

13.- L'onere della prova: una questione aperta

La disamina delle problematiche relative all'onere della prova, soprattutto con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale dei disposti legislativi, abbisogna di alcuni chiarimenti relativi ai lineamenti generali in tema di prova¹.

Il percorso storico del principio di base espresso nell'antico brocardo *actori incumbit probatio* e nell'altro *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, si ritrova nella lettura dell'art. 2697 cod. civ., secondo il quale «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

Orbene, l'interpretazione che qui s'accoglie² individua nell'articolo in esame due fondamentali funzioni: da un lato quella di ripartire l'onere della prova, dall'altro quella di consentire comunque al giudice di decidere, accogliendo o rigettando la domanda, sulla base del collegamento sistematico con l'art. 116 cod. proc. civ. che, affermando il principio del libero convincimento, completa il quadro. Di conseguenza il giudice non può limitarsi ad un mero *non liquet* ma decidere, applicando, se gli elementi offerti non consentono il raggiungimento della prova, la regola dell'art. 2697 cod. civ.

Giova inoltre ribadire che l'applicazione di quest'ultima trova un proprio spazio solo quando non esistono regole particolari

¹ S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna, Zanichelli, 1987.

² Il riferimento è all'Autore indicato nella nota precedente.

sull'onere della prova, quale quella -che qui interessa- dell'art. 1218 cod. civ.³

A ben vedere, peraltro, la scelta terminologica⁴ operata dal legislatore - mi riferisco al termine e soprattutto al concetto di «onere»- sembra non soddisfare pienamente; normalmente infatti il concetto di onere sottende il rapporto esistente tra l'esercizio di una determinata facoltà e il conseguimento di un interesse. Ebbene, se l'accezione accolta dal legislatore, nella formulazione dell'articolo in oggetto, fosse stata veramente quella tradizionale poc'anzi descritta, se ne dovrebbe dedurre che tutte le volte che la parte sulla quale grava l'onere della prova non vi provveda, dovrebbe derivarne l'impossibilità di conseguire l'interesse o il risultato al quale si tende. Ma non è così. Infatti il giudice può decidere in senso favorevole anche se l'attore non fornisce la prova dei fatti costitutivi della propria pretesa, quando emergano prove, a quest'ultimo favorevoli, provenienti dalla controparte o da un terzo che sia intervenuto nel giudizio, talché dovrà decidere in senso sfavorevole a chi non ha dimostrato i fatti che costituiscono il fondamento della propria pretesa solo quando gli sia impossibile decidere tenendo in considerazione tutti gli elementi che siano stati acquisiti al processo.

Ne consegue che nella situazione esaminata ci si trovi al cospetto non tanto di un onere, nel senso sopra descritto, piuttosto di

³ Art. 1218. - *Responsabilità del debitore*

Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

⁴ S. PATTI, *Op. cit.*, 33 e segg.

un «aumento del rischio» -non di un'automatica impossibilità di veder soddisfatta la propria pretesa- ricollegato al mancato soddisfacimento del «comportamento prescritto» dall'art. 2697 cod. civ.

Svolte queste brevi considerazioni preliminari, è possibile affrontare più specificamente le problematiche sottese alla prova della responsabilità in ambito sanitario, e all'elaborazione giurisprudenziale che ne ha caratterizzato il delinearsi.

In primo luogo, in dottrina, si discute sulla configurabilità di un autonomo obbligo di chiarimento che potrebbe sussistere in capo a coloro che non sono onerati ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. Si può notare come tale aspetto controverso possa assumere peculiare rilievo proprio nel caso delle azioni di responsabilità professionale, laddove si realizza una fattispecie caratterizzata dalla circostanza che il paziente si trova quasi sempre sprovvisto della documentazione e dei mezzi di prova per far valere la propria pretesa. Quindi per i fautori della tesi che privilegia l'individuazione autonoma di un obbligo di chiarimento, quest'ultimo lo si dovrebbe rinvenire in capo ai sanitari, come accade in altri Paesi. Ad ogni buon conto la giurisprudenza italiana si è attestata su posizioni diverse, preferendo alleggerire la posizione del tutto peculiare del malato limitandone l'onere probatorio, e ponendo piuttosto in capo al sanitario l'onere di provare l'adeguatezza della propria prestazione professionale, prestando però il fianco ad una critica, ovverosia quella di aver trattato, quasi confondendoli, onere della prova e obbligo di chiarimento.

Conseguenza immediatamente apprezzabile è quella che si assiste così allo spostamento del rischio del mancato convincimento del giudice

dall'onerato, ex art. 2697 cod. civ., all'altra parte, sulla quale sarebbe semmai gravato esclusivamente l'onere di chiarimento.

Ma il nostro ordinamento giuridico prevede anche altre regole riguardanti l'onere della prova, che comportano conseguenze differenti. Tra queste le c.d. presunzioni *iuris tantum* -che ammettono cioè la prova contraria- le quali, al pari dell'art. 2697 cod. civ., da un lato ripartiscono l'onere della prova, dall'altro stabiliscono una regola di giudizio, indicando al giudice come deve decidere la controversia ove la parte che risulta onerata non abbia fornito la prova richiesta. La *ratio* di tali previsioni è ricollegabile vuoi a criteri di esperienza, vuoi a criteri di probabilità, infine a criteri di verosimiglianza.

E ancora si possono ricordare le presunzioni *iuris et de iure* -c.d. assolute- che non ammettono la prova contraria.

Tra le norme che, come anticipato, presentano una diversa ripartizione dell'onere della prova deve segnalarsi, soprattutto ai fini della presente esposizione, la regola di cui all'art. 1218 cod. civ., secondo la quale sul debitore che non ha eseguito esattamente la prestazione, grava l'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo sono dovuti a impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, essendo tenuto, in caso contrario, a risarcire il danno.

La giurisprudenza, attestatasi fino agli anni '70 su posizioni piuttosto favorevoli al medico, ha cominciato in quegli anni a mutare il proprio indirizzo, fino a creare una sorta di inversione dell'onere della prova nei casi di non difficile esecuzione dell'intervento.

All'uopo risulta di estrema chiarezza una recentissima sentenza della Cassazione⁵, non ancora pubblicata, ove si legge che:

nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità del medico chirurgo per l'infelice esito di un intervento chirurgico, l'onere della prova si riparte tra attore e convenuto a seconda della natura dell'intervento effettuato, e precisamente:

a) nel caso di intervento di difficile esecuzione, il medico ha l'onere di provare soltanto la natura complessa dell'operazione, mentre il paziente ha l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inadeguate;

b) nel caso di intervento di facile o routinaria esecuzione, invece, il paziente ha il solo onere di provare la natura routinaria dell'intervento, mentre sarà il medico, se vuole andare esente da responsabilità, a dover dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile alla propria negligenza od imperizia.

Quindi a dispetto di un intervento di facile esecuzione e del peggioramento delle condizioni del paziente che vi si è sottoposto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, per indirizzo ormai costante⁶, distribuisce l'onere della prova tra le parti nel senso di far

⁵ Si tratta della sen. 01127 del 04/02/1998 pronunciata dalla III sez. della Corte di Cassazione.

⁶ Tra le altre, cfr. Cass. civ. sez. III, 18 ottobre 1994, n. 8470: «Posto che in materia di responsabilità per danni cagionati nell'esercizio della professione medica va applicato il disposto dell'art. 2236 c.c., a norma del quale il sanitario risponde del danno soltanto in caso di dolo o colpa grave, nell'ipotesi in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre quando si tratti di interventi che siano al di fuori dell'ipotesi della speciale difficoltà presupposta dall'art. 2236 c.c., occorre riportarsi alla disciplina generale prevista dall'art. 1176 per l'esercizio di un'attività professionale, la quale importa l'obbligo di usare la diligenza del buon padre di famiglia, implicante una scrupolosa attenzione ed una adeguata preparazione professionale, venendo in tale ipotesi in considerazione la colpa lieve, da presumere sussistente ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente, diverse sono, nelle due ipotesi, le conseguenze sul piano probatorio, sia per quanto

gravare sul paziente l'onere di provare che l'intervento e/o la terapia erano di facile esecuzione e che ne è derivato un risultato peggiorativo, e sul sanitario l'onere di fornire la prova contraria, ossia la prova che la sua prestazione è stata eseguita diligentemente e che l'esito dannoso è stato provocato da un evento sopravvenuto impreveduto ed imprevedibile, ovvero da una pregressa condizione particolare del malato che non è stato possibile accertare con la dovuta diligenza professionale.⁷

Quanto poi all'eventualità, che la giurisprudenza più recente ritiene possibile, ossia quella che con il chirurgo estetico il paziente perfezioni un contratto avente ad oggetto un'obbligazione di risultato -piuttosto che di mezzi-, la prova di tale contenuto grava sul paziente, così come sul medesimo grava l'onere di provare l'insufficiente informazione ricevuta dal sanitario⁸.

concerne la posizione del paziente parte lesa, il quale dovrà limitarsi a provare il peggioramento delle proprie condizioni perché sussista la presunzione di colpa, o sobbarcarsi al maggior onere probatorio in caso di intervento di speciale difficoltà, sia per quanto concerne la posizione del sanitario, anch'egli da porre di fronte ad una alternativa opposta a seconda della sussistenza di una delle due ipotesi. ». Arcuti c. Pascarelli, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1235 (s.m.).

E ancora Cass. civ. sez. III, 30 maggio 1996, n. 5005, Usl n. 11 Pordenone c. Chiaranda e altro, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 797; Cass. civ. sez. III, 11 aprile 1995, n. 4152, Bossi c. Marconi, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 807.

⁷ Cfr. Cass. civ. sez. III, 16 novembre 1993, n. 11287 Dettori c. Pistoro, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, fasc. 11, conforme a Tribunale Roma, 10 ottobre 1992 P.T. c. L.G.R., in *Giur. it.* 1993, I, 2, 337.

⁸ A titolo esemplificativo si legga ancora Cass. civ. sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014: «Il cliente che, avendo subito un intervento di chirurgia riabilitativa, o anche di chirurgia estetica, senza conseguire i risultati sperati, intenda chiedere al professionista il risarcimento dei danni sostenendo che l'obbligazione da questo contrattata era, nel caso specifico, di risultato o addebitando al professionista la violazione del dovere di informazione sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, ha l'onere di provare l'inadempimento, che è fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento del danno, e, perciò, che la

prestazione dovuta dal professionista era di risultato, e non solo di mezzi, o che il professionista non ha adempiuto puntualmente all'obbligo di informazione ».

Nella stessa sentenza, ad ulteriore chiarimento della materia, si legge anche che: «Questa Corte ha avuto modo di chiarire, anche di recente, che "ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni, si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda, tal che', a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove e' sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioe' l'esistenza del contratto e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento di una obbligazione l'attore e' tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti in funzione delle quali esso assume giuridiche rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento" (da ultimo, Cass. 29.1.1993, n. 1119). Il problema non si pone diversamente allorché l'inadempimento venga addotto non per conseguire la risoluzione del contratto, ma ai fini di ottenere il risarcimento del danno. L'obiettivo difficoltoso in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere, che grava, comunque, su di essa (fra le altre, Cass., sent. n. 83/2596 del 1983), mentre l'antico brocardo, *negativa non sunt probanda*, e' da intendere nel senso che, non potendo essere provato ciò che non e', la prova dei fatti negativi deve essere fornita mediante la prova dei fatti positivi, ma non già nel senso che la negatività dei fatti escluda od inverta l'onere (Cass., sent. n. 2612 del 1969). Esattamente, quindi, la Corte di Appello ha ritenuto che spettasse alla Sforza fornire la prova che la controparte non aveva adempiuto all'obbligo di informazione ovvero dell'oggetto del contratto, eventualmente estendendosi al conseguimento di un determinato risultato (dovendosi escludere che la Corte abbia ritenuto che, in astratto, l'obbligazione assunta dal chirurgo estetico sia sempre una obbligazione di risultato, anche se non ha omesso di valutarne l'attività sotto tale profilo)». Sforza c. Milesi Olgiati, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 nota (SCODITTI), e in *Nuova giur. civ. commen.*, 1995, I, 937 nota (FERRANDO).