

## **CASSAZIONE: NO AD UN ULTERIORE INDENNIZZO PER DANNO ESISTENZIALE**

In una interessante sentenza la Corte di Cassazione (III sez. civ.) ha rigettato l'istanza di una paziente sottoposta ad intervento presso una casa di cura privata, ed a seguito del quale aveva riportato gravi inestetismi, specificando che, nella liquidazione del danno alla salute, non è ammissibile una duplicazione del risarcimento sotto la categoria generica del "danno esistenziale". Liquidato il "danno biologico", non può dunque essere richiesto un ulteriore indennizzo per "danno esistenziale", in quanto nella stima del primo rientra la "perdita della capacità di produrre reddito", concetto questo che non differisce dal "danno estetico" o dal "danno alla vita di relazione". La sentenza in esame riferisce inoltre circa l'adeguata commisurazione dell'importo da parte del Giudice di merito, richiamando i principi già delineati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 1712 del 1995, relativamente alla tecnica degli interessi compensativi, determinando un tasso medio del 7 per cento. La Suprema Corte coglie inoltre l'occasione per confermare il principio della responsabilità in solido del medico e della casa di cura, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato.

### **CORTE DI CASSAZIONE (sez. III civile, sent. n. 23918 del 9 novembre 2006)**

#### **Svolgimento del processo**

Con citazione notificata il 15.3.1991, P.A., premesso che in data 15.3.1991 era stata sottoposta ad intervento chirurgico dal Dr. L.G. nella casa di cura Villa Tiberia con enucleazione di adenoma mammario ed esecuzione di mastoplastica riduttiva bilaterale e che per l'errata tecnica operatoria e l'insufficiente assistenza postoperatoria aveva riportato gravi inestetismi, con conseguente stato depressivo ansioso, conveniva davanti al tribunale di Roma il Dr. L. e la casa di cura Villa Tiberia s.r.l., per sentirli condannare in solido al risarcimento dei danni. Si costituiva il L., che chiamava in garanzia la propria assicurazione UAP Assicurazioni s.p.a. (poi Axa Assicurazioni). Si costituiva quest'ultima, che si associava alle difese del suo assicurato. Si costituiva anche la casa di cura, che assumeva che il L. non era suo dipendente. Il tribunale di Roma condannava il Dr. L. al risarcimento dei danni in favore dell'attrice, per Euro 53.951,89, nonché agli interessi dalla data di pubblicazione della sentenza ed alle spese legali; condannava, altresì, l'AXA Assicurazioni a tener indenne il proprio assicurato. Il tribunale rigettava la domanda nei confronti della casa di cura Villa Tiberia. Avverso questa sentenza proponevano appello l'attrice ed appelli incidentali il L. e la Axa Assicurazioni. La Corte di appello di Roma, con sentenza n. 2094 del 2005, in parziale riforma della sentenza di primo grado, condannava la casa di cura Tiberia in solido con L.G. al risarcimento dei danni. Riteneva il giudice di appello che era ravvisabile un collegamento tra il contratto stipulato tra la paziente ed il medico e quello tra la paziente e la casa di cura, avente quest'ultimo ad oggetto la prestazione dei servizi accessori alla prestazione del medico, anche se non suo dipendente, per cui la casa di cura rispondeva a titolo contrattuale dell'intervento effettuato nella sua struttura, per quanto da medico non suo dipendente, ma direttamente scelto dalla paziente; che, sulla base di entrambe le relazioni di c.t.u., emergeva un nesso causale tra il danno riportato dall'attrice ed il ritardo con cui era stata rilevata la 1 iponecrosi, formatasi già nei primi giorni dopo l'intervento, con insorgenza di stato febbrile; che incautamente era stata disposta la dimissione dell'attrice dalla casa di cura, nonostante la temperatura febbrile, per cui vi era stato anche un difetto di assistenza postoperatoria; che era chiara la colpa del medico sotto il duplice profilo del difetto di sorveglianza postoperatoria e dell'errore diagnostico rappresentato dall'attribuzione dello stato febbrile ad un fenomeno di riassorbimento, nonchè quella della casa

di cura di dimettere la paziente, nonostante la delicatezza dell'intervento, la frequenza dell'indicata complicità post-operatoria e la conoscenza delle condizioni della paziente, quale risultante dal registro giornaliero di reparto.

Riteneva, poi, la corte che la paziente non fosse stata resa edotta del rischio dell'intervento; che il danno biologico correttamente era stato determinato nella misura del 14%, anche sotto il profilo delle funzioni fisico-psichiche; che, liquidato il danno biologico nella misura di Euro 20.393,00 sulla base delle tabelle in uso presso il tribunale di Roma, equa era la liquidazione del danno morale nella misura della metà, indice massimo previsto da tali tabelle, e, quindi in Euro 10.000,00; che detta somma non andava rivalutata, essendo stata liquidata dal tribunale alla data della decisione del primo giudice, mentre erano state rivalutate le spese mediche; che correttamente il primo giudice, in applicazione dei principi fissati dalla S.C., aveva riconosciuto la somma di Euro 21.351,55 per il ritardato pagamento, applicando sul credito originario, annualmente rivalutato, gli interessi del 7%. Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per Cassazione P. A..

Resistono con rispettivi controricorsi L.G., Villa Tiberia s.r.l. e la Axa Assicurazioni s.p.a., proponendo ciascuno ricorso incidentale. La ricorrente e la resistente Villa Tiberia hanno presentato memorie.

### **Motivi della decisione**

1. Preliminarmente vanno riuniti i ricorsi, a norma dell'art. 335 c.p.c.. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente principale, P. A., lamenta la violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione agli artt. 2043, 2059, 1218, 1223, 1226 e 2056 c.c.. Lamenta la ricorrente che la sentenza impugnata, pur avendo liquidato il danno biologico ed il danno morale, non le ha liquidato il danno esistenziale, conseguente alla menomazione subita nel contesto sociale nelle principali forme caratterizzanti soggettive (famiglia, lavoro, attività sociali ecc.), come pure era dovuto a seguito delle sentenze n. 8827 ed 8828/2003, ai sensi dell'art. 2059 c.c., avendo subito essa attrice, di anni 25, una lesione deturpante.

2.1. Il motivo è infondato e va rigettato. Come questa Corte ha osservato (Cass. 31.5.2 003, n. 8828; Cass. 31.5.2003, n. 8827; cfr. anche Cass. 16525/2003; Cass. 10482/04) nel vigente assetto ordinamentale (nel quale assume posizione preminente la Costituzione, che all'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo), il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., non può più essere identificato (secondo la tradizionale, restrittiva lettura dell'art. 2059 c.c. in relazione all'art. 185 c.p.) soltanto con il danno morale soggettivo, costituito dalla sofferenza contingente e dal turbamento dell'animo transeunte, determinati da fatto illecito integrante reato. A seguito di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., fondata sul principio cd. della "drittwirkung", le norme costituzionali, che attengono a valori inviolabili della persona umana, non solo hanno efficacia precettiva nei confronti dello Stato, ma sono anche immediatamente efficaci nei rapporti privatistici. Pertanto nell'ambito del danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., rientra, oltre al tradizionale danno morale subiettivo nei casi previsti dalla legge, anche ogni ipotesi in cui si verificasse un'ingiusta lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, dalla quale lesione conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge correlata principalmente all'art. 185 c.p..

2.2. Tale interpretazione, decisamente da condividere, ha riportato la responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal codice vigente tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), con la conseguenza che lo stesso danno biologico, quale danno alla salute, rientrando a pieno titolo a norma dell'art. 32 Cost., tra i valori della persona umana considerati inviolabili dalla Costituzione, trova la sua tutela non nell'art. 2043 c.c., ma nell'art. 2059 c.c.. Senonchè, mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, con il solo riferimento al "danno ingiusto", la clausola generale e primaria di cui all'art. 2043 c.c.

comporta un'atipicità dell'illecito, come esattamente affermato a seguito degli arresti della S.C. n. 500 e 501 del 1999, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile. Infatti la struttura dell'art. 2059 c.c. limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge. La lettura suddetta, costituzionalmente orientata, della Corte di legittimità, ha in buona sostanza ritenuto che, non potendo il legislatore ordinario, per il principio della gerarchia delle fonti, porre limiti alla risarcibilità di valori della persona umana, nella misura e nei casi in cui sono considerati inviolabili dalla Costituzione, anche a detti valori va riconosciuta la tutela minima, e cioè quella risarcitoria. 2.3. Così interpretando l'art. 2059 c.c., si è rimasti nella tipicità del danno non patrimoniale, in quanto si è ritenuto che esso sia risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge ordinaria, ma anche nel caso di lesioni di specifici valori costituzionalmente garantiti della persona. La conseguenza di ciò è che ai fini dell'art. 2059 c.c. non può farsi riferimento ad una generica categoria di "danno esistenziale" (dagli incerti e non definiti confini), poichè attraverso questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale

nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione dell'apparente tipica figura categoriale del "danno esistenziale", in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini specifici della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario nè è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona, ritenuti inviolabili dalla norma costituzionale. Pertanto il risarcimento del danno non patrimoniale, fuori dalla ipotesi di cui all'art. 185 c.p. e delle altre minori ipotesi legislativamente previste, attiene solo all'ipotesi specifiche di valori costituzionalmente garantiti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero, ecc. ) ma in questo caso non vi è un generico danno non patrimoniale "esistenziale", ma un danno da lesione di quello specifico valore di cui ad un individuato referente costituzionale (in questi termini anche Cass. 19.5.2006, n. 11761).

Non è sufficiente, quindi, come per il danno patrimoniale, che sussista una lesione di una posizione giuridica considerata meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, sia pure a fini diversi da quelli risarcitori, ma è necessario, ai fini della risarcibilità ex art. 2059 c.c. che tale lesione attenga a valori della persona umana che la Costituzione dichiara inviolabili, e, come tali, oggetto almeno della tutela minima, che è quella risarcitoria.

2.4. Nè quanto sopra detto si pone in contrasto con quanto hanno statuito le S.U. con sentenza n. 24.3.2006, n. 6572. L'arresto ha ad oggetto il riparto degli oneri probatori in tema di riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale biologico o esistenziale da demansionamento o dequalificazione ed intende il danno esistenziale "come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno". La sentenza, infatti, ha cura di premettere (pag. 9) che "la tesi maggioritaria in dottrina e giurisprudenza è quella che prospetta la responsabilità datoriale come di natura contrattuale. Ed, infatti, stante la peculiarità del rapporto di lavoro, qualunque tipo di danno lamentato si configura come comportamento già illecito sul piano contrattuale....". Il danno alla salute o alla personalità morale del lavoratore deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c., che inserisce nell'ambito del contratto di lavoro i principi costituzionali relativi al lavoratore. "Il datore versa in una situazione di inadempimento contrattuale regolato dall'art. 1218 c.c. con conseguente esonero della prova della sua imputabilità, che va regolata in stretta connessione con l'art. 1223 c.c.. Vi è da aggiungere che l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 c.c. (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore) assicura il diritto di accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali, e, quindi, non è necessario per superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 c.c. (sull'evoluzione di detta tematica vedi Corte Costituzionale n. 233/2003 e l'indirizzo inaugurato da Cass. n. 7283 del 12 maggio 2003) verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a

livello costituzionale, perchè la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile".

In altri termini quanto alla tutela accordata dall'art. 2059 c.c., in sè considerato (e cioè fuori dalla peculiarità della fattispecie contrattuale di danno alla personalità morale del lavoratore, e, quindi, dalla sua relazione con l'art. 2087 c.c.) viene ribadito (nei limitati termini in cui era necessario in relazione all'oggetto del ricorso) che nulla è innovato rispetto all'indirizzo di questa Corte, inaugurato nel 2003, e quindi che tale tutela non è accordata ad una categoria generale di danno, ma alla lesione di specifici interessi protetti a livello costituzionale, salvo sempre ovviamente i casi espressamente previsti dalla legge, a cui fa riferimento l'art. 2059 c.c..

Quanto alla tutela del danno non patrimoniale del lavoratore da demansionamento o da dequalificazione, in seguito qualificato come danno esistenziale del lavoratore, a parte il rilievo non secondario che la sentenza stessa ne indica il preciso contenuto ed i confini (così sfuggendo al rischio proprio di una categoria generica, *bonne à tout faire*) la sentenza in questione ne individua la fonte di tutela (ma al tempo stesso il limite di operatività) nell'art. 2087 c.c., nella parte in cui la norma sanziona i comportamenti datoriali che ledano la "personalità morale" del lavoratore. Inoltre questo tipo di danno cd. esistenziale viene riportato nell'ambito della violazione di un obbligo contrattuale, per quanto determinato ex lege, con la conseguenza che tale tutela risarcitoria contempla un'ipotesi legislativamente prevista di risarcimento di danno non patrimoniale con riferimento al campo della responsabilità contrattuale (in merito alla quale, tendenzialmente, si esclude tale soluzione, vedasi la dottrina dominante in merito all'art. 1174 c.c.). Così inquadrata la natura della tutela risarcitoria per la lesione "della personalità morale dei prestatori di lavoro", le conseguenze sono due.

In primo luogo, si tratta di interpretare il contenuto di tale clausola contrattuale ex lege di cui all'art. 2087 c.c., e ciò è stato effettuato dalle S.U. con riferimento al cd. danno esistenziale (come presupposto per la risoluzione del contratto in merito agli oneri processuali), ma ciò non significa che eguale clausola ex lege è "esportabile" in ogni contratto ed ancor di più fuori dall'ambito suo proprio contrattuale, in assenza di un eguale norma del legislatore su tale categoria di danno. Inoltre, e consequenzialmente, non può sostenersi che il suddetto arresto delle S.U. abbia inciso sulla struttura del risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e cioè nell'ambito diverso della responsabilità aquiliana, affermando che esso, investe anche la lesione del cd. "danno esistenziale".

2.5. Ciò comporta che nel caso in esame, in cui è domandato il risarcimento del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 c.c., fuori dai casi espressamente previsti dalla legge o da ipotesi di lesioni di specifici valori della persona umana costituzionalmente garantiti, vada rigettato il motivo di ricorso nella parte in cui lamenta il mancato risarcimento di un danno esistenziale, come sopra inteso.

2.6. Non vi è dubbio, invece, che l'integrità psicofisica della persona costituisca un valore costituzionalmente protetto ai sensi dell'art. 32 Cost. sotto il profilo del diritto alla salute. Il danno alla salute (o "danno biologico") comprende ogni pregiudizio diverso da quello consistente nella diminuzione o nella perdita della capacità di produrre reddito che la lesione del bene alla salute abbia provocato alla vittima e non è concettualmente diverso dal danno estetico o dal danno alla vita di relazione, che rispettivamente rappresentano, l'uno una delle possibili lesioni dell'integrità fisica e l'altro la impossibilità o difficoltà di reintegrarsi nei rapporti sociali e di mantenerli ad un livello normale. Di entrambi il giudice deve tenere, conto nella liquidazione del danno alla salute complessivamente considerato al fine di assicurare il corretto ed integrale risarcimento dell'effettivo pregiudizio subito dalla vittima (Cass. 26.2.2004, n. 3868; Cass. n. 15859 del 2000). Ma la perdita subita sotto questi profili integra il danno biologico, nelle sue varie componenti. Tale danno (come anche quello morale soggettivo) è stato liquidato nelle sue varie componenti dal giudice di merito e non è possibile una duplicazione liquidatoria della stessa voce di danno, sotto la categoria generica del "danno esistenziale".

3. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente principale lamenta la violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione agli artt. 2059 e 1218 c.c.. Assume la ricorrente che la sentenza impugnata ha liquidato il danno morale facendo riferimento esclusivamente alle tabelle in uso presso il Tribunale di Roma, senza adeguarle al caso concreto e senza tener conto delle specifiche contestazioni che essa aveva mosso, con riferimento ai patimenti subiti per l'effetto devastante delle lesioni riportate, avuto riguardo alla sua vita affettiva e sessuale ed al fatto che trattavasi di una giovane di anni 25.

4. Il motivo è infondato e va rigettato. Osserva questa Corte che, nella liquidazione equitativa del danno non patrimoniale derivante da fatto illecito, il giudice di merito deve tener conto delle effettive sofferenze patite dall'offeso, della gravità dell'illecito di rilievo penale e di tutti gli elementi della fattispecie concreta, in modo da rendere la somma liquidata adeguata al particolare caso concreto (Cass. 6 ottobre 1994, n. 8177). Il giudice può anche tenere conto di criteri predeterminati, come base di partenza per procedere a questa liquidazione, ma deve dar atto di aver, in ogni caso provveduto alla personalizzazione di tale liquidazione, con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto e di non aver applicato i valori tabellari con mero automatismo. Nella fattispecie il giudice di appello ha ritenuto, con valutazione di merito, rientrante nell'ambito dei suoi esclusivi poteri di accertamento e valutazione, che il tribunale, adottando la frazione più alta di liquidazione del danno morale (nella misura della metà del danno biologico), ha apprezzato appieno, in relazione alla giovane età ed al sesso della danneggiata, le sofferenze conseguenti al danno fisico subito.

5. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 (insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia prospettata dalle parti) in relazione all'art. 1224 c.c. per non aver riconosciuto gli interessi legali dalla data del fatto sulla somma liquidata a norma dell'art. 1224 c.c..

6. Il motivo è manifestamente infondato. Infatti la sentenza impugnata, nel confermare la sentenza di primo grado sul punto, dà atto che il primo giudice correttamente ha liquidato il danno per ritardato pagamento della somma liquidata all'attualità Euro 21.351,55, applicando al credito originario, devalutato e poi annualmente rivalutato, un tasso medio di interessi determinato equitativamente nella misura del 7% (pag. 17 della sentenza impugnata).

Così operando il giudice di merito ha fatto corretta applicazione dei principi di cui alla sentenza delle S.U. n. 1712/1995, in tema di liquidazione del danno da ritardato pagamento nei debiti di valore, effettuato con la tecnica degli interessi compensativi. Ove la ricorrente avesse ritenuto che, contrariamente a tale attestazione di avvenuta liquidazione del danno da ritardo con la tecnica degli interessi legali sulla somma annualmente rivalutata (dalla data del fatto) da parte del primo giudice, tale liquidazione degli interessi in effetti non era stata effettuata dal Tribunale, la censura doveva essere proposta con il rimedio revocatorio, trattandosi di censura di travisamento del fatto.

7. Con l'unico motivo del ricorso incidentale il Dr. L. G. lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1176, 2043 e 2236 c.c. con riferimento all'art. 369 c.p.c., n. 3, nonché omessa ed insufficiente motivazione circa punti decisivi della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5. Assume il ricorrente che nella vicenda di causa non esistevano proprie responsabilità professionali, essendo stato effettuato correttamente l'intervento ed avendo egli dimesso la paziente attrice in presenza di un quadro clinico perfettamente confacente al tipo di intervento ed al prevedibile decorso post-operatorio. 8.1. Ritiene questa Corte che il motivo è infondato nella duplice prospettazione. Anzitutto non sussiste alcuna violazione degli artt. 1176 e 2236 c.c.. La responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione ha, infatti, natura contrattuale ed è quella tipica del professionista, con la conseguenza che trovano applicazione il regime proprio di questo tipo di responsabilità quanto alla ripartizione dell'onere della prova e i principi delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale relativamente alla diligenza e al grado della colpa (Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in motiv.; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; 21 luglio 2003,

n. 11316, in motiv.).

8.2. Trattandosi di obbligazioni inerenti all'esercizio di attività professionali, la diligenza nell'adempimento deve valutarsi, a norma dell'art. 1176 c.c., comma 2, con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Dispone" poi l'art. 2236 c.c. che se la prestazione implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo e colpa grave. Gli artt. 1176 e 2236 c.c. esprimono dunque l'unitario concetto secondo cui il grado di diligenza dev'essere valutato con riguardo alla difficoltà

della prestazione resa. La colpa è inosservanza della diligenza richiesta. L'obbligazione assunta dal professionista consiste in un'obbligazione di mezzi, cioè in un'attività indirizzata ad un risultato. Il mancato raggiungimento del risultato non determina inadempimento (v. Cass. 26 febbraio 2003 n. 2836). L'inadempimento (o l'inesatto adempimento) consiste nell'aver tenuto un comportamento non conforme alla diligenza richiesta, mentre il mancato raggiungimento del risultato può costituire danno consequenziale alla non diligente prestazione o alla colpevole omissione dell'attività sanitaria.

8.3. Quanto al riparto dell'onere della prova le Sezioni Unite (30.10.2001, n. 13533), nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici, hanno enunciato il principio - condiviso dal Collegio - secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. Applicando questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico deve affermarsi che il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento. La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà.

Porre a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento della prestazione medica soddisfa in pieno a quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Infatti, nell'obbligazione di mezzi il mancato o inesatto risultato della prestazione non consiste nell'inadempimento, ma costituisce il danno consequenziale alla non diligente esecuzione della prestazione. In queste obbligazioni in cui l'oggetto è l'attività, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia "vicina" a chi ha eseguito la prestazione; tanto più che trattandosi di obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto. 8.4. Nella fattispecie la sentenza impugnata ha rilevato che la colpa del sanitario risulta positivamente accertata dalle conclusioni dei c.t.u. sia sotto il profilo del difetto di sorveglianza adeguata al periodo postoperatorio sia dall'errore diagnostico rappresentato dall'attribuzione dello stato febbrile ad un mero fenomeno di riassorbimento e non alla liponecrosi, consentendo, ciononostante la dimissione ed intervenendo solo in 8<sup>a</sup> per una, ormai intempestiva decompressione e "toilette". Nè il ricorrente assume che fosse stato da lui provato che la prestazione era di particolare difficoltà, nei termini sopra indicati.

9. Con il proprio ricorso incidentale la ricorrente Villa Tiberia s.r.l. lamenta la falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1307, 1453, 2043, 2055 e dell'art. 4 della convenzione regione Lazio - Villa Tiberia, nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia. Assume la ricorrente incidentale che anzitutto la liponecrosi era intervenuta successivamente alla dimissione dalla casa di cura della paziente e, quindi, che di tale danno essa non poteva rispondere, mentre sul punto la Corte non si era pronunciata; che, proprio per la convenzione tra la Regione Lazio e la casa di cura (art. 4), quest'ultima doveva dimettere gli assistiti non appena si trovassero nelle condizioni di proseguire le cure a domicilio o ambulatorialmente; che nella fattispecie il medico di fiducia dell'attrice (il L.), cui unicamente competeva tale scelta, aveva ritenuto che la paziente potesse essere dimessa, per cui essa casa di cura non poteva opporsi a tale scelta nè potevano sostituirsi al medico fiduciario i medici della casa di cura; che in ogni caso tale complicazione della liponecrosi era curabile anche domiciliariamente, come, in effetti avvenne, con decompressione della ferita. Infine la ricorrente incidentale lamenta che non sia stata fornita la prova del nesso causale tra la dimissione della paziente (fatto a lei addebitato) ed il danno subito dalla stessa, in quanto tale danno fu determinato solo dal ritardo dell'assistenza post-operatoria, di competenza esclusiva del chirurgo di fiducia.

Ritiene la ricorrente che poichè "il fatto del chirurgo" risulta accertato nel ritardo con cui egli eseguì la decompressione della ferita e nell'omessa adeguata informazione da parte dello stesso del "danno inevitabile", risulta evidente l'illegittimità della condanna solidale. 10.1. Il motivo è infondato e va rigettato. In materia si deve ribadire il principio secondo cui il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento dal corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, dal personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessaria, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento dalle obbligazioni direttamente a suo carico, nonchè, ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto (Cass. 14 luglio 2004, n. 13066; 8 gennaio 1999, n. 103; 11 marzo 1998, n. 2678). 13/01/2005, n. 571; Cass. S.U. 1/07/2002 n. 9556).

10.2. Premesso ciò in punto di diritto, va osservato che la Corte di merito, sempre sulla base delle consulenze medico-legali, ha accertato un nesso causale tra il danno fisiognomico, subito dall'attrice ed il ritardo con cui è stata diagnosticata la complicità post-operatoria, costituita dalla liponecrosi; che la "temperatura febbrile di 38 gradi nei primi tre o quattro giorni è suggestiva di liponecrosi" e che la diagnosi di febbre di riassorbimento effettuata dal chirurgo fu una "imprevedibile rassicurazione per sè, per la sua paziente ed i familiari", per cui proprio la temperatura febbrile, insorta subito dopo l'intervento e prima della dimissione, costituiva il principale sintomo dell'insorgenza della liponecrosi; che - conseguentemente - la paziente non doveva essere" dimessa, ma sottoposta, già prima della dimissione, ad intervento terapeutico. Ne consegue che nella ricostruzione fattuale effettuata dalla Corte di merito, l'errore diagnostico del chirurgo fu effettuato allorchè la paziente attrice era ancora ricoverata nella casa di cura ed a tale errore di diagnosi conseguì un errore di terapia in quanto in luogo di un tempestivo

intervento di decompressione e "toilette" la paziente fu dimessa, ritenendola affetta solo da febbre di riassorbimento.

Essendo questo l'esatto quadro clinico al momento della dimissione della paziente, (dimessa - in buona sostanza - come paziente in corso di guarigione da postumi febbrili in esaurimento e non come paziente con complicanza in corso da liponecrosi, necessitante di urgente intervento di decompressione) per le ragioni sopra esposte in merito alla responsabilità della casa di cura per il comportamento del medico, anche non subordinato, è irrilevante stabilire se competente a disporre la dimissione della paziente fosse il chirurgo, che aveva effettuato l'operazione (cioè il L.) ovvero i medici dipendenti della casa di cura, poichè, in ogni caso il comportamento colposo (errore di diagnosi e terapia) del L. integra, a norma dell'art. 1228 c.c., responsabilità della casa di cura.

10.3. E' altresì irrilevante in questa sede di domanda risarcitoria contrattuale proposta dalla danneggiata il fatto che, successivamente alla dimissione (avvenuta dopo due giorni dall'intervento) il L. perseverò nell'errore fino all'8 giorno, in cui diagnosticò l'esatta affezione e provvide alla corretta, ma intempestiva, terapia. Infatti una volta accertato che l'errore diagnostico e terapeutico del L. iniziò già durante la degenza nella casa di cura e cioè nei primi due giorni dall'intervento e che per questa ragione, stante il suddetto inquadramento giuridico, di tale inadempimento risponde contrattualmente anche la casa di cura, il fatto che l'inadempimento contrattuale del L., relativamente al contratto di prestazione d'opera professionale, continuò anche successivamente dalla dimissione dalla casa di cura della paziente attrice per ulteriori sei giorni, non esclude la solidarietà dei due convenuti. Infatti per giurisprudenza consolidata di questa Corte quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi ed il danneggiato, sussistono tutte le condizioni necessarie perchè i predetti soggetti siano corresponsabili in solido. Infatti, sia in tema di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, se l'unico evento dannoso è imputabile a più persone, è sufficiente, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo di risarcimento, che le azioni o omissioni di ciascuna abbiano concorso in modo efficiente a produrre l'evento (Cass. 15/06/1999, n. 5946; Cass., 28 gennaio 1985, n. 488; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13039; Cass., 10 dicembre 1996, n. 10987).

10.4. Ciò discende non tanto, come pure si è sostenuto, dal fatto che l'art. 2055 c.c. costituisca un principio di carattere generale estensibile anche alla responsabilità contrattuale (Cass., 26 maggio 1995, n. 7231), ma dai principi stessi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di cause tutte egualmente efficienti della produzione di un determinato danno, di cui l'art. 2055 c.c. è un'esplicitazione in tema di responsabilità extracontrattuale. Pertanto, poichè il danno subito dall'attrice, trova causa efficiente sia nell'inadempimento contrattuale realizzatosi durante la degenza nella casa di cura (inadempimento ascrivibile sia al L. che alla Villa Tiberia, per le ragioni sopra dette), sia in quello successivo alla dimissione, ascrivibile esclusivamente al L., entrambi detti soggetti sono responsabili solidalmente nei confronti dell'attrice del risarcimento dell'intero danno (art. 1292 c.c.).

10.5. Da ciò consegue che, una volta che è stato accertato dal giudice di merito che già nei due giorni di degenza postoperatoria presso la casa di cura si era verificato l'inadempimento contrattuale del L. (e quindi della casa di cura presso cui l'attrice era degente), poichè non è stata proposta azione di regresso della Villa Tiberio nei confronti del L. (a norma dell'art. 1299 c.c.), non ha rilevanza in questa sede (e conseguentemente non vi è interesse processuale della Villa Tiberio in questa causa sul punto) l'accertamento se la Villa Tiberio fosse tenuta a dimettere la paziente per la convenzione con la regione Lazio, se essa poteva opporsi alla dimissione disposta dal L.; se la terapia corretta poteva svolgersi anche domiciliariamente, come in effetti, sia pure tardivamente, avvenne; se il danno subito dall'attrice trovava causa anche in altri successivi comportamenti colposi del L..

11. Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente incidentale AXA Assicurazioni s.p.a., quale assicuratrice della responsabilità civile del Dr. L., lamenta la violazione dell'art. 345 c.p.c., in

relazione all'art. 1916 c.c. per avere la corte di appello dichiarato inammissibile, perchè nuova, la domanda di regresso da essa proposta nei confronti della Villa Tiberia. Sostiene la ricorrente che tale domanda era conseguenza della sentenza di condanna di primo grado nei confronti del suo assicurato e come tale non era inammissibile.

12. Il motivo è infondato. Infatti, indipendentemente dalla condivisibilità dell'orientamento secondo cui, nel caso di surrogazione ai sensi dell'art. 1916 c.c. dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato, il subingresso nella posizione di quest'ultimo include la successione nell'azione di regresso, al medesimo eventualmente spettante, nei confronti dell'unico responsabile o dei corresponsabili del danno, configurandosi questa come momento dinamico della surrogazione, con la conseguenza che, fatta valere in primo grado la surroga ex art. 1916 cit., la richiesta in appello di regresso nei confronti del responsabile non integra domanda nuova, vietata dall'art. 345 c.p.c. (Cass. 5/03/1984, n. 1548), va in ogni caso osservato che nella fattispecie la ricorrente incidentale non aveva proposto in primo grado né domanda di surrogazione né di regresso. 13. I ricorsi vanno pertanto rigettati. Esistono giusti motivi per compensare per intero tra le parti le spese di questo giudizio di Cassazione.

### **P.Q.M.**

Riunisce i ricorsi e li rigetta. Compensa tra le parti le spese del giudizio di Cassazione. Così deciso in Roma, il 12 ottobre 2006. Depositato in cancelleria il 9 novembre 2006.