi, invece, secondo cui il risarcimento del danno sostitutivo potrebbe essere domandato in giudizio anche se la prestazione del debitore è ancora possibile purché il creditore dimostri la carenza del proprio interesse ai sensi dell'art. 1174 cod. civ. cfr. V. MARICONDA, *Risarcimento del danno e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 1996, 546; cfr. anche M. DE CRISTOFARO, op. cit., 612 ss.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 136.

Tale evenienza, come emerso nel dibattito tedesco, si pone soprattutto con riferimento all'inesatto adempimento cfr. G. VILLA, *Il problema dell'inadempimento imputabile*, in *Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, Milano, 2022, 1044 nota 40.

³¹ V. *ex multis* Cass. 24 giugno 1982 n. 3838; Cass. 17 agosto 1990 n. 8336; Cass. 29 gennaio 1993 n. 1119; Cass. 4 maggio 1994 n. 4285; Cass. 9 gennaio 1997 n. 124; Cass. 8 gennaio 2000 n. 123. Si vedano però in senso difforme, Cass. 31 marzo 1987 n. 3099; Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446; Cass. 7 febbraio 1996 n. 973; Cass. 27. marzo 1998 n. 3232; Cass. 23 maggio 2001 n. 7027. Per la tesi tradizionale in dottrina cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 747; E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 347; cfr. anche G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 353 e 438 ss.; ID, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. it.*, 1960, 1417 ss. G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, Napoli, 1999, 122.



L'inadempimento, in altri termini, rappresenta un fatto necessario alla produzione di un nuovo effetto giuridico, ossia il sorgere del (diverso) diritto al risarcimento del danno, così come alla risoluzione del contratto³² e all'ottenimento della prestazione convenuta a titolo di penale³³.

A nulla rileva che l'oggetto dell'onere probatorio possa essere un fatto negativo, ben potendo essere dimostrato, in via presuntiva ex art. 2729 cod. civ., con fatti positivi contrari³⁴.

Per opposto e, in passato, minoritario indirizzo giurisprudenziale, invece, tutte le azioni previste dall'art. 1453 cod. civ. hanno il medesimo presupposto: il vincolo contrattuale, in forza del quale la parte non inadempiente imputa la violazione all'altro contraente sicché l'attore è chiamato solo a dimostrare l'esistenza del titolo e degli effetti da esso scaturenti, incombendo sul convenuto l'onere di provare l'adempimento.

Il principio di presunzione di persistenza del diritto, applicabile all'azione di adempimento, potrebbe dunque estendersi anche alle azioni di risoluzione o di risarcimento autonomo e sarebbe irrazionale che, a fronte della prova del comune titolo ed effetto obbligatorio, muti l'onere probatorio in ragione dell'azione concretamente scelta dal creditore, anche perché la prova dell'adempimento è un fatto (estintivo) riferibile alla sfera di azione del debitore³⁵.

Soltanto nella diversa ipotesi dell'adempimento inesatto, indipendentemente dalla domanda proposta, il creditore, poiché contesta sempre di avere ricevuto una prestazione difforme quantitativamente ovvero qualitativamente da quella dovuta (ad esempio, perché eseguita in violazione delle *leges artis* che governano una professione ex art. 1176, comma 2, cod. civ. o perché il bene compravenduto presenta dei vizi), è tenuto a dimostrare le circostanze positive in forza delle quali sussista la ridetta inesattezza³⁶; non si tratta, infatti, di provare l'esistenza di un fatto negativo (omesso adempimento), ma di fatti positivi affermati dall'attore (l'esecuzione della prestazione e le circostanze dalle quali deriva la sua inesattezza)³⁷.

Dall'attenta lettura dei precedenti si evince che la giurisprudenza meno recente ha sempre ascrivito al creditore l'onere di provare l'inadempimento non già in ipotesi di inadempimento totale, per le quali soltanto si porrebbero insormontabili difficoltà nella prova di fatti negativi indefiniti in capo all'attore, ma solo per quelle aventi ad oggetto l'accertamento della inesattezza dell'adempimento; analogamente, e in prospettiva

³² Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, 1096 per il quale la distribuzione dell'onere probatorio dipende dal tipo di effetto fatto valere dal creditore, a seconda che si tratti dell'esecuzione della obbligazione principale o della diversa obbligazione risarcitoria (in ipotesi di inadempimento definitivo). Cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 610 il quale pone l'accento sulla diversa *causa petendi* della domanda risarcitoria.

³³ Cfr. G. GIOIA, *Errore del medico: chi sopporta il rischio della mancata prova?* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 220 che richiama il pensiero di L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1934, 60 ss.

³⁴ Cfr., tra le tante, Cass. 28 aprile 1981 n. 2586; Cass. 15 giugno 1982 n. 3644; Cass. 23 dicembre 1991 n. 13872; Cass. 28 novembre 1992 n. 12746; Cass. 20 maggio 1993 n. 5744.

In dottrina v. *amplius*, M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 576 ss.; cfr. anche più di recente M. SIRAGUSA, *op. cit.*, 106 ss. per il quale in assenza di una specifica presunzione legale di inversione dell'onere probatorio, spetta al creditore provare anche in via presuntiva l'inadempimento e ben potrà farlo ricorrendo alle presunzioni semplici i cui fatti rilevanti varieranno in ragione delle modalità di esecuzione della prestazione dovuta.

³⁵ Cfr. Cass. 31 marzo 1987, n. 3099; Cass. 23 maggio 2001, n. 7027; Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446; Cass. 7 dicembre 1996 n. 973; Cass. 27 marzo 1998 n. 3232; Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629.

In dottrina cfr. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da P. Rescigno, Torino, 1988, 521, 522; ID, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco e G. De Nova, Torino, 1993, 609; L. MENGONI, *op. cit.*, 1097; M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 602 ss.; G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 439; U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Luminoso-Carnevali-Costanza cit., Bologna-Roma, 1990, 73 ss.

³⁶ Cfr. ad es. Cass. 14 febbraio 1969 n. 513; Cass. 4 dicembre 1990 n. 11652; Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629.

³⁷ V. MARICONDA, *op. cit.*, 1577.



inversa, la giurisprudenza ha affermato che solo l'eccezione di inesatto adempimento *ex art.* 1460 cod. civ. onera il convenuto di dimostrare la mancata coincidenza tra prestazione ricevuta e quella dovuta³⁸.

2.2. – Alla luce del richiamato contrasto giurisprudenziale – che però non involgeva la prova dell'inesatto adempimento – le Sezioni Unite della S.C., riprendendo le riflessioni svolte da parte della dottrina³⁹, hanno dettato un regime probatorio unitario⁴⁰; il creditore che agisca per l'adempimento, la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno (sia da ritardo, sia da inadempimento definitivo), ha l'onere di provare solo la fonte del suo diritto e l'eventuale scadenza del termine di adempimento dell'obbligazione (oltre, naturalmente, al danno conseguente all'inadempimento, in caso di azioni risarcitorie), potendosi limitare ad allegare l'inadempimento o l'inesatto adempimento della controparte; grava sul debitore l'onere di provare il fatto estintivo del diritto invocato dall'attore (adempimento o impossibilità di adempiere per causa a sé non imputabile). Analogo criterio di ripartizione degli oneri di allegazione e prova sussiste per l'eccezione di inadempimento, ove i ruoli delle parti sono semplicemente invertiti⁴¹.

Conformemente all'indirizzo minoritario innanzi citato, le Sezioni Unite hanno applicato (ed esteso) i principi della presunzione di persistenza del diritto⁴², d'identità della fattispecie costitutiva dei diritti di cui all'art. 1453 cod. civ.⁴³ e di vicinanza (o riferibilità) della prova⁴⁴ sia all'inadempimento che all'inesatto adempimento⁴⁵ e hanno posto a carico del creditore la prova dell'inadempimento solo in ipotesi di violazione delle obbligazioni negative *ex art.* 1222 cod. civ. perché, con riguardo a queste ultime, secondo le Sezioni Unite, il diritto nasce già soddisfatto (non opera, dunque, alcuna presunzione di mancato adempimento) e

³⁸ V. MARICONDA, *op. cit.*, 1570-1572 e 1579; v. anche L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 1097.

³⁹ Cfr. in particolare R. SACCO, *Il contratto*, *op. cit.*, 609, 610.

⁴⁰ Ci si riferisce alla storica Cass. sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533, pubblicata su tutte le principali riviste giuridiche. Si vedano le note a commento di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, *op. cit.*, 1571 ss.; U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 118 ss.; G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere della prova a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2002, 903; P. LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, 770.

⁴¹ In ipotesi di eccezione di inadempimento il debitore, convenuto in giudizio, è onerato di allegare l'altrui inadempimento, gravando sul creditore agente l'onere di provare il proprio adempimento cfr. *ex multis* Cass. 10 gennaio 2023 n. 347; Cass. 11 febbraio 2021 n. 3587; Cass. 12 febbraio 2010 n. 3373; Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit.

⁴² V. Cass. sez. un. n. 13533/2001 par. 2.2.1. della motivazione.

⁴³ V. Cass. sez. un. n. 13533/2001 par. 2.2.2. della motivazione.

⁴⁴ V. Cass. sez. un. n. 13533/2001 par. 2.2.3. della motivazione in cui le Sezioni Unite richiamano la necessità di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore di reagire all'inadempimento; mentre il debitore accede agevolmente alla prova del pagamento anche grazie alla quietanza, il cui rilascio è obbligatorio ai sensi dell'art. 1199 c.c., il creditore avrebbe notevoli difficoltà ad individuare i fatti positivi contrari al mancato adempimento.

⁴⁵ Ad avviso di Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit., “appare artificiosa la ricostruzione della vicenda secondo la quale il creditore che lamenta un inadempimento inesatto manifesterebbe, per implicito, la volontà di ammettere l'avvenuto adempimento. In realtà, il creditore esprime una ben precisa ed unica doglianza, incentrata sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale, ed in ragione di questa richiede tutela, domandando l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento. D'altra parte, la diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'inadempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto. Non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto) e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza, se è dedotto soltanto un inadempimento inesatto o parziale (più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto). In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sulla allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento”.



non sussistono difficoltà inerenti alla prova di fatti negativi (sulle quali si fonda il principio di riferibilità della prova) atteso che l'inadempimento consiste, piuttosto, in un fatto positivo agevolmente dimostrabile dal creditore⁴⁶.

Per un primo orientamento dottrinale, il creditore che agisce per l'adempimento, o anche per la risoluzione e il risarcimento del danno, deduce l'altrui inadempimento non già come ulteriore fatto costitutivo da provare, ma quale circostanza (fatto lesivo del credito) necessaria solo per circostanziare la sua pretesa ex art. 163 n. 4 c.p.c. donde farne emergere l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. nell'ambito di un unitario e complesso rapporto giuridico⁴⁷.

L'unica prova che grava sul creditore ha ad oggetto il titolo costitutivo dell'obbligazione dal quale sorge il diritto alla prestazione (e dunque all'utilità da esso derivante ex artt. 1225 e 1174 cod. civ.) e il suo succedaneo (ossia il risarcimento)⁴⁸.

L'omogeneizzazione e semplificazione e degli oneri di allegazione e prova sostenuta dalle Sezioni Unite, che sembra rinvenire la sua *ratio* nella disciplina dell'art. 2697 cod. civ.⁴⁹ e, soprattutto, in esigenze di certezza per gli operatori giuridici⁵⁰, non ha persuaso totalmente altra dottrina, specie con riferimento all'inesatto adempimento che imporrebbe al creditore di darne la prova (anche in applicazione del principio di vicinanza)⁵¹ e alla uniformazione del regime probatorio per l'inadempimento di obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni profondamente diverse⁵² (dal dare, al fare, anche professionale, alla violazione degli obblighi accessori e persino alla garanzia per i vizi).

Si è osservato che la generalizzazione del principio di presunzione di persistenza del diritto non ha solide basi normative⁵³ e l'esclusione dell'inadempimento dai temi di prova del creditore si espone alla critica se-

⁴⁶ Cfr. di recente sul punto Cass. 14 luglio 2022 n. 22244 in tema di obbligazione di una società di non rifornire altri clienti in un dato ambito territoriale dei prodotti concessi in esclusiva al proprio contraente; nello stesso senso, riprendono i principi di diritto formulati da Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit., anche Cass. 28 luglio 2015 n. 15847 e Cass. 15 febbraio 2005 n. 2976.

⁴⁷ Cfr. V. MARICONDA, *op. cit.*, 1575.

⁴⁸ Cfr. M. ORLANDI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, 2022, 1020 il quale osserva che nel danno contrattuale la prova del creditore è assorbita dal titolo costitutivo dell'obbligazione.

⁴⁹ V. MARICONDA, *op. cit.*, 1577.

⁵⁰ Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit. al par. 2.1. della motivazione.

⁵¹ U. CARNEVALI, *op. cit.*, 120; MEOLI, *op. cit.*, 364; in precedenza v. L. MENGONI, *op. cit.*, 1096; M. DE CRISTOFARO, *op. cit.* 605, 606; R. SACCO, *op. cit.*, 610; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, *op. cit.* 120 ss. secondo cui il creditore quando contesta l'inesattezza dell'adempimento ammette di avere ricevuto la prestazione e ciò gli permette di provarla anche per la vicinanza della prova; cfr. anche in precedenza v. G. VERDE, *L'onere della prova*, *op. cit.*, 429 ss.; ricorda G. VILLA, *op. cit.*, che anche nel sistema tedesco il § 363 BGB, non modificato nel 2001, richiede al creditore che abbia accettato la prestazione, di provare che questa era incompleta o inesatta se intende far valere la responsabilità del debitore. Precisa, tuttavia, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2020, 876, 877 che l'adempimento inesatto non equivale a un adempimento costituendo anch'esso una ipotesi di inadempimento sicché non può ammettersi una diversa regola di ripartizione dell'onere probatorio come chiaramente stabilisce l'art. 1218 cod. civ. Nell'uno come nell'altro caso vi è una difformità tra condotta posta in essere dal debitore e risultato dovuto al creditore, donde la necessaria identità del regime probatorio.

⁵² Cfr. di recente le riflessioni di C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corr. giur.*, 3, 2020, 314, il quale cita Cass. sez. un. 3 maggio 2019 n. 11748 in materia di onere della prova nelle azioni edilizie e, in materia sanitaria, auspica un regime differenziato in ragione dell'oggetto della prestazione di volta in volta dedotta in obbligazione. Con riguardo alle prestazioni sanitarie ad alta vincolatività l'A. auspica che i principi di diritto formulati da Cass. 11 novembre 2019 n. 28991 vengano ulteriormente specificati nel senso di ammettere una prova presuntiva del nesso di causalità materiale tra inadempimento e danno (su tali profili si tornerà in dettaglio *infra*).

Cfr. anche G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. Giur.*, 2019, 750 ss.; L. MODICA, *op. cit.*, 280.

⁵³ G. VILLA, *op. ult. cit.*, 754 evidenzia che la presunzione di persistenza del diritto non è né una presunzione legale, né una presunzione semplice che, anzi, depone in senso opposto v. anche gli ulteriori autori citati nella precedente nota 29.



condo cui quando il creditore propone l'azione di adempimento non fa valere il diritto di credito in sé considerato, ma la mancata esecuzione della prestazione che realizza l'effetto della violazione della norma. L'attore ha l'onere di provare oltre al fatto costitutivo dell'obbligo anche il fatto che produce l'effetto della violazione. E ciò, a maggior ragione, ove invochi un effetto giuridico⁵⁴ diverso, come il risarcimento del danno, con riferimento al quale l'inadempimento è un fatto costitutivo imprescindibile per l'insorgenza del nuovo diritto⁵⁵.

L'onere del creditore di provare l'inadempimento trova conferma nelle obbligazioni negative le quali, diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza, non possono nascere già soddisfatte, perché altrimenti il credito sarebbe prematuramente estinto; piuttosto il creditore è chiamato a dimostrare che il debitore ha tenuto un comportamento difforme dall'obbligo assunto (*sub specie* di conservazione della situazione preesistente), così come in tutte le altre obbligazioni⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. in prospettiva generale v. S. RUPERTO, *La dinamica giuridica*, Torino, 2019, 113 ss. secondo cui «l'efficacia giuridica si svolge al di fuori della dimensione temporale e si traduce in vicende di doveri o di *anti-doveri*. L'attribuzione della qualifica di *doverosità* a una data condotta, e di *anti-doverosità* alle condotte difformi da quella qualificata come doverosa, rappresenta il tipo di vicenda costitutiva del dovere. Simmetricamente, la cessazione di una o di entrambe le qualifiche, prevista da una norma giuridica sempre all'accadere di un fatto, è catalogabile come vicenda estintiva». Dalla stipulazione di un contratto che abbia, ad esempio, ad oggetto la esecuzione di una data prestazione fare a carico di una parte, discendono quali effetti: l'attribuzione della qualifica di doverosità al comportamento futuro del debitore, consistente nel fare indicato dalle parti; e la qualifica di anti-doverosità a tutti i comportamenti difformi da quelli indicati. Se la parte successivamente adegua il suo contegno a quello dovuto, il successivo fatto-adempimento determina un nuovo effetto, ossia quello estintivo delle qualifiche di doverosità e antidoverosità; se invece la prestazione non è eseguita o viene eseguita non correttamente, il fatto-inadempimento, non produce l'effetto estintivo dell'obbligazione originaria, ma determina una nuova obbligazione, che si aggiunge alla precedente di risarcire il danno ex art. 1218 c.c.; se la prestazione non è eseguita perché impossibile per una causa non imputabile alla parte, il fatto-impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile determina solo l'effetto estintivo dell'obbligazione originaria ex art. 1256 c.c.; ove invece la prestazione non è eseguita che per ritardo o altra causa a lui imputabile diviene impossibile, il fatto-inadempimento e il fatto impossibilità sopravvenuta per causa imputabile al debitore, determinano l'effetto estintivo dell'obbligazione originaria e l'effetto costitutivo della nuova obbligazione di risarcire il danno (artt. 1218 e 1256 c.c.).

⁵⁵ Osservava L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi» (Studio critico)*, in *Scritti II. Obbligazione e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 222 e 223 “Quando domanda il risarcimento dei danni, il creditore non fa valere semplicemente l'obbligazione, bensì l'obbligazione in quanto inadempita; vale a dire non già l'adempimento come fatto estintivo viene in considerazione, ma piuttosto l'inadempimento come fatto costitutivo della pretesa, e pertanto è compito dell'attore provarlo. Più precisamente, siccome l'inadempimento presuppone l'esistenza attuale dell'obbligazione, spetta al creditore provare il fatto costitutivo dell'obbligazione e lo stato di insoddisfazione del suo diritto: raggiunta questa prova, che a rigore non è la prova definitiva dell'inadempimento ma soltanto della materialità dell'inadempimento, tocca al debitore dimostrare che si è verificato un fatto estintivo diverso dall'adempimento, in particolare che la prestazione è divenuta impossibile senza sua colpa. Rispetto alla prova dell'inadempimento, prodotta dall'attore, la prova del caso fortuito ha valore di controprova, giacché dimostra che i fatti, fissati dal creditore insoddisfatto, non hanno sostanza di inadempimento: una volta accertata l'estinzione o la quiescenza dell'obbligazione, non si può parlare di inadempimento”. Cfr. in analoga prospettiva G. VISINTINI, *op. cit.*, 909 ss.

Per l'affermazione che l'inadempimento sia un tema di prova del creditore in quanto ulteriore fatto costitutivo del diritto alla risoluzione del contratto, all'adempimento e al risarcimento del danno si veda in giurisprudenza Cass. 31 dicembre 2019 n. 32126.

⁵⁶ M. SIRAGUSA, *op. cit.*, 103 ss. per il quale l'inadempimento è sempre fatto costitutivo della pretesa del creditore e l'orientamento espresso dalla giurisprudenza realizza una inversione tra realtà giuridica e materiale. Il diritto di credito non può nascere soddisfatto, perché altrimenti vi sarebbe estinzione dell'obbligo; anche nelle obbligazioni negative la soddisfazione del creditore è pur sempre legata alla condotta conservativa della realtà preesistente del debitore che si protrae nel tempo successivo alla costituzione dell'obbligo, sicché non vi sono differenze tra obbligo di fare e non fare sul piano giuridico, ma solo su quello materiale.

Cfr. anche G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, 472 ss. per la quale alle obbligazioni negative sono inapplicabili soltanto le disposizioni sulla mora; per il resto esse non soggiacciono a uno statuto normativo divergente e dunque è applicabile interamente la disciplina dell'art. 1218 cod. civ. e del relativo onere della prova, senza alcun regime differenziato.



In termini più generali, la ripartizione dell'onere probatorio non dovrebbe essere condizionata dalla natura fenomenica (positiva o negativa) del fatto da provare, ma dalla fattispecie legale che disciplina il rapporto; se il fatto costitutivo è negativo spetterà comunque all'attore provarlo perché l'art. 2697 cod. civ. non soffre di eccezioni; e così anche per le eccezioni fondate su fatti (impeditivi) negativi, la cui prova graverà sul convenuto⁵⁷.

Le eventuali difficoltà probatorie nella rappresentazione del fatto potranno essere superate grazie al principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c. (ove riguardi fatti noti alla controparte)⁵⁸, al potenziamento dell'art. 210 c.p.c. (specie nei rapporti asimmetrici) con valutazione rigorosa della mancata esibizione ai sensi dell'art. 116 c.p.c.⁵⁹ e al ricorso alla prova presuntiva ex art. 2729 cod. civ., con eventuale abbassamento⁶⁰ del grado di verosimiglianza necessario al convincimento del giudice anche sulla scorta di massime di esperienza e fatti notori; si potrà altresì ricorrere al giuramento decisorio⁶¹ nei limiti consentiti dall'art. 2739 cod. civ.

Il criterio della vicinanza della prova non dovrebbe autorizzare deroghe alla disciplina dell'art. 2697 cod. civ., bensì operare in via sussidiaria se le previsioni normative non offrono indicazioni univoche nell'identificare i fatti costitutivi del diritto in modo tale che, tra i molteplici significati ricavabili dalla disposizione che riconosce l'interesse di cui è invocata la tutela, si dovrebbe selezionare quello che individua i fatti costitutivi (o estintivi) in relazione alla maggiore accessibilità dei mezzi di prova da parte dell'attore (o del convenuto) per non rendergli impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto ex artt. 47 CDFUE e 24 e 111 cost., analogamente a quanto disposto dall'art. 2698 cod. civ. per i patti che modificano le regole di ripartizione dell'onere della prova⁶².

⁵⁷ Cfr. Cass. 22 marzo 2021 n. 8018 relativa al caso in cui una società, che aveva trasportato dei beni successivamente derubati, veniva convenuta in giudizio dalla compagnia di assicurazione di altra società con azione di rivalsa di quanto dalla stessa già versato alla società assicurata contro il rischio di furto. A tale azione di rivalsa della compagnia assicuratrice la convenuta aveva opposto una eccezione secondo la quale la compagnia di assicurazioni aveva assunto contrattualmente l'impegno di rinunciare alla rivalsa in caso di mancata assicurazione del vettore, così come avvenuto nella specie e non contestato dalla stessa attrice. La S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di rivalsa sul rilievo che la convenuta non aveva provato il fatto posto a fondamento della eccezione (ancorché consistente nella mancata stipulazione, da parte della stessa compagnia assicuratrice, di alcuna polizza assicurativa) perché il fatto negativo avrebbe potuto essere dimostrato mediante dimostrazione di un fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo per il fatto dedotto in giudizio; cfr. parimenti Cass., 11 gennaio 2017, n. 500; richiamano lo stesso principio di diritto, tra le altre, App. Milano 27 maggio 2022 n. 1838; App. Roma 17 giugno 2022 n. 2211; App. Bari 7 luglio 2022 n. 1150, entrambe in *Onlegale*. In dottrina v. L. MODICA, *op. cit.*, 268.

⁵⁸ Secondo la S.C. l'onere di contestazione – la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova – sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti cfr. ad es. Cass. 4 gennaio 2019 n. 87; Cass. 18 luglio 2016 n. 14652; Cass. 13 febbraio 2013 n. 3576. Il principio è ampiamente ripreso anche da Cass. sez. un. 15 novembre 2022 n. 33645 in mot. Cfr. anche C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2021, 145, 146.

⁵⁹ Cfr. G. GIOIA, *op. cit.*, 226 ss. la quale osserva che sebbene la mancata esibizione non equivalga alla prova dei fatti di causa, nondimeno potrebbe rilevare quale indizio grave, preciso e concordante che concorrerebbe a formare il convincimento del giudice di merito, talora persino isolatamente considerato.

⁶⁰ F. PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it.*, 2020, 2013.

⁶¹ S. PATTI, *Prova. Disposizioni generali*, *op. cit.* 56.

⁶² Osserva G. VILLA, *op. ult. cit.*, 755 che se la vera *ratio decidendi* delle Sezioni Unite del 2001 è il principio di vicinanza della prova grazie al quale si identifica la parte che è meglio in grado di ricostruire i fatti perché dispone delle informazioni rilevanti per la decisione, in caso di inesatto adempimento dovrebbe aversi una maggiore elasticità alla luce del principio di parità delle armi tra contendenti. Attraverso l'analisi economica del diritto l'A. reputa che la soluzione delle Sezioni Unite, di far gravare la prova dell'adempimento sul debitore, sia quella preferibile perché a costo tendente a zero solo nelle ipotesi di inadempimento integrale e di ritardo nell'adempimento in quanto il fatto di avere adempiuto normalmente risulta da fatti e documenti nella disponibilità del debitore che emette a prescindere dal giudizio (ad es. fatture, documenti merci, etc.). Più complessa e articolata è la soluzione in caso di inesatto



Così intesa la vicinanza alla prova, con riguardo all'art. 1218 cod. civ. e al "silenzio" sulla prova dell'inadempimento, sembra che le Sezioni Unite abbiano fatto corretta applicazione dell'indicato principio conformemente alla disciplina dell'art. 2697 cod. civ.

Una lacuna riscontrabile nella citata sentenza delle Sezioni Unite risiede invece nell'assenza di statuizioni sul nesso di causalità e sulla colpa che costituiscono elementi di centrale rilevanza nei giudizi di responsabilità professionale, donde il problema dell'eventuale loro assorbimento nell'allegazione dell'inadempimento da parte del creditore o nella prova dell'adempimento o dell'impossibilità non imputabile di adempiere da parte del debitore. Secondo un autore, le indicate lacune deriverebbero dalla circostanza che le Sezioni Unite avrebbero avuto riguardo al modello tradizionale delle obbligazioni di dare con la conseguenza che i menzionati principi di diritto non sarebbero compatibili con le obbligazioni di fare professionale per le quali emergono gli ulteriori citati profili problematici⁶³.

2.3. – L'estensione dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite nel 2001 con riguardo alla responsabilità professionale, imponeva di superare la tradizionale dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato⁶⁴ che per lungo tempo ha influito sulla ripartizione dell'onere della prova.

Proprio perché l'obbligazione del professionista intellettuale (*ex art. 2230 cod. civ.*) era qualificata sempre "di mezzi", avente ad oggetto una prestazione di mera diligenza, l'onere della prova della colpa (e dunque dell'inesatto adempimento del debitore) gravava sul creditore⁶⁵; al contrario, nelle obbligazioni di risultato (fondate sul contratto d'opera *ex art. 2222 cod. civ.*)⁶⁶, il creditore poteva limitarsi ad allegare il mancato raggiungimento del risultato dovuto (inadempimento), gravando sul debitore l'onere di provare il fatto positivo (ad es. caso fortuito) che ne aveva reso impossibile il raggiungimento e interrotto il nesso causale tra la condotta e l'inadempimento⁶⁷.

La crisi della distinzione dogmatica in esame⁶⁸, che riduceva il campo di applicazione dell'art. 1218 cod. civ.⁶⁹, talora attenuata da presunzioni giurisprudenziali⁷⁰, è stata confermata da altra pronuncia delle Sezioni

adempimento, specie se si estrinseca in una pluralità di condotte attive ed omissive. Ad esempio, quando si chiede al medico di provare l'adempimento si esige la prova sia di comportamenti positivi (adozione delle procedure previste e delle diagnosi doverose), sia di comportamenti negativi (non avere commesso errori tecnici durante l'attività sanitaria). Secondo l'A., occorrerebbe allora disarticolare i temi di prova imponendo al creditore l'onere di provare la violazione degli obblighi negativi e di allegare la violazione di quelli positivi. Non è detto che la parte più vicina alla prova sia sempre il debitore (ad es. se si intende far valere la responsabilità dell'amministratore di una società, cessato dall'incarico per irregolarità contabili che risultano dalle scritture in possesso della società).

⁶³ Tale lettura restrittiva del precedente delle Sezioni Unite è sostenuta in particolare da G. TRAVAGLINO, *Nesso causale e prova presuntiva*, in *Il ragionamento presuntivo*, op. cit., 318 e 319.

⁶⁴ Su tale distinzione cfr., tra gli altri, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, 538 ss.; H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; «obligations déterminées» et «obligation générale de prudence et diligence»*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, 29; F. BERNHÖFT, *Kauf, Miethe und verwandte Verträge*, nei *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines BGB für das deutsche Reich*, dir. E. I. Bekker e O. Fischer, XII, Berlino, 1889, 17; H. A. FISHER, *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung* in *Jherings Jahrbücher*, 37, 1897, 262; A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. Dell'economia, dir. sociale*, 1947-1948, I, 135 (riproduzione in italiano dello studio già pubblicato in *sem. jur.*, 1945, I, 126 ss.); F. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, 100 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 423.

⁶⁵ G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 3, 2018, 351.

⁶⁶ Cfr. in argomento per tutti G. GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, 1067.

⁶⁷ Cfr. chiaramente Cass. 10 dicembre 1979 n. 6416 in mot.

⁶⁸ Per la critica alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato si rinvia per tutti a L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e*



Unite⁷¹ relativa a una ipotesi di responsabilità di un ingegnere progettista e direttore dei lavori. Le Sezioni Unite hanno osservato che sebbene l'obbligazione inerente all'esercizio di attività professionale e, tra queste, quella del direttore dei lavori⁷², sia generalmente qualificabile come obbligazione "di mezzi" e perciò di mera diligenza, talvolta la giurisprudenza di legittimità, in presenza di doveri professionali quali quelli di accertare con precisione i confini, le dimensioni e le altre caratteristiche dell'area sulla quale la costruzione dovrà essere realizzata⁷³, di sondare il suolo o il sottosuolo su cui deve sorgere l'opera⁷⁴ e di redigere un progetto conforme oltre che alle regole tecniche anche alle norme giuridiche che disciplinano l'edificabilità⁷⁵, attribuisce all'obbligazione del professionista le caratteristiche dell'obbligazione di risultato⁷⁶, analogamente a quanto accade per la prestazione del chirurgo estetico e dell'odontoiatra. La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha dunque natura relativa e mobile e viene sovente utilizzata dalla giurisprudenza per risolvere problemi di ordine pratico tra cui la distribuzione dell'onere probatorio e per individuare il contenuto

«obbligazioni di mezzi» (*Studio critico*), op. cit., 141 ss.; cfr. anche, senza pretese di esaustività, V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, 397 ss.; ID, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, 456 ss.; M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, 113 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 513 ss.; A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 38 ss.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 797 ss.; ID., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss.; F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 106 ss.; ID, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, 891 ss.; G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"* in *Contr. imp.*, 2016, 1414 e ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1 ss.; ID, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 554 ss.

Per una rivalutazione della distinzione ai fini del riparto dell'onere probatorio v. N. ROLDAN ALZATE, *Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio*, Padova, 2016, 57 ss.; E. SCODITTI, op. cit., 268 ss.; sulla perdurante vitalità della distinzione cfr. anche E. CARBONE, *Sviluppi in tema di onere probatorio e adempimento delle obbligazioni*, in *Giur. It.*, 2018, 2557 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

Per la valorizzazione della distinzione solo ai fini della distribuzione del rischio della causa ignota v. ampiamente G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, 105 e ss.

⁶⁹ La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ha ridotto la sfera di operatività dell'art. 1218 cod. civ. perché, con riguardo alle prime, ha operato l'art. 1176 cod. civ. sulla premessa che le obbligazioni di mezzi avevano ad oggetto soltanto una prestazione diligente senza promessa di un risultato. Perciò, osserva A. PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *Contratti*, 2020, 342, col superamento dell'indicata dicotomia si è avuta la piena applicazione dell'art. 1218 cod. civ. con il regime più rigoroso per il debitore e il superamento di contaminazioni della responsabilità contrattuale con quella aquiliana.

⁷⁰ Si allude alla nota distinzione tra inventi routinari e di difficile esecuzione introdotta da Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141 in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953 ss. Cfr. in argomento anche M. FACCIOI, *Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*, in *Contr. imp.*, 2014, 79 ss., nonché alla presunzione *re ipsa loquitur*.

⁷¹ Cass. S.U. 28 luglio 2005, n. 15781 in *Eur. dir. priv.*, 2006, 2, 781 ss. con nota di A. NICOLUSSI *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 8-9, 712 ss. con nota di L. FOLLIERI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato nella prestazione del progettista-direttore dei lavori*.

⁷² Cass. 5 agosto 2002 n. 11728; Cass. 27 febbraio 1996 n. 1530; Cass. 28 gennaio 1995 n. 1040; Cass. 22 dicembre 1994 n. 11067; Cass. 19 luglio 1993 n. 8033; Cass. 21 luglio 1989 n. 3476; Cass. 7 maggio 1988 n. 3389; Cass. 8 aprile 1977 n. 1346; Cass. 7 febbraio 1975 n. 475; Cass. 10 dicembre 1974 n. 4159; Cass. 22 aprile 1974 n. 1156; Cass. 22 marzo 1968 n. 905; Cass. 16 ottobre 1961 n. 2169.

⁷³ Cass. 21 luglio 1989 n. 3476; Cass. 29 marzo 1979 n. 1818.

⁷⁴ Cass. 16 settembre 1993 n. 11290; Cass. 5 gennaio 1976 n. 1.

⁷⁵ Cass. 16 febbraio 1996 n. 1208; Cass. 19 luglio 1993 n. 8033.

⁷⁶ Cass. 28 gennaio 2001 n. 15124; Cass. 29 marzo 1979 n. 1818.



dell'obbligazione (di diligenza o di risultato) ai fini dell'imputabilità della responsabilità attraverso la valorizzazione di obblighi di informazione, di avviso e di protezione integrativi ancorati a principi di buona fede, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione; obblighi che trasformano il contenuto dell'obbligazione professionale, normalmente di diligenza, in obbligazione di risultato (si pensi alla chirurgia estetica⁷⁷).

Si tratta di una distinzione che ad avviso delle Sezioni Unite non ha motivo di esistere poiché qualsiasi obbligazione, sia pure in proporzioni variabili, richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato⁷⁸ e in ciascuna obbligazione assumono rilievo sia il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo obbligatorio sia l'impegno che il debitore deve approfondire per ottenerlo sicché uniche sono le regole di ripartizione dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. anche con riguardo alla responsabilità professionale.

2.4. – I principi di diritto espressi nel 2001 sono stati richiamati e ulteriormente specificati dalle Sezioni Unite nel 2008⁷⁹ sempre in tema di responsabilità professionale (nella specie, sanitaria). Ribadito il superamento della dicotomia obbligazioni di mezzi e di risultato la quale, priva di basi normative, non può avere riflessi sulla ripartizione degli oneri probatori⁸⁰, la S.C. ha chiarito che il creditore non può limitarsi ad allegare un qualunque inadempimento per conseguire il risarcimento del danno, così come affermato da Cass. sez. un. n. 13533/2001, in quanto è necessario che l'inadempimento dedotto in giudizio ne costituisca causa (o concausa) efficiente; deve trattarsi, dunque, di un inadempimento "qualificato" e cioè di uno o più specifici fatti addebitati al convenuto, astrattamente efficienti alla produzione del danno lamentato dall'attore⁸¹.

⁷⁷ Cass. 8 aprile 1997 n. 3046.

⁷⁸ Cass. sez. un. 28 luglio 2005 n. 15781 cit.; in dottrina, tra i più autorevoli, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»* (Studio critico), op. cit., 141 ss.

⁷⁹ V. Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 577, con note di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*, ivi, 1002 ss.; M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, ivi, 1002 ss.; R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *La resp. civ.* 2008, 397 ss.; M. DRAGONE, *Le sezioni unite, la «vicinanza alla prova» e il riparto dell'onere probatorio*, ivi, 698 ss.; M. GAZZARA, *Le Sezioni Unite fanno il punto di tema di prova della responsabilità sanitaria*; in *Giur. it.*, 2008, 2197 ss.; A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, ivi, 1655 ss.; C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, ivi, 1653 ss.; M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, ivi, 2197 ss.; M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 856 ss.; G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 393 ss.

L'indicata decisione, al punto 5.5. della motivazione, ha ribadito che "il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità ... [alla] distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato".

⁸⁰ Cfr. sempre Cass. sez. un. n. 577/2008 punti 5.1. – 5.4. della motivazione. La sentenza condivide il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato affermata già da Cass. sez. un. 28 luglio 2005 n. 15781 cit.; il principio è stato ripreso anche da Cass. 13 aprile 2007 n. 8826.

⁸¹ Osserva R. PUCCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1088 ss. che ad esempio si tratterà dell'allegazione da parte del creditore "della difformità qualitativa o quantitativa dei beni acquistati; la lamentata assegnazione del lavoratore a mansioni non corrispondenti alla categoria; in ambito medico la contestazione al sanitario della «adozione di tecniche non sperimentate in luogo di protocolli ufficiali e collaudati, [della] mancata conoscenza del-



Tale allegazione fa gravare sul debitore l'onere di dimostrare l'esatta esecuzione della prestazione, e dunque che l'inadempimento dedotto dalla controparte non vi è stato, oppure che la mancata o inesatta esecuzione prestazione dipenda da una causa a lui non imputabile⁸². Il danneggiato è pertanto duplicemente avvantaggiato; non solo perché beneficia dell'allegazione (e non già della prova) dell'altrui inadempimento, ma anche perché è esentato dal provare, in concreto, la sequenza causale che ha condotto al danno di cui chiede ristoro, diversamente da quanto accade nella responsabilità professionale dell'avvocato ove, invece, la giurisprudenza esige che il cliente dimostri nel caso specifico, sia pure in termini probabilistici, quale sarebbe stato l'esito del giudizio allorché fosse stata tenuta la condotta omessa o diligente del professionista⁸³. Nella prospettiva adottata dalle Sezioni Unite del 2008, dunque, il rischio della causa ignota grava sul debitore che non abbia assolto il proprio onere probatorio⁸⁴.

La giurisprudenza successiva, tuttavia, non si è sempre uniformata all'indirizzo in esame reputando il nesso causale un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie che il danneggiato ha comunque l'onere di provare per ottenere il risarcimento del danno⁸⁵.

l'evoluzione, in una determinata branca, della metodica interventistica nota invece al constans atque diligens homo» o, ancora, la lamentata violazione di doveri accessori, come quello di informazione. Così il paziente che imputi a negligenza della struttura sanitaria l'infezione da epatite virale contratta in esito ad un intervento chirurgico assolverà all'onere probatorio allegando quale inadempimento del debitore l'utilizzo di sangue infetto nel corso della emotrasfusione; nulla più».

⁸² Così Cass. sez. un. n. 577/2008 cit., al punto 6.1. della motivazione.

Ricorda M. FACCIOLO, *op. cit.*, 100 che l'oggetto della prova liberatoria gravante sul convenuto è mutato rispetto agli orientamenti precedenti della S.C. perché, oltre alla prova della diligenza utilizzata dal sanitario, il debitore avrebbe dovuto anche dimostrare che l'insuccesso del trattamento fosse dovuto a un fattore impreveduto e imprevedibile oppure alla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato non accertabile con la diligenza professionale (cfr. Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488; Cass. 13 aprile 2007 n. 8826); l'A. ricorda anche che, diversamente da quanto sostenuto dalle Sezioni Unite nel 2008, sul danneggiato è sempre gravato l'onere di provare il nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del convenuto e l'evento di danno dedotto in giudizio dall'attore. La presunzione di esistenza del nesso causale (salva prova contraria) non è stata seguita da tutta la giurisprudenza di legittimità (ad es. Cass. 31 luglio 2013 n. 18341), ma è stata affermata in materia di omissioni o inesattezze della cartella clinica (Cass. 26 gennaio 2010 n. 1538) e di trattamenti sanitari di facile esecuzione (Cass. 16 gennaio 2009 n. 975).

⁸³ Cfr. sempre R. PUCELLA, *op. loc. cit.*

⁸⁴ Cfr. in dottrina G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, *op. cit.*, 351 ss.

Non condivide questa lettura di Cass. sez. un. n. 577/2008 E. IANNELLO, *Responsabilità sanitaria e causalità: tra inadempimento e fatto illecito. Reali e apparenti discontinuità nella evoluzione giurisprudenziale*, in Quaderno SSM Corso P22043, Napoli, Castel Capuano 26 maggio 2022, 17 e nota 31 per ulteriori riferimenti. Secondo l'A. le Sezioni Unite non hanno superato l'orientamento delle sezioni semplici che faceva gravare sul danneggiato l'onere della prova del nesso causale, ma escluso che a fini probatori potesse rilevare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e quindi che nel primo caso gravasse sul creditore l'onere di provare che il mancato conseguimento del risultato era dipeso da scarsa diligenza del debitore e nel secondo che spettasse invece al debitore dimostrare che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile. Il dissenso rispetto all'orientamento delle sezioni semplici ha riguardato, secondo l'A., solo il contenuto dell'onere della prova *“o, più propriamente ancora, il grado di probabilità idoneo a giustificare il convincimento della sussistenza del nesso causale”*.

⁸⁵ Hanno applicato il principio enunciato dalle Sezioni Unite del 2001, oltre a Cass. S.U. n. 577/2008, tra le altre, Cass. 30 settembre 2014 n. 20547; Cass. 12 dicembre 2013 n. 27855; Cass. 21 luglio 2011 n. 15993; hanno invece fatto gravare sul creditore la prova del nesso di causalità tra il fatto costituente inadempimento e l'evento dannoso, Cass. 16 gennaio 2009, n. 975; Cass. 11 maggio 2009 n. 10743; Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847; Cass. 9 ottobre 2012 n. 17143; Cass. 31 luglio 2013 n. 18341; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904; Cass. 20 ottobre 2015, n. 21177.

Si veda poi la celebre Cass. 26 luglio 2017 n. 18392 con note di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità materiale e il rischio della c.d. causa ignota nella responsabilità medica*, in *Foro it.* 2018, I, 1348; D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?* in *Danno e resp.* 2017, 696; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?* in *Danno e resp.* 2018, 5 ss.



3. – Secondo il più recente orientamento della S.C.⁸⁶, il creditore di una prestazione professionale (nei casi esaminati, prevalentemente a carattere sanitario) è tenuto non soltanto a provare il titolo e ad allegare l'inadempimento, ma altresì a provare il nesso di causalità cd. materiale tra la condotta del professionista e l'evento dannoso, nonché la causalità cd. giuridica tra il danno evento e quello conseguenza *ex art. 1223 cod. civ.*

Nella generalità delle obbligazioni di dare e fare (non professionale) la causalità materiale, che attiene al collegamento naturalistico fra fatti da accertare sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali⁸⁷, può essere distinta solo teoricamente dall'inadempimento attesa la diversità concettuale tra eziologia e imputazione; in concreto, però, essa non è separabile dall'inadempimento perché quest'ultimo corrisponde già *“alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento”*⁸⁸.

Nell'ambito delle obbligazioni di diligenza professionale, e in particolare in quelle del sanitario e dell'avvocato, è invece possibile distinguere l'interesse “presupposto” (ad es. guarigione dalla malattia o vittoria della causa) che, benché non dedotto in obbligazione, è comune alle parti e rileva al livello della causa del contratto, dall'interesse “strumentale” alla prestazione richiesta. La violazione delle *leges artis* nell'esecuzione della prestazione “strumentale” richiesta al debitore potrebbe non essere causa dell'evento dannoso il quale potrebbe prodursi per ragioni diverse dall'inadempimento⁸⁹.

Per tale ragione, diversamente da quanto accade nelle obbligazioni di dare o fare non professionale in cui l'evento dannoso coincide con l'inadempimento, il creditore è tenuto a provare che la condotta del professionista (e non altro) sia stata la causa dell'evento dannoso.

Ritorna così la distinzione tra obbligazioni di mezzi (ora denominate obbligazioni di diligenza professionale) e di risultato⁹⁰ esplicitamente affermata soprattutto con riferimento alla responsabilità dell'avvocato⁹¹.

⁸⁶ Tale orientamento è cristallizzato da Cass. 11 novembre 2019 nn. 28991 e 28992 ed è ripreso, tra le altre, successivamente da Cass. 31 agosto 2020 n. 18102; Cass. 26 novembre 2020 n. 26907; Cass. 29 marzo 2022 n. 10050; Cass. 25 gennaio 2023 n. 2353.

⁸⁷ Secondo la giurisprudenza di legittimità, nell'illecito civile/inadempimento la cosiddetta “causalità materiale” presenta “rilevanti analogie” con quella penale (artt. 40 e 41 cod. pen.) perché in entrambi i casi si accerta che una condotta (omissiva o commissiva) produce un fatto (il reato e il danno-evento) cfr. ad es. Cass. 11 novembre 2020 n. 25288; Cass. 27 settembre 2018 n. 23197; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 nn. 576 e 581.

Nella causalità omissiva, l'accertamento del nesso eziologico segue le medesime regole e si fonda su un giudizio controfattuale che sostituisce alla condotta omessa il comportamento alternativo dovuto (causalità ipotetica) onde verificare se la condotta doverosa avrebbe assicurato apprezzabili probabilità di evitare il danno-evento v. ad es. Cass. 14 ottobre 2019 n. 25778; Cass. 19 novembre 2004 n. 21984.

⁸⁸ Cfr. sempre la giurisprudenza citata alla nota 86.

⁸⁹ Per la distinzione tra interesse strumentale e interesse finale v. *amplius* L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e «obbligazioni di mezzi»* (Studio critico), in *Scritti II. Obbligazione e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 141 ss.

⁹⁰ In Cass. n. 28991/2019 e Cass. n. 28992/2019 cit. non vi è alcun riferimento espresso a tale distinzione anche se ad essa si fa richiamo. Cfr. in particolare F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it., Speciali*, 1, 2020, 178 secondo il quale *“le sentenze in commento riesumano la distinzione in obbligazioni di “risultato” e obbligazione di “mezzi” guardandosi bene, però, dall'adottare la nota nomenclatura”*.

⁹¹ Per l'attuale orientamento della S.C. le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non a conseguirlo. Pertanto, nel giudizio di responsabilità del professionista, rilevano le modalità dello svolgimento della sua attività in relazione la parametro della diligenza fissato *ex art. 1176 comma 2 cod. civ.* che è quello della diligenza di media attenzione e preparazione cfr. Cass. 7 novembre 2019, n. 28629; Cass. 28 settembre 2019 n. 23449; Cass. 29 settembre 2017 n. 22849; Cass. 22 marzo 2017 n. 7309; Cass. 14 febbraio 2017 n. 3765; Cass. 16 febbraio 2016 n. 2954; Cass. 5 agosto 2013 n. 18612; Cass. 5 febbraio 2013 n. 2638; Cass. 18 luglio 2002 n. 10454; Cass. 8 agosto 2000 n. 10431; meno recentemente v., *ex multis*, Cass. 14 agosto 1997 n. 7618; Cass. 18 novembre 1996 n. 10068; Cass. 25 marzo 1995 n. 3566; Cass. 8 maggio 1993 n. 5325; Cass. 19 maggio 1988 n. 3463; Cass. 3 agosto 1968 n. 2791. Nella giurisprudenza di merito v. ad es. Trib. Milano 3 settembre



La S.C. ha dunque creato una *summa divisio*: per le obbligazioni di dare e di fare (non professionale) il nesso causale è assorbito, sia pure in astratto, nell'allegazione dell'inadempimento (v. *retro*) e dunque non va provato dal creditore. La suindicata distinzione tra interesse strumentale e interesse presupposto, impone invece al creditore di una prestazione di fare professionale, anche la prova del nesso causale cd. materiale poiché esso costituisce un ulteriore elemento della fattispecie di responsabilità in quanto il danno evento (ad es. la lesione della salute o la mancata vittoria della causa) potrebbe dipendere non già dalla inosservanza rispetto delle *leges artis*, ma da una causa diversa dall'inadempimento.

Tale relazione può essere dimostrata anche per presunzioni deducendola da fatti noti⁹². Secondo la giurisprudenza più recente il ricorso alla prova presuntiva va agevolato perché in grado di attenuare la condizione di maggiore difficoltà probatoria in cui normalmente versa il creditore della prestazione professionale rispetto al creditore di qualunque altra prestazione⁹³. Sembra dunque avvertita l'esigenza di coniugare l'inasprimento degli oneri di allegazione e prova, sovente decisivo nel contenzioso in ambito professionale, ove la causalità è di frequente incerta, con agevolazioni del ricorso alla prova presuntiva e a massime di comune esperienza.

2019 n. 7957 Trib. Trapani 28 agosto 2019; Trib. Brescia 10 gennaio 2019; Trib. Sassari 27 febbraio 2018; Trib. Milano 11 settembre 2017; Trib. Roma 11 aprile 2016 e Trib. Trento 29 marzo 2016.

Il professionista non può garantire l'esito favorevole auspicato dal cliente, né può desumersi l'inadempimento dal mancato raggiungimento del risultato sperato cfr. Cass. 22 febbraio 2021 n. 4655 in mot.; Cass. 10 giugno 2016 n. 11906; Cass. 20 maggio 2015 n. 10289.

Per affermare la responsabilità dell'avvocato, il creditore cliente dovrà provare la diversa difesa che il professionista avrebbe dovuto adottare dalla quale sarebbero conseguiti vantaggi al cliente (Cass. n. 4655/2021 cit. e Cass. 11 agosto 2005 n. 16846) tenendo comunque conto del fatto l'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, ai sensi degli artt. 2236 e 1176 cod. civ. in caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed, in genere, nei casi in cui, per negligenza o imperizia, compromette il buon esito del giudizio, mentre nelle ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave (Cass. n. 4655/2021 cit. e Cass. 10 giugno 2016 n. 11906).

Grava sull'avvocato l'onere probatorio di aver osservato il suo obbligo di diligenza qualificata ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1176, comma 2, e 2236 cod. civ. e perciò di aver sollecitato, dissuaso e informato il cliente su tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di averlo sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire il giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole (Cass. n. 4655/2021 cit.).

Tuttavia, anche un accertamento dell'inadempimento dell'avvocato non determina una sua responsabilità risarcitoria tutte le volte in cui difetta la prova del nesso di causalità gravante sul cliente tra la condotta inadempiente e il danno lamentato cfr. Cass. n. 4655/2021 cit.; Cass. 6 luglio 2020 n. 13873 del 2020 e Cass. 5 febbraio 2013 n. 2638.

Accanto alle tradizioni obbligazioni di "mezzi", possono darsi ipotesi di obbligazioni "di risultato" gravanti sul professionista forense, quali ad esempio quelle inerenti all'attività di redazione dei pareri *pro veritate*; in tal caso il professionista si obbliga a fornire al cliente tutti gli elementi di valutazione necessari e gli opportuni suggerimenti al fine di adottare decisioni consapevoli, all'esito di un apprezzamento ponderato dei costi e dei benefici così Cass. 14 novembre 2002 n. 16023; cfr. anche Cass. 23 febbraio 2011 n. 4422 che ha escluso la responsabilità dell'avvocato incaricato di presentare la denuncia di successione che non abbia informato i clienti della possibilità di accettare l'eredità con beneficio di inventario.

⁹² V. *ex multis* Cass. nn. 28991/2019 cit. e Cass. n. 28992/2019 cit.; Cass. 15 giugno 2020 n. 11599; Cass. 25 agosto 2020 n. 17696; Cass. 11 novembre 2020 n. 26905; Cass. 26 novembre 2020 n. 26907; Cass. 29 marzo 2022 n. 10050; Cass. 25 gennaio 2023 n. 2353.

⁹³ Cass. n. 26907/2020 cit. secondo cui la prova presuntiva può estendersi anche al nesso di causalità giuridica; cfr., altresì Cass. 14 novembre 2019 n. 29498.

Così, ad esempio, la S.C. ha confermato la decisione di merito secondo cui non avendo la paziente alcuna infezione all'occhio prima del suo accesso in ospedale per l'operazione e avendo subito a causa della operazione il bendaggio dell'occhio su cui potevano intervenire, per la rimozione delle medicazioni e la loro sostituzione, soltanto i medici e il personale dell'ospedale, l'infezione dalla quale era risultata affetta all'uscita dell'ospedale era dovuta, secondo un ragionamento probabilistico, ad una falla nella attuazione dei protocolli di sepsi Cass. 15 giugno 2020 n. 11599.



3.1. – Il nuovo orientamento sostenuto dalla S.C. non convince sotto diversi profili.

In primo luogo non sembra sussistere uno statuto normativo differenziato per le obbligazioni di diligenza professionale che possa ripercuotersi sui temi di prova del creditore, in virtù del quale grava sul danneggiato, in aggiunta all'allegazione di un inadempimento astrattamente efficiente alla produzione del danno⁹⁴, l'onere di provare preliminarmente il nesso di causalità materiale tra condotta del debitore ed evento di danno⁹⁵ il cui mancato assolvimento impedisce di valutare il comportamento del professionista e fa ricadere sul cliente il rischio della causa ignota.

A differenza dell'illecito civile *ex art. 2043 cod. civ.*, nella struttura dell'*art. 1218 cod. civ.* – unica norma che disciplina la responsabilità contrattuale e quindi anche quella dei professionisti intellettuali – l'inadempimento al vincolo contrattuale è un dato presupposto e il tema di prova grava tutto sul debitore il quale, per liberarsi dalle sue conseguenze (risarcimento dei danni) è tenuto a provare o che difetta lo stesso presupposto della prima parte della norma e cioè l'inadempimento⁹⁶ ovvero che, pur sussistendo, si è verificato per una causa esterna, imprevedibile e/o inevitabile non a lui imputabile (seconda parte della norma)⁹⁷.

⁹⁴ Non sembra che la Terza Sezione della S.C. si sia discostata dall'orientamento di Cass. sez. un. n. 577/2008 cit. in punto di allegazione dell'inadempimento.

⁹⁵ Sull'autonomia rilevanza del nesso causale materiale in ambito contrattuale si registra un forte dibattito dottrinale che non può essere approfondito in questa sede.

Sia sufficiente osservare che, per una parte della dottrina, il nesso causale *cd. materiale* (o di fatto) individua il soggetto fatto responsabile nell'illecito aquiliano in presenza di una interferenza occasionale tra due o più soggetti, ma analoga problematica non emerge nella responsabilità contrattuale ove il mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore è ascrivibile, in forza del vincolo giuridico preesistente, direttamente al debitore *cfr.* C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, *op. cit.*, 881, 884. L'obbligazione risarcitoria, in altri termini, deriva non già da un rapporto autonomo, ma da uno stadio patologico del rapporto giuridico preesistente, F. PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale (tenzone tra un giudice e un professore). Parte II: la causalità materiale e obbligazioni di fare professionale*, in *Foro it.*, 11, 2022, 322, 323; *cfr.* anche Cfr. anche A. PROCIDA MIRABELLI di LAURO, *La terza sezione e la strana teoria dell'inadempimento ... extracontrattuale*, in *Danno resp.*, 2019, 252.

Perciò la tesi del doppio ciclo causale, uno relativo all'evento dannoso (*cd. causalità costitutiva*) e uno relativo alla impossibilità di adempiere (*cd. causalità estintiva*) è autocontraddittoria perché la prima sequenza causale esclude la seconda e viceversa. Una volta dimostrato, ad esempio, che l'aggravamento o l'insorgenza della patologia nel paziente dipendono causalmente dalla condotta del professionista o da un aspetto organizzativo della struttura, è inconcepibile la prova dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore così C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 884.

Cfr. anche R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario (nota a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991)*, in *Foro it.*, 2020, I, 218.

⁹⁶ *Cfr.* G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2019, 24; I.A. CAGGIANO, *La prova liberatoria*, in *Il regime probatorio della responsabilità per inadempimento*, *op. cit.*, 411 ss. la quale osserva, peraltro, che nelle applicazioni concrete la prova liberatoria della impossibilità non imputabile è quasi sempre neutralizzata dall'accertamento dell'esatto adempimento del debitore.

Cfr. anche F. PIRAINO, *Travisamenti pretori*, *op. cit.*, 2000 ss. Secondo l'A. "i danni risarcibili in sede di responsabilità contrattuale sono ... ora inclusi nell'oggetto dell'obbligazione [danni primari o intrinseci], ora correlati ai primi con un grado di probabilità tale da poterli considerare perdite ulteriori di carattere tipico [danni consequenziali o estrinseci]", donde non sussisterebbe alcuno spazio autonomo per la causalità materiale rilevante solo in sede aquiliana.

⁹⁷ *Cfr.* G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 15, 16, 17 il quale evidenzia che l'adempimento include le attività preparatorie all'esecuzione della prestazione e perciò costituisce inadempimento anche il non avere previsto ed evitato cause che possano ostacolare l'esatta esecuzione della prestazione dovuta. L'A. propone i seguenti esempi: l'improvvisa interruzione della corrente elettrica che ha impedito al sanitario di svolgere correttamente l'intervento chirurgico in una sala operatoria priva di un gruppo elettrogeno che prevenisse prudentemente evenienze del genere e l'improvvisa indisponibilità di farmaci sul mercato necessari a praticare una terapia secondo i protocolli vigenti dovuta al negligente mancato ripristino delle scorte di quei prodotti farmaceutici.

Cfr. anche A. M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in *Giustiziacivile.com*, 28 gennaio 2020, 7 il quale osserva che "la professionalità della prestazione (e del debitore) riduce l'area degli eventi straordinari e imprevedibili che, da soli, possono aver determinato i danni conseguenza, rendendo così più difficile al debitore sottrarsi al risarcimento".



Sembra inoltre difficile conciliare la posizione espressa dalle Sezioni Unite (nel 2001 e poi nel 2008) in punto di mera *allegazione* dell'inadempimento con l'onere della prova del cd. nesso di causalità materiale da parte del creditore.

Se, come precisa la stessa S.C., il nesso eziologico costituisce un giudizio *a posteriori* tra fatti e non una categoria *a priori*, oggettivamente accertabile, sicché la prova del nesso di causa, in realtà, si incentra sui fatti materiali, rispetto ai quali si fonda il ragionamento ricostruttivo (nomologico/deduttivo) del nesso⁹⁸, allora il problema dell'accertamento della causalità non può scindersi dal primo polo della relazione causale, ossia dai fatti che concretano l'inadempimento⁹⁹.

Offrire la prova in concreto del collegamento causale tra più eventi, implica non già la mera allegazione, ma la dimostrazione dei fatti posti alla base della sequenza, a partire dalla condotta del debitore che si assume inadempiente¹⁰⁰, ancorché mediante il ricorso alla prova presuntiva (ad es. individuazione del comportamento tenuto, difformità da quello esigibile dal professionista in concreto, anche alla luce delle linee guida e raccomandazioni ove esistenti, assenza di fattori alternativi prevalenti più probabili rispetto al trattamento errato con riguardo all'evento di danno, lesione conseguentemente subita¹⁰¹).

L'affermazione del predetto principio di diritto sembra perciò esigere, nella sostanza, una vera e propria prova (sia pure indiretta *ex art.* 2729 cod. civ.) dell'inadempimento (dannoso) da cui la sequenza causale prende avvio¹⁰², in difformità dei principi di distribuzione dell'onere probatorio previsti dagli artt. 2697 e 1218 cod. civ. per come affermati dalle Sezioni Unite (v. *retro* i par. 2.1 e 2.4).

Il ricorso alla prova presuntiva *ex art.* 2729 cod. civ.¹⁰³, valorizzato dalla S.C., si fonda su inferenze logiche, le quali muovono da indizi gravi, precisi e concordanti per risalire al fatto ignoto da provare¹⁰⁴ (nella

Nel senso che la causa non imputabile vada intesa come fatto non dipendente dalla colpa del debitore, come prescrive la Rel. n. 571 al c.c., v. I.A. CAGGIANO, *op. cit.*, 386 ss.

⁹⁸ Cfr. Cass. 20 febbraio 2018 n. 4024.

⁹⁹ M. MAGLIULO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 269.

¹⁰⁰ M. MAGLIULO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 265, 266.

¹⁰¹ Osserva G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, *op. cit.*, 354 "dare la "prova" di quest'ultimo [ossia del nesso causale] significherebbe – naturalmente – dover dimostrare una sequenza concreta di eventi (sino a quello finale, che rappresenta il danno), tra i quali sia possibile istituire (e dimostrare l'esistenza di) nessi di collegamento e/o di derivazione. Ma come si fa a "provare" (in concreto) tali nessi se non si sono prima "provati" (perché non si era tenuti a farlo), nel loro effettivo e specifico svolgimento, i singoli fatti della sequenza (e, in particolare, il fatto che si pone all'origine della sequenza medesima)?" L'onere di allegazione dell'inadempimento e delle conseguenze dannose non può che corrispondere a un onere di allegazione del nesso di causalità come sostenuto dalle sezioni unite, diversamente si creerebbe una evidente incoerenza logica. Cfr. parimenti A. PLAIA, *op. cit.*, 350.

¹⁰² Cfr. nella stessa prospettiva sostenuta dagli autori citati in precedenza L. MODICA, *op. cit.*, 296; F. PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 344. Sotto il profilo processuale cfr. G. GIOIA, *op. cit.*, 231 ss. la quale osserva che in mancanza di indicazione degli specifici fatti che concretano l'inesatto adempimento, necessari anche per l'accertamento del nesso eziologico, la domanda risarcitoria sarebbe nulla per carente *causa petendi ex art.* 163, n. 4 c.p.c.

¹⁰³ Cfr. in dottrina F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità e responsabilità medica: una pregevole sentenza della Cassazione*, in *Foro it.*, Speciali, I, 2020, 162 ss. che condivide l'orientamento della S.C. ed evidenzia la centralità della CTU e della prova presuntiva nelle controversie più complesse. Nello stesso senso v. anche E. IANNELLO, *op. cit.*, 42 ss.

¹⁰⁴ Precisa G. TRAVAGLINO, *Nesso causale e prova presuntiva*, in *Il ragionamento presuntivo*, *op. cit.*, 278 che il risultato della prova presuntiva si sostanzia "nell'affermazione/negazione della verità di un fatto come conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto".

Per i requisiti della prova presuntiva v. per tutte Cass. sez. un., 24 gennaio 2018 n. 1785 in mot. Sulla necessità che i fatti posti alla base del ragionamento presuntivo siano provati cfr. Cass. 13 maggio 2011 n. 10527. Quanto alla valutazione degli elementi indiziari cfr. Cass. 7 febbraio 2019 n. 3643.

Evidenzia S. PATTI, *Le presunzioni semplici*, *op. cit.*, 18 ss. che le parti devono poter interloquire con armi pari sulla esistenza, sulla forza probante e sulla concludenza degli indizi che fondano il ragionamento presuntivo sicché l'A. critica la giurisprudenza che costruisce presunzioni semplici manifestate solo momento della decisione senza assicurare il contraddittorio alle parti *ex art.* 101 c.p.c. valorizzando fatti desunti dagli elementi obiettivi acquisiti in giudizio.



specie, la condotta del professionista quale causa del danno-evento dedotto dal paziente); il requisito della precisione indiziaria impone allora al danneggiato, non già di dedurre un inadempimento qualsiasi, bensì di descrivere puntualmente e dimostrare plurime circostanze di fatto indizianti certe dalle quali muovere il ragionamento presuntivo, tra cui non possono omettersi i diversi profili in cui si concreta l'errore (commissivo e/o omissivo) del professionista¹⁰⁵.

Anche il requisito della gravità indiziaria che attiene alla idoneità dimostrativa del singolo fatto indiziante rispetto a quello da provare, non può prescindere dai profili dell'inesatto adempimento (ad es. l'omissione pluriennale di diagnosi in tanto rileva eziologicamente, in quanto l'esito fausto/infasto della patologia, come quello dedotto dal paziente, dipenda scientificamente dalla tempestività diagnostica).

La concordanza, nel postulare la valutazione complessiva di tutti gli indizi raccolti in giudizio (sia favorevoli che sfavorevoli al creditore) tali da condurre alla affermazione dell'esistenza/inesistenza del fatto ignoto (da provare in termini di preponderanza dell'evidenza), imporrà anch'essa al cliente di fare riferimento prudenzialmente sia agli errori compiuti dal professionista sia all'assenza di cause alternative più probabili del danno rilevanti in giudizio (ad es. assenza di condizioni di salute preesistenti che potessero condurre all'esito infasto, a prescindere dal ritardo diagnostico).

In altri termini, affinché possano trovare applicazione, in concreto, i requisiti della prova presuntiva l'attore deve avere già precostituito degli elementi circa l'inadempimento che, in molti casi, per acquistare forza probatoria richiedono esclusivamente qualche chiarimento e l'avallo del CTU. Sono solo le modalità concrete di svolgimento della prestazione che possono far presumere la causazione del danno ad opera del professionista¹⁰⁶.

Se si volge lo sguardo alla responsabilità professionale dell'avvocato, sembra, in effetti, che una parte della giurisprudenza non discorra semplicemente di allegazione, ma di prova dell'inadempimento (ossia delle circostanze che concretano l'errore professionale)¹⁰⁷ e, ancor prima di quanto emerso in ambito sanitario, ponga particolare attenzione alla prova del nesso causale tra il danno e la difettosa o inadeguata prestazione professionale, ancorché sulla base dell'equivoca matrice aquiliana della responsabilità¹⁰⁸ o della dicotomia obbligazioni di mezzi e risultato.

¹⁰⁵ Ad es. il giorno x il professionista non ha diagnosticato una patologia trascurando colposamente indizi sospetti della sua esistenza visibili dai referti; l'anno successivo lo stesso professionista, pur avvedendosi di un mutamento della massa precedente, ha effettuato pratiche diagnostiche obsolete omettendo gli approfondimenti diagnostici dovuti secondo la letteratura scientifica; il paziente venuto a conoscenza della patologia in stato terminale, non presentava alcuno stato patologico preesistente, né è stato esposto a fattori di rischio alternativi che potessero condurre alla patologia non diagnosticata.

¹⁰⁶ G. GIOIA, *op. cit.*, 233 ss., la quale ricorda che, sotto il profilo processuale, la completezza della domanda sarebbe imprescindibile anche per la proposizione del ricorso per accertamento tecnico preventivo ex art. 696 *bis* c.p.c. a fini conciliativi valorizzato in ambito sanitario dall'art. 8 L. n. 24/2017.

¹⁰⁷ Cfr. ad es. Cass., 18 aprile 2007 n. 9238 secondo cui incombe sul cliente, il quale assume di aver subito un danno, l'onere di provare, oltre alla fonte negoziale del rapporto, la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno e il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il pregiudizio subito; il professionista è invece tenuto a dimostrare l'esatto adempimento ex art. 1176 cod. civ. o la impossibilità di adempiere per causa a sé non imputabile ex art. 1218 cod. civ, ferma la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 cod. civ. V. anche Cass. 29 settembre 2009 n. 20828; Cass. 6 gennaio 2009 n. 25271 e Trib. Milano 20 febbraio 2020, n. 1640, in *DeJure*. In senso opposto, più di recente, v. però Cass. 7 gennaio 2021 n. 56 in *Danno e resp.*, 4, 2021, 421 ss. con nota critica di M. GUASTADISEGNI, *La responsabilità dell'avvocato per inesattezza dell'inadempimento: analisi critica e prospettive*, secondo la quale al cliente spetta soltanto l'onere di allegare l'omissione dell'avvocato (nella specie, relativa alla tardiva produzione di documenti rilevanti in un procedimento arbitrale), mentre grava sul professionista provare l'esatto adempimento ossia di avere osservato la dovuta diligenza nell'adempimento dell'incarico, estesa anche ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione.

¹⁰⁸ Cfr. M. GUASTADISEGNI, *op. cit.*, 493 e 494 che discorre di un microsistema complesso e contraddittorio dove coesistono i due modelli di responsabilità perché convivono profili soggettivistici (diligenza professionale) e oggettivistici (obblighi di risultato come quelli informativi).



In definitiva, seppure la giurisprudenza in tema di inesatto adempimento dell'obbligazione di fare professionale continui a discorrere formalmente di *allegazione* dell'inadempimento, sembra che, in realtà, ne esiga la prova nella misura in cui impone al creditore di provare la necessaria derivazione causale del danno dal comportamento inesatto del debitore, sia pure in via presuntiva; ed è tale profilo, quello della inadeguatezza della prestazione professionale che non consente di soddisfare il credito¹⁰⁹, a concretare l'elemento essenziale (e dunque costitutivo) perché sorga la responsabilità.

Non sembra inoltre corretto, come attualmente sostiene la Suprema Corte, che in tutte le obbligazioni del professionista manchi sempre un risultato finale "certo"¹¹⁰ individuabile in quelle caratterizzate dalla natura vincolata dell'attività da prestare¹¹¹, come le prestazioni dell'agente immobiliare¹¹², dell'ingegnere o architetto nella redazione di un progetto¹¹³ e diversamente da quanto accade per alcune prestazioni professionali dell'avvocato¹¹⁴.

Se è corretto affermare che in molteplici ipotesi anche il professionista si obbliga a raggiungere un risultato vincolato e predeterminato *ex ante*, non sembra vera la reciproca e cioè che la prestazione professionale sia priva di un risultato "finale" o, meglio, come sostiene attualmente la S.C., che il risultato finale perseguito dai contraenti (guarigione dalla malattia o vittoria della causa) comune alle parti, si colloca al di fuori del rapporto obbligatorio, il cui unico oggetto è la perizia del debitore *ex art.* 1176, comma 2 cod. civ. strumentale al raggiungimento dell'interesse finale o presupposto.

In ogni obbligazione, sia pure in quantità variabili, sono sempre compresenti la diligenza intesa come impegno e regola di comportamento del debitore e un risultato¹¹⁵ *ex art.* 1174 cod. civ.; il risultato perseguito dal creditore costituisce, difatti, una utilità aggiuntiva alla condotta strumentale del debitore – non potendo identificarsi con essa – e alle utilità già presenti nella propria sfera giuridica¹¹⁶ (salvo che negli obblighi di protezione, ove reputati configurabili¹¹⁷).

Risultato che ben può essere concordato e predeterminato *ex ante* tra le parti: si pensi alla medicina estetica o alla prevenzione di talune gravi patologie (come quelle oncologiche). In questi casi il paziente si rivolge al medico (o alla struttura sanitaria) per ottenere, ad esempio, un naso diverso o per prevenire/scoprire precocemente l'insorgenza di un carcinoma tramite specifici programmi di screening.

¹⁰⁹ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, *op. cit.*, 188, 222, 223.

¹¹⁰ Si veda infatti per il maestro di sci quanto affermato da R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Sulla fine della storia del fare professionale*, in *Foro it.*, 5, 2020, 1608 ss. i quali, nell'annotare Cass. 18 febbraio 2020 n. 4009, osservano che appare difficile ravvisare profili di incertezza o esiti ingovernabili nella esecuzione della prestazione del maestro di sci, diversamente da quella di un medico o di un avvocato cui si estende l'orientamento in esame.

¹¹¹ Cass. 13 ottobre 2017 n. 24074; Cass. 17 giugno 2016 n. 12516; Cass. 29 luglio 2010 n. 17694; Cass. 29 settembre 2009 n. 20806.

¹¹² Cass. 16 aprile 2021 n. 10158.

¹¹³ Cass. 16 ottobre 2020 n. 22576.

¹¹⁴ Cass. 20 maggio 2015 n. 10289; Cass. 28 febbraio 2014 n. 4790; Cass. 7 febbraio 2014 n. 2863; Cass. 5 agosto 2013 n. 18612; Cass. 14 agosto 1997 n. 7618.

¹¹⁵ Cfr. chiaramente Cass. sez. un. 28 luglio 2005 n. 15781 cit.; in dottrina cfr. *amplius* L. MENGONI, *op. cit.* 141 ss.; cfr. anche G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, *op. cit.*, 1414 ss.

¹¹⁶ Cfr. F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale*, *op. cit.*, 185, 186, il quale significativamente osserva che la S.C. ridisegna la responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni di fare professionale invocando concetti propri della responsabilità aquiliana "come un problema di imputazione oggettiva e soggettiva di un danno provocato da una catena di eventi messa in moto dall'imperizia del debitore, invece che come un problema di recupero per equivalente di un risultato dovuto e non conseguito".

¹¹⁷ Cfr. in prospettiva critica alla teoria degli obblighi di protezione e alla teoria della obbligazione senza prestazione le acute riflessioni di M. ORLANDI, *op. cit.*, 1003 ss.



L'eventuale inadempimento produce allora un evento di danno certo che sarà di volta in volta, a carattere estetico ovvero biologico per aggravamento delle condizioni di salute del paziente.

Tenuto conto del fatto che ormai ciascuna patologia ha un suo specifico protocollo di cura, tale risultato potrà essere desunto dalle percentuali statistiche di successo del sistema di cura praticato¹¹⁸.

Se, ad esempio, un intervento chirurgico di appendicite o di cataratta eseguito a regola d'arte si risolve nella pressoché totalità dei casi con esito positivo, il risultato richiesto dal creditore e promesso dal medico-chirurgo (o struttura) e quindi concordato tra le parti, sarà la completa guarigione del paziente che si è sottoposto a tale intervento.

Non sempre però è possibile pervenire alla guarigione.

Vi sono ancora malattie incurabili per le quali la medicina riesce soltanto ad assicurare una più lenta progressione ovvero a eliminare la sintomatologia dannosa.

Si pensi alle cure palliative in caso di malattia oncologica nello stadio finale. Qui non è ipotizzabile una guarigione, ma un risultato più modesto e limitato: evitare l'insorgenza di sintomatologie dolorose per garantire al paziente affetto da una patologia a esito infausto una migliore qualità della vita.

Lo stesso vale per la prestazione dell'avvocato.

Non sempre il cliente si avvale di tale prestazione per vincere la causa, ma anche per ottenere risultati più modesti: ad esempio, per conseguire un rigetto soltanto parziale della domanda proposta nei suoi confronti o addirittura soltanto per guadagnare tempo al fine di recuperare la provvista necessaria a far fronte al pagamento giudizialmente richiesto.

Insomma, il risultato della prestazione sanitaria o legale è interno al rapporto cliente-professionista e variabile a seconda delle circostanze del caso concreto.

L'indirizzo giurisprudenziale criticato sembra trascurare altresì che tra il cliente e il professionista intercorre un rapporto giuridico da cui insorgono in capo al debitore della prestazione professionale una serie di obblighi conoscitivi e informativi.

Prima di scegliere la strategia difensiva o il trattamento terapeutico, l'avvocato e il sanitario sono tenuti ad acquisire tutte le informazioni necessarie per predisporre la miglior difesa e la miglior cura¹¹⁹; a individuare i profili di rischio a cui il creditore è esposto attraverso esame della documentazione o la richiesta di indagini strumentali e, soltanto dopo aver svolto tali attività, sono in grado di rappresentare al cliente i rischi, le strategie astrattamente adottabili nel caso concreto e le percentuali di successo (totale o parziale) conseguenti alla scelta dell'una o dell'altra per conseguire il miglior risultato.

Non a caso, il cliente dovrà prestare il proprio consenso informato alla proposta di trattamento sanitario o della strategia difensiva previa valutazione di tutti i rischi connessi individuati con specifico riferimento al caso concreto. Il vantaggio che eventualmente seppur con margini di rischio il professionista ritiene di poter realizzare, una volta accettato, diviene il risultato della sua prestazione.

¹¹⁸ G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, in *Foro it.*, Speciali, 1, 2020, 156, osserva che "l'alta vincolatività che caratterizza le procedure di accertamento e di cura di alcune patologie consente di istituire una presunzione di responsabilità, nel senso della sussistenza di un sicuro nesso causale (salva soltanto l'esimente del caso fortuito) tra il mancato risultato e la violazione delle *leges artis* da parte del debitore... dire che l'allegazione di un inadempimento del debitore non comporti la prova del danno evento significherebbe smentire che ci si trovi di fronte a prestazioni "ad alta vincolatività" ... ossia a prestazioni in cui il "risultato" (positivo) consegue sempre alla prestazione diligente e perita, onde l'inadempimento è di per sé eziologicamente determinante".

¹¹⁹ In particolare, attraverso l'anamnesi, il sanitario individua eventuali profili di rischio del paziente per familiarità, allergie, eccetera.



Del resto, che il risultato sia interno al rapporto lo si desume altresì dal fatto che qualora non siano configurabili serie possibilità di utilità, il professionista è tenuto a dissuadere il cliente dal prestare il consenso all'esecuzione di prestazioni altamente rischiose¹²⁰.

Il raggiungimento del risultato da parte del debitore può a sua volta presentare margini di rischi variabili; potranno verificarsi ipotesi di obbligazioni per loro natura ingovernabili, ad altissimo rischio a causa dell'incertezza e imperfezione dell'arte, in cui l'inadempimento non dipende tanto da negligenza o incapacità da parte di chi la esercita, bensì piuttosto da *error scientiae*¹²¹ da differenziare dalle obbligazioni governabili in cui l'incidenza del rischio di raggiungimento del risultato può essere quasi nullo (obbligazioni routinarie) o relativamente elevato (obbligazioni non routinarie).

È con l'art. 2236 cod. civ. che il legislatore ha sciolto il "nodo gordiano" dei rapporti tra diligenza e responsabilità professionale escludendo che per le sole obbligazioni non governabili o altamente rischiose possa valere la responsabilità per colpa lieve¹²².

La (parziale) limitazione di responsabilità del professionista intellettuale nella soluzione di problemi che implicino il ricorso al sapere tecnico incerto risponde infatti al temperamento di due opposte esigenze: quella «di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista»¹²³.

La norma speciale dettata dall'art. 2236 cod. civ.¹²⁴ ha dunque portata circoscritta e non deroga la disciplina dell'art. 1218 cod. civ. con riguardo agli oneri probatori.

¹²⁰ Cfr. sul dovere dell'avvocato di dissuadere il cliente dall'intraprendere una causa temeraria v. Cass. 23 giugno n. 13008 o infondata v. Cass. 12 maggio 2016 n. 9695; Cass. 2 luglio 2010 n. 15717.

Cfr. anche sulla estensione (e limiti) del dovere di consiglio ovvero di dissuasione in ambito notarile v. ad es. Cass. 15 febbraio 2022 n. 4911; Cass. 29 luglio 2019 n. 20297; Cass. 24 ottobre 2017 nn. 25111 e 25113; Cass. 18 maggio 2017 n. 12482; Cass. 13 giugno 2017 n. 14618.

¹²¹ Sulla distinzione obbligazioni governabili e non governabili si rinvia diffusamente a G. SICCHIERO, *op. cit.*, 1393 e ss. ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

¹²² L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, III, 27 ss.

¹²³ Così la Relazione al Codice Civile n. 917.

¹²⁴ Secondo Cass. 20 ottobre 2014 n. 22222 all'art. 2236 cod. civ. non va assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, incombendo in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, giacché la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto. Anche secondo Cass. 25 settembre 2012 n. 16254 la diligenza esigibile dal professionista o dall'imprenditore, nell'adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio delle loro attività, è una diligenza speciale e rafforzata, di contenuto tanto maggiore quanto più sia specialistica e professionale la prestazione a loro richiesta. Nella controversia concernente l'inadempimento contrattuale del professionista, pertanto, questi, per andare esente da un giudizio di condanna, ha l'onere di provare che l'insuccesso è dipeso da causa a lui non imputabile anche quando la prestazione richiestagli richiedeva la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, posto che problemi speciali esigono dal professionista una competenza speciale. Né a tale conclusione osta l'art. 2236 cod. civ., il quale non esonera affatto il professionista-debitore da responsabilità nel caso di insuccesso di prestazioni complesse, ma si limita a dettare un mero criterio per la valutazione della sua diligenza. Cfr. anche Cass. 13 aprile 2007 n. 8826; Cass. 9 novembre 2006 n. 23918; Cass. 22 aprile 2005 n. 8546; Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488. Cfr. anche più di recente Cass. 15 giugno 2018 n. 15732 e Cass. 19 maggio 2020 n. 9181, entrambe in mot. e in tema di appalto.

Per il rapporto di integrazione per complementarità e non già di specialità tra artt. 1176 e 2236 cod. civ. v. Cass. 25 gennaio 2001 n. 499.

In dottrina cfr. per tutti G. MUSOLINO, Sub. art. 2236, in *Codice Civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 2014, 498 ss. e ivi ulteriori riferimenti. L'A., attraverso una interpretazione sistematica e storica dell'art. 2236 c.c., osserva che, sotto il profilo soggettivo, "incombe in colpa grave il professionista che non adotta le cautele e mostra di ignorare e non applicare le cognizioni che ogni professionista di quel settore (ed eventualmente in possesso di quella specializzazione) deve adottare e conoscere. Non necessariamente, dunque, si tratta di eventi e mancanze eccezionali, macroscopiche in assoluto: in tale accezione rientra ogni disattenzione



L'indicata disposizione esclude la responsabilità del professionista limitatamente alla imperizia tecnica¹²⁵ e solo nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà¹²⁶, la cui prova grava sul convenuto perché lo specialista¹²⁷ conosce le regole dell'arte e la particolare situazione del caso concreto; per tutte le altre ipotesi, invece, il professionista risponde egualmente anche per colpa lieve (da imprudenza e da negligenza)¹²⁸.

Dall'art. 2236 cod. civ., pertanto, non può ricavarsi una disciplina differenziata con riguardo al regime probatorio della responsabilità professionale rispetto all'art. 1218 cod. civ. poiché quando il debitore invoca l'art. 2236 cod. civ. deduce semplicemente un fatto impeditivo della responsabilità che ha l'onere di provare in giudizio per giovare dell'effetto favorevole della richiamata disposizione.

Il regime probatorio della responsabilità per inadempimento resta identico sia nelle prestazioni in cui il debitore invoca i problemi tecnici di speciale difficoltà ex art. 2236 cod. civ., sia nelle prestazioni routinarie in cui il risultato è pressoché certo e pertanto idonee a fondare una presunzione di inadempimento¹²⁹, sia in quelle non routinarie perché tale dicotomia è stata abbandonata dalla giurisprudenza della Suprema Corte¹³⁰ che ha a più riprese affermato “sotto il profilo della ripartizione degli oneri probatori [va superata] ogni distinzione tra interventi “facili” e “difficili”, in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla

e ignoranza che normalmente non ci si attende da un professionista di pari livello”; sotto il profilo oggettivo, la disposizione viene in rilievo ove “l'opera liberale, comporta l'individuazione e la soluzione di questioni complesse e incerte ...” ove “la peculiarità dell'oggetto segna il discrimine nella valutazione dell'inadempimento, facendo scattare la limitazione di responsabilità, addebitabile nei soli casi di dolo o di colpa grave”.

¹²⁵ Corte cost. 28 novembre 1973 n. 166; Cass. 1° agosto 1996 n. 6937 in mot.

¹²⁶ Cfr., recentemente, Trib. Mantova, sez. I, 24 maggio 2022 n. 430 in *Dejure* secondo cui l'inadempimento del contratto di mandato professionale dell'avvocato non può essere desunto dal solo mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale ed in particolare al dovere di diligenza richiesto dalla natura dell'attività esercitata ex art. 1176, comma 2, c.c., a meno che la prestazione professionale da eseguire in concreto non riguardi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, nel qual caso la responsabilità del professionista è attenuata, configurandosi solo nel caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.). In materia di responsabilità sanitaria, cfr. Cass. n. 6141/1978 cit. secondo cui l'art. 2236 cod. civ. è invocabile nei casi “non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire” (ad es., Covid 19 nella prima fase della pandemia).

¹²⁷ La S.C. ha chiarito che tanto più è specialistica e professionale la prestazione richiesta, tanto maggiore dovrà essere la scrupolosità del professionista nell'adempimento e la sua diligenza qualificata ex art. 1176, comma 2 e 2236 cod. civ. (cfr. tra le tante Cass. 6 maggio 2020 n. 8494 in tema di responsabilità dell'avvocato; Cass. 4 novembre 2013 n. 24801, Cass. 9 ottobre 2012 n. 17143 Cass. n. 8826/2007 cit. in tema di responsabilità sanitaria; Cass. 20 luglio 2005 n. 15255 in tema di responsabilità del direttore dei lavori) e che, di conseguenza, il professionista 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, 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 altra idonea struttura (Cass. n. 22222/2014 cit.; Cass. n. 8826/2007 cit.; Cass. 5 luglio 2004 n. 12273; Cass. 21 luglio 2003 n. 11316; Cass. 16 maggio 2000 n. 6318).

¹²⁸ Cfr. F. PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale (tenzone tra un giudice e un professore). Parte II: la causalità materiale e obbligazioni di facere professionale*, in *Foro it.*, 11, 2022, 329 nel replicare a G. TRAVAGLINO, *Nessi di causa e prova presuntiva*, in *Il ragionamento presuntivo*, op. cit., 320 e ad E. SCODITTI, op. cit., 268.

¹²⁹ Cfr. precedente nota 118. Tuttavia, per G. D'AMICO, *L'onere della prova*, op. loc. cit., sembra che con riguardo alle prestazioni non routinarie, il creditore abbia sempre l'onere di provare il nesso di causalità tra inadempimento e danno. La distinzione, secondo l'A., rileva sotto il profilo della diversa ripartizione della causa ignota. Nel caso di prestazioni ad alta vincolatività o routinarie, il rischio della causa ignota grava sul debitore, in quello delle prestazioni non routinarie, invece, grava sul creditore. Per G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, op. cit., 20 ss., nelle obbligazioni di mezzi, la prova *prima facie* dell'adempimento da parte del debitore farebbe gravare sul creditore l'onere di allegare e provare la causa che ha prodotto il danno (diversa da quell'adempimento) che avrebbe potuto essere prevista e/o evitata dal debitore ovvero che i suoi effetti potevano essere quanto meno attenuati dallo stesso debitore. Nelle obbligazioni di risultato graverebbe sempre sul debitore l'onere di provare la causa estranea che ha reso impossibile il conseguimento del risultato dovuto e predeterminato *ex ante*.

¹³⁰ Cass. 18 settembre 2015 n. 18307, Rel. Scarano.



*maggior o minor difficoltà della prestazione*¹³¹ ... *Appare ... 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*¹³², *e addossare viceversa al paziente l'onere di provare l'inadempimento quando l'intervento è di particolare o speciale difficoltà* ...¹³³, *in contrasto con il principio di generale favor per il creditore-danneggiato cui l'ordinamento è informato*¹³⁴.

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”.

Pertanto, a prescindere dalla natura routinaria della prestazione, quando non è raggiunto il risultato concordato, interno al rapporto, può configurarsi quella presunzione di inadempimento che, in adesione ad autorevole dottrina¹³⁵, la Suprema Corte intravede nelle prestazioni routinarie.

Ne consegue che in caso di insuccesso, in applicazione della regola generale *ex artt.* 1218 e 2697 cod. civ. di ripartizione dell'onere probatorio fondata sul principio di c.d. vicinanza (o di riferibilità) alla prova¹³⁶, al pari di quanto accade nelle prestazioni routinarie e nei casi di speciale difficoltà, per liberarsi dalla conseguente responsabilità il professionista è tenuto a provare la causa diversa, non a lui imputabile, che ha determinato nel caso concreto il fallimento della sua scelta e, di conseguenza, il rischio della causa ignota non potrà che ricadere sul debitore.

L'esposta conclusione è avallata dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte nella parte in cui sostiene che le linee guida non sono né tassative, né vincolanti, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la miglior soluzione per il paziente e che se il loro rispetto può escludere una responsabilità per imperizia, non incide sul diverso profilo di una responsabilità per imprudenza¹³⁷.

Conformemente a quanto affermato dalle Sezioni Unite del 2001 e del 2008, dunque, il creditore è tenuto soltanto a provare il titolo e il danno-conseguenza nonché ad allegare un inadempimento qualificato del debitore idoneo a produrre il danno-evento.

Tuttavia, se all'esito dell'istruttoria non sarà raggiunta la prova dell'inadempimento contestato perché il debitore è riuscito a provare il proprio adempimento, la domanda andrà rigettata non già per difetto di prova del nesso di causalità materiale tra la condotta e il danno, bensì per allegazione di un inadempimento insussistente¹³⁸.

¹³¹ In senso conforme, Cass. 13 aprile 2007 n. 8826; Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488 richiamate in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

¹³² Cass. 9 ottobre 2012 n. 17143; Cass. 21 luglio 2011 n. 15993; Cass. 7 giugno 2011 n. 12274. Cfr. anche Cass. 24 maggio 2006 n. 12362; Cass. 11 novembre 2005 n. 22894 richiamate in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

¹³³ In senso conforme, Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 10 maggio 2000 n. 5945; Cass. 19 maggio 1999 n. 4852; Cass. 16 novembre 1988 n. 6220; Cass. 18 giugno 1975 n. 2439 richiamate in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

¹³⁴ Cass. 20 febbraio 2006 n. 3651 richiamata in motivazione da Cass. n. 18307/2015 cit.

¹³⁵ G. D'AMICO, *L'onere della prova*, op. loc. cit.

¹³⁶ Cass. n. 18307/2015 cit.; Cass. 9 novembre 2006 n. 23918; Cass. 21 giugno 2004 n. 11488; Cass. sez. un. 23 maggio 2001 n. 7027; Cass. sez. un. n. 13533/2001 cit.; Cass. 13 settembre 2000 n. 12103.

¹³⁷ Cass. 9 maggio 2017 n. 11208.

¹³⁸ Cfr. M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2020, 195 ss., spec. 198 e 200 secondo il quale la cd. causalità in fatto collega il responsabile all'evento dannoso e, nel caso di responsabilità contrattuale, tale profilo concerne l'inadempimento; se, all'esito della CTU, l'evento di danno risulta non riconducibile causalmente alla condotta perita del debitore, vuol dire che il creditore non ha dato prova dell'inadempimento. Perciò la *ratio decidendi* di Cass. 11 novembre 2019 n. 28991 e 28992, avrebbe potuto essere diversa; esclusione della responsabilità del debitore non già perché il creditore non ha provato il nesso di cau-



Neppure sembra condivisibile l'affermazione contenuta nelle decisioni della S.C. qui criticate secondo cui l'interesse presupposto o finale costituisce ad un tempo causa del contratto che fuoriesce dall'oggetto dell'obbligazione che riguarderebbe soltanto l'interesse strumentale.

Se la causa costituisce la sintesi degli effetti in concreto programmati dalle parti, obiettivizzati nel regolamento contrattuale e tramite esso perseguiti, la riconosciuta rilevanza dell'interesse sotto il profilo causale implica che lo stesso formi oggetto dell'impegno condiviso dalle parti e assunto attraverso le rispettive obbligazioni.

Appare inconcepibile che l'interesse finale assuma un rilievo sulla causa del contratto sia pure come motivo comune e non espliciti alcun effetto sull'ampiezza dell'obbligazione¹³⁹; se esso risulta incluso (o presupposto) dalle parti, entra a far parte del regolamento contrattuale¹⁴⁰ come avviene nel caso di danno non patrimoniale da inadempimento¹⁴¹, eventualmente come obbligo di protezione¹⁴². Perché il danno da inadempimento sia risarcibile occorre che l'interesse leso costituisca una utilità dovuta dal debitore (ancorché determinabile a posteriori) inclusa nel vincolo obbligatorio.

Qualora fosse esterno ad esso, quella lesione non produrrebbe alcuna obbligazione risarcitoria, appunto perché il debitore avrebbe leso un interesse correlato a risultato non dovuto sul piano obbligatorio¹⁴³.

È stato inoltre acutamente rilevato in dottrina¹⁴⁴ che anche qualora non fosse stato pre-individuato il risultato atteso dal creditore, l'accertamento dell'inadempimento avviene attraverso un giudizio teleologico a posteriori in cui si compara il risultato prodotto dalla condotta del professionista contestato dal danneggiato con quello astrattamente conseguibile; attraverso una valutazione controfattuale che deve tener conto dei fattori esogeni che di volta in volta si sono manifestati, in grado di condizionare l'esito del risultato non pre-individuato, si ricercano possibili condotte alternative (il cui onere grava sul convenuto), supportate dal sapere scientifico e soltanto in caso di coincidenza tra il risultato ottenuto e quello conseguibile, potrà concludersi che quello realizzato dal debitore era il miglior risultato possibile.

Se, invece, si individuano condotte alternative in grado di far conseguire un risultato migliore (guarigione, attenuazione della patologia, vittoria della causa) rispetto a quello conseguito, ecco allora che è accertato l'inadempimento.

Il risultato dovuto viene infatti identificato a posteriori con il fine che si sarebbe ottenuto adottando mezzi diversi da quelli impiegati dal debitore.

salità materiale (o di fatto), ma perché ha allegato un evento che non è risultato essere un inadempimento, poiché in causa il convenuto ha fornito la prova dell'adempimento.

¹³⁹ R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, in *Foro it., Speciali*, 1 2020, 136 e ss.

¹⁴⁰ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 452 ss.

¹⁴¹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, in *Foro it.* 2009, I, 120 ss.

¹⁴² L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 491 ss.

¹⁴³ F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 181 e 182.; Id, *Causalità e responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 326. Sotto diversa angolazione osserva A. M. BENEDETTI, *op. cit.*, 7 che l'interesse del creditore descritto dall'art. 1174 cod. civ. è uno solo, quello cui corrisponde la prestazione oggetto dell'obbligazione. L'eventuale bene giuridico sotteso a quell'interesse rileva nel diverso contesto della causa (o dell'oggetto) del contratto, ma non incide sull'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale e sulla ripartizione dell'onere della prova.

¹⁴⁴ F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, *op. cit.*, 192 ss. In senso contrario A. PLAIA, *op. cit.*, 346 ss.; N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *NGCC*, 2020, 327 ss. per i quali invece il nesso eziologico (ancorché unitario e relativo alla dimensione del danno risarcibile) non è assorbito nell'inadempimento e va comunque provato dal danneggiato; cfr. però anche le repliche di F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, 575 ss.



In definitiva, a meno di non voler riconsiderare i principi di diritto espressi dalle Sezioni Unite, come pure sostenuto da parte della dottrina (v. *retro* par. 2.2), il creditore non dovrebbe essere tenuto a fornire alcuna prova dell'inadempimento (sia pure, nella sostanza e indirettamente, tramite quella del nesso causale materiale), neppure attraverso presunzioni e, in ogni caso, una volta superata la distinzione tra prestazioni routinarie e non routinarie, anche per queste ultime, dovrebbe configurarsi quella presunzione di inadempimento che, a fronte di una allegazione qualificata dell'inadempimento, onera il debitore a fornire la prova liberatoria.

4. – In materia di responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 cod. civ.*, la distribuzione dell'onere probatorio è sostanzialmente analoga al nuovo statuto della responsabilità del professionista intellettuale (su cui v. *retro*).

Esclusa la natura oggettiva della citata responsabilità in quanto collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento, non potendosi esigere da parte del datore di lavoro la predisposizione di misure idonee a fronteggiare le cause di infortunio imprevedibili¹⁴⁵, il lavoratore che agisce per il risarcimento dei danni è tenuto non soltanto ad allegare l'inadempimento datoriale, ma a provare, oltre al danno subito, anche la nocività dell'ambiente di lavoro inteso come rischio specifico cui è esposto in dipendenza dello svolgimento delle sue mansioni¹⁴⁶, nonché il nesso eziologico tra nocività e danno, pur restando esclusa la prova dell'inadempimento e cioè la dimostrazione della violazione, da parte del datore di lavoro, di specifiche misure antinfortunistiche – anche innominate –¹⁴⁷. Soltanto all'esito dell'indicata prova (anche presuntiva), sorge per il datore di lavoro l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del pregiudizio dedotto e provato in giudizio dal lavoratore¹⁴⁸.

Anche nell'ambito delle azioni risarcitorie da *mobbing*, che ha fonte contrattuale *ex art. 2087 cod. civ.* ed extracontrattuale *ex art. 2043 cod. civ.*, spetta al danneggiato-lavoratore fornire una prova particolarmente rigorosa: non la semplice colpa del datore di lavoro e quindi fatti specifici lesivi, bensì, per la particolare configurazione della fattispecie¹⁴⁹, il dolo specifico del datore stesso e perciò che i singoli fatti lesivi, in sé illegittimi o anche legittimi, sono unificati da un disegno persecutorio preordinato alla prevaricazione¹⁵⁰. Il

¹⁴⁵ Cass. 17 gennaio 2022 n. 1269; Cass. 25 gennaio 2021 n. 1509; Cass. 23 maggio 2019 n. 14066; Cass. 29 marzo 2019 n. 8911.

¹⁴⁶ Cass. 14 ottobre 2019 n. 28516 precisa che gli indici della nocività dell'ambiente lavorativo non sono altro che i concreti fattori di rischio specifico, circostanziati in ragione delle modalità della prestazione lavorativa, tali da differenziare la posizione del lavoratore che svolge quelle particolari mansioni rispetto al rischio generico cui va incontro qualunque individuo. Pertanto, nel caso di aggressione di un ferroviere all'interno del treno da parte di due malviventi, va rigettata la domanda di risarcimento danni *ex art. 2087 cod. civ.* avanzata dal lavoratore aggredito qualora questi non abbia provato il verificarsi di precedenti analoghi fatti delittuosi che avrebbero dovuto indurre il datore di lavoro ad apprestare speciali misure di sicurezza, trattandosi, in difetto della relativa omissione e prova, di rischio generico.

¹⁴⁷ Cass. 23 marzo 2022 n. 10115; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26495.

¹⁴⁸ Oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente, cfr. Cass. 13 marzo 2018 n. 12808; Cass. 16 giugno 2017 n. 14865; Cass. 29 gennaio 2013 n. 2038; Cass. 17 febbraio 2009 n. 3788; Cass. 25 agosto 2003 n. 12467.

¹⁴⁹ L'elemento oggettivo del *mobbing* è integrato dai ripetuti soprusi legati tra loro dall'intento persecutorio nei confronti della vittima, così C.d.S. 19 gennaio 2021 n. 591.

¹⁵⁰ Per TAR Lazio 23 marzo 2012 n. 2973 e TAR Lazio 2 luglio 2012 n. 6008, poiché elemento costitutivo del *mobbing* è un sovrastante disegno persecutorio, una volta ricondotta la controversia risarcitoria nell'alveo della responsabilità contrattuale *ex art. 1218 cod. civ.*, il lavoratore danneggiato deve provare la condotta illecita e il nesso di causalità tra questa e il danno subito e il datore di lavoro l'assenza di una colpa a sé riferibile.



danneggiato dovrà inoltre provare l'evento lesivo e il nesso eziologico tra i fatti lesivi e il pregiudizio alla sua integrità psico-fisica¹⁵¹, gravando invece in capo al datore di lavoro la prova di aver posto in essere tutte le misure necessarie per tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore¹⁵².

Ulteriore discostamento dai principi enunciati dalle Sezioni Unite in punto di allegazione dell'inadempimento sembrerebbe ravvisarsi con riguardo alla impugnazione dei licenziamenti individuali, ove però è la legge a far gravare sul datore di lavoro l'onere probatorio della giusta causa o del giustificato motivo posto a fondamento del recesso (art. 5 L. n. 604/1966).

Difatti, il datore di lavoro che lamenta l'inesatto adempimento del proprio dipendente ha l'onere di provare il fondamento delle proprie doglianze, la giusta causa o il giustificato motivo (soggettivo e oggettivo) di recesso e, quindi, l'inadempimento del debitore (o la sussistenza di motivi oggettivi), persino se oggetto di prova sia un fatto negativo (ad es. licenziamento intimato per mancata prestazione da parte del dipendente delle 40 ore settimanali previste contrattualmente)¹⁵³ conformemente all'esplicita previsione normativa suindicata.

È opportuno osservare che in tema di licenziamento discriminatorio, nonostante la discriminazione sia elemento costitutivo della fattispecie, sussistono notevoli agevolazioni probatorie previste dalla legge in attuazione del diritto eurounitario estensibili, secondo parte della giurisprudenza¹⁵⁴, anche al licenziamento per ritorsione o per rappresaglia¹⁵⁵ nullo perché fondato su motivo illecito ex art. 1345 cod. civ. nel quale, una volta che il datore di lavoro abbia dimostrato la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, il lavoratore dovrà provare che il motivo lecito addotto dal datore di lavoro è insussistente e che l'unica ed effettiva ragione di recesso è la ritorsione¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cass. 17 gennaio 2014 n. 898; Cass. 21 gennaio 2014 n. 1148; Cass. 9 giugno 2020 n. 10992; e Cass. 29 dicembre 2020 n. 29767; Trib. Roma, sez. lav., 15 gennaio 2020 n. 10057 in *Dejure*.

¹⁵² V. nota precedente.

¹⁵³ Cass. 3 giugno 2015 n. 13380.

Sulla necessità che il datore di lavoro provi la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento, la giurisprudenza è ampiamente consolidata. Cass. 16 novembre 2020 n. 25977 precisa che la violazione dell'art. 2697 cod. civ. si configura soltanto nell'ipotesi che il giudice abbia attribuito l'onere della prova a una parte diversa da quella che ne è gravata mentre qualora abbia erroneamente valutato le risultanze istruttorie e affermato che la parte non ha assolto l'onere probatorio su essa gravante, si è in presenza di un vizio di motivazione sindacabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c.; per Cass. 26 aprile 2022 n. 13064, ai sensi dell'art. 5 l. n. 604/1966, in materia di licenziamento disciplinare intimato per lo svolgimento di altra attività, lavorativa o extralavorativa, durante l'assenza per malattia del dipendente, grava sul datore di lavoro la prova che la malattia in questione sia simulata ovvero che la predetta attività sia potenzialmente idonea a pregiudicare o ritardare il rientro in servizio del dipendente medesimo; per Cass. 9 marzo 2021 n. 6497, nell'ipotesi di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore e in presenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n. 216/2003, il datore di lavoro ha l'onere di provare la sussistenza delle giustificazioni del recesso, ai sensi dell'art. 5 l. n. 604/1966, dimostrando non solo il sopravvenuto stato di inidoneità del lavoratore e l'impossibilità di adibirlo a mansioni, eventualmente anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute, ma anche l'impossibilità di adottare accomodamenti organizzativi ragionevoli, con la possibilità di assolvere tale ultimo onere mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari presuntivi, idonei a indurre nel giudice il convincimento che il datore di lavoro abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata in grado di scongiurare il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.

¹⁵⁴ Trib. Cassino, sez. lav., 4 marzo 2021 n. 202 in *Dejure*.

¹⁵⁵ Il licenziamento per ritorsione è l'ingiusta e arbitraria reazione e una ingiustificata vendetta a un comportamento legittimo del lavoratore colpito (ritorsione diretta) o di un'altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione (ritorsione indiretta). Trattasi di licenziamento nullo quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, 2° comma, 1345 e 1324 cod. civ. Siffatto tipo di licenziamento è stato ricondotto, data l'analogia di struttura, alla fattispecie di licenziamento discriminatorio, vietato dagli artt. 4 l. n. 604/1966, 15 l. n. 300/1970 e 3 l. n. 108/1990 – interpretate in maniera estensiva – che ad esso riconnettono le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie di cui all'art. 18 l. n. 300/1970. Cfr. App Roma, sez. lav., 30 settembre 2020 n. 1898 in *Dejure*.

¹⁵⁶ Cass. 14 marzo 2013 n. 6501; Cass. 27 febbraio 2015 n. 3986; Cass. 14 novembre 2016 n. 23149; Cass. 17 novembre 2017 n.



Nel licenziamento discriminatorio, invece, alla natura discriminatoria può accompagnarsi un altro motivo legittimo (ad esempio economico) la cui presenza, diversamente da quanto accade nel licenziamento ritorsivo, non esclude la nullità del recesso¹⁵⁷.

In tema di licenziamento discriminatorio, all'esito della dimostrazione della giusta causa o del giustificato motivo da parte del datore di lavoro, l'onere di provare la discriminazione di genere posta a carico del lavoratore è regolato dall'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006¹⁵⁸. Per la giurisprudenza, la citata disposizione non stabilisce una inversione dell'onere probatorio¹⁵⁹, ma un'attenuazione del regime ordinario che, in linea con l'art. 19 della Direttiva 2006/54/CE, pone a carico del convenuto (nella specie, il datore di lavoro), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, solo una volta che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori¹⁶⁰.

Con riguardo alla responsabilità del lavoratore per i danni procurati al datore di lavoro da negligente svolgimento delle proprie mansioni, spetta al datore di lavoro (creditore) provare la fattispecie di inadempimento e del nesso di causalità tra la condotta del dipendente e il danno e al lavoratore la non imputabilità della violazione delle regole del rapporto e il grado di diligenza dovuto, variabile secondo le peculiarità del singolo rapporto di lavoro¹⁶¹.

Anche in materia di sanzioni disciplinari in cui viene in rilievo un inadempimento del lavoratore a un suo obbligo di diligenza o di fedeltà, grava sul datore di lavoro l'onere di provare l'inadempimento e cioè la mancanza contestata al dipendente e a quest'ultimo la dimostrazione che il mancato adempimento della prestazione è dovuto a causa diversa da un suo difetto di diligenza¹⁶².

In materia di demansionamento che la giurisprudenza riconduce a un inesatto adempimento dell'obbligo gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., è quest'ultimo, quale debitore, tenuto a provare l'esatto adempimento del suo obbligo, o attraverso la prova della mancanza in concreto del demansionamento, ovvero attraverso la prova che è giustificato dal legittimo esercizio dei poteri imprenditoriali o disciplinari oppure, in base all'art. 1218 cod. civ., a fornire la prova di un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile¹⁶³.

27325; Cass. 16 agosto 2018 n. 20742. Cass. 17 ottobre 2018 n. 26035 ha confermato la decisione di merito che, con motivazione logica e coerentemente ancorata ai dati di fatto accertati, aveva desunto il carattere ritorsivo dei licenziamenti da plurimi, gravi e concordanti "elementi presuntivi puntualmente allegati e provati dagli odierni reclamanti", quali la persistenza nella struttura aziendale dell'unità Servizi Generali, l'illegittimità della procedura di mobilità del 2014 coinvolgente unicamente i dipendenti per cui è causa, l'adozione di criteri di scelta atti a consentire una selezione assolutamente discrezionale dei lavoratori da licenziare; cfr. altresì Cass. 16 febbraio 2021 n. 4055.

¹⁵⁷ Cass. 5 aprile 2016 n. 6575; Cass. 7 novembre 2018 n. 28453; Cass. 27 gennaio 2022 n. 2414.

¹⁵⁸ L'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 dispone: "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione".

¹⁵⁹ Cass. 2 novembre 2021 n. 31054.

¹⁶⁰ Cass. 12 ottobre 2018 n. 25543; Cass. 3 febbraio 2016 n. 2113.

¹⁶¹ Cass. 8 luglio 2021 n. 19529 e Cass. 12 gennaio 2018 n. 663.

¹⁶² Cass. 10 dicembre 2015 n. 24938.

¹⁶³ Il lavoratore è tenuto ad allegare gli elementi di fatto significativi dell'illegittimo esercizio del potere datoriale, non anche quelli idonei a dimostrare in modo autosufficiente la fondatezza delle pretese azionate; il datore di lavoro è tenuto a prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti posti dal lavoratore a fondamento della domanda e può allegarne altri, indicativi, del legittimo esercizio del potere direttivo, fermo restando che spetta al giudice valutare se le mansioni assegnate siano dequalificanti, potendo egli presumere, nell'esercizio dei poteri, anche officiosi, a lui attribuiti, la fondatezza del di-



5. – Dall'esame degli orientamenti sopra citati emerge che il creditore è tenuto a provare l'inadempimento del debitore nelle obbligazioni negative ai sensi dell'art. 1222 cod. civ. e in talune fattispecie espressamente previste dalla legge come nel caso dei licenziamenti individuali per giusta causa o giustificato motivo (art. 5 l. n. 604/1966) se si valorizza la qualità di creditore della prestazione del datore di lavoro.

Fuori da tali principali ipotesi, nella più recente giurisprudenza il regime probatorio unitario della responsabilità per inadempimento delineato dalle Sezioni Unite tende a differenziarsi nei casi di inadempimento o inesatto adempimento delle obbligazioni di fare professionale e nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 cod. civ. (anche da *mobbing*).

Seppur non condivisibile (v. *retro* par. 3.1), la ricostruzione giurisprudenziale più recente, attraverso l'ampio richiamo alle presunzioni ex art. 2729 cod. civ., impone la prova del nesso causale cd. materiale e fa gravare sul creditore l'onere non solo di allegare, ma anche di dar prova delle specifiche circostanze di fatto dalle quali possa ricavarci, in via inferenziale, che il comportamento del debitore (asseritamente inadempiente) abbia cagionato l'evento dannoso. Senonché la concreta applicazione dei requisiti della prova presuntiva, finisce, nella sostanza, per imporre al creditore la dimostrazione indiretta dell'inadempimento (o meglio, dei fatti che concretano l'inesatto adempimento).

Soltanto con riguardo alle prestazioni di fare dal risultato vincolato (o predeterminato *ex ante*), la prova del nesso eziologico richiesta dalla giurisprudenza più recente è data *prima facie* dall'idoneità *ex se* del comportamento allegato dal creditore a causare il pregiudizio dedotto in giudizio¹⁶⁴. Non tutte le obbligazioni di fare professionale sono però a esito incerto; in tal caso è di fatto riesumata, a fini probatori, la dicotomia obbligazioni di mezzi (ora di diligenza professionale ovvero dall'esito incerto) e di risultato (ora di dare o fare non professionale ovvero dall'esito vincolato) priva di basi normative, che impone al creditore di fornire la prova dell'inadempimento, sia pure con l'attenuazione derivante dall'uso massivo e talora imprevedibile¹⁶⁵ di presunzioni.

In realtà, poiché l'art. 1218 cod. civ. ha struttura semplificata che sottintende un rapporto obbligatorio già costituito e inadempito di cui disciplina lo stadio patologico e non fa alcun accenno alla causalità materiale, a differenza di quanto accade nell'art. 2043 cod. civ., il creditore del risarcimento ha l'onere di provare soltanto il titolo e il danno conseguente all'inadempimento e la prova del titolo gli dà diritto di ottenere l'*utilitas* derivante dall'esatta esecuzione della prestazione concordata e condivisa col debitore, a meno che questi dimostri un fatto estintivo o impeditivo della pretesa risarcitoria.

ritto fatto valere anche da fatti non specificamente contestati dall'interessato, nonché da elementi altrimenti acquisiti o acquisibili al processo così Cass. 28 luglio 2020 n. 16129; v. anche Cass. 3 marzo 2016 n. 4211; cfr. altresì App. Catanzaro, sez. lav., 29 luglio 2021 n. 859 in *Dejure* secondo cui in tema di contenzioso per demansionamento, spetta al lavoratore creditore allegare l'inesattezza dell'adempimento della controparte datoriale e dunque, nel caso di adibizione a mansioni inferiori a quella della propria qualifica, indicare quali siano i compiti di cui egli assume il carattere dequalificante. E l'onere della prova dell'esatto adempimento, che grava sul datore di lavoro-debitore, è logicamente successivo a quello di allegazione che si sostanzia nell'indicazione dei compiti che il lavoratore denuncia dequalificanti. Se, perciò, il lavoratore non assolve al suo onere di allegazione, non scatta l'onere della prova del datore di lavoro.

¹⁶⁴ Cfr. Cass. 29 marzo 2022 n. 10050 in mot. in *Foro it.*, 7-8, 2022, con nota di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Responsabilità sanitaria, nessi di causa e narrative*, 2482 ss.

¹⁶⁵ Evidenzia il rischio che la costruzione di presunzioni, senza un'adeguata compenetrazione di regole scientifiche e giuridiche, possa condurre ad eccessi di discrezionalità giudiziaria S. PATTI, *Le presunzioni semplici*, op. cit., 25. Come s'è osservato in precedenza, v'è anche l'ulteriore rischio che le presunzioni vengano costruite al momento della decisione in assenza di contraddittorio preventivo tra le parti.