

"Omissis"

Svolgimento del processo

1. F.R. convenne in giudizio, davanti al Tribunale di Roma, il Dott. A.A., odontoiatra, affinché fosse condannato al risarcimento dei danni da lei subiti in conseguenza di un intervento di installazione di protesi dentaria, asseritamente male eseguito.

Costituitosi il Dott. A., chiese il rigetto della domanda e chiamò in manleva le società di assicurazione N.- poi divenuta N. Assicurazioni s.p.a. - e N. T.s.p.a.; queste, costituendosi, dichiararono entrambe che la polizza assicurativa era inapplicabile, siccome stipulata in data successiva ai fatti di causa.

Il Tribunale, fatta svolgere una c.t.u. e disposta l'acquisizione di documenti, rigettò la domanda e compensò le spese.

2. La sentenza è stata appellata dalla F. in via principale e dal Dott. A. in via incidentale, il secondo in relazione al profilo della compensazione delle spese.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza del 16 febbraio 2010, ha rigettato entrambi gli appelli ed ha compensato anche le spese del giudizio di secondo grado.

Ha osservato la Corte capitolina che era corretta la decisione del primo giudice in ordine al fatto che, avendo la parte attrice ritirato il proprio fascicolo di parte all'udienza del 6 novembre 2002, senza che ne risultasse annotato il successivo deposito, la causa doveva essere decisa allo stato degli atti; il giudice, infatti, è tenuto a svolgere ricerche in cancelleria e, se del caso, a concedere un termine per la ricostruzione del fascicolo solo nel caso in cui non risulti alcuna annotazione dell'avvenuto ritiro. E poichè il ritiro ed il nuovo deposito del fascicolo di parte deve avvenire necessariamente tramite il cancelliere, la Corte ha ritenuto inammissibile la prova per testi in ordine alla circostanza dell'avvenuta restituzione del fascicolo stesso.

Ha aggiunto il giudice d'appello che, a causa di tale mancanza, il Tribunale aveva correttamente escluso la tardiva produzione dell'esame d'escandiscia; nè i documenti potevano essere prodotti in appello, alla luce delle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c..

Quanto al merito della vicenda, la Corte d'appello ha affermato che le conclusioni del c.t.u. - secondo cui l'impianto presentava un'eccessiva inclinazione distale e la protesi dell'emiarcata superiore destra era troppo estesa rispetto ai pilastri esistenti - erano da ritenere confutate "dalle precise considerazioni, riportate in pronuncia e richiamate, del consulente di parte convenuta".

Ragione per cui difettavano elementi sufficienti ad affermare che l'infezione patita dall'appellante, che aveva reso poi necessaria l'estrazione di due denti, potesse ricondursi all'intervento del professionista. Pertanto, essendo a carico del paziente l'onere della prova circa la sussistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento, tale onere non era stato assolto, il che rendeva superfluo l'esame sia circa l'esistenza di una colpa professionale sia in ordine agli eventuali ulteriori oneri di prova sul punto.

3. Contro la sentenza della Corte d'appello di Roma propone ricorso F.R., con atto affidato a nove motivi.

Resistono con separati controricorsi il Dott. A. e la s.p.a.

G. Assicurazioni, i quali formulano entrambi un motivo di ricorso incidentale. Le parti hanno presentato memorie.

Motivi della decisione

1. Con il primo ed il secondo motivo del ricorso principale si lamentano, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), violazione e falsa applicazione dell'art. 77 disp. c.p.c., degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c., nonché vizio di motivazione.

Rileva la ricorrente, con diversa angolazione dei profili, che la Corte d'appello avrebbe errato nel ritenere di poter decidere la causa senza tenere in considerazione i documenti esistenti nel fascicolo di parte; questi, infatti, erano ormai da ritenere acquisiti definitivamente al processo. Nella specie, la ricorrente ipotizza essere stato il c.t.u. a ritirare i fascicoli di parte; ciò giustificerebbe la mancanza di annotazioni sul fascicolo medesimo anche dopo la restituzione, il che implica che il giudice avrebbe dovuto attivarsi per ricercare il fascicolo stesso. Ne conseguirebbe che la Corte - chiamata a decidere nel rispetto dei principi degli artt. 115 e 116 c.p.c. - avrebbe dovuto disporre la ricostruzione degli atti e documenti ivi presenti, non potendo pervenire ad una conclusione in termini di non liquet.

1.1. I due motivi non sono fondati.

1.2. La giurisprudenza di questa Corte, infatti, in questa materia ha affermato che:

- il mancato rinvenimento, al momento della decisione della causa, di documenti che la parte invoca, comporta per il giudice l'obbligo di disporre la ricerca di essi con i mezzi a sua disposizione ed eventualmente l'attività ricostruttiva del contenuto dei medesimi, a condizione che gli atti e i documenti siano stati prodotti ritualmente in giudizio e che l'omesso inserimento di essi nel fascicolo non debba essere attribuito alla condotta volontaria della parte (sentenza 12 ottobre 2006, n. 21938, sostanzialmente ribadita dalla successiva pronuncia 16 maggio 2008, n. 12446); analoga situazione si verifica in caso di smarrimento del fascicolo o di uno o più atti in esso contenuti (sentenza 11 maggio 2010, n. 11352, e 8 febbraio 2013, n. 3055);

- pertanto, se al momento della decisione risulta la mancanza dell'intero fascicolo di parte o di alcuni atti in esso contenuti, il giudice è tenuto a disporre la ricostruzione solo se sussistono elementi dai quali poter ritenere che detta mancanza sia involontaria (sentenze 3 luglio 2008, n. 18237, 12 dicembre 2008, n. 29262, e 22 ottobre 2010, n. 21733, ove si parla di credibile rappresentazione della involontarietà dell'omissione).

Va quindi ribadito in questa sede che, essendo il processo civile un processo ad iniziativa di parte, qualora il fascicolo di parte sia stato ritirato dalla medesima avvalendosi della previsione di cui all'art. 169 c.p.c. e art. 77 norme att. c.p.c. e successivamente non più depositato, il giudice non è tenuto ad alcuna delle attività sopra ricordate e ben può decidere la causa in base ai soli atti a sua disposizione.

1.3. Nel caso di specie risulta dall'esame degli atti, che questa Corte è tenuta a compiere in considerazione del tipo di censura svolta, che i fatti non si svolsero come sostiene l'odierna ricorrente. In particolare, mentre la sentenza d'appello è, sul punto, alquanto generica, la pronuncia di primo grado afferma con chiarezza cristallina che il fascicolo di parte fu ritirato dall'avv. T. all'udienza

del 6 novembre 2002 e mai più ridepositato, sicchè risulta del tutto fantasiosa la tesi - prospettata, a quanto risulta, soltanto in questa sede di legittimità - secondo cui il fascicolo di parte sarebbe stato ritirato dal c.t.u. e non più dal medesimo restituito.

Da tale ricostruzione della vicenda processuale consegue che tutte le questioni poste dall'odierna ricorrente circa l'immanenza della prova e circa il possibile potere-dovere del giudice di merito di provvedere all'eventuale ricostruzione del fascicolo di parte sono fuor di luogo, avendo il Tribunale prima, e la Corte d'appello poi, del tutto legittimamente deciso la causa in base allo stato degli atti.

2. Conviene a questo punto, in ordine logico, procedere all'esame del quinto e sesto motivo del ricorso principale, i quali lamentano, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), violazione e falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c., comma 3, nel testo anteriore e in quello successivo alle modifiche di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 69.

Osserva la ricorrente che il documento dentascan del quale era stata ritenuta tardiva la produzione era, in realtà, già presente nel fascicolo di parte, sicchè non era un documento nuovo. La sua produzione, quindi, doveva essere ammessa senza problemi; semmai, il giudice ne avrebbe dovuto disporre la produzione, anche tardiva, siccome prova ritenuta indispensabile e decisiva. D'altra parte, è solo con la modifica di cui alla L. n. 69 del 2009, che è stata resa impossibile la produzione di nuovi documenti in appello, mentre applicare la medesima regola ai processi in corso costituirebbe un'indebita estensione retroattiva della norma stessa.

2.1. I motivi sono privi di fondamento.

2.2. E' opportuno rilevare al riguardo, collegandosi a quanto detto a proposito dei primi due motivi di ricorso, che questa Corte ha recentemente affermato - con pronuncia alla quale si intende in questa sede dare continuità - che, sebbene il termine entro il quale deve avvenire il deposito del fascicolo di parte, ritirato all'atto della rimessione della causa al collegio, sia perentorio, la sua inosservanza produce effetti limitati alla decisione del giudice di prime cure; pertanto, il deposito del fascicolo nel giudizio di appello non costituisce introduzione di nuove prove documentali, sempre che i documenti contenuti nel fascicolo siano stati prodotti, nel giudizio di primo grado, nell'osservanza delle preclusioni probatorie risultanti dagli artt. 165 e 166 c.p.c. (sentenza 19 dicembre 2013, n. 28462). In altri termini, se l'odierna ricorrente avesse chiesto al giudice di secondo grado di poter nuovamente depositare il proprio fascicolo di parte, ritirato in primo grado e non ridepositato, il giudice di appello non avrebbe avuto ragioni per opporvisi e avrebbe ben potuto decidere la causa nel merito sulla base di tutti i documenti ivi contenuti, se tempestivamente depositati in primo grado.

2.3. Non è stata questa, però, la linea difensiva tenuta dall'odierna ricorrente.

La F., infatti, insiste nell'affermare che il contestato documento dentascan doveva essere considerato come già prodotto e, quindi, ammesso senza alcun problema; o, almeno, ritenuto indispensabile e, pertanto, producibile anche in grado di appello. E aggiunge che il divieto di produzione di nuovi documenti in appello sarebbe stato fissato solo con la L. n. 69 del 2009.

2.4. Tali rilievi sono infondati.

La Corte d'appello, infatti, partendo dalla corretta premessa per la quale il fascicolo di parte era stato ritirato, come si è visto, ad iniziativa della parte attrice, ha confermato la pronuncia del Tribunale che aveva ritenuto tardiva la produzione di quel documento, in difetto di un'istanza di ricostruzione del fascicolo. Nè ha senso affermare che il contestato documento dovesse essere ritenuto indispensabile, perchè la indispensabilità deve essere sopravvenuta; in altri termini, solo dopo il maturarsi delle preclusioni, o dopo il deposito della sentenza di primo grado, emerge che quel documento era indispensabile. Nulla di ciò si è verificato nella specie: semplicemente, la parte non ha restituito il proprio fascicolo ed ha tentato una tardiva produzione documentale giustamente non ammessa dai giudici di merito.

Quanto, poi, al rilievo contenuto nel sesto motivo di ricorso circa l'introduzione del divieto di produzione di nuovi documenti in appello, il Collegio si limita ad osservare che la modifica dell'art. 345 c.p.c., introdotta dalla citata L. n. 69 del 2009, non ha avuto carattere innovativo, quanto piuttosto di chiarimento e di recepimento dell'orientamento giurisprudenziale che le Sezioni Unite di questa Corte avevano già fissato con la nota sentenza 20 aprile 2005, n. 8202, dalla quale il Collegio non vede alcuna ragione per discostarsi.

3. Con il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale si lamentano, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), violazione e falsa applicazione dell'art. 195 c.p.c., nonché vizio di motivazione.

Si osserva, a sostegno, che la sentenza impugnata avrebbe, senza motivazione adeguata, rifiutato le conclusioni cui era giunto il c.t.u., per accogliere quelle del et. di parte del Dott. A.;

mentre era a sua disposizione il diverso strumento costituito dallo svolgimento di una nuova c.t.u., atta a fornire al giudice le conoscenze a lui mancanti. Il c.t.u., del resto, aveva individuato due ragioni di responsabilità a carico del dentista nell'esecuzione del lavoro di protesi dentaria (inclinazione distale dell'impianto ed estensione eccessiva della protesi); nè la Corte d'appello avrebbe dato conto delle motivazioni per le quali aveva dissentito da tali condivisibili conclusioni.

3.1. I motivi non sono fondati.

Fermo restando che nel processo civile la consulenza tecnica d'ufficio non costituisce un mezzo di prova, ma è finalizzata all'acquisizione, da parte del giudice, di un parere tecnico necessario, o quanto meno utile, per la valutazione di elementi probatori già acquisiti o per la soluzione di questioni che A comportino specifiche conoscenze (sentenza 21 aprile 2010, n. 9461), è appena il caso di ricordare che, anche in presenza di una causa come quella in esame, nella quale il giudice di merito non poteva possedere tutto il bagaglio di conoscenze tecniche necessarie per affrontare questioni tanto complesse, è tuttavia sempre il giudice ad essere il dominus nella ricostruzione dei fatti e nella conseguente attribuzione delle responsabilità. Egli ha certamente il potere - a condizione che motivi le proprie convinzioni in modo congruo e privo di contraddizioni - di valutare le conclusioni alle quali è giunto il c.t.u., di farle proprie ovvero anche di criticarle e smentirle, se necessario. Ed ha, allo stesso modo, il potere di accogliere, se le ritiene preferibili, le conclusioni alle quali è giunto un consulente di parte piuttosto che quelle del consulente d'ufficio,

sempre che, ovviamente, dia conto con adeguata motivazione della scelta compiuta.

3.2. Nel caso in esame la Corte d'appello, sia pure con una motivazione alquanto stringata e formulata per relationem attraverso il richiamo della sentenza del Tribunale, ha soddisfatto tali requisiti argomentativi.

La sentenza impugnata, del resto, oltre a richiamare le argomentazioni del giudice di primo grado, ha anche aggiunto che i presunti errori addebitati al Dott. A. non trovavano riscontro in una prova certa del fatto che le estrazioni dentali subite dalla paziente F. fossero da ricondurre ad eccessivo carico masticatorio conseguente ad errori di installazione della protesi. Si tratta, come agevolmente si comprende, di una valutazione di merito sostenuta da sufficiente motivazione, rispetto alla quale i due motivi di ricorso in esame si risolvono nel tentativo di ottenere da questa Corte un nuovo e non consentito esame del merito.

4. Con il settimo e l'ottavo motivo del ricorso principale si lamentano, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), violazione e falsa applicazione degli artt. 1176, 1218, 1223, 1226, 2043, 2056, 2727, 2729, 2697, 2222 e 2229 c.c., degli artt. 115, 116, 191 e 194 c.p.c., dell'art. 40 c.p., nonché vizio di motivazione.

I due motivi ripercorrono, con ampiezza di argomenti, i problemi del riparto dell'onere della prova in tema di nesso di causalità in materia di responsabilità professionale; richiamano la regola del più probabile che non e ricordano che nella responsabilità professionale è onere del professionista fornire la prova liberatoria circa la propria assenza di colpa. Ciò posto, i motivi in esame evidenziano che la F. aveva adempiuto il proprio onere probatorio e che la c.t.u. aveva confermato la responsabilità del Dott. A., aggiungendo che la sentenza avrebbe errato nel sostenere che in questo caso non sussisteva alcuna responsabilità professionale. Nell'ottavo motivo, poi, si aggiunge che nei confronti dell'odontoiatra la giurisprudenza di merito ha evidenziato la configurabilità di una vera e propria obbligazione di risultato e non di mezzi.

4.1. I motivi non sono fondati.

La Corte d'appello, infatti, recependo e facendo proprio un costante orientamento di questa Corte, ha affermato che è compito del giudice di merito accertare "dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno lamentato, e quindi valutare, successivamente, se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa". Ciò premesso, la Corte romana ha ritenuto non adeguatamente provato il nesso di causalità e, di conseguenza, non ha neppure affrontato il problema del dolo, della colpa e dell'eventuale riparto dell'onere della prova.

Si tratta di decisione sufficientemente motivata e conforme alla pacifica giurisprudenza di legittimità secondo cui, in tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia con l'allegazione di qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto

adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno (v., tra le altre, le sentenze 21 luglio 2011, n. 15993, 12 settembre 2013, n. 20904, e 12 dicembre 2013, n. 27855).

L'assenza di prova in ordine all'esistenza del nesso di causalità tra il comportamento del professionista ed il danno riportato rendeva evidentemente superfluo l'esame del successivo profilo della colpa.

5. Con il nono motivo di ricorso si lamentano, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), violazione e falsa applicazione dell'art. 90 c.p.c. e segg., oltre a vizio di motivazione.

Si sostiene che la sentenza avrebbe erroneamente compensato le spese, che andavano poste a carico del professionista.

5.1. Questo, in realtà, non è neppure un motivo di ricorso ed è, comunque, infondato.

A fronte del rigetto della domanda di risarcimento danni avanzata dalla F., tanto il Tribunale che la Corte d'appello hanno compensato le spese di giudizio; in relazione alla soccombenza, pertanto, non è dato vedere di cosa possa attualmente dolersi la ricorrente.

6. Il controricorrente A. pone un motivo di ricorso incidentale, sostenendo la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., a seguito della compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

6.1. Tale motivo non è fondato.

Trattandosi di giudizio al quale è applicabile, *ratione temporis*, il testo dell'art. 92 c.p.c., comma 2, nel testo anteriore a quello introdotto dalla L. n. 69 del 2009, art. 45, comma 11, la motivazione della Corte d'appello circa la compensazione delle spese non è censurabile in questa sede. Deve infatti ribadirsi la costante giurisprudenza per cui in tema di spese processuali, il sindacato della Corte di cassazione è limitato ad accertare che non risulti violato il principio secondo il quale le spese non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa; pertanto, esula da tale sindacato e rientra nel potere discrezionale del giudice di merito la valutazione dell'opportunità di compensare in tutto o in parte le spese di lite, e ciò sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca, sia in quella di concorso di altri giusti motivi (così, da ultimo, la sentenza 19 giugno 2013, n. 15317).

7. Il rigetto del ricorso principale esime la Corte dall'obbligo di esaminare il ricorso incidentale condizionato della controricorrente s.p.a. G..

8. In conclusione, sono respinti sia il ricorso principale che quello incidentale, con assorbimento del ricorso incidentale condizionato.

Quanto alla liquidazione delle spese del presente giudizio, ritiene la Corte di dover compensare, in considerazione della natura della controversia e dell'esito della decisione, le spese tra la ricorrente principale ed il ricorrente incidentale A..

La ricorrente principale, però, va condannata al pagamento delle spese del giudizio di cassazione nei confronti della G. Assicurazioni s.p.a., liquidate in conformità ai soli parametri introdotti dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55, sopravvenuto a disciplinare i compensi professionali.

P.Q.M.

La Corte, decidendo sui ricorsi riuniti, rigetta il ricorso principale e quello incidentale, con assorbimento del ricorso incidentale condizionato, e condanna

la ricorrente principale al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi Euro 5.000, di cui Euro 200 per spese, oltre spese generali ed accessori di legge, nei confronti della G. Assicurazioni s.p.a.; compensa le spese del giudizio di cassazione fra la ricorrente principale ed il ricorrente incidentale A..

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile, il 17 giugno 2014.

Depositato in Cancelleria il 25 settembre 2014