

Ginevra Ammassari

*Gli oneri istruttori e le regole per l'accesso, l'utilizzabilità
e l'efficacia delle prove*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione giurisprudenziale dell'onere della prova in tema di responsabilità medica – 2. L'accertamento del nesso causale tra presunzioni giurisprudenziali e prossimità della prova – 3. Il diritto delle prove nella l. 24/2017: accesso, efficacia e limiti all'utilizzo.

1. L'evoluzione giurisprudenziale dell'onere della prova in tema di responsabilità medica

Nell'adottare la medesima prospettiva diacronica già impiegata nel corso della presente indagine, occorre rilevare che all'evoluzione subita – e ripercorsa nell'introduzione – dalla natura della responsabilità dell'operatore sanitario corrisponde lo speculare mutamento degli orientamenti giurisprudenziali in ordine alla ripartizione degli oneri probatori.

Procedendo con ordine, sino agli anni settanta del secolo scorso, la dimostrazione della colpa del medico, del nesso eziologico e del danno lamentato, gravava unicamente sul paziente; tale ripartizione del carico probatorio, oltre ad essere pienamente coerente al combinato disposto degli artt. 2043 e 2697 c.c., risentiva altresì della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, al tempo applicata in tema di responsabilità sanitaria¹.

Come anticipato, tale impostazione subisce, negli anni ottanta, una parziale erosione: sulla scorta del disposto dell'art. 2236 c.c., la giurisprudenza di legittimità² elaborò una distinzione ulteriore che, fondata sul grado di difficoltà tecnica connotante la prestazione sanitaria eseguita, condiziona la ripartizione del relativo onere probatorio; in ipotesi di interventi di facile

¹ Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in «Giur. it.», 1977, I, 1, col. 1980; 18 giugno 1975, n. 2439, *id.*, 1976, I, 1, col. 953, con nota di C. LEGA; 13 ottobre 1972, n. 3044, in «Foro it.», 1973, I, coll. 1170; 15 dicembre 1972, n. 3616, *id.*, 1973, I, coll. 1474; 9 marzo 1965, n. 375, *id.*, 1965, I, coll. 1039; 28 aprile 1961, n. 961, in «Giur. it.», 1962, I, 1, p. 1248, con nota di C. LEGA. In dottrina, sul tema, cfr. V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in «Contr. e impr.», 2016, p. 456.

² Così Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in «Giur. it.», 1979, col. 953.

esecuzione, operava, infatti, un meccanismo presuntivo che, in applicazione della regola di matrice anglosassone *res ipsa loquator*, esigeva dal professionista (così come dalla struttura sanitaria) la prova contraria o liberatoria³ della propria responsabilità.

Tale orientamento, impostosi per oltre trent'anni, subì un ulteriore correttivo nel 2001⁴, adeguandosi al regime della ripartizione degli oneri probatori elaborato dalle sezioni unite in tema di responsabilità contrattuale che, in applicazione della teoria del contatto sociale, operò *de plano* anche con riferimento alla responsabilità sanitaria⁵.

In particolare, nell'affermare il principio di persistenza del diritto desumibile, tra gli altri, dallo stesso art. 2697 c.c., la Corte richiedeva al creditore che avesse agito in giudizio⁶ la sola prova della fonte, legale o negoziale, del rapporto obbligatorio e, ritenendo sufficiente la semplice allegazione dell'inadempimento – che, dunque, si presume – onerava il debitore della dimostrazione dell'avvenuto adempimento o, in alternativa e in ossequio al principio di prossimità della prova⁷, dell'evento imprevedibile e non

³ Quest'ultima si traduce, nell'elaborazione giurisprudenziale successiva, nella dimostrazione del singolo fattore eziologicamente rilevante nella causazione del danno; così Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in «Danno e resp.», 1999, p. 779, con nota di R. DE MATTEIS; 15 gennaio 1997, n. 364, in «Foro it.», 1997, I, coll. 771; 16 novembre 1993, n. 11287, in «Rep. Foro it.» 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 115; 1° febbraio 1991, n. 977, in «Giur. it.», 1991, p. 1379. In dottrina, critici a tale impostazione, che espone il professionista al rischio delle concause ignote, R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità sanitaria*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2007, p. 448; P. PROTO PISANI, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, in G. Vettori, *Il danno risarcibile*, CEDAM, Padova, 2004, p. 1390; U. IZZO, *Il danno da contagio post-trasfusionale come danno evidenziale? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in «Danno e resp.», 2001, p. 249.

⁴ Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

⁵ Per una prima applicazione in questa sede cfr. Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in «Danno e resp.», 2005, p. 45, con note di M. FEOLA e G. NOCCO; 21 giugno 2004, n. 11488, 28 maggio 2004, n. 10297 e 19 maggio 2004, n. 9471, tutte in «Danno e resp.», 2005, p. 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS.

⁶ Al fine di ottenere, indistintamente, l'adempimento, la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno, tanto in ipotesi di inadempimento che in quella di inesatto adempimento. In dottrina, per una critica all'adozione del regime descritto con riferimento a quest'ultima fattispecie, v. I. PAGNI, *Le interferenze*, in *Tratt. del Contratto*, diretto da V. Roppo, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 892; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet Giuridica, Torino, 2004, p. 644; G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in «Riv. dir. civ.», 2002, p. 707; G. MARICONDA, *op. ult. cit.*, p. 1569, i quali rilevano che il creditore, nell'allegare la difettosa esecuzione della prestazione, elide, di fatto, l'operatività della presunzione in ordine all'inadempimento.

⁷ Sul quale v. *infra*, p. 192.

imputabile che l'avesse impedito, il quale esclude la sussistenza della colpa.

L'assetto descritto trova conferma in una pronuncia⁸ di poco successiva alle citate S.U. che, nel rintracciare il fondamento sistematico dello stesso, afferma la consustanzialità dei rimedi disposti dall'art. 1453 c.c. alla genesi della fattispecie obbligatoria⁹.

A causa della complessità dell'analisi che eventuali classificazioni dogmatiche richiederebbero¹⁰, in questa sede occorre unicamente constatare che, in ragione della struttura composita, seppur funzionalmente unitaria¹¹, connotante il rapporto obbligatorio, coesistono, in seno a quest'ultimo, tanto il diritto alla prestazione principale che ulteriori diritti potestativi di carattere strumentale¹².

In tale prospettiva, l'inadempimento non esplica una funzione costitutiva ulteriore rispetto alla genesi del rapporto obbligatorio¹³ e, dunque, non necessita di prova, rilevando, al contrario, la dimostrazione dell'adempimento, che rappresenta il fatto estintivo delle pretese creditorie azionate e che grava sul debitore in ossequio al disposto dell'art. 2697 c.c.¹⁴.

Il consolidamento di tale regime suscita, nel dibattito relativo alla responsabilità sanitaria, un rinnovato interesse in ordine alla definizione del *thema probandum* e al contenuto della prova liberatoria richiesta al professionista,

⁸ Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in «Giur. it.», 2002, p. 1836.

⁹ Precisa la Corte che, in tal senso, si legittima l'uniformità del regime probatorio descritto, poiché, anche in ipotesi di inesatto adempimento, il creditore denuncia un'unica doglianza: la difformità della condotta debitoria al programma negoziale che si assume violato.

¹⁰ Sul punto, si segnala A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti – Studi*, Jovene, Napoli, 2003, p. 197, il quale definisce i rimedi giurisdizionali in termini di diritti potestativi.

¹¹ In tal senso L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1072.

¹² Tale impostazione non rappresenta affatto una novità: infatti, già la dottrina processualcivile del secolo scorso aveva affermato che i diritti di azione ex art. 1453 c.c., nell'accedere al contenuto originario dell'obbligazione, sorgono contestualmente a quest'ultima, così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1923, p. 157; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. Dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, XV, fasc. 2, Utet Giuridica, Torino, 1952.

¹³ Costituendo, infatti, una mera occasione per l'esercizio delle azioni disciplinate dall'art. 1453 c.c., così G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale – tra regole deontologiche, negoziali e legali*, CEDAM, Padova, 2008, p. 182.

¹⁴ V. M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in «Riv. dir. civ.», 1994, p. 567, il quale sostiene altresì che l'affermazione dell'inadempimento non integri un'autonoma allegazione rispetto a quella degli elementi di fatto sussumibili dalla fattispecie genetica dell'obbligazione.

inevitabilmente condizionata dalle allegazioni del paziente¹⁵.

Tanto premesso, a seguito del citato intervento delle sezioni unite, il paziente era tenuto a fornire la prova del solo contatto sociale e poteva limitarsi ad allegare l'inesattezza dell'esecuzione della prestazione sanitaria ad opera del professionista, spettando a quest'ultimo la dimostrazione di aver tenuto una condotta conforme alla specifica diligenza professionale richiesta dall'art. 1176, 2° comma, c.c.

L'impostazione descritta fu rivista a distanza di pochi anni.

La Suprema Corte¹⁶, ai fini dell'applicazione del citato regime probatorio, non ha richiesto l'allegazione di un aggravamento patologico, ritenendo integrato l'inadempimento anche qualora l'intervento eseguito non abbia apportato miglioramenti alla condizione di salute del paziente: tale risultato, infatti, rappresenta l'esito scontato della prestazione sanitaria resa in adozione della dovuta diligenza ad opera del professionista.

Tale prospettiva, anticipando in parte la svolta che troverà definitivo

¹⁵ Sulla relazione tra prova e allegazione, che non è possibile approfondire in questa sede, v. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Giappichelli, Torino, 2002, cui si rinvia per i copiosi riferimenti bibliografici, nonché, nella dottrina più risalente, F. CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in «Riv. dir. proc.», 1960, p. 648; ID., *La prova civile*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 21, che, nell'affermare l'implicazione tra tali istituti, nega l'autonomia dell'onere di allegazione rispetto a quello probatorio; sul tema, si segnalano, altresì, le opposte opinioni S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in Scritti in onore di E. Fazzalari, vol. III, Giuffrè, Milano, 1993, p. 35 e E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in «Riv. dir. proc.», 1960, p. 450.

Il fondamento normativo, seppur indiretto, dell'onere di allegazione è tradizionalmente ricondotto al 3° comma dell'art. 163 c.p.c. che, al n. 4 e in combinato disposto con l'art. 164, comma 4°, c.p.c., impone all'attore di allegare specificamente i fatti costitutivi posti a fondamento del diritto azionato cui, altrimenti, consegue la nullità dell'atto di citazione. Sul punto, si è però sostenuto che, la possibile sanatoria di tale nullità, traducendosi nell'assenza di una sanzione irreversibile, confermerebbe la stessa impossibilità di declinare l'attività allegatoria in termini di onere, così R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in «Riv. dir. civ.», 1957, p. 420; critico a tale impostazione S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1987, p. 112, il quale desume la sussistenza di un autonomo onere di allegazione dalle conseguenze riconducibili al mancato soddisfacimento di quest'ultimo, ovvero, al rigetto nel merito della domanda proposta. Sul tema cfr. altresì A. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in «Contr. e impr.», 2002, p. 1005; G.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1992, p. 835, secondo i quali tale funzione si traduce nel carattere necessariamente specifico e adeguatamente circostanziato delle allegazioni attoree.

¹⁶ Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

compimento solo un anno più tardi, tradisce un *favor* manifesto nei confronti del paziente, cui il regime probatorio impostosi nel 2001 attribuiva (comunque e in ossequio all'assetto tradizionalmente adottato in tema di responsabilità contrattuale) la dimostrazione del nesso causale e, dunque, del danno subito¹⁷.

Nel 2008 si assiste ad mutamento radicale, giacché le S.U.¹⁸, nel pronunciarsi specificamente sul tema, hanno affermato che il paziente, una volta soddisfatto l'onere di allegazione relativo all'inadempimento qualificato – in quanto tale astrattamente idoneo alla produzione del danno¹⁹ – non è tenuto all'ulteriore dimostrazione del nesso eziologico sussistente tra questo e la condotta del medico; opera, dunque, una presunzione duplice che, in adozione del criterio probabilistico, investe tanto la colpevolezza della condotta del medico, ritenuta causa efficiente del pregiudizio lamentato, che il danno stesso, anch'esso presunto nell'*an*.

Tale impostazione, nell'interpretazione giurisprudenziale in rassegna, trova il proprio fondamento nella distinzione tra l'onere probatorio relativo alla causalità materiale e alla causalità giuridica²⁰, che si traduce nella

¹⁷ In tal senso, v. Cass. 24 maggio 2006, n. 12362, «Rep. Foro it.», 2006, voce *Professioni intellettuali*, n. 196; 19 aprile 2006, n. 9085, *id.*, 2006, voce *cit.*, n. 194; 11 novembre 2005, n. 22894, *id.*, 2005, voce *Sanità pubblica*, n. 668.

¹⁸ Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*, la quale viene resa unitamente ad altre nove pronunce.

¹⁹ Sul punto, si segnalano M. ROSSETTO, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in «Giust. civ.», 2010, p. 2218 e F. AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità medica*, in «Corr. giur.» 2011, p. 628, i quali rilevano che un'allegazione così generica rischia di compromettere il diritto di difesa della controparte; inoltre, A. BARBARISI, *op. ult. cit.*, p. 223, adombra la deriva di tale genericità che, in sede di consulenza tecnica d'ufficio, potrebbe condurre finanche a una *mutatio libelli*. In giurisprudenza si segnala la peculiare soluzione offerta da Trib. Milano 22 aprile 2008, in «Danno e resp.», 2008, p. 1265, con nota di R. BREDÀ e in «Giur. mer.», 2009, p., 98 ss., con nota di A. LEPRE che, nell'intento di neutralizzare i rischi connessi all'eccessiva genericità delle allegazioni attoree, scompone l'onere di allegazione e prova delle parti in diversi passaggi. Critico, in ogni caso, a tale impostazione G. ANZANI, *op. ult. cit.*, p. 230, il quale rileva che l'allegazione, seppur dettagliata, non equivale alla dimostrazione del fatto; sul punto v. ampiamente *infra*, p. 192 e ss.

²⁰ In dottrina cfr. M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in «Riv. crit. dir. priv.» 2006, p. 111, il quale, nel rilevare il carattere artificiale delle regole costruite intorno a tale nozione, sovente riconducibili a scelte di opportunità giuridica che attengono all'allocazione della responsabilità tra i soggetti agenti, afferma che, invero, oggetto di prova può essere esclusivamente la causalità materiale; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Giuffrè, Milano, 1999, p. 317; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1999,

scomposizione dell'accertamento del nesso causale in due fasi: mentre la prima attiene al rapporto naturalistico che intercorre tra il fatto illecito e il danno quale diretta conseguenza di quest'ultimo, la seconda involge la relazione causale sussistente tra il fatto medesimo e il pregiudizio subito, rilevando ai soli fini della determinazione del *quantum* risarcibile *ex art.* 1223 c.c.²¹

Pertanto, mentre al paziente è richiesta la sola prova dell'entità dei danni derivanti dal dedotto inadempimento, la dimostrazione dell'irrelevanza, sotto il profilo eziologico, di quest'ultimo grava sul professionista che, in alternativa, può fornire la prova contraria²².

Nell'interpretazione offerta dalla Corte, la presunzione del nesso di causalità materiale deriva altresì dalla diretta applicabilità, in tema di responsabilità medica, dell'art. 1218 c.c. che, recante un'apprezzabile differenza strutturale rispetto all'art. 2043 c.c.²³, legittima il regime probatorio descritto.

p. 589. Nella dottrina più risalente v. P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 16; F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito dei limiti della responsabilità per danni)*, in «Foro it.», 1952, VI, coll. 97.

²¹ Tale norma, secondo Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in «Corr. giur.», 2008, p. 35, con nota di C. BONA; 15 ottobre 1999, n. 11629, in «Foro it.», 2000, I, coll. 12177, con nota di E. SCONDITTI, determina l'estensione della responsabilità e, dunque, l'entità delle conseguenze risarcibili.

²² In dottrina, hanno accolto con favore tale impostazione A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in «Giur. mer.», 2009, p. 114 e G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in «Obbl. e contr.», 2008, p. 396.

Contrari, invece, I. SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in *La responsabilità nei servizi sanitari*, a cura di M. Franzoni, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 117, il quale rileva che il nostro ordinamento, se presume, talvolta, la colpevolezza del danneggiante, non contempla l'operatività di meccanismi presuntivi in ordine al nesso di causalità, illegittimamente introdotta in via interpretativa dal giudice; in tal senso v. altresì S. PATTI, *Spunti di teoria generale sull'onere della prova (anche in relazione al diritto tributario)*, in «Obbl. e contr.», 2009, p. 682, nonché G. MONTANARI VERGALLO – P. FRATI – N.M. DI LUCA *L'accertamento del nesso eziologico nella responsabilità medica civile tra probabilità e presunzioni*, in «Riv. it. med. legale», 2010, p. 869, il quali rilevano come tale presunzione non operi nemmeno nell'ipotesi di responsabilità per esercizio di attività pericolosa *ex art.* 2050 c.c.; M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in «Resp. civ.», 2010, p. 669; M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, p. 2227.

²³ Sul punto, si è rilevato che, là dove sussista una dissociazione tra l'inadempimento e il danno, la necessità di accertare il rapporto di causalità materiale si pone altresì in tema di responsabilità contrattuale, così R. BORDON – S. ROSSI – L. TRAMONTANO *La nuova responsabilità civile, Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, in *Sistemi Giuridici* a cura di P. Cendon, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 228. Tale dissociazione emerge

Tale prospettiva, nell'accogliere l'interpretazione tradizionale del disposto dell'art. 2697 c.c., differenzia la disciplina applicabile in sede di ripartizione dell'*onus probandi* in ragione del titolo di responsabilità azionato.

Tuttavia, dall'analisi condotta emergono ulteriori argomenti che, spesi dalla stessa giurisprudenza di legittimità nel rintracciare il fondamento del regime probatorio descritto, consentono di sconfessare parzialmente tale conclusione: si pensi al principio di prossimità della prova, la cui applicabilità, prescindendo dall'astratta qualificazione del titolo di responsabilità, legittima l'adozione dei citati meccanismi presuntivi e, dunque, l'inversione dell'onere della prova.

Nelle pagine che seguono si procederà all'esame di tale principio che, rispondendo a valutazioni di opportunità di volta in volta imposte dall'istanza di tutela azionata, contribuisce a ridimensionare notevolmente la portata innovativa *prima facie* riconducibile al riconoscimento della natura extracontrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria disposta dalla l. 24/2017.

2. L'accertamento del nesso causale tra presunzioni giurisprudenziali e prossimità della prova

L'analisi dei meccanismi che hanno condotto alla parziale inversione dell'onere della prova in tema di responsabilità sanitaria rende necessaria una premessa di ordine sistematico.

L'art. 2697 c.c., modulato sulla bipartizione dei fatti giuridici, impone al giudice una regola di giudizio²⁴ e distribuisce il rischio della soccombenza

incontrovertibilmente nelle controversie relative alla mancata prestazione del consenso informato, ove il paziente, leso nel proprio diritto all'autodeterminazione di sé, non lamenta una violazione direttamente riconducibile all'inadempimento della prestazione resa dal professionista. La questione è specificamente affrontata da Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in «Nuova giur. civ. comm.», 2010, p. 783, con note di S. CACACE, e A. SCACCHI, la quale, sovvertendo la ripartizione del carico probatorio delineato dalle S.U. del 2008, richiede che il paziente dimostri, tramite l'articolazione di un giudizio controfattuale, la rilevanza eziologica dell'omissione informativa; ancora una volta, la Corte legittima l'operatività di un meccanismo presuntivo in tema di responsabilità sanitaria.

²⁴ In tal senso, la norma sarebbe espressione del divieto di *non liquet*, così L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet Giuridica, Torino, 2010, p. 177; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in «Foro it.», 1994, coll. 82; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, CEDAM, Padova, 1966, p. 151. Tale rilievo costituisce altresì il fondamento della tesi che attribuisce natura processuale all'art. 2697 c.c.; al contrario i fautori della natura sostanziale della norma muovono dal presupposto che, nel disporre una regola di giudizio, questa incida sul contenuto della decisione,

processuale tra le parti²⁵.

Tale ripartizione, nell'impostazione tradizionale che ritiene l'art. 2697 c.c. una norma in bianco²⁶, non deriva da un criterio processuale²⁷, bensì dalla stessa fattispecie sostanziale evocata in giudizio; in tal senso la norma in esame, determinando una semplificazione della fattispecie compiuta ai fini processuali²⁸, costituisce una cerniera tra diritto sostanziale e processo²⁹.

Tuttavia, quella che, recentemente, è stata definita in termini di crisi della fattispecie³⁰, ha contribuito all'elaborazione di criteri alternativi (ma talvolta concorrenti³¹) che, applicabili in sede di distribuzione del carico probatorio tra le parti, integrano il disposto dell'art. 2697 c.c.: tra questi figura il principio di prossimità della prova, cui la dottrina maggioritaria attribuisce portata sussidiaria³².

Affermato nel 2006 dalle S.U. della Corte di cassazione³³, tale principio, nel proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.

e non sul procedimento.

In giurisprudenza, v. Cass. 18 marzo 2003, n. 5484, in «Rep. Foro it.», 2004, voce *Provvedimento impugnabile*, coll. 62, la quale afferma che l'art. 2697 c.c. pone una regola di diritto sostanziale, la cui violazione determina *error in iudicando* censurabile ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.

²⁵ V. L. LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 265; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. XIII, Utet Giuridica, Torino, 1995, p. 72; S. PATTI, *Prove. Parte generale. Artt. 2697 – 2698 c.c.*, cit., p. 112; E. GRASSO, *La pronuncia d'Ufficio*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 1312; R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 67.

²⁶ L'espressione è di V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Utet Giuridica, Torino, 1966, p. 293; nello stesso senso L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 98. e R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 420.

²⁷ Così A. PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, p. 90.

²⁸ Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 67.

²⁹ Così, V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1961, p. 29.

³⁰ R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. N.1, Il Fatto, l'Atto, Il Negozio*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, Utet Giuridica, Torino, 2005, pp. 34 e 430; sul punto v. anche L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 270; M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 68; S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 141; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1974, p. 181, concordi nel rilevare l'inidoneità della sola regola dettata dall'art. 2697 c.c. a determinare la ripartizione dell'*onus probandi* in molteplici fattispecie sostanziali.

³¹ In tal senso v. M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova, quindi...»*, in «Contr. e impr.», 2016, p. 360, il quale, nel passare in rassegna numerose pronunce, rileva come tale principio si ponga talvolta come *ratio decidendi* concorrente e/o alternativa alla motivazione che, sola, potrebbe sorreggere il *decisum*.

³² Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 466.

³³ Cass. 7 aprile 2006, n. 141, cit.

2697 c.c.³⁴, consente di ovviare alle difficoltà che l'impossibilità della prova pone all'esercizio di taluni diritti, garantendo altresì l'effettività del diritto di azione sancito dall'art. 24 Cost.³⁵

Pertanto, l'adozione del citato principio, secondo cui il relativo onere probatorio incombe al soggetto nella cui sfera si è prodotto il fatto controverso, risponde, in applicazione del criterio di ragionevolezza, a valutazioni *latu sensu* equitative che emergono nel corso del singolo giudizio, garantendo, in ultimo, l'esigenza di tutela del soggetto più debole.

La *ratio testé* rilevata costituisce il medesimo fondamento di un meccanismo ulteriore³⁶ che, elaborato dalla giurisprudenza e tipizzato dalla dottrina³⁷, consente, al pari del principio di vicinanza della prova, di distribuire il carico probatorio in deroga al criterio disposto dall'art. 2697 c.c.

Tale fenomeno, definito alla stregua di presunzioni giurisprudenziali, consiste nella manipolazione della distribuzione degli oneri della prova ad opera del giudice che, nel dispensare una parte dalla prova di taluni elementi costitutivi del fatto, impone alla controparte la dimostrazione della prova contraria³⁸.

³⁴ E, dunque, l'abbandono della precedente impostazione rigidamente legalista; l'espressione è di G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 466.

³⁵ In tal senso v. Corte cost. 21 aprile 2000, n. 114, in «Foro it.», 2000, I, coll. 1740, richiamata in motivazione dalle S.U., nonché 22 dicembre 1989, n. 568, *id.*, 1990, I, coll. 361. Al contrario, Corte cost. 4 marzo 1992, n. 79, *id.*, 1992, I, coll. 1347, con nota di G. PONZANELLI, afferma l'irrelevanza della sola difficoltà della prova, inidonea a legittimare l'inversione del relativo onere. Tra le norme costituzionali menzionate dalle S.U. nel corpo della pronuncia, figura altresì l'art. 111 Cost., il quale traspone l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale dal piano soggettivo e individuale a quello oggettivo e procedimentale, in tal senso v. E. CASTORINA, *Diritto alla prova e principi costituzionali*, in *Il Diritto privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, *Le prove*, Utet Giuridica, Torino, 2007, p. 106.

³⁶ Così M. FACCIOLO, «Presunzioni giurisprudenziali» e responsabilità sanitaria, in «Contr. e impr.», 2014, p. 79.

³⁷ Il primo ad essersi occupato del fenomeno è G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in «Foro it.», 1971, V, coll. 177, cui si rinvia per la ricca rassegna giurisprudenziale ivi compiuta; *Id.*, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 135; sul punto cfr. altresì L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 322; M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in *La prova nel processo civile* a cura di M. Taruffo in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 254; *Id.*, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 233; *Id.*, *Presunzioni. I. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 3; PATTI, *op. ult. cit.*, p. 109; *Id.*, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2001, p. 87.

³⁸ In tal senso, le presunzioni giurisprudenziali non incidono sulla struttura della fattispecie

L'operatività di tale meccanismo presuntivo, affine alle c.d. prove *prima facie* di matrice tedesca³⁹, muove dall'articolazione di un giudizio probabilistico fondato sulle massime di esperienza e, nel qualificare aprioristicamente il *factum probandi* in termini di normalità, contribuisce a fondare il relativo convincimento del giudice finanche in assenza di ulteriori elementi probatori; al contrario, al convenuto è richiesta una prova contraria che soddisfi, non il criterio probabilistico, ma quello di certezza, seppur processuale⁴⁰.

In tal senso, le presunzioni giurisprudenziali si differenziano dalle presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* – che, peraltro, al contrario delle prime, sono oggetto di espressa previsione normativa – in quanto non attuano alcuna inferenza dal noto all'ignoto ma, in ragione della «mera ragionevolezza dell'ipotesi affermata»⁴¹, si risolvono nella presunzione di un fatto che, dunque, non viene affatto accertato dal giudice⁴²; inoltre, nonostante traggano la propria ragion d'essere dall'esigenza di tutela connotante il caso concreto, le presunzioni giurisprudenziali trascendono le peculiarità della fattispecie cui si applicano e, aspirando al carattere di generalità e astrattezza⁴³, consentono l'inversione, più o meno discrezionale, dell'onere probatorio tra le parti e si traducono, in ultimo, in un meccanismo di predeterminazione della soccombenza⁴⁴.

Quest'ultimo rilievo legittima le critiche riservate dalla dottrina a tale fenomeno il quale, elaborato dalla giurisprudenza in assenza di qualsivoglia riscontro normativo che le attribuisca un potere discrezionale sul punto⁴⁵, pone altrettante perplessità in ordine al rispetto del principio del contraddittorio: l'adozione di tali presunzioni emerge, infatti, all'esito del

sostanziale, giacché il fatto costitutivo non diviene, perciò solo, impeditivo, ma viene giudizialmente presunto, così G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 154.

³⁹ Disciplinate *ex § 292 ZPO*.

⁴⁰ V. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in «Riv. dir. civ.», 2013, p. 1266.

⁴¹ G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 179.

⁴² M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁴³ PATTI, *op. ult. cit.*, p. 88.

⁴⁴ Così M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1992, p. 750.

⁴⁵ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 233; nonché PATTI, *op. ult. cit.*, p. 89, il quale parla di indebita creazione di norme giuridiche. Analogamente, l'adozione di tale meccanismo presuntivo contravverrebbe il divieto di estensione analogica delle norme disciplinanti l'adozione delle presunzioni legali, tradizionalmente connotate dal carattere dell'eccezionalità, così G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 183; ID., *L'onere della prova*, cit., p. 111.

processo, se non direttamente in sentenza, e, dunque, preclude alla parte onerata della dimostrazione del fatto impeditivo l'efficace predisposizione della propria attività difensiva, soggetta, peraltro, alle stringenti preclusioni operanti nel nostro sistema processuale⁴⁶.

Tuttavia, a dispetto di tali criticità, in dottrina non mancano voci che hanno accolto con favore l'adozione di tali meccanismi ad opera della giurisprudenza poiché improntati ad implementare la tutela della parte debole⁴⁷.

In tal senso, il settore della responsabilità medica è emblematico⁴⁸, giacché – si è già rilevato – l'assetto elaborato dalla giurisprudenza tradisce un *favor* manifesto nei confronti del paziente e conduce all'applicazione dei citati meccanismi presuntivi in ragione del principio di prossimità della prova che, sulla scorta della tecnicità e della discrezionalità connotante l'attività sanitaria, si ritiene a carico (in quanto appannaggio) del professionista.

Tale impostazione, già riscontrata nella pronuncia resa dalle sezioni unite in ordine alla presunzione del nesso causale che, in ragione del criterio di normalità, espone il professionista all'addebito delle cause ignote⁴⁹, seppur non imputabili, emerge incontrovertibilmente nell'ipotesi di lacunosità della cartella clinica, in cui tale presunzione è tratta da un elemento negativo⁵⁰.

Infatti, la dettagliata compilazione della cartella clinica, cui l' esercente la professione sanitaria è tenuto *ex lege*⁵¹ costituisce un fattore dirimente nella valutazione della condotta di quest'ultimo secondo il criterio di diligenza disposto dal 2° comma dell'art. 1176 c.c., sicché l'eventuale violazione di tale adempimento consente di ritenere la sussistenza del nesso di causalità in via presuntiva; ragionando *a contrario*, tale inadempimento aggraverebbe

⁴⁶ Sul punto, cfr., nuovamente, M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 237, il quale rileva l'assenza, nel codice di rito, di un obbligo speculare a quello disposto dal 4° comma dell'art. 183 c.p.c. con riferimento alle questioni rilevabili *ex officio*.

⁴⁷ Cfr. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 89; critico, sul punto, M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 234.

⁴⁸ Cfr. sul punto G. ANZANI, *op. ult. cit.*, p. 230; M. FACCIOLI, *op. ult. cit.*, p. 80; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 258.

⁴⁹ In tal senso il medico viene assimilato a un garante della guarigione, giacché risponde in ragione della stessa impossibilità scientifica di accertare la causa delle conseguenze infauste cui hanno condotto le cure, così V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1269; A. BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in «Danno e resp.», 2012, p. 884; A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in «Contr.», 2008, p. 871.

⁵⁰ Specificamente sul tema si segnala V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1249.

⁵¹ Originariamente a norma dell'art. 24, lett. e, r.d. 1631/1938, attualmente abrogato, ma confluito nell'art. 35 del d.p.c.m. 153/1986.

eccessivamente la posizione processuale del paziente che, in assenza degli elementi probatori utili alla dimostrazione della responsabilità del medico, vedrebbe pregiudicata *in nuce* la propria istanza di tutela⁵².

Sul punto si levano le critiche dottrinali più severe, in quanto l'impostazione descritta determina non solo la sovrapposizione di due diversi elementi strutturali integranti la responsabilità del professionista⁵³ (sia questa contrattuale o extracontrattuale) ma, in ultimo, la confusione tra prova e argomenti di prova⁵⁴: l'incapacità di produrre in giudizio una cartella clinica diligentemente compilata, infatti, dovrebbe rilevare ai soli sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., contribuendo a fondare il convincimento del giudice in via esclusivamente sussidiaria.

Al riguardo si è sostenuto che, in alternativa all'adozione dei citati meccanismi presuntivi, dovrebbe gravare sul medico, ai sensi dell'art. 88 c.p.c., l'obbligo di produrre in giudizio una cartella clinica dettagliata, in quanto tale, idonea a garantire l'effettività del diritto di azione del paziente⁵⁵; tali rilievi attengono, però, ad un profilo diverso e ulteriore, ovvero sia quello dell'accesso alle prove nel contenzioso relativo alla *medical malpractice* che, unitamente all'efficacia probatoria a queste riconducibili, costituisce l'oggetto del prossimo paragrafo.

⁵² Cfr., di recente, Cass. 8 novembre 2016, n. 22639, in «Foro it.», 2017, I, coll. 963; nonché 26 gennaio 2010, n. 1759, in «Resp. civ.», 2010, pp. 592 e 665, con note di F. ZAULI e M. GORGONI.

⁵³ Ovverosia la colpa del soggetto agente e il nesso causale tra questa e il danno alla salute lamentato; Cfr. M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, p. 2227 il quale rileva che, secondo l'interpretazione in rassegna, il medico risponde del danno non perché l'ha effettivamente causato, ma in quanto sia incerto che l'abbia causato; G. MONTANARI VERGALLO – P. FRATI – N.M. DI LUCA, *op. ult. cit.*, p. 871 e V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1263.

⁵⁴ Cfr. Cfr. PATTI, *Prove. Parte generale. Artt. 2697 – 2698 c.c.*, cit., p. 63, nonché M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 754, il quale parla di “decisioni senza prove”.

⁵⁵ Così M. FACCIOLO, *op. ult. cit.*, p. 105; in tal senso le conclusioni dell'A. non si discostano da quelle raggiunte da M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit. p. 238, il quale rileva che le esigenze di tutela del soggetto debole ben potrebbero soddisfarsi attraverso la previsione di stringenti obblighi di *disclosure* e ordini di esibizione adeguatamente sanzionati in caso di inosservanza, così ovviandosi all'ulteriore pericolo costituito dalla violazione del dovere di imparzialità del giudice cui l'adozione di tali meccanismi presuntivi conduce, unitamente all'incertezza e all'imprevedibilità delle decisioni.

3. Il diritto delle prove nella l. 24/2017: accesso, efficacia e limiti all'utilizzo

Nel corpo della l. 24/2017 figurano diverse disposizioni dedicate alla disciplina delle prove, all'accesso e ai limiti all'utilizzo di queste ultime.

In primo luogo, l'art. 16, l. 24/2017⁵⁶, nel precludere l'acquisizione in giudizio dei verbali e dei *report* elaborati all'esito dell'attività di *risk management* dettagliatamente disciplinata dagli artt. 1, 2 e 3 della riforma, esclude la rilevanza processuale di tali documenti che, dunque, non potranno costituire oggetto di ordini di ispezione né di esibizione ai sensi degli artt. 118 e 210 c.p.c.⁵⁷

Inoltre, l'art. 9 disciplinante l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa, al 7° comma, introduce un'ulteriore limitazione, là dove dispone che il giudice non possa desumere argomenti di prova dalle risultanze istruttorie emerse all'esito del procedimento instaurato nei confronti della struttura sanitaria (o, ai sensi dell'art. 12, nei confronti dell'impresa assicuratrice), a meno che l'esercente la professione sanitaria non vi abbia preso parte⁵⁸.

In ultimo, l'art. 4, comma 2°, l. 24/2017, nel tentativo di ovviare all'asimmetria informativa tra le parti del giudizio, impone alle strutture sanitarie⁵⁹, siano queste pubbliche o private, di fornire agli aventi diritto la documentazione clinica relativa al paziente entro sette giorni dalla richiesta⁶⁰; una disposizione analoga è specificamente dettata dal 4° comma dell'art. 12 che, in tema di azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione, garantisce il diritto di accesso di quest'ultima, dell'esercente

⁵⁶ Invero, la norma introduce una modifica all'art. 1, comma 539, lett. a, della l. 208/2015.

⁵⁷ Così G. MAISIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 770, il quale rileva come tale disposizione non incida direttamente sul diritto di accesso a tale documentazione; inoltre, l'A. assimila tale preclusione alle limitazioni disposte da taluni *statutes* americani alla *discovery* dei risultati raggiunti in sede di indagine interna ad opera delle aziende ospedaliere.

⁵⁸ Critica sul punto M.A. ZUMPANO, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in *Scritti offerti dagli allievi a F. P. Luiso per il suo settantesimo compleanno*, a cura di M. BOVE, Giappichelli, Torino, 2017, p. 441.

⁵⁹ In deroga agli artt. 22 e ss. della l. 241/1990 relativi alla procedura di accesso agli atti amministrativi.

⁶⁰ Il successivo comma 3° del medesimo articolo dispone altresì che le strutture sanitarie procedano alla pubblicazione, sul proprio sito internet, dei dati relativi ai risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio, monitorati attraverso la citata attività di prevenzione del rischio sanitario. Sul punto cfr., nuovamente, G. MAISIERI, *op. ult. cit.*, p. 770 il quale, nel premettere l'irrilevanza probatoria di tali dati, adombra il rischio di indebiti condizionamenti nel convincimento del giudice.

la professione sanitaria e del paziente danneggiato alla documentazione sanitaria in possesso della struttura.

Tanto premesso, occorre soffermarsi sulla natura giuridica e sull'efficacia probatoria delle informazioni annotate nella cartella clinica che, analizzata nel precedente paragrafo in ordine alle conseguenze della sua incompletezza, costituisce il contenuto della citata documentazione sanitaria⁶¹.

Sotto il profilo ermeneutico, tale documento a formazione progressiva⁶², consta di una molteplicità di informazioni essenziali ai fini del giudizio, alcune provenienti dal paziente⁶³, altre di competenza degli stessi operatori sanitari.

Quanto al valore probatorio di tali annotazioni, occorre rilevare che, attualmente, la giurisprudenza penale è orientata a qualificare la cartella clinica in termini di atto pubblico, in quanto tale assistito da fede privilegiata sino a querela di falso⁶⁴.

Al contrario, in sede civile, la natura di tale documento è ancora dibattuta⁶⁵: in ragione della citata complessità strutturale della cartella clinica, la giurisprudenza attribuisce un diverso valore probatorio alle singole informazioni ivi annotate⁶⁶; così, mentre per quanto attiene ai dati oggettivi in esso raccolti, tale documento rileva in qualità di certificazione amministrativa⁶⁷, in ossequio al principio secondo cui nessuno può preconstituire una

⁶¹ In generale, sul tema, v. A. PALMIERI – S. MUCCI, *La cartella clinica*, Liviana, Padova, 1992, *passim*.

⁶² Cfr. V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1253, nonché C. SARTORETTI, *La cartella clinica tra diritto all'informazione e diritto alla privacy*, in *Trattato di biodiritto* a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2010, p. 585.

⁶³ Infatti, nella cartella clinica non confluiscono esclusivamente i dati relativi alla condizione di salute del paziente, ma anche le dichiarazioni anticipate di trattamento e il modulo relativo al consenso informato, della cui rilevanza giuridica si è già parlato nel primo paragrafo del presente capitolo.

⁶⁴ Così Cass. pen. 17 febbraio 2004, n. 19557, in «Foro it.», 2005, II, coll. 485; sul punto cfr. V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1254, che, tuttavia, rileva che nel nostro ordinamento ai medici non possa riconoscersi la qualifica di pubblico ufficiale.

⁶⁵ Sul tema cfr. D. FIORDALISI, *La cartella clinica e la responsabilità del medico*, in *Responsabilità civile e penale e cartella clinica nell'attività medica* a cura di E. Appendino – M. Calderaro – D. Fiordalisi – S. Gatto – V. Nizza, Giappichelli, Torino, 2006 e F. BUZZI – C. SCLAVI, *La cartella clinica: atto pubblico, scrittura privata o tertium genus?*, in «Riv. it. med. legale», 1997, p. 1164, i quali definiscono la cartella clinica in termini di 'certificazione sanitaria' riconducibile ad una categoria documentale autonoma.

⁶⁶ Lo evidenzia V. OCCORSIO, *op. ult. cit.*, p. 1254, cui si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁷ Cfr. Cass. 12 maggio 2003, n. 7201, «Rep. Foro it.», 2003, voce *Prova civile in genere*, n. 33.

prova a proprio favore, i pareri diagnostici e terapeutici sono liberamente apprezzabili dal giudice ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.

Merita, poi, un approfondimento la rilevanza assunta dalla relazione del consulente tecnico nel contenzioso relativo alla *medical malpractice*, la cui trattazione impone la necessità di un coordinamento con la disciplina dettata dall'art. 8, l. 24/2017; infatti, la riforma, confidando nella portata deflattiva dell'istituto, introduce una condizione di procedibilità alla domanda giudiziale del paziente⁶⁸, costituita dall'accertamento tecnico preventivo disciplinato dall'art. 696 *bis* c.p.c.⁶⁹.

Se la dottrina maggioritaria⁷⁰ è concorde nell'attribuire a tale istituto una funzione duplice, rilevando vuoi sotto il profilo conciliativo, vuoi quale strumento di anticipazione dell'istruttoria, occorre notare che, ove la proposta di composizione bonaria della lite redatta dal consulente non vada a buon fine, l'automatica acquisizione di tale relazione nel successivo giudizio di merito non è altrettanto scontata, sicché residua la necessità di valutarne preventivamente l'ammissibilità e, in ultimo, la rilevanza⁷¹.

Nonostante le criticità evidenziate, la valorizzazione di tale strumento ad opera del legislatore può salutarsi con (modesto) favore, se non altro poiché prende ufficialmente atto del carattere specialistico connotante il contenzioso relativo alla *medical malpractice*, il cui esito è prevalentemente rimesso all'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio.

Tuttavia, la centralità (fisiologicamente) assunta dall'accertamento tecnico

⁶⁸ Alternativa al preventivo espletamento della procedura di mediazione di cui agli artt. 9 e 10 del d.lgs. 28/2010; sul tema si rinvia a G. RICCI, *in questo volume*, p. 135.

⁶⁹ Su cui v. *infra*, M. ADORNO, *in questo volume*, p. 105. Tra i primi contributi si segnalano altresì C. CONSOLO – P. BERTOLLINI – A. BUONAFEDE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in «Corr. Giur.», 2017, p. 762; M.A. ZUMPANO, *op. ult. cit.*, p. 433.

⁷⁰ Cfr. A. TEDOLDI, *La tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in «Riv. dir. proc.» 2010, p. 805; A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, in «Corr. Giur.», 2006, p. 405, A. PANZAROLA, *L'istruzione preventiva riformata*, in «Giusto proc. civ.» 2006, p. 83.

⁷¹ In tal senso cfr. A. TEDOLDI, *op. ult. cit.*, p. 818 e A.A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 413, nonché l'opposta opinione di A. PANZAROLA, *op. ult. cit.*, p. 136 il quale, ferma la necessità di un'istanza di parte, conclude per la sussistenza di un automatismo nell'acquisizione di tale relazione, stante l'inapplicabilità all'istituto *de quo* del disposto dell'art. 698, commi 1 e 2, c.p.c., dettato per le sole prove preventive in senso stesso. Sul tema, in ordine allo specifico settore della responsabilità sanitaria, cfr., altresì, G. PARISI, *in questo volume*, p. 162. La medesima questione è affrontata, seppur con riferimento all'eventuale espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione in luogo dell'accertamento tecnico preventivo, da M.A. ZUMPANO, *op. ult. cit.*, p. 436.

in ordine alla colpa del professionista contribuisce, unitamente all'applicazione del principio di prossimità della prova in sede di ripartizione dell'*onus probandi* relativo al nesso di causalità, a stemperare notevolmente la rilevanza del mutamento del titolo di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria disposta dalla riforma.

In conclusione, l'espresso richiamo all'art 2043 c.c. rischia di spiegare la propria portata innovativa esclusivamente in ipotesi limite⁷², ovvero sia qualora, nel corso dell'istruttoria emergano fattori causali sconosciuti che, nonostante l'adozione della diligenza dovuta dal professionista ai sensi del 2° comma dell'art. 1176 c.c., abbiano cagionato il danno alla salute lamentato.

Sul punto sia consentito un ultimo rilievo: la diversa ripartizione del rischio delle concause ignote costituisce, nella teoria della responsabilità, il discrimine attraverso cui distinguere la responsabilità oggettiva da quella soggettiva che, a prescindere dalla natura contrattuale o aquiliana di quest'ultima, presuppone la colpa⁷³; in tal senso, nel qualificare il titolo di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria in netta discontinuità con il passato, l'art. 7, l. 24/2017 – tacciata, per questo, di miopia⁷⁴ – introduce un prezioso argine alle derive interpretative cui la presunzione del nesso di causalità accolta dalla giurisprudenza ha condotto in tema di responsabilità medica⁷⁵.

L'intento citato sembra però sconfessato dal successivo comma 4° del medesimo articolo che, nel valorizzare l'osservanza delle già citate buone pratiche e linee guida accreditate presso la comunità scientifica a scapito del criterio di diligenza soggettiva *ex art.* 1176, 2° comma, c.c.⁷⁶, attua un'oggettivazione dell'attività sanitaria e, di conseguenza, della responsabilità connessa all'esercizio di quest'ultima.

⁷² R. PARDOLESI, *op. ult. cit.* 265; M. HAZAN, *op. ult. cit.*, p. 83.

⁷³ Cfr., in tal senso, M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. della resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Giuffrè, Milano, 2010, p. 245; M. COMPARTI, *Fatti illeciti, le responsabilità oggettive*, in *Comm. Schlesinger, artt. 2049-2053*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 23.

⁷⁴ L. LAMBO, *op. ult. cit.*

⁷⁵ Peraltro in deroga alla disciplina codicistica in tema di responsabilità contrattuale.

⁷⁶ Si rinvia a S. CALVIGIONI, *in questo volume*, p. 203.

Abstract

Nel ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale e normativa subita dalla responsabilità sanitaria, l'elaborato predilige l'analisi dei profili attinenti alla ripartizione del relativo onere probatorio, così da offrire una ricognizione dei possibili esiti interpretativi cui si espone l'attuale regime di responsabilità delineato dalla l. 24/2017.

Nota biografica

Ginevra Ammassari è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e Diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

È autrice di note e commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati su riviste scientifiche italiane.

