

# CERTEZZA E INCERTEZZA DELLE REGOLE

Un dialogo interdisciplinare

a cura di  
Antonio Banfi



Certezza e incertezza delle regole  
Un dialogo interdisciplinare

a cura di  
Antonio Banfi

**Bologna**  
University Press

Pubblicazione realizzata con il contributo MUR nell'ambito del bando PRIN 2017 - progetto cod. 20177PXSMA dal titolo *La certezza del diritto dal mondo antico alla discussione moderna* - CUP F54I19000960001 - Unità di ricerca dell'Università degli Studi di Bergamo.

Fondazione Bologna University Press  
via Saragozza 10 – 40123 Bologna  
tel. (+39) 051 232 882

[info@buponline.com](mailto:info@buponline.com)  
[www.buponline.com](http://www.buponline.com)

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISBN: 979-12-5477-581-3  
ISBN online: 979-12-5477-582-0  
DOI: 10.30682/9791254775820

In copertina: Ambrogio Lorenzetti, *Allegoria del Buon Governo*, part., 1338-1339, Sala della Pace, Palazzo Pubblico, Siena

Impaginazione: DoppioClickArt (Bologna)

Prima edizione: febbraio 2025

## SOMMARIO

<i>Premessa</i>	V
Introduzione <i>Aurelio Gentili</i>	1
Il problema della certezza del diritto in età greca ed ellenistica. L'originalità del pensiero di Epicuro <i>Antonio Banfi</i>	17
La regola si fa certa: la determinazione pecuniaria nelle logiche del processo formulare romano <i>Tommaso dalla Massara</i>	35
Incertezza del diritto e ruolo del giurista <i>Riccardo Cardilli</i>	59
Il <i>Corpus Iuris Civilis</i> come libro-dispositivo. Una ipotesi di lettura e di confronto <i>Paolo Cesaretti</i>	83
Dal mondo del pressappoco all'universo del certo: la 'rivoluzione' irneriana <i>Luca Loschiavo</i>	107
<i>Fides</i> , sicurezza, certezza: un percorso fra Antico Regime e scienza di polizia <i>Daniele Edigati</i>	135
La certezza del diritto nell'era degli algoritmi <i>Pieremilio Sammarco</i>	167

La intrinseca incertezza della ‘certezza del diritto’ <i>Vincenzo Zeno-Zencovich</i>	179
Certeza del diritto e ‘regimi processuali’ <i>Roberto Pucella</i>	185
La certezza del diritto nell’ordinamento canonico tra straordinaria plasticità e rischio di abusi: considerazioni alla luce delle recenti evoluzioni della normativa ecclesiale <i>Geraldina Boni</i>	209
Certeza del diritto e prevedibilità delle decisioni <i>Giorgio Spangher</i>	267
Il mito della certezza come mito <i>Massimo Luciani</i>	275
La certezza delle regole nel diritto commerciale <i>Enrico Ginevra</i>	283

## CERTEZZA DEL DIRITTO E ‘REGIMI PROCESSUALI’

Roberto Pucella

*Università degli Studi di Bergamo*

### I. UNA PREMESSA

La ‘certezza del diritto’ per il giudice di merito chiamato ad applicare la legge e per l’avvocato che quella applicazione sollecita con riguardo al caso di specie è un presupposto di sicurezza e di garanzia.

L’azione giudiziale contiene fisiologicamente, in sé, un margine variabile di rischio di insuccesso, legato alla circostanza che il diritto non è una scienza esatta: evoluzione e mutamento degli orientamenti interpretativi, *défaillance* probatorie di varia origine e natura, limiti di capacità del giudicante, debolezza delle tesi spese in giudizio costituiscono altrettanti fattori in grado di orientare la decisione in un senso (inaspettato) o nell’altro.

Il rischio più insidioso è tuttavia rappresentato da un diritto ‘incerto’ perché la sua applicazione è l’effetto di accomodamenti, di assestamenti, di semplificazioni applicative frutto di influssi esercitati dal ‘diritto vivente’ che, a loro volta, traggono origine e spinta dal sentire comune, da bisogni sociali, da ragioni di *policy*, da pulsioni disarmoniche all’interno della comunità degli studiosi, espressiva della dottrina, ma soprattutto, per questo aspetto, della giurisprudenza.

Se l’esito del processo diviene incerto *oltre* la fisiologica misura che lo contraddistingue, allora l’avvio dell’azione o la difesa giudiziale vengono accompagnati da margini di alea che espongono in misura più marcata le parti al rischio e agli oneri della soccombenza, condizionano le strategie difensive e rendono più complesso il rapporto cliente-avvocato.

Una delle sfaccettature che ben rappresenta questa dimensione *incerta* la si coglie nella dinamica processuale e, in particolare, nella ‘manipolazione’ delle regole che la contraddistinguono.

A tale aspetto saranno dedicate le pagine che seguono; in particolare mi soffermerò sia sul modo attraverso il quale la sistematica rilettura della regola probatoria (può) genera(re) incertezza, vuoi per l’affastellarsi di *revirement*, vuoi per il consoli-

darsi di regole applicative che, con l'apparente obbiettivo di semplificare il regime probatorio, di fatto lo alterano e lo modificano; sia sui modi attraverso i quali l'incisione della regola probatoria mira, per contro, a risolvere profili di incertezza originati dalla complessità dei fatti posti al vaglio del giudice.

## 2. VERITÀ PROCESSUALE E ONERE DELLA PROVA

La prassi giurisprudenziale mostra che le regole processuali che attengono alla prova si prestano ad essere integrate, adattate al caso (o, meglio, alle tipologie di casi) posto al vaglio del giudicante, interpretate in vista di un fine, che muta – o può mutare – in ragione della variata sensibilità del giurista, dell'evolversi del costume sociale, e, più in generale, di esigenze collegate ai variati assetti economico-giuridici del sistema.

Perché proprio la regola probatoria?

Il fenomeno ha una spiegazione immediata ed intuitiva: il giudizio è deciso alla luce della 'verità processuale'<sup>1</sup> e la verità processuale è accertata in ragione dell'onere probatorio posto a carico delle parti.

Ne consegue che, dal momento che il giudice decide *secundum alligata ac probata*, non solo l'esito del processo è condizionato da ciò che è dato di provare, ma anche da ciò che non si riesce a provare, conseguendo, di norma, a tale impedimento il rigetto della domanda.

La conseguenza, ovvia, è che alla maggiore complessità del carico probatorio posto in capo ad una delle parti del processo corrisponde un maggior rischio di non raggiungere la soglia probatoria che consenta di ritenere acquisita una 'verità processuale'.

La regola contenuta nell'art. 2697 c.c. appare formalmente equilibrata perché pone in capo a ciascuno dei protagonisti dell'agone giudiziale, attore e convenuto, ricorrente e resistente, l'onere di dimostrare i fatti posti a sostegno delle proprie allegazioni processuali.

Ma all'equilibrio della forma non necessariamente corrisponde l'equilibrio della sostanza, perché la dimostrazione dei 'fatti' posta a carico delle parti può comportare difficoltà di varia natura che sbilanciano il peso reale dell'onere probatorio.

Si pensi alla complessità che può presentare la dimostrazione di una circostanza che richieda il ricorso a regole tecniche, come la natura colposa di una prestazione professionale; o la difficoltà di dimostrare fatti che esulano da quelli posti sotto il proprio controllo o conoscenza; o la complessità di ricostruire eventi accaduti decine di anni prima, o di provare accadimenti ai quali la parte onerata non ha assistito.

L'esperienza degli ultimi quarant'anni mostra che l'intervento integrativo e correttivo della giurisprudenza è stato incessante, ininterrotto, funzionalmente volto

---

<sup>1</sup> Dunque una verità 'relativa': cfr. TARUFFO 1997, p. 16.

alla creazione di nuove regole destinate ad incidere significativamente sugli assetti dell'onere probatorio.

Vi è un denominatore comune che lega i vari ambiti e contesti nei quali la giurisprudenza è intervenuta creando, di fatto, nuovi sistemi di regole, rappresentato dall'esigenza di proteggere categorie deboli, come ad esempio il paziente nella relazione di cura, o il consumatore; o addirittura macrocategorie ritenute 'deboli', come i creditori che debbano offrire prova dell'altrui inadempimento; o persino categorie per nulla deboli, ma ritenute 'meritevoli di tutela', come l'Amministrazione finanziaria nel processo tributario.

Il fine che la giurisprudenza ha perseguito è la semplificazione dell'onere probatorio; gli strumenti adoperati sono stati diversi, a seconda dei tempi e dei contesti: il più diffuso è certamente l'utilizzo delle presunzioni.

### 3. LE PRESUNZIONI, IL CRITERIO DI 'NORMALITÀ' E *L'ID QUOD PLERUMQUE ACCIDIT*

La presunzione è, in sé, uno strumento di alleggerimento del carico probatorio; se legale, incide direttamente sulla ripartizione dell'onere della prova; se semplice, esonera la parte dall'onere di dimostrare direttamente il fatto o la circostanza da provare, pur rimanendo a carico della parte stessa l'indicazione di elementi e indizi, circostanziati, rilevanti e non contraddittori, che consentono al giudice di trarre la presunzione.

Proprio per questo la presunzione semplice è mezzo di prova attendibile, in quanto fondata su un processo logico secondo cui il fatto da provare dev'essere desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile.

Questo collegamento avviene, a volte, in forza dell'applicazione di regole scientifiche; così nel caso di scuola in cui la massa del veicolo e la lunghezza della frenata (fatti noti) danno conto della velocità dell'automezzo al momento del sinistro (fatto ignoto).

Ma per i rilievi che si vanno facendo appaiono più interessanti e complessi i casi nei quali la connessione tra fatto noto e fatto ignoto è giustificata alla luce di un *criterio di normalità* basato sull'*id quod plerumque accidit*; la presunzione – si osserva – è una deduzione logica che, in quanto tale, «deve essere probabilmente convincente, non oggettivamente inconfutabile»<sup>2</sup>; un tale criterio di normalità va adattato alle peculiarità della fattispecie esaminata<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Così Cass., 21 luglio 2022, n. 22824, in *De Jure*.

<sup>3</sup> Così in materia tributaria la rettifica del reddito del contribuente da parte dell'Amministrazione finanziaria richiede, a fronte dell'asserita inattendibilità di scritture contabili formalmente corrette, «di indicare quali circostanze contrastino con i risultati della gestione ufficiale delineando un quadro probatorio di supporto in grado di dare corpo alle presunzioni poste a base dell'accertamento» (nella specie sono stati ritenuti rilevanti elementi di fatto in palese contrasto con il limitato numero di incarichi ufficialmente ricevuti dalla società e risultanti ai fini fiscali, quali «l'alto numero di inserzioni promozionali per gli immobili da vendere, agende dense di numerosi appuntamenti, block notes pieni di appunti» (Cass., 13 maggio 2015, n. 9732).

La 'normalità' è una valvola che si presta ad essere aperta o chiusa, a seconda delle esigenze; è concetto sufficientemente ampio da poter essere definito sulla scorta di leggi scientifiche, di massime di esperienza, di semplici generalizzazioni del senso comune.

Per questo, il diffuso richiamo alla 'normalità' e all'*id quod plerumque accidit* ha dato adito, nel corso del tempo, ad improprie applicazioni estensive del mezzo di prova.

Nel suo utilizzo più consono la 'normalità' giustifica e spiega la connessione *tra fatti* collegati tra loro; così, la conclusione di un contratto di noleggio di materiali (fatto ignoto) può essere dimostrata facendo ricorso ad elementi presuntivi, quali la mancata contestazione della fattura, l'intervenuto pagamento di un acconto e l'avvenuta messa a disposizione dei materiali (fatti noti)<sup>4</sup>; circostanze – queste – che rendono del tutto verosimile (e dunque rispondente all'*id quod plerumque accidit*) la stipulazione, a monte, di un atto negoziale che le giustifica.

Spesso, però, la forza che contraddistingue la verosimiglianza della connessione tra fatti è labile e la 'normalità' che li porrebbe in connessione diviene criterio soggettivo ed opinabile; in questi casi il giudice è portato a forzare il ricorso allo strumento della presunzione, dimenticando che 'gravi' devono essere gli indizi che consentono il collegamento tra i fatti.

Un interessante esempio di quanto si va dicendo lo si rinviene in quella pronuncia della S.C. che, a fronte dell'incertezza sulle cause che avevano provocato l'infezione da epatite C in un'infermiera impiegata in un reparto ospedaliero psichiatrico, ha cassato la sentenza di merito per non aver adeguatamente considerato alcuni elementi presuntivi quali la maggior esposizione al rischio dell'infermiera, «ancor più accentuato ove il servizio venga prestato in favore di pazienti con problemi psichiatrici, ed il fatto che, in tale tipo di infezioni, sia difficilissimo in genere stabilire con certezza il momento esatto di penetrazione di un agente virulento»<sup>5</sup>.

Il 'maggior rischio' cui è esposto un operatore sanitario non rende, infatti, *normale* che un'infezione – che può essere veicolata in modi molto diversi – sia stata contratta in occasione dell'attività lavorativa svolta in un ambiente ove vi può essere contatto con soggetti infetti.

Né condivisibile (se non nella logica 'protettiva' cui si faceva cenno), e in parte contraddittorio, appare l'argomento secondo il quale la semplificazione probatoria è giustificata proprio in ragione delle difficoltà di dimostrare in altro modo la causa del contagio.

---

<sup>4</sup> Cass., 5 gennaio 2024, n. 315, in *Mass. Giust. civ.* (2024).

<sup>5</sup> Cass., 8 aprile 2004, n. 6899, in *Ragiusan* (2004), p. 248. Nel caso di specie non era stata offerta prova di alcuno specifico evento idoneo a spiegare il contagio; osserva la S.C., nel cassare con rinvio al giudice di appello, che «sarebbe stato necessario accertare, in primo luogo, se, per il tipo di reparto, le modalità di prestazione del servizio effettuato dall'A. e le mansioni dalla stessa svolte, le infermità presenti nei ricoverati, secondo l'*id quod plerumque accidit*, cioè in base a ciò che avviene normalmente e non eccezionalmente, la ricorrente avesse contratto la malattia nello svolgimento della sua professione».

Viene così a mancare il requisito della gravità dei fatti e delle circostanze a fondamento del ragionamento presuntivo, che la legge pone a presidio dell'efficacia del mezzo di prova. Non appare, invece, snaturato il processo logico che porta a ritenere dimostrato il fatto da provare desumendolo dal fatto noto.

#### 4. LE PRESUNZIONI 'GIURISPRUDENZIALI', LA *RES IPSA LOQUITUR* E LA GIURISPRUDENZA CREATIVA DELLA CASSAZIONE

Un utilizzo diverso ancora si registra in relazione a quelle presunzioni che, non per nulla, vengono comunemente definite 'giurisprudenziali'<sup>6</sup>, distinguendosi, così, da quelle regolate dalla legge.

L'elemento che sembra accomunare presunzioni disciplinate dalla legge e presunzioni giurisprudenziali è dato dal ricorso alla 'normalità', fondata sull'*id quod plerumque accidit*, per ricostruire processualmente l'elemento ignoto.

Due aspetti, invece, le diversificano significativamente: il primo risiede nel fatto che il ricorso a questo tipo di ragionamento presuntivo è spesso estraneo all'accertamento di *fatti*, ed è piuttosto finalizzato alla dimostrazione di altri elementi, come ad esempio, la natura colposa di una condotta. Il secondo riguarda invece il diverso valore che le circostanze e le peculiarità proprie del caso concreto vengono a rivestire nel ragionamento presuntivo: massime, nelle presunzioni semplici, in larga parte irrilevanti nelle presunzioni 'giurisprudenziali'.

Si consideri il caso di scuola affrontato dalla oramai lontana sentenza n. 6141/1978 della Cassazione<sup>7</sup>: «quando l'intervento operatorio non sia di difficile esecuzione ed il risultato conseguito sia peggiorativo delle condizioni finali del paziente, il cliente adempie l'onere a suo carico provando che l'intervento operatorio era di facile esecuzione e che ne è conseguito un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo».

Oggetto del ragionamento presuntivo non è, qui, *una circostanza di fatto*, bensì l'accertamento della natura colposa della condotta medica. La colpa indica lo scostamento, più o meno marcato, della condotta rispetto al modello di comportamento da tenersi; nel caso in esame questa indagine è omessa, e la conclusione cui la Corte perviene – la colpa va presunta – trova spiegazione nella regola di esperienza secondo la quale l'insuccesso non atteso, perché contrastante con il dato statistico, e non diversamente giustificabile va ricondotto ad un'inadeguata prestazione professionale.

Non sono, dunque, circostanze proprie della singola vicenda (né appurate né richieste) ad orientare il giudice verso la soluzione del caso, ma una regola di esperienza, riproducibile, come tale, in ogni fattispecie che presenti caratteristiche analoghe.

<sup>6</sup> Su cui ampiamente FACCIOLO 2014 e, prima di lui, VERDE 1971.

<sup>7</sup> Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.* (1979), I, c. 4.

Il processo argomentativo seguito dalla Corte richiama il modello della c.d. prova *prima facie*, tipica di altri ordinamenti (accostabile in Germania all'istituto della *Anscheinsbeweis*)<sup>8</sup>.

L'esperienza mostra che certi generi di accadimenti presentano schemi causali tipici e ricorrenti, la cui dimostrazione probatoria può essere soddisfatta semplicemente allegando l'appartenenza del caso concreto al più ampio genere: se, ad esempio, un'autovettura esce di strada e danneggia un veicolo parcheggiato, si presume la negligenza alla guida dell'automobilista, e ciò perché il dato esperienziale insegna che eventi di questo tipo sono, di regola, imputabili ad un'impropria condotta del conducente.

L'esempio nostrano di cui alla sentenza n. 6141 rientra in questo modello argomentativo.

Opera, qui, il principio della *res ipsa loquitur*<sup>9</sup>; e se i fatti parlano da sé, allora sul piano degli assetti probatori la parte onerata della prova potrà semplicemente limitarsi a dimostrare la riconducibilità del caso di specie al più ampio genere, dando conto, nell'esempio fatto, della natura routinaria dell'atto medico e del suo insuccesso, senza dovere provare la colpa del sanitario; mentre su quest'ultimo farà carico la dimostrazione di circostanze che rendono inoperante la regola di esperienza (ad esempio, la dimostrazione di un'inaspettata ed imprevedibile reazione allergica al farmaco; o, nell'altro esempio, dell'improvviso cedimento del manto stradale, causa unica dell'uscita di strada del veicolo).

Rimettere la decisione giudiziale ad una regola di esperienza è scelta aleatoria, perché la regola di esperienza, per un verso, non presenta confini netti e, per altro verso, si sottrae ad una verifica di attendibilità, con la conseguenza che essa rischia di diluirsi, sino a confondersi con – ed assorbire – le più evanescenti generalizzazioni del senso comune.

La nostra giurisprudenza ha di frequente fatto ricorso a questo tipo di argomentazione, massimamente in tema di responsabilità sanitaria, ove merita di essere richiamato il seguente principio: «se la prestazione dell'attività non consegue il risultato normalmente ottenibile in relazione alle circostanze concrete» e dunque «in caso di mancata o inesatta realizzazione di tale intervento il medico e la struttura sono conseguentemente tenuti a dare la prova che il risultato "anomalo" o anormale rispetto al convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da fatto a sé non imputabile»<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Il rinvio è a PATTI 1987, p. 169 ss.

<sup>9</sup> Formula assai efficace, anche se non più in uso in giurisprudenza (la si rinviene in Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.* (2000), p. 157 ss., con nota di GRONDONA 2000 e in Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.* (2000), p. 740 ss., con nota di PIZZETTI 2000.

<sup>10</sup> Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno e resp.* (2007), p. 811 ss. e commentata da PUCCELLA 2007. Sugli aspetti critici conseguenti ai ripetuti interventi 'correttivi' della Cassazione v. FACCIOLI 2023; sull'impatto della legge n. 24/2017 sul fronte dell'accertamento della responsabilità sanitaria si rinvia a SCOGNAMIGLIO 2017 e a PUCCELLA 2022.

«Risultato “anomalo” – osserva la Corte – che deve in realtà ravvisarsi non solo allorquando alla prestazione medica consegue l’aggravamento dello stato morboso o l’insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l’esito risulti come nella specie caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che l’intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario».

La Corte muove dalla premessa secondo la quale l’esperienza, basata sulla regolarità delle relazioni di causa-effetto, consente di individuare risultati *normalmente* ottenibili per ciascun tipo di prestazione sanitaria; il mancato raggiungimento, nel caso concreto, del risultato atteso per quel tipo di prestazione autorizza la conclusione secondo cui lo scostamento è frutto di negligenza del sanitario, con conseguente trasferimento a carico di quest’ultimo dell’onere di dimostrare l’assenza di responsabilità.

Appare in qualche misura paradossale che l’esito dell’indagine – vale a dire l’ascrizione della responsabilità in ragione della colpa (salvo prova contraria) – prescindendo dall’accertamento tipico e diretto della qualità della prestazione; ma proprio in ciò si rinviene forse la principale funzione delle presunzioni *giurisprudenziali*: nel liberare la parte che a ciò sarebbe tenuta – il danneggiato – da una difficoltà probatoria che potrebbe compromettere l’esito favorevole dell’azione.

Se questa funzione sia apprezzabile<sup>11</sup>, ed in quale misura essa si dimostri compatibile con gli assetti probatori operanti nel nostro sistema è questione sulla quale mi soffermerò nel prosieguo.

Va da sé che il modo più adeguato ad accertare se la prestazione resa sia *anomala o anormale* rispetto alla prestazione dovuta non può che consistere in un’indagine che verifichi, sotto il profilo tecnico, se la prestazione sia o meno conforme alle regole della diligenza professionale. L’insuccesso dell’atto sanitario può avere, infatti, molteplici cause e la mera consequenzialità del danno all’intervento terapeutico può dare conto della relazione causale che lega il secondo al primo, ma nulla ancora dice circa la ricorrenza dell’elemento (la colpa) che consente di imputare sul piano giuridico il danno (risarcibile) al suo autore.

La materia sanitaria è, non a caso, l’ambito privilegiato nel quale la responsabilità civile diventa «satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall’orbita dello speculare sottosistema penalistico), demandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene sempre più lo studio dei criteri di traslazione del danno»<sup>12</sup>.

Così – e per limitarci ad un altro esempio – nelle pronunce rese a sezioni unite nel gennaio 2008<sup>13</sup> la Cassazione ha utilizzato un ulteriore e distinto strumento di semplificazione dell’onere probatorio, stabilendo che ove il danneggiato allegghi l’ina-

<sup>11</sup> In questi termini PARTI 2021, p. 775. Sul punto, in senso critico, FACCIOLI 2023, p. 120.

<sup>12</sup> Noto passaggio di Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.* (2008), p. 43 ss., con nota di PUCCELLA 2008.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., 10 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.* (2008), p. 849 ss., con nota di GORGONI 2008: osserva la Corte «che l’allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso

dempimento *qualificato* del medico (e «cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno»), sarà quest'ultimo a dover offrire prova liberatoria al fine di evitare la condanna<sup>14</sup>.

Anche in questo caso opera un meccanismo presuntivo: la verifica di un danno quale affermata conseguenza di una condotta *astrattamente* idonea a produrla, legittima la duplice conclusione secondo cui la condotta è stata impropria e va posta in connessione causale con il danno stesso.

Il ragionamento seguito dalla Corte è implementato dal ricorso allo strumento della *allegazione*, vale a dire di un'ulteriore facilitazione concessa al danneggiato, il quale può limitarsi ad affermare che l'inadempimento sussiste, senza però doverne dare dimostrazione concreta.

La presunzione opera qui in relazione al nesso di causalità, dal momento che, come la prassi insegna, il solo inadempimento della prestazione non è per ciò stesso causa necessaria del danno che ne abbia fatto seguito; tema, questo, ben noto alla stessa Corte che ha sempre chiarito che altro è l'inadempimento, inteso quale scostamento della prestazione resa rispetto a quella dovuta, ed altra è la connessione che lo lega al danno; se il primo può essere *allegato*, in applicazione del principio affermato dalle sezioni unite nel 2001<sup>15</sup>, la seconda va invece puntualmente dimostrata<sup>16</sup>.

## 5. LE CIRCOSTANZE NON DIMOSTRABILI IN VIA DIRETTA: LE 'REGOLE DI ESPERIENZA' E IL 'NOTORIO' VENGONO IN SOCCORSO

Il ricorso alla prova per presunzioni si rende inevitabile tutte le volte in cui una determinata circostanza non può essere oggetto di dimostrazione in senso proprio; l'esempio forse più calzante riguarda il danno morale per la morte di un congiunto stretto.

La perdita del rapporto parentale può ingenerare nei superstiti reazioni molto diversificate, che spaziano dal dolore inestinguibile, all'indifferenza, sino – e non

---

sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno». Sul punto ampiamente TASSONE 2018.

<sup>14</sup> Si consenta il rinvio a PUCELLA 2014.

<sup>15</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, pubblicata, tra gli altri, in *Nuova giur. civ. comm.* (2002), I, p. 349 ss., con nota di MEOLI 2002; in *Foro it.* (2002), I, p. 769 s., con nota di LAGHEZZA 2002; in *Contratti* (2002), p. 113 ss., con nota di CARNEVALI 2002.

<sup>16</sup> Osserva la Cassazione (Cass., 11 novembre 2005, n. 22894, in *Mass. Giust. civ.* 2005) che «il tema non è quello della distribuzione tra le parti del contratto della prova dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento. Ma è l'altro – diverso dal primo – della prova del nesso di causalità tra la patologia e l'azione o l'omissione imputabile all'ente ospedaliero», ritenendo che «questo principio non soffre deroga in materia di responsabilità medica, restando a carico del paziente la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'azione o dell'omissione».

è raro – a sentimenti di sostanziale gradimento, magari alimentati dalle ambizioni ereditarie.

Dare conto di ciò che cova nell'animo di una persona non può essere oggetto di dimostrazione in senso stretto; e per quanto la giurisprudenza si premuri di ribadire che il danno non è mai *in re ipsa*, di fatto gli esili indizi di cui i giudici si accontentano per consentirne la liquidazione (quali, ad esempio, la prova della convivenza, o le certificazioni che attestino cure psicologiche o l'assunzione di farmaci calmanti o antidepressivi, o, ancor più semplicemente, la mera affermazione di avere molto sofferto, opportunamente confezionata da un esperto avvocato) appaiono funzionali più a salvaguardare l'integrità astratta del principio che distingue la lesione del diritto dal danno che ne consegue, che non a dare effettiva prova del patimento sofferto<sup>17</sup>.

Per quanto formalmente liquidato nel rispetto delle regole sull'onere della prova, il danno morale è sostanzialmente accertato in ragione del dato di esperienza, che testimonia il profondo valore affettivo, sociale e morale dei legami familiari e il ragionevole stato di sofferenza che consegue alla loro distruzione.

Così che, in assenza di circostanze che diano conto del contrario, la perdita del congiunto legittima ragionevolmente il riconoscimento del danno morale e la sua liquidazione; le tabelle in uso nei vari distretti giudiziari, d'altronde, che modulano il risarcimento secondo parametri generici (età della vittima e del superstite, convivenza o meno, esistenza in vita di altri familiari, e salvo i ristretti margini riconosciuti alla c.d. 'personalizzazione') confermano che la liquidazione prescinde, nella sostanza, dalla prova concreta del danno e della sua reale intensità ed è modellata alla luce di convenzioni sociali e di regole di esperienza (che vogliono, ad esempio, che la preesistente convivenza accentui la sofferenza di chi rimane o che il superstite più giovane soffra in misura maggiore rispetto a quello più anziano).

L'efficacia della regola di esperienza appare pertanto massima lì dove non vi sia un diverso modo di pervenire all'accertamento del fatto, del quale non può essere offerta rappresentazione immediata e diretta, e nei casi in cui il *range* di opzioni idonee a spiegare la circostanza oggetto di prova appaia ristretto, così che l'esperienza, basata sulla ripetitività dei casi e sulla regolarità degli accadimenti, si dimostri convincente (ed unico) strumento di accertamento, in via induttiva, della verità processuale.

Un percorso argomentativo non dissimile – anche se funziona a contrario – è quello seguito dai giudici tutte le volte in cui il difetto di informazione da parte dei sanitari porti alla verifica di lesioni biologiche che costituiscono rischio insito nell'atto terapeutico (indipendentemente, dunque, dalla colpa medica, che può mancare del tutto).

---

<sup>17</sup> Osservano correttamente MEZZANOTTE, *PARISI* 2023, p. 600, come «per essere effettivamente strumenti di selezione dei danni risarcibili, i ragionamenti indiziari non dovrebbero essere tali da far sì che, a partire dall'accertamento di una certa condotta del preteso danneggiante, consegua per ciò solo la ritenuta sussistenza di un certo pregiudizio».

È noto che in questi casi il presupposto per l'accoglimento della domanda risiede nella dimostrazione della circostanza che il danneggiato avrebbe rifiutato di sottoporsi alla prestazione se correttamente informato dei rischi<sup>18</sup>.

L'esperienza insegna, qui, che di norma il paziente non mette in discussione le scelte terapeutiche suggerite dal medico, cosicché grava su di lui la prova che, nel caso di specie, egli si sarebbe discostato dall'*id quod plerumque accidit*, rifiutando l'intervento proposto in ragione delle possibili complicanze che ne potevano conseguire. Ma l'esperienza ed il notorio operano anche a suo favore dal momento che – così come per la sofferenza interiore – anche la prova di quale sarebbe stata, *ex ante*, la decisione del paziente se correttamente informato non è soggetta a criteri di verifica obiettivi o ad accertamento documentale<sup>19</sup>; potrà così il paziente avvalersi del notorio (ad esempio del fatto che, secondo ciò che normalmente accade, non si presta il consenso ad un trattamento che presenti poco margine di beneficio e molti rischi; o che, se rischioso, non si riveli urgente e necessario)<sup>20</sup>.

Il tema della prova dovrebbe presentarsi in modo diverso lì dove l'esperienza od il notorio non appaiano da soli sufficienti a sostenere l'ipotesi; un'applicazione interessante riguarda l'onere di cui è gravata la madre, che abbia dato alla luce un figlio affetto da malformazioni, di dare prova della propria volontà di interrompere la gravidanza ove fosse stata correttamente informata.

Alla luce di un più risalente indirizzo della Cassazione si riteneva che *rispondesse a regolarità causale* che la gestante, se informata correttamente e tempestivamente della gravità delle patologie cui andava incontro il nascituro, avrebbe deciso di interrompere la gravidanza<sup>21</sup>; osservava la Corte che «L'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di re-

<sup>18</sup> In questi termini una vasta giurisprudenza: da ultimo Cass., 26 maggio 2020, n. 9887, in *Resp. med.*, all'indirizzo <https://www.rivistaresponsabilitamedica.it>; Cass., 10 giugno 2020, n. 11112, in *Danno e resp.* (2021), p. 231 ss., con nota di GUASTADISEGNI 2021; Cass., ord. 19 luglio 2018, n. 19199, in *Foro it.* (2018), c. 3570 ss.

<sup>19</sup> Osserva la Corte (Cass., n. 9887/2020 cit.) come «le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatesi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegare dal paziente, *sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico*, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della cd. vicinanza della prova), *essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'id quod plerumque accidit; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile "in re ipsa" derivante esclusivamente dall'omessa informazione».*

<sup>20</sup> Cass., 23 febbraio 2023, n. 5631, in *Resp. med.* (2023), p. 441 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO 2023.

<sup>21</sup> Sul punto CERA 2022, spec. nt. 24 e la giurisprudenza ivi richiamata.

golarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza»<sup>22</sup>.

Questo orientamento è stato successivamente rivisto, in modo ritenuto «più rispettoso delle regole probatorie stabilite *ex lege* in seno al processo civile»<sup>23</sup>; in particolare, è stato posto l'accento sulla circostanza che la donna deve pur sempre adempiere all'onere probatorio posto a suo carico; quest'onere – hanno osservato le sezioni unite – «può essere assolto tramite “*praesumptio hominis*”, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale»<sup>24</sup>.

La Cassazione ha rafforzato questo orientamento, stabilendo, ad esempio, che la scelta di sottoporsi ad amniocentesi rappresenta di per sé un fattore non dirimente ai fini dell'accertamento della volontà abortiva della donna, dal momento che lo screening genetico è solo uno degli indici corroboranti la ricerca della prova del fatto volitivo di interrompere la gravidanza, ma non va considerato come un fatto noto da cui pretendere di desumere fatti ignoti, tra cui, in primis, la volontà abortiva, tenuto conto che la gestante potrebbe sottoporsi ad esami diagnostici per ragioni non causalmente e specificamente orientate all'aborto<sup>25</sup>.

Ma il terreno è assai scivoloso e di recente la Cassazione, tornando a pronunciarsi sull'accertamento, *ex post*, della volontà della donna di interrompere la gravidanza<sup>26</sup>, ha ritenuto che «il ragionamento presuntivo non avrebbe potuto che fondarsi sui fatti certi costituiti dall'errore medico e dalla sottoposizione ad un'indagine altamente significativa sul piano diagnostico<sup>27</sup>, per dedurne la inevitabile conclusione, sul piano probabilistico, della esistenza di una volontà abortiva della gestante in caso di accertato rischio di malformazioni genetiche». Là dove è evidente che ritenere che l'errore medico sia di per sé indizio probante la volontà di abortire equivale a restaurare un dato esperienziale assai grossolano, mentre la scelta di sottoporsi ad esami clinici approfonditi (come la traslucenza nucale) non di necessità si spiega (come la

<sup>22</sup> Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giust. civ.* (2011), I, p. 2443 ss., con nota di ROSSETTI 2011.

<sup>23</sup> Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, in *Resp. civ.* (2014), p. 1363 ss.

<sup>24</sup> Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.* (2016), p. 349 ss., con nota di CACACE 2016; Cass., 19 luglio 2018, n. 19151, in *De Jure*; Cass., 31 ottobre 2017, n. 25849, in *Riv. it. med. leg.* (2018), p. 1179 ss.; da ultimo Cass., 27 giugno 2023, n. 18327, in *De Jure*.

<sup>25</sup> Così Cass., 25 gennaio 2022, n. 2150, cit., che richiama la precedente Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova giur. civ. comm.* (2013), II, p. 654 ss., con nota di PUCELLA 2013.

<sup>26</sup> Cass., 27 giugno 2023, n. 18327, in *Resp. civ.* (2024), p. 483 ss., con nota di FUSCO 2024.

<sup>27</sup> La donna si era infatti sottoposta a traslucenza nucale, ma l'erroneo inserimento dei dati ad opera del medico aveva prodotto un risultato falsato, che non evidenziava il rischio reale che il bambino nascesse affetto da sindrome di Down, come poi è avvenuto.

stessa Corte ha osservato)<sup>28</sup> quale indice dell'intenzione di abortire per l'ipotesi in cui l'esito non sia incoraggiante.

Entra, dunque, in gioco un *favor* probatorio per la parte gravata di una prova ostica, funzionale all'obbiettivo di salvaguardare gli interessi della parte debole, alla luce di un principio di ragionevolezza<sup>29</sup>.

## 6. L'ID QUOD PLERUMQUE ACCIDIT E L'INTRECCIO CON IL GROVIGLIO SPINOSO DELLA CAUSALITÀ

La questione è delicata perché la regolarità causale, *l'id quod plerumque accidit*, che sta alla base dell'esperienza e del notorio – che trovano ragion d'essere in ragione della ripetitività, e dunque della predittività, nel tempo degli eventi – è al contempo elemento costitutivo dell'indagine causale e, in particolare, dell'idea di adeguatezza causale, vale a dire dell'idoneità di un fatto a generare determinate conseguenze, la quale trova fondamento proprio nella ripetitività delle relazioni causali nel tempo; ripetitività che richiama e fonda, a sua volta, anche il ragionamento probabilistico, dal momento che consente la misurazione degli eventi anche in termini di frequenza statistica.

Va, ovviamente, tenuto fermo il fatto che ragionamento presuntivo e dimostrazione causale costituiscono processi argomentativi diversi tra loro, che si possono avvalere dei medesimi strumenti di indagine, quali le massime di esperienza e il calcolo delle probabilità.

Ma mentre nel ragionamento presuntivo il fatto (noto) è funzionale a stabilire l'esistenza di altro fatto (quello ignoto), nell'argomentazione causale i fatti sono connessi da un vincolo logico che individua nel primo *la causa* del secondo; vi sono dunque meccanismi di collegamento di fatti ad altri fatti, ma solo per alcuni di essi questa relazione ha natura causale in senso proprio<sup>30</sup>.

Questo, d'altronde, ne giustifica anche la diversità ontologica: mentre le presunzioni appartengono ai mezzi di prova<sup>31</sup>, il nesso causale è elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, e dunque *oggetto* dell'accertamento probatorio.

Orbene, la transizione, nel tempo, da modelli monocausali e deterministici di giustificazione dei fenomeni a modelli fondati sulla spiegazione probabilistica ha condotto all'affermazione, in ambito civilistico, di una regola che accoglie, al fine

<sup>28</sup> È il caso di cui alla nota n. 24.

<sup>29</sup> Così PATTI 2021, p. 775.

<sup>30</sup> Il canto del gallo fa intendere a chi si trovi al buio in una stanza che è giunta l'alba, senza per questo essere causa del sorgere del sole, così come i frequenti accessi ad una cassetta di sicurezza consentono di presumere che essa contenga al suo interno dei beni di valore, senza che i due fatti si pongano in relazione di causa-effetto l'uno con l'altro (diversamente RIZZO 2024, p. 397 s., secondo cui anche «quando dall'esistenza di un fatto si vuole inferire l'esistenza un altro fatto – dimostrazione per presunzioni del *factum probandum* – ... si compie un'indagine eziologica per rispondere a una domanda sulla causa»).

<sup>31</sup> Ma sul punto cfr. COMOGGIO 1985, p. 312 ss.

della ricostruzione della catena causale, il criterio del più probabile che non (o della probabilità prevalente, in presenza di più possibili cause dell'evento).

Nella ricostruzione del nesso causale, tuttavia, la probabilità oggetto di valutazione giudiziale definisce l'attendibilità dell'ipotesi alla luce dei dati e degli elementi specifici che caratterizzano la fattispecie oggetto di indagine.

Più che nella sua dimensione quantitativa, la probabilità funge qui da 'conferma logica' di un enunciato sulla base di altri enunciati<sup>32</sup>; proprio l'esperienza giudiziale insegna che l'elevata frequenza statistica, se può fondare una 'causalità generale' che mette in relazione tra loro classi di eventi (es., l'assunzione di un farmaco antiabortivo da parte delle madri e le gravi malformazioni sviluppate dai nascituri) non di necessità è in grado di provare una relazione di causa-effetto nella specifica vicenda (vale a dire che la malformazione di *quel* figlio sia conseguenza dell'assunzione del farmaco da parte di *quella* madre).

In quest'ottica un diffuso e consolidato orientamento della nostra giurisprudenza di legittimità chiarisce che l'accertamento giudiziale della relazione causale, pur se meno stringente che nel processo penale, è comunque sottoposto a vincoli, il cui comune denominatore consiste nella compatibilità ed adattabilità degli elementi probatori al caso di specie; e se la questione non ha ragione di essere posta ove l'oggetto della prova sia frutto di accertamento oggettivo e diretto, lì dove, invece, il riscontro probatorio sia l'effetto di un processo inferenziale, il dato probabilistico indicherà il grado di credibilità dell'ipotesi, ma sulla scorta dell'accertata, concreta, rilevanza dei singoli indizi<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> TARUFFO 2007, p. 1029, il quale osserva: «Mentre, infatti, i tentativi di applicare al ragionamento probatorio il calcolo della probabilità quantitativa si sono sostanzialmente arenati, il concetto di probabilità logica appare particolarmente idoneo per l'analisi dei rapporti tra enunciati in cui si articola il nucleo del ragionamento probatorio. Dunque ha senso parlare di verità relativa nel processo per fare riferimento al grado di giustificazione che le prove forniscono al convincimento che un certo enunciato fattuale sia vero: il modello logico nel quale si articola questa idea di verità ha carattere probabilistico ma non corrisponde al calcolo della probabilità quantitativa. Esso corrisponde invece al modello della probabilità logica che fa perno sui rapporti tra enunciati e sul grado di conferma che gli enunciati che esprimono l'esito delle prove conferiscono all'enunciato che riguarda il fatto da provare».

<sup>33</sup> Il principio è tradizionalmente espresso dalla seguente massima (qui tratta da Cass., 26 aprile 2023, n. 10978, in *Resp. civ.* (2024), p. 531 ss.): «qualora l'evento dannoso sia ipoteticamente riconducibile a una pluralità di cause, si devono applicare i criteri della "probabilità prevalente" e del "più probabile che non"; pertanto, il giudice di merito è tenuto, dapprima, a eliminare, dal novero delle ipotesi valutabili, quelle meno probabili ... poi ad analizzare le rimanenti ipotesi ritenute più probabili e, infine, a scegliere tra esse quella che abbia ricevuto, secondo un ragionamento di tipo inferenziale, il maggior grado di conferma dagli elementi di fatto aventi la consistenza di indizi, assumendo così la veste di probabilità prevalente ... Naturalmente la probabilità riguarda il grado dell'inferenza, ossia: dai determinati indizi è probabile (più probabile che no) che la causa sia quella indicata dal danneggiato, ma non riguarda la rilevanza degli stessi indizi, che invece devono essere non già probabili, ma gravi, precisi e concordanti. Con la conseguenza che il giudice di merito deve porre a base della decisione fatti che siano gravi, precisi e concordanti, e non meramente ipotetici o supposti come probabili, e da quei fatti deve indurre ipotesi ricostruttive del nesso di causa escludendo quelle meno probabili, e scegliendo, tra quelle rimaste, l'ipotesi che spiega il fatto con maggiore probabilità, sulla base degli indizi raccolti».

## 7. LE PRESUNZIONI 'GIURISPRUDENZIALI', LE RAGIONI DI *POLICY* E L'INSOSTENIBILE DILAGARE DELLE AZIONI DI DANNO

Le presunzioni giurisprudenziali semplificano, dunque, il processo di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie dal momento che, nella sostanza, riconoscono a ciò che appare verosimile alla luce dell'esperienza e del notorio, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la capacità di essere ritenuto processualmente vero, pur senza le garanzie offerte dai requisiti di serietà e precisione che la legge pone a baluardo della rilevanza probatoria delle presunzioni semplici.

Il meccanismo segue una precisa ed ovvia logica: la presunzione (semplificata) operante a beneficio della parte che se ne avvantaggia la esonera dal dover concretamente dimostrare l'elemento processuale posto a suo carico (la colpa altrui, il nesso di causalità) e determina la traslazione della fatica probatoria sulla controparte, gravata della prova liberatoria (l'assenza di colpa, il fortuito, una diversa catena causale).

L'inversione dell'onere della prova assicura, su larga scala, un migliore esito processuale per chi si avvale delle presunzioni giurisprudenziali, la cui vera funzione appare rispondente a ragioni di *policy* più che ad esigenze, in senso stretto, di natura processuale.

L'ininterrotto susseguirsi, per decenni, di mutamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di accertamento della responsabilità sanitaria dà conferma della continua ricerca di assetti processuali in grado di assicurare sintonia con l'evoluzione nel tempo dei delicati equilibri della relazione di cura e delle relevantissime ricadute economiche che ad essa hanno fatto seguito.

È evidente che incidere sulla regola processuale è una conseguenza, non il problema.

I Consiglieri della Terza Sezione civile della Corte hanno così dato prova della più eclatante applicazione di un diritto 'vivente', capace di adattarsi di continuo al mutare della sensibilità sociale, delle complesse dinamiche tra le parti del rapporto, degli interessi in gioco<sup>34</sup>.

In questo senso le presunzioni giurisprudenziali costituiscono – ed hanno rappresentato – lo strumento più fluido ed efficace per garantire una continua interazione tra diritto, costume sociale, evoluzione culturale.

La fluidità della regola la rende però, per definizione, in qualche misura incerta.

Altro è l'introduzione di un principio che si limita a ripartire in modo diverso l'onere della prova (quale quello, anch'esso di matrice giurisprudenziale, cui ha dato avvio la nota pronuncia a sezioni unite n. 13533 del 2001<sup>35</sup>); ed altro è un modello argomentativo nel quale l'inversione dell'onere probatorio è effetto della semplificazione delle modalità di accertamento della verità processuale (in ragione, appunto, delle presunzioni giurisprudenziali); l'inversione dell'onere probatorio è qui condi-

<sup>34</sup> Con le incertezze che questo comporta, rilevate ad es., da LONGOBUCCO 2012.

<sup>35</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, cit.; il creditore non deve più dare prova dell'inadempimento, gli è sufficiente limitarsi ad *allegarlo*. Si veda sul punto GORGONI 2010.

zionata dall'esito di un ragionamento presuntivo di matrice giurisprudenziale, che si colloca oltre la linea del sistema delle norme scritte<sup>36</sup>.

La fluidità della regola ha fatto sì che essa, in qualche misura sfuggisse di mano al suo controllore; gli effetti che ne sono conseguiti si sono tradotti, come noto, in un vasto fenomeno di *overcompensation*, anche in ragione dell'impressionante incremento del contenzioso giudiziario nel corso degli anni, alimentato dalle sempre più allettanti prospettive di successo.

Il legislatore, intervenuto per arginare le gravi ricadute sul sistema assicurativo e sulla stessa relazione di cura, ha optato per la soluzione più semplice, riportando su un terreno di maggiore rigore, ma soprattutto di chiarezza nella ripartizione dei carichi probatori, la dinamica processuale.

La soluzione offerta (*ex art. 7, comma 3, l. n. 24/2017*) – che grava il danneggiato della prova della colpa e del nesso di causalità – rischia, però, di mostrarsi inefficace, qualora la prova degli elementi costitutivi dell'illecito continui ad essere raggiunta tramite lo strumento semplificativo delle presunzioni giurisprudenziali; ma, come si è osservato in altro scritto<sup>37</sup>, sembra che la funzione primaria dell'intervento legislativo sia principalmente deterrente, nella misura in cui, nella sostanza, rende poco vantaggioso aggredire il medico, a fronte del più favorevole regime processuale garantito al danneggiato dalla natura contrattuale della responsabilità in capo alla struttura sanitaria pubblica o privata.

Altri segnali dell'intervenuta attenzione verso l'utilizzo eccessivo e inappropriato delle presunzioni giurisprudenziali si rinvengono in contesti diversi dal diritto civile.

In ambito tributario, in particolare, il comma 5-*bis* del d. legis., 31 dicembre 1992, n. 546, aggiunto dall'art. 6, comma 1, l. 31 agosto 2022, n. 130, ha stabilito che «L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o *se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni*. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati».

I numerosi commenti alla nuova disposizione hanno messo in luce l'esigenza di limitare il potere del giudice tributario di ricorrere in modo disinvolto a presunzioni non legali, in una materia, quale quella fiscale, nella quale gli accertamenti presuntivi giocano, per definizione, un ruolo di primo piano<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> PIRAINO 2020, p. 566.

<sup>37</sup> PUCELLA 2022, p. 369 s.

<sup>38</sup> Si pensi all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale gli utili di cui è presunto l'incasso concorrono per intero al reddito dei soci; o a quello che imputa ai soci come dividendi il maggior reddito societario derivante da costi effettivi ma fiscalmente indeducibili, non emergendo da tali recuperi delle somme distribuibili. Osserva la dottrina che, anche alla luce del recente intervento legislativo, questi

La Cassazione, intervenuta sul punto con una recentissima pronuncia<sup>39</sup>, ha osservato come «la necessità di una valutazione complessiva delle presunzioni offerte dall'Ufficio è oggi specificamente richiesta dall'art. 7, comma 5 bis, del D. Lgs. 31 dicembre 1992 ... Detta disposizione va, infatti, interpretata nel senso per il quale *le cd. presunzioni giurisprudenziali* (diverse da quelle conseguenti ad espresse previsioni di legge) *devono essere sufficienti e circostanziate e, come tali, oggetto di opportuna valutazione da parte del giudice di merito*».

Il sistema persegue così l'obiettivo di assicurare un maggior controllo sui poteri processuali del giudice.

## 8. IL PRINCIPIO DI 'VICINANZA DELLA PROVA' E LE SUE DECLINAZIONI

Ragioni diverse stanno alla base del c.d. principio di '*vicinanza della prova*' (o 'alla prova')<sup>40</sup>.

Mentre, infatti, le presunzioni giurisprudenziali rappresentano uno strumento che avvantaggia l'attore mediante la semplificazione dell'onere probatorio posto a suo carico, il principio di vicinanza della prova, pur prestandosi, come subito si dirà, ad applicazioni eterogenee, ha come funzione caratterizzante, pur nella sua genericità, quella di addossare la prova alla parte che si trovi nella migliore condizione per offrirla, anche alla luce del principio di ragionevolezza e di regole di equità.

Il principio viene declinato secondo due distinte modalità di applicazione: in una prima accezione la vicinanza della prova si riduce a motivo (*rectius*: ad uno dei motivi) di spiegazione delle varie forme di inversione (o diversa allocazione) degli oneri probatori espressione del 'diritto vivente' caro alla S.C.; in un secondo senso, invece, esso interviene modificando, alla luce di ragioni che lo giustificano *hic et nunc*, quella che sarebbe l'ordinaria distribuzione del carico probatorio tra le parti.

Nel primo senso il principio è richiamato in contesti molto diversi: per giustificare (a far data dalla richiamata Cass., n. 13533 del 2001) l'esonero del creditore dall'onere di provare l'altrui inadempimento, sostituito dalla mera *allegazione*; ciò in quanto vi è l'opportunità di far gravare sul debitore la dimostrazione dell'avvenuto adempimento o della sua impossibilità, «sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla»<sup>41</sup>.

---

indirizzi giurisprudenziali vanno dunque rimediai, onde ricondurre l'azione dell'Amministrazione finanziaria al fondamento di essa, cioè una presunzione semplice di distribuzione tra i soci di somme conseguite dalla società ma delle quali non risulti un altro impiego (così SCHIAVOLIN 2023; in senso analogo ZANOTTI 2024).

<sup>39</sup> Cass., sez. trib., 14 giugno 2024, n. 16629, in *DeJure*.

<sup>40</sup> Per un'ampia rassegna si rinvia a FRANZONI 2016.

<sup>41</sup> Cass., 7 febbraio 2024, n. 3491, in *DeJure*. Si ricorderà che nella pronuncia n. 13533 del 2001 la Cassazione ha rilevato che dall'art. 2697 c.c. «si desume il principio della presunzione di persistenza del diritto. Ed il principio – pacificamente applicabile all'ipotesi della domanda di adempimento, in relazione alla quale il creditore deve provare l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se

Sempre in ambito contrattuale il principio è ripreso qualora la circostanza da provare consista in una manifestazione di volontà rimessa alla libera decisione della parte<sup>42</sup> o relativa a *status* la cui dimostrazione non può che spettare a chi li riveste<sup>43</sup>. Del pari, è a carico di chi agisce in revocatoria offrire la prova dell'*eventus damni* e non a carico del convenuto beneficiario dell'atto, «in quanto, in ossequio al principio della vicinanza della prova, quest'ultimo non è tenuto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale del suo dante causa»<sup>44</sup>.

In ambito di diritto di famiglia il principio è invocato per giustificare l'onere in capo al figlio divenuto maggiorenne della prova, anche per presunzioni, delle circostanze che legittimano il suo diritto al mantenimento, tra le quali l'assenza di indipendenza economica nonché il fattivo impegno negli studi e nella ricerca di un lavoro<sup>45</sup>.

---

previsto, del termine di scadenza, in quanto si tratta di fatti costitutivi del diritto di credito, ma non l'inadempimento, giacché è il debitore a dover provare l'adempimento, fatto estintivo dell'obbligazione deve trovare applicazione anche alle ipotesi in cui il creditore agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma». Per la Corte, l'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento «è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova» ed appare «coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione».

<sup>42</sup> Come nel ricordato caso del paziente che, lamentando la lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, deve offrire la prova che avrebbe rifiutato il trattamento se informato dei rischi: Cass., 26 maggio 2020, n. 9887, cit.; Cass., 26 agosto 2020, n. 17806, in *DeJure* («il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicché la distribuzione del relativo onere *va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova"*»); negli stessi termini Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Corr. giur.* (2020), p. 348 ss., con nota di FACCÌ 2020 e in *Danno e resp.* (2020), p. 11 ss., con nota di CACACE 2020; nella giurisprudenza di merito si v. Trib. Napoli, 27 maggio 2020, in *Resp. med.*, all'indirizzo <https://www.rivistaresponsabilitamedica.it>.

<sup>43</sup> Così il chiamato all'eredità, pur non assumendo la qualità di erede per il solo fatto di aver accettato la notifica dell'atto di citazione, ha l'onere di contestare, costituendosi in giudizio, l'effettiva assunzione di tale qualità; «*Sovviene al riguardo il generale principio di vicinanza della prova*, in quanto il chiamato all'eredità ha l'agevole possibilità di costituirsi e di allegare di non aver accettato l'eredità, mentre la parte non colpita dall'evento interruttivo si troverebbe nella difficoltà di dimostrare l'effettiva qualità di erede del chiamato, vista la complessità dei fenomeni ereditari»: in questi termini Cass., 28 giugno 2019, n. 17445, in *De Jure*.

<sup>44</sup> Cass., 31 gennaio 2018, n. 2336, in *De Jure*.

<sup>45</sup> Cass., ord. 14 agosto 2020, n. 17183, in *Fam. e dir.* (2020), p. 1015 ss. La giurisprudenza più risalente tendeva invece ad addossare al genitore la dimostrazione dell'autosufficienza economica del figlio; sul punto si v. DANOVÌ 2020, p. 1022. Se si ragiona nei ricordati termini della presunzione di persistenza del diritto, l'onere di provare il fatto estintivo (vale a dire la cessazione dei presupposti per il mantenimento) dovrebbe gravare sul genitore; ma la Cassazione muove qui dalla diversa prospettiva secondo la quale il diritto al mantenimento cessa al raggiungimento della maggiore età, salvo che sussistano ragioni che ne giustificano il protrarsi oltre quel termine. Appare evidente che, secondo questa impostazione, l'assetto probatorio delineato dalla Corte risulta rispettoso delle modalità di riparto probatorio cristallizzate nella sentenza n. 13533 del 2001 e in sintonia con la lettura dell'art. 2697 c.c.: è infatti il figlio a dover (e a trovarsi nella migliore condizione per) dimostrare le circostanze a fondamento della persistenza di un diritto altrimenti cessato al raggiungimento della maggiore età.

Il principio trova applicazione anche nell'ambito della responsabilità extracontrattuale; ad esempio lì dove si afferma che l'eccesso colposo dell'aggredito deve essere dimostrato dall'aggressore<sup>46</sup> e che grava sul custode la prova del fortuito<sup>47</sup>.

In questi termini il principio funge da mero rinforzo alla previsione di cui all'art. 2697 c.c.: l'onere della prova si ripartisce in ragione dei fatti costitutivi di domanda ed eccezione<sup>48</sup>.

I due principi, a ben vedere, a volte si intersecano e si confondono nella misura in cui la prova data dalla parte tenuta a dimostrare i fatti posti a fondamento del proprio diritto (o dell'eccezione) è data anche dalla parte che ne ha la disponibilità e la controllo.

È oltretutto opportuno precisare che la formula con la quale il principio viene tradizionalmente descritto (la prova va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla) non va intesa in senso lato; essa non si riferisce alla circostanza che deve essere oggetto di indagine e che deciderà il giudizio (ad esempio la sussistenza – o meno – della responsabilità medica, o di altro professionista<sup>49</sup>, in relazione ad un evento di danno) bensì ai singoli elementi o fattori che vanno a comporre il quadro oggetto di dimostrazione. Per intenderci: pur essendo certamente il medico il soggetto che si trova nella migliore condizione per spiegare le ragioni che hanno causato il danno del paziente, ciononostante la prova della relazione eziologica tra atto medico e danno va fornita dal danneggiato e, in mancanza, la domanda è respinta; ciò per l'opinabile (implicita) ragione che essendo il danneggiato ad aver subito il danno sarebbe per lui più agevole ricondurlo all'atto del sanitario anziché a fattori causali diversi<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Cass., 29 gennaio 2016, n. 1665, in *Giur. it.* (2016), p. 821 ss., con nota di MIRMINA 2016.

<sup>47</sup> Cass., 12 maggio 2020, n. 8811, in *Mass. Giust. civ.* (2020).

<sup>48</sup> Bene chiarisce il rapporto tra il principio di cui all'art. 2697 c.c. e quello di vicinanza della prova BARCELONA 2021, p. 177, lì dove osserva che il primo cessa di operare e fa luogo al secondo «*solo quando, ma anche ovunque*, la prova concerna fatti che ricadono esclusivamente nella sfera di controllo del debitore/danneggiante».

<sup>49</sup> Ad esempio un progettista: Cass., 17 luglio 2023, n. 20707, in *De Jure*.

<sup>50</sup> Così secondo Cass., 7 febbraio 2024, n. 3491, grava «sulla parte che si assume inadempiente, o non esattamente adempiente, l'onere di fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla, mentre la prova del nesso causale fra la condotta inadempiente dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore soggiace al principio generale espresso dall'art. 2697 cod. civ., che onera colui che agisce in giudizio (il creditore) della prova dei fatti costitutivi della propria pretesa, non essendo coinvolto dal principio di vicinanza dell'onere della prova». Nei medesimi termini Trib. Firenze, 21 maggio 2020, in *Resp. med.*, all'indirizzo <https://www.rivistaresponsabilitamedica.it>. È evidente che in tanto un paziente può provare che il danno sofferto è conseguenza, sul piano causale, della prestazione medica in quanto il *thema probandum* coinvolga anche quest'ultima, la sua qualità e la sua attitudine a cagionare una lesione come quella lamentata. Causalità e colpa sono strettamente intrecciate e dare prova della relazione eziologica va, qui, ben oltre la semplice dimostrazione del collegamento, logico e temporale, tra causa ed effetto. In questa prima accezione la formula 'vicinanza della prova' ha, dunque, un'estensione minore di quanto la sua tradizionale definizione lascerebbe intendere.

L'applicazione del principio non sposta dunque, in questa sua prima applicazione, le coordinate tradizionali in materia di onere della prova<sup>51</sup>.

E neppure le sposta nel caso in cui «le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrano indicazioni univoche per identificare i fatti costitutivi»; osserva la Corte come «di fronte a una pluralità di significati plausibilmente ricavabili dalla disposizione di riconoscimento dell'interesse di cui viene domandata tutela, l'interprete è chiamato a privilegiare quel senso che individua i fatti costitutivi in funzione della maggiore accessibilità ai relativi mezzi di prova da parte dell'attore». Ma al «cospetto, però, di scelte normative che, come nella specie, identificano in maniera inequivocabile i fatti costitutivi oppure di ragioni di ordine dogmatico che subentrano tanto più nel silenzio del legislatore, il principio di vicinanza della prova nulla può invece; e certamente esso non consente all'interprete di riscrivere la ripartizione operata dalla norma attributiva»<sup>52</sup>.

Nella seconda accezione il principio consacrato dalle sezioni unite nel 2001 trova due declinazioni.

Per un primo aspetto esso subisce una dilatazione, non risponde più alla sola logica secondo cui la distribuzione della prova va operata alla luce dei fatti costitutivi ed estintivi del diritto.

In particolare, esso trova applicazione in alcune fattispecie nelle quali appare opportuno tenere conto delle difficoltà (o dell'impossibilità) che la parte onerata può incontrare nella dimostrazione di certi fatti, trasferendo l'onere probatorio sulla controparte, in grado di offrirla: ad esempio in materia di lavoro, quando un premio di produttività sia vincolato alla dimostrazione dei risultati economici legati all'andamento dell'impresa, noti all'imprenditore, ma non anche al lavoratore<sup>53</sup>; o quando oggetto di dimostrazione deve essere il 'requisito occupazionale', vale a dire della forza-lavoro dell'impresa, risultante non soltanto dal numero degli occupati ma anche ed eventualmente dal loro *status* nell'impresa<sup>54</sup>.

O quando, alla luce del principio *negativa non sunt probanda*, si rileva che «la prova dell'esistenza del vizio della cosa è una prova positiva (di un fatto costitutivo del diritto alla risoluzione o modificazione del contratto) e pertanto ... va giudicata più agevole di quella (negativa) della inesistenza del vizio medesimo»<sup>55</sup>; o, non dissi-

<sup>51</sup> Cass., 22 aprile 2022, n. 12910, in *Mass. Giust. civ.* (2022), ribadisce che «Il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c.».

<sup>52</sup> Cass., 22 aprile 2022, n. 12910, in *Giur. it.* (2023), p. 1852, con nota di SACCHETTO 2023.

<sup>53</sup> Osserva la Cassazione nel caso di specie (Cass., 25 luglio 2008, n. 20484) come «L'onere della prova dev'essere ripartito, oltretutto secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge rendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio ...».

<sup>54</sup> Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Corr. giur.* (2006), p. 651 ss.

<sup>55</sup> Nella pronuncia da cui è tratto il passaggio trascritto nel testo – Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Resp. civ.* (2019), p. 1860 ss., con nota di LUMINOSO 2019 – ove la questione posta al vaglio

milmente, in materia di appalto quando è il committente che ha accettato l'opera e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica a dovere dimostrare l'esistenza dei vizi (e delle conseguenze dannose lamentate)<sup>56</sup>.

Frequente, in queste vicende, è l'ancoraggio del principio di vicinanza della prova all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione giudiziaria.

Tuttavia – e nonostante l'aggancio costituzionale – l'applicazione del principio in questa sua seconda declinazione appare soggetta a limiti piuttosto rigidi e non opera, ad esempio, se la parte tenuta alla prova avrebbe avuto la possibilità di procurarsela in altro modo, ad esempio chiedendo l'esibizione della documentazione a ciò necessaria<sup>57</sup>.

Per un secondo aspetto, invece, il principio rappresenta lo strumento, logico ed equitativo, prima ancora che giuridico in senso stretto, di superamento delle condizioni di incertezza che siano dovute ed imputabili alla condotta di una delle parti.

'Vicinanza della prova' significa, in questo diverso contesto, che la parte che ha il controllo e la gestione del mezzo di prova si fa carico della sua indisponibilità per fatto proprio; ciò vale anche con riferimento alla circostanza che tale indisponibilità possa danneggiare la controparte che, grazie a quel mezzo di prova, si troverebbe a sua volta nella condizione di poter assolvere al proprio onere probatorio<sup>58</sup>.

---

delle sezioni unite riguarda l'individuazione della parte obbligata a dare prova dei vizi della cosa venduta – se il venditore o il compratore – la Corte, per vero, nell'individuare in quest'ultimo il soggetto tenuto alla prova non ravvisa incompatibilità con la regola di giudizio dettata dall'art. 2697 c.c., «giacché tanto l'applicazione di tale principio, quanto l'applicazione di detta regola di giudizio conducono alla stessa conclusione, ossia che il compratore che esercita le azioni edilizie è gravato dell'onere di provare il vizio della cosa venduta. L'esistenza del vizio, infatti, è il fatto costitutivo del diritto alla risoluzione o alla modificazione (quanto al prezzo) del contratto di compravendita, e, allo stesso tempo, è il fatto la cui prova è più vicina al compratore; è proprio il compratore infatti, dopo che la cosa venduta gli è stata consegnata dal venditore, ad averne la disponibilità, necessaria per lo svolgimento degli esami funzionali all'accertamento del vizio lamentato». Nel commentare la pronuncia un Autore (GIUSSANI 2020) osserva come l'applicazione di criteri di ripartizione della prova cui la decisione fa richiamo, quali la minore gravosità della prova o la significativa deviazione del fatto dal normale corso degli eventi, «permetta di giustificare gli accertamenti di fatto in modo intersoggettivamente più condivisibile di quanto accada laddove gli stessi criteri operino *sub specie* di manipolazioni della qualificazione del fatto come impeditivo, o in base a strategie argomentative fondate sulla creazione *ex nihilo* di presunzioni *ad hoc*».

<sup>56</sup> Cass., 9 agosto 2013, n. 19146, in *Mass. Giust. civ.* (2013).

<sup>57</sup> Così, in ambito fallimentare, Cass., 12 febbraio 2014, n. 3181, in *Fallimento* (2014), p. 1274 ss., con nota di CONTE 2014.

<sup>58</sup> Osserva la Cassazione, argomentando in tema di responsabilità sanitaria (v. *infra* nel testo), che «il principio della vicinanza della prova, [è] fondato sull'obbligo di regolare e completa tenuta della cartella clinica, le cui carenze e omissioni non possono andare a danno del paziente»: Cass., 13 luglio 2018, n. 18567, in *Guida al dir.* (2018), 34, p. 53 ss., con nota di PISELLI 2018; talvolta la giurisprudenza si riferisce al pregiudizio che ne consegue parlando di 'danno evidenziale' (da ultimo App. Ancona, 6 ottobre 2023, n. 1455). Sul punto TASSONE 2009.

L'esempio ricorrente è quello della incompleta o mancata tenuta della cartella clinica, di cui è gravata la struttura sanitaria, che impedisca al paziente danneggiato di provare l'impropria condotta dei sanitari nell'esecuzione della prestazione terapeutica e/o il nesso causale che la lega al danno di cui è invocato il risarcimento<sup>59</sup>.

La giurisprudenza mette in moto due schemi argomentativi funzionali a spostare sui sanitari le conseguenze del proprio inadempimento: il primo, più semplice ed immediato, perché fondato sul principio di ragionevolezza, è incentrato sul fatto che l'ostacolo alla prova, se conseguenza di una condotta colposa, non può ripercuotersi a danno della vittima, così che l'onere probatorio posto in capo a quest'ultima si trasferisce sulla controparte<sup>60</sup>.

Il secondo, invece, arriva alla medesima conclusione, ma per altra via, utilizzando il principio<sup>61</sup> secondo cui l'impossibilità di provare in via diretta una determinata circostanza legittima il ricorso alle presunzioni<sup>62</sup>.

Ne consegue, per giurisprudenza consolidata, che si trasferisce sulla struttura sanitaria anche la prova (dell'inesistenza) del nesso causale, diversamente gravante sul danneggiato<sup>63</sup>.

## 9. UNA CONCLUSIONE

Ne risulta un quadro articolato, dal quale emergono le forti spinte contrapposte dei complessi interessi in gioco, in un incerto equilibrio tra le esigenze protettive delle parti 'deboli' del processo – al cui richiamo la nostra Cassazione non si è sottratta – il doveroso rispetto dei principi normativi e le garanzie di sufficiente prevedibilità degli esiti del giudizio, proprio alla luce del sistema normativo.

Ne è conseguito il sedimentarsi l'una sull'altra di regole di matrice pretoria, legate da un evidente cordone di fondo, il *favor* verso la parte debole, non sempre omo-

<sup>59</sup> Numerose le pronunce sul punto, di legittimità e di merito; tra le prime v. Cass., 18 febbraio 2021, n. 4424, in *Resp. med.*, all'indirizzo <https://www.rivistaresponsabilitamedica.it>; Cass., 14 novembre 2019, n. 29498, in *Rass. dir. farm.* (2020), 25; Cass., ord. 23 marzo 2018, n. 7250, *Resp. med.*, all'indirizzo <https://www.rivistaresponsabilitamedica.it>; tra le seconde Trib. Catania, 20 maggio 2024, *ibidem*; Trib. Firenze, 11 dicembre 2020, *ibidem*.

<sup>60</sup> Cass., 13 luglio 2018, n. 18567, cit.; Trib. Milano, 11 gennaio 2022, in *Rass. dir. farm.* (2022), p. 810 ss.

<sup>61</sup> Cui si è fatto in precedenza richiamo con riferimento al danno morale soggettivo.

<sup>62</sup> Cass., 22 marzo 2021, n. 8018, in *Mass. Giust. civ.* (2021); Cass., 18 febbraio 2021, n. 4424, cit.; Cass., 31 marzo 2016, n. 6209, in *Riv. it. med. leg.* (2016), p. 1703 ss., con nota di FERRARA 2016. Sul punto cfr. anche OCCORSIO 2013, p. 1264.

<sup>63</sup> «... quando la mancata prova derivi dalle carenze colpose della condotta del medico, tipicamente omissive, e astrattamente idonee a causare il pregiudizio lamentato, quel deficit rileva non solo in punto di accertamento della colpa ma anche di quello del nesso eziologico, non potendo logicamente riflettersi a danno della vittima, sia pur in generale onerata della dimostrazione del rapporto causale»: Cass., 11 dicembre 2023, n. 34427, in *Guida al dir.* (2024), 8; analogamente Cass., 8 novembre 2016, n. 22639, in *Resp. civ.* (2016), p. 2025 ss.

genee né sempre coese, ma, nel bene e nel male, indubitabilmente espressive della lettura della dinamica processuale imposta dalla Suprema Corte.

La spinta creativa della giurisprudenza di legittimità, durata decenni, ha incontrato nell'insostenibilità del sistema il suo ostacolo più grande e nell'intervento del legislatore un tentativo di riequilibrio.

Il tempo dirà se l'obbiettivo è stato raggiunto.

## BIBLIOGRAFIA

- BARCELLONA 2021 = M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, Torino 2021.
- CACACE 2016 = CACACE, nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.* (2016), p. 349 ss.
- CACACE 2020 = CACACE, nota a Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Danno e resp.* (2020), p. 11 ss.
- CARNEVALI 2002 = CARNEVALI, nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti* (2002), p. 113 ss.
- CEREA 2022 = F. CEREA, *Interruzione volontaria di gravidanza, prova degli elementi costitutivi della fattispecie e danno da nascita «indesiderata»*, nota a Cass., 25 gennaio 2022, n. 2150, in *Resp. civ.* (2022), p. 791 ss.
- CONTE 2014 = CONTE, nota a Cass., 12 febbraio 2014, n. 3181, in *Fallimento* (2014), p. 1274 ss.
- COMOGLIO 1985 = L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 19, Torino 1985.
- DANOVI 2020 = F. DANOVI, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza della prova: si inverte l'onus probandi?*, in *Fam. e dir.* (2020), p. 1015 ss.
- FACCI 2020 = FACCI, nota a Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Corr. giur.* (2020), p. 348 ss.
- FACCIOLI 2014 = M. FACCIOLI, "Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria, in *Contr. e impr.* (2014), p. 79 ss.
- FACCIOLI 2023 = M. FACCIOLI, *Mezzi e risultato nelle prestazioni sanitarie*, in *Resp. med.* (2023), p. 137 ss.
- FERRARA 2016 = FERRARA, nota a Cass., 31 marzo 2016, n. 6209, in *Riv. it. med. leg.* (2016), p. 1703 ss.
- FRANZONI 2016 = M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contratto e impresa* (2016), p. 360 ss.
- FUSCO 2024 = V. FUSCO, *La responsabilità medica per i danni da «nascita indesiderata»: l'interesse giuridico tutelato e la difficile prova dei presupposti*, nota a Cass., 27 giugno 2023, n. 18327, in *Resp. civ.* (2024), p. 483 ss.
- GIUSSANI 2020 = A. GIUSSANI, *Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta*, in *Riv. dir. proc.* (2020), p. 1320 ss.
- GORGONI 2008 = M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzodi risultato*, nota a Cass., 10 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.* (2008), p. 849 ss.
- GORGONI 2010 = M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *La resp. civ.* (2010), p. 669 ss.

- GRONDONA 2000 = M. GRONDONA, *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la cassazione fa il punto*, nota a Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.* (2000), p. 157 ss.
- GUASTADISEGNI 2021 = M. GUASTADISEGNI, *L'autodeterminazione terapeutica tra tautologie e finzioni*, nota a Cass., 10 giugno 2020, n. 11112, in *Danno e resp.* (2021), p. 231 ss.
- LAGHEZZA 2002 = P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.* (2002), I, p. 769 s.
- LONGOBUCCO 2012 = F. LONGOBUCCO, *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita*, in *Resp. civ.* (2012), p. 1391 ss.
- LUMINOSO 2019 = A. LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, nota a Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Resp. civ.* (2019), p. 1860 ss.
- MEOLI 2002 = B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, nota a Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giur. civ. comm.* (2002), I, p. 349 ss.
- MEZZANOTTE, PARISI 2023 = F. MEZZANOTTE, G. PARISI, *La prova presuntiva del danno (-conseguenza) non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2023), p. 598 ss.
- MIRMINA 2016 = V. MIRMINA, *Il principio di vicinanza della prova quale deroga dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c.*, nota a Cass., 29 gennaio 2016, n. 1665, in *Giur. it.* (2016), p. 821 ss.
- OCCORSIO 2013 = V. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.* (2013), p. 1249 ss.
- PATTI 1987 = S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali. Art. 2697-2698*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1987.
- PATTI 2021 = S. PATTI, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2021.
- PIRAINO 2020 = F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.* (2020), p. 559 ss.
- PISELLI 2018 = PISELLI, nota a Cass., 13 luglio 2018, n. 18567, in *Guida al dir.* (2018), 34, p. 53 ss.
- PIZZETTI 2000 = F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, nota a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.* (2000), p. 740 ss.
- PUCELLA 2007 = R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica (considerazioni in merito a Cass., nn. 8826/2007 e 14759/2007)*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2007), II, p. 445 ss.
- PUCELLA 2008 = R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.* (2008), p. 43 ss.
- PUCELLA 2013 = R. PUCELLA, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno*, nota a Cass., 22 marzo 2013, n.7269, in *Nuova giur. civ. comm.* (2013), II, p. 654 ss.
- PUCELLA 2014 = R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, in *Resp. civ.* (2014), p. 1087 ss.
- PUCELLA 2022 = R. PUCELLA, *Onere della prova nella responsabilità medica: l'impatto della Legge Gelli-Bianco*, in *Resp. med.* (2022), p. 365 ss.
- RIZZO 2024 = N. RIZZO, *Ipotesi sulle presunzioni semplici*, in *Resp. civ.* (2024), p. 393 ss.

- ROSSETTI 2011 = M. ROSSETTI, *Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata*, nota a Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giust. civ.* (2011), I, p. 2443 ss.
- SACCHETTO 2023 = G. SACCHETTO, *L'onere della "vicinanza" della prova*, nota a Cass., 22 aprile 2022, n. 12910, in *Giur. it.* (2023), p. 1852.
- SCHIAVOLIN 2023 = R. SCHIAVOLIN, *La giurisprudenza sulla distribuzione presunta di utili nelle società di capitali a base ristretta si allontana sempre più dai dati normativi*, in *Dir. e pratica trib.* (2023), p. 1244 ss.
- SCOGNAMIGLIO 2017 = C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.* (2017), p. 740 ss.
- SCOGNAMIGLIO 2023 = C. SCOGNAMIGLIO, *Sul rapporto tra domanda di risarcimento del danno alla salute derivante da negligente esecuzione della prestazione di cura e domanda risarcitoria da lesione del diritto al consenso informato*, nota a Cass., 23 febbraio 2023, n., 5631, in *Resp. med.* (2023), p. 441 ss.
- TARUFFO 1997 = M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino 1997.
- TARUFFO 2007 = M. TARUFFO, voce *Prova giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano 2007.
- TASSONE 2009 = B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.* (2009), p. 538 ss.
- TASSONE 2018 = B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp.* (2018), p. 14 ss.
- VERDE 1971 = G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.* (1971), V, c. 177 ss.
- ZANOTTI 2024 = N. ZANOTTI, *Le prove nel giudizio tributario alla luce degli obbiettivi posti dal PNNR*, in *Dir. e pratica trib.* (2024), p. 34 ss.