

Università degli Studi di ROMA “ROMA TRE”
Facoltà di GIURISPRUDENZA
Scuola Dottorale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”- **XXII Ciclo**
Sezione di Diritto Privato per l’Europa

Tesi di dottorato:

NESSO DI CAUSALITA’ e PROVA STATISTICA

Tutor:

Prof. Avv. ANDREA ZOPPINI

Dottoranda:

VACCARO ROBERTA

INDICE – SOMMARIO

pag.

CAPITOLO I: IL NESSO DI CAUSALITA' NELL'ILLECITO CIVILE E PENALE

1. Il nesso di causalità nell'illecito civile: inquadramento generale.....	6
2. Il dato normativo nel codice penale. Le teorie causali.....	9
3. Il dato normativo nel codice civile. La dicotomia tra causalità materiale e giuridica.....	16
3.1 Segue- Causalità materiale, giuridica e scientifica a confronto.....	21
4. Individuazione della disciplina applicabile alla causalità nell'illecito civile. La tesi maggioritaria: <i>traslatio</i> degli artt. 40 e 41 c.p.....	24
4.1 I principi espressi dalle Sezioni Unite 11 settembre 2002, n.30328 ('Franzese') in tema di causalità omissiva: dalla ' <i>probabilità statistica</i> ' alla ' <i>probabilità logica</i> '.....	25
4.2 La tesi dell'ancillarità della causalità civile rispetto a quella penale: prime applicazioni del rigoroso criterio della ' <i>probabilità logica o certezza processuale</i> '.....	31
4.3 La tesi dell'autonomia della causalità civile: il criterio della ' <i>probabilità relativa (o variabile)</i> '.....	32
4.4 L'arresto delle Sezioni unite, 11 gennaio 2008, n.581.....	37
4.5 La consacrazione del criterio della probabilità 'prevalente' nei risarcimenti conseguenziali al 'disastro di Ustica'. Cass. Civ., 5 maggio 2009, n.10285.....	44
5. La tesi minoritaria di FORCHIELLI sulla sussistenza di un'autonoma disciplina civilistica del nesso di causalità (materiale), desumibile dagli artt.1221, 1227 e 2055 c.c.....	46

CAPITOLO II:
CAUSALITA' E PERDITA DI CHANCE.

1. La scala discensionale della causalità e la terza via della causalità da perdita di chance.....	51
2. La nozione di <i>chance</i>	52
2.1 La tesi (eziologica) della <i>chance</i> come lucro cessante.....	54
2.2 La tesi (ontologica) della <i>chance</i> come danno emergente.....	56
3. Casistica ed evoluzione giurisprudenziale: lo spostamento della chance sul versante del danno.....	61
3.1 Nei rapporti di lavoro: il danno da mancata assunzione.....	61
3.1.1. Il danno da perdita della <i>chance</i> di promozione.....	62
3.2 Nella responsabilità aquiliana: il danno da perdita di <i>chances</i> lavorative.....	65
3.3 Nella responsabilità contrattuale.....	67
3.4 In particolare, nella responsabilità professionale.....	68
3.4.1 In tema di responsabilità dell'avvocato.....	68
3.4.2 In tema di responsabilità medica.....	73
3.5 Nella responsabilità amministrativa per danno erariale.....	78
3.6 La <i>chance</i> nella responsabilità della P.A.....	79
4. La prova della <i>chance</i> perduta, requisiti e modalità di liquidazione.....	81
5. Conclusioni: il possibile impiego della chance come tecnica di <i>apportionament</i>	85

CAPITOLO III : LA PROVA DEL NESSO DI CAUSALITÀ

1. Nesso di causalità ed esigenze di differenziazione dalla colpa c.d. oggettivizzata: dalla ' <i>probabilità</i> ' alla ' <i>prevedibilità</i> '	92
2. Riparto dell'onere della prova in punto di inadempimento: prima tappa dell'evoluzione giurisprudenziale (<i>ante</i> Sez. Un. n. 13533 del 2001).....	95

2.1 Seconda tappa (<i>post</i> Sez. Un. n. 13533 del 2001).....	98
3. Il riparto dell'onere della prova sulla rilevanza causale dell'inadempimento: il caso emblematico dell'errore medico.....	102
4. Il principio espresso da Sez. Un. n.577/2008 è universalmente applicabile?..	111
5. Riflessioni conclusive tra presunzioni e “danno evidenziale”.....	113

CAPITOLO IV: NUOVE PROSPETTIVE PER L'ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE : LA RILEVANZA DELLE CONCAUSE.

1. L'orientamento consolidato della giurisprudenza in tema concorso di cause imputabili e non.....	120
2. Le critiche di parte della dottrina.....	121
3. Il <i>revirement</i> di Cass. 16 gennaio 2009, n. 975 apre nuovi scenari in punto di causalità?.....	121
4. Verso nuove prospettive nell'ambito dell'accertamento del nesso causale: la responsabilità “proporzionale” o “progressiva”.....	126
5. <i>Osservazioni conclusive</i>	129

BIBLIOGRAFIA.....	132
-------------------	-----

CAPITOLO I

IL NESSO DI CAUSALITA' NELL'ILLECITO CIVILE E PENALE

1. Il nesso di causalità nell'illecito civile: inquadramento generale.

Nell'ambito dell'illecito civile il nesso di causalità è quell'elemento strutturale che, correndo su di un piano strettamente oggettivo, individua una duplice relazione esterna: da un lato, tra il comportamento astrattamente considerato e l'evento dannoso; dall'altro, tra l'evento-dannoso e le conseguenze pregiudizievoli che ne scaturiscono.

Questa prima affermazione di principio richiede, tuttavia, un'ulteriore precisazione.

Nell'ambito della responsabilità aquiliana, infatti, si danno ipotesi nelle quali diverse sono le cause in relazione alle quali il nesso causale deve essere stabilito¹. Mentre, infatti, gli artt. 2043 e 2050 c.c. presuppongono un nesso di causalità tra il comportamento proprio della persona chiamata a rispondere ed il danno ingiusto, altri articoli muovono da cause diverse dal comportamento tenuto da colui al quale il danno è imputabile: l'art. 2047 c.c. richiede che a cagionare il danno sia il comportamento dell'incapace; l'art. 2048 c.c. imputa causalmente il danno al fatto dei figli minori non emancipati o delle persone sottoposte a tutela che abitano con il soggetto chiamato a risponderne, così come imputa il fatto commesso dagli allievi ai precettori nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza; e ancora l'art. 2049 presuppone, per fondare la responsabilità del datore di lavoro, un nesso causale tra il fatto dei domestici o commessi ed il danno; l'art. 2051 c.c. addirittura richiede che il danno sia cagionato da una cosa in custodia; l'art. 2052 c.c. da un animale in custodia; l'art. 2053 dalla rovina di un edificio e l'art. 2054 dalla circolazione di un veicolo senza guida di rotaie.

¹ Cfr. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, 7ss. Sul punto v. anche TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 14, il quale rileva che il nesso causale deve muovere dal fatto che è fonte di responsabilità: nelle ipotesi di responsabilità da illecito sarà costituito da un atto personale del responsabile, mentre nelle ipotesi di responsabilità per rischio si tratterà di un fatto compreso nella sfera di rischio oggettivamente addossato al responsabile. Cfr. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, 7ss.

Nel diritto civile, pertanto, il nesso di causalità non è un dato unitario per ogni ipotesi di responsabilità, bensì si atteggia diversamente in funzione del criterio di imputazione.

In altri termini, a differenza di quanto avviene nell'illecito penale (dove, stante il principio di personalità, il giudice può essere chiamato a verificare solo il rapporto intercorrente tra la condotta dell'imputato e l'evento), nell'illecito civile non si richiede sempre l'accertamento del medesimo nesso di causalità, ma di 'quel nesso causale' richiesto dalla fattispecie legale, che indica, di volta in volta, il segmento in relazione al quale deve compiersi la valutazione eziologica.

Un nesso causale è comunque necessario: sia per individuare il responsabile del fatto illecito che per determinarne le conseguenze risarcibili².

Il nostro codice civile, infatti, non conosce forme di responsabilità c.d. stocastica³, fondate sul mero stato di pericolo, al di fuori di un collegamento materiale certo con l'evento dannoso.

In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale nello storico c.d. 'caso del pallino'⁴, escludendo l'operatività di un nuovo criterio di imputazione "fondato non

² Così FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Roma, 2004, sub art. 2043, 22 ss.

³ Con tale aggettivazione (stocastico equivale a probabilistico) si vuole alludere ad una casistica in cui, di fronte ad una oggettiva impossibilità (o anche in caso di notevole difficoltà) di fornire la prova certa in ordine alla sussistenza del nesso causale, la responsabilità può sorgere anche sulla scorta di un nesso causale basato su valutazioni probabilistiche, ad es., lo svolgimento di un'attività che comporti un elevato rischio di produrre danni del tipo di quello effettivamente verificatosi, ovvero la sussistenza di una probabile relazione eziologica tra causa ed effetto. Il termine in questione viene impiegato da ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, 318. Sul punto v. anche CAPECCHI, *op. cit.*, 9 s., il quale evidenzia come in altri ordinamenti si giunge a fondare la responsabilità civile sul mero stato di pericolo, prescindendo *in toto* dal nesso causale. Un esempio si rinviene nell'ordinamento tedesco al §830 BGB, che dispone la responsabilità solidale dei coautori indipendentemente dalla possibilità di verificare la relazione causale tra la condotta di ciascuno e il danno. Con tale aggettivazione (stocastico equivale a probabilistico) si vuole alludere ad una casistica in cui, di fronte ad una oggettiva impossibilità (o anche in caso di notevole difficoltà) di fornire la prova certa in ordine alla sussistenza del nesso causale, la responsabilità può sorgere anche sulla scorta di un nesso causale basato su valutazioni probabilistiche, ad es., lo svolgimento di un'attività che comporti un elevato rischio di produrre danni del tipo di quello effettivamente verificatosi, ovvero la sussistenza di una probabile relazione eziologica tra causa ed effetto. Il termine in questione viene impiegato da ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, 318.

⁴ Corte cost., 04 marzo 1992, n. 79, in *Foro it.*, 1992, I, 1347. Nella fattispecie, durante una battuta di caccia un partecipante rimaneva ferito da un colpo partito dal fucile di uno dei suoi compagni ma, essendo stati in due a sparare contemporaneamente, non era possibile stabilire da quale fucile fosse partito in concreto il pallino che lo aveva attinto. Il danneggiato sollevava, pertanto, questione di legittimità costituzionale dell'art. 2050 c.c. (per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.) nella parte in cui addossava su di lui l'insostenibile onere della prova del nesso causale anziché sui convenuti l'onere della prova liberatoria. La premessa del dubbio di costituzionalità prospettata dal giudice rimettente era

già sul nesso di causalità, ma sulla mera "partecipazione" all'esercizio di un'attività pericolosa con distinte ed autonome condotte uniformi da più persone, tutte simultanee e tutte teoricamente possibili cause di danno". E ciò in quanto, ad avviso della Consulta, un tal criterio di imputazione richiederebbe un apposito intervento legislativo, non sottacendosi talune perplessità per un criterio "estremamente labile in quanto rappresenterebbe un *quid minoris* rispetto alla partecipazione ad una medesima condotta che già radica la responsabilità solidale ex art. 2055 cod. civ."

Ciò premesso, le riserve all'accoglimento di ipotesi di responsabilità stocastica possono efficacemente compendiarsi nelle due motivazioni -espresse da Trimarchi⁵- per le quali è imprescindibile la sussistenza del nesso causale:

- la prima è che il rapporto di causalità costituisce il criterio più semplice di collegamento fra il danno da risarcire ed il soggetto responsabile;

- la seconda è che nella responsabilità per colpa la rinuncia al requisito del nesso causale, sia pure limitata alla causalità di fatto, imporrebbe di colpire imprudenze non causative di danno e azioni rimaste allo stadio del tentativo, sulla base del semplice sospetto di una loro incidenza causale in astratto⁶; in questo modo, il giudizio dipenderebbe da troppi elementi ipotetici e sarebbe difficilmente controllabile.

costituita dall'affermazione, che trova conforme riscontro nella giurisprudenza, secondo cui "l'attività venatoria costituisce esercizio di attività pericolosa onde, in deroga al principio generale posto dall'art. 2043 cod. civ., opera l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 2050 cod. civ., con la conseguenza che chi cagiona il danno è tenuto al risarcimento se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno". All'evidenza – precisa la Corte – "tale inversione attiene all'elemento soggettivo della colpa e non già al nesso di causalità che lega la condotta dell'agente, costituente esercizio di attività pericolosa, all'evento dannoso sicché il danneggiato rimane comunque onerato della prova che chi ha posto in essere l'attività pericolosa abbia causato il danno, prova da fornirsi secondo il canone generale dell'imputabilità del fatto illecito ex art. 2043 cit., sotto questo profilo non derogato". Ed inoltre, quanto alla presunta illegittimità rispetto al trattamento differenziato previsto dal legislatore per i danni di cui all'art. 2054 c.c., si replica che "la possibilità per le vittime della circolazione stradale e non anche per le vittime di altre attività pericolose, come la caccia, di ottenere il risarcimento del danno quando, essendo una sola lesiva fra più condotte simultanee e uniformi, non sia identificabile l'unico autore dell'evento dannoso, non deriva da una differenziazione del rispettivo onere probatorio - la cui inversione resta, in entrambi i casi, limitata alla colpa e non si estende al nesso di causalità fra condotta ed evento - ma dalla previsione, nell'un caso e non nell'altro, dall'intervento assicurativo del Fondo di garanzia di cui all'art. 19, L. n. 990 del 1969".

⁵ TRIMARCHI, *op. cit.*, 12.

⁶ Si pensi al caso, descritto da TRIMARCHI, *op. cit.*, dell'automobilista che procede a forte velocità lungo una via di un centro abitato; nella via adiacente un altro automobilista investe un pedone; se ci si limitasse, per imputare la responsabilità, a richiedere la creazione di uno stato di pericolo è evidente che si potrebbe addebitare l'investimento tanto all'uno quanto all'altro automobilista, poiché entrambi hanno dato luogo al medesimo pericolo.

Allo stato attuale, pertanto, nel nostro ordinamento il nesso causale è sempre elemento costitutivo di qualsiasi fattispecie di responsabilità civile ⁷ e il relativo onere incombe sul danneggiato, anche nelle ipotesi di c.d. responsabilità oggettiva, in cui sia esentato dalla prova dell'elemento soggettivo ⁸.

Da qui, il preliminare problema che occorre risolvere: cosa si intende con il termine causalità?

2. Il dato normativo nel codice penale. Le teorie causali.

Una compiuta indagine sul tema del nesso causale non può che prendere le mosse da una prima, significativa (ed inquietante) rilevazione ermeneutica, quella per cui nulla di realmente definito emerge dalle fonti legislative, penali e civili, sul tema della causalità in sé considerata⁹.

Sotto il versante civilistico, si registra un più o meno intenzionale vuoto legislativo: gli articoli 1227 e 2043 del codice civile strutturano, rispettivamente, il rapporto tra fatto (doloso o colposo) ed evento (dannoso) in termini di “*cagionare*”, senza ulteriori specificazioni, mentre l'art. 1223, richiamato dall'art. 2056, si riferisce, alla stregua dell'orientamento ormai unanime in giurisprudenza (meno in dottrina), al nesso di condizionamento che lega non la condotta all'evento, ma l'evento/inadempimento ai danni, dei quali predica, a fini risarcitori, il necessario carattere di “consequenza immediata e diretta” (dell'inadempimento o del ritardo).

Sotto il versante penalistico, il codice Rocco si limita a pretendere il rapporto di causalità quale elemento costitutivo della fattispecie di reato (di evento), senza, tuttavia, fornire all'interprete esaustive indicazioni utili ad orientarlo nella

⁷ PARISI e DARI MATTIACCI, *Il nesso causale nell'inquinamento ambientale*, in *Danno e resp.*, 2004, 942 s., tuttavia ritengono che forse la direttiva 2004/35/CE “*lasci spazio per una nozione causale che trascende la concezione tradizionale e si potrebbe estendere ad ipotesi di attribuzione meramente stocastica*”.

⁸ Sulla attualissima questione dell'inversione dell'onere della prova in punto di causalità nella responsabilità contrattuale, ed in particolare nella responsabilità medica da contatto sociale, si darà conto *infra*.

⁹ Così si esprime Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. Giur.*, 2006, 257 con nota di ROLFI. Valorizza il dato che, negli ultimi anni, le corti hanno sfatato una volta per tutte, sia sul versante penale e sia su quello civile, uno dei tanti limiti dell'istituto del nesso di causa, cioè che la causalità sia risolta, perlomeno nei suoi tratti essenziali, dalle fonti legislative, BONA, *Nesso di causa*, in *Danno e resp.*, 2006, 4, 395.

ricostruzione della nozione stessa di causalità, oltre che nella definizione del criterio di accertamento causale recepito in sede normativa :

- l'art. 40 c.p., infatti, rubricato "rapporto di causalità", stabilisce che "nessuno può essere punito...se l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione od omissione", fissando, in realtà, il solo principio di equivalenza fra il non fare ed il cagionare, e discorrendo genericamente di "conseguenza della sua azione o omissione" al momento di individuare caratteri e peculiarità del nesso tra condotta ed evento;

- così il successivo art 41 c.p., relativo al 'concorso di cause', sancisce, al primo comma, il principio dell'equivalenza causale¹⁰ senza null'altro precisare in ordine al metodo ed al criterio di accertamento delle 'condizioni necessarie e sufficienti a cagionare l'evento', salvo poi a temperarne il rigore, al secondo comma, con il principio "dell'interruzione del nesso causale" conseguente all'intervento di quella causa "sufficiente da sola a determinare l'evento".

Dal combinato disposto degli artt. 40 e 41 c.p. deriverebbe, secondo l'orientamento largamente prevalente in seno alla dottrina penalistica, un procedimento bifasico funzionale all'accertamento del nesso causale: dapprima, mediante la teoria della *conditio sine qua non*, si procede alla individuazione di tutte le cause di un determinato evento; successivamente, procedendo lungo la strada che conduce alla ipotetica interruzione del nesso di causa, si provvede a circoscrivere ad alcune soltanto, tra le molteplici cause condizionanti di ciascun evento, la possibile eziogenesi dello stesso.

Proprio questa seconda fase dell'accertamento è stata e resta oggetto di un vivace dibattito dottrinale che si protrae sin dall'800 e che ha alimentato l'elaborazione di numerose teorie causali, tra le quali, in questa sede, appare opportuno richiamare: la teoria della *conditio sine qua non* o dell'equivalenza

¹⁰ L'art. 41, comma 1 recita: "Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra la azione od omissione e l'evento".

causale, le teorie della causalità adeguata e della causalità umana, la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento per rischio¹¹.

Secondo la teoria della **condicio sine qua non** o dell'equivalenza causale "la condotta illecita è causa dell'evento dannoso se in mancanza della prima, il secondo non si sarebbe verificato"¹²: tutte le condizioni necessarie e sufficienti a produrre l'evento sono, dunque, causa dello stesso e, in tale ottica, finiscono per equivalersi.

Passando dalle enunciazioni teoriche alla pratica, il meccanismo logico per individuare quando un evento possa ritenersi "causato" da una certa condotta è rappresentato dal c.d. giudizio controfattuale (o contrario ai fatti), basato su una valutazione *ex post* (cioè dopo la produzione dell'evento) ed in concreto della eziogenesi dell'evento. Detto giudizio si sostanzia in un procedimento di ideale eliminazione mentale del fattore (condotta umana) dato per condizionante, per verificare se senza questo l'evento si sarebbe ugualmente prodotto.

Sbocco naturale di tale giudizio è, dunque, la nota 'doppia formula' (positiva e negativa), secondo la quale: la condotta umana è *causa* dell'evento se senza di essa l'evento non si sarebbe verificato (formula positiva), mentre *non può ritenersi da essa causato* quando, senza di essa, l'evento si sarebbe verificato ugualmente (formula negativa)¹³.

¹¹ Per un'ampia ricognizione dei punti di forza e dei rilievi critici in ordine alle teorie causali elaborate dalla dottrina penalistica ed applicate all'illecito civile si rinvia a CAPECCHI, *op. cit.*, 53 ss.

¹² Teoria elaborata per la prima volta dal criminologo tedesco Von Buri, in *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873.

¹³ Una formulazione compiuta di tale teoria si può leggere in STELLA, *Rapporto di causalità*, in Enc. giur., vol. XXV, *ad vocem*, alla quale si rinvia anche per le critiche cui diede adito (in assenza di copertura scientifica è di per sé formula vuota e muta; rigorosamente applicata ingenera i problemi del regresso all'infinito e dell'inapplicabilità ai casi di causalità addizionale ed alternativa ipotetica). Osserva che la teoria della *condicio* "conduce a conseguenze assurde anche dove il diritto richiede per la responsabilità il concorso del dolo o della colpa", come nel caso "della persona che, dopo essere stata ferita, sia pure con intenzione omicida, rimanga vittima di un incidente fortuito verificatosi nel nosocomio in cui è stata ricoverata". F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 1994, 218. L'applicabilità di tale teoria ai danni civili è assai risalente (per tutti, CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, Torino, 1906, 332-333) e viene tradizionalmente ricondotta (ad esempio da BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano 1959, 361) a POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere*, vol. I, Livorno, 1842, 109, e LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XVI, Napoli-Roma-Milano, 1881, 270-271. V. sul punto, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 5; VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1998, 1007, osserva come la teoria della *condicio sine qua non* non sia applicabile alla causalità giuridica dal momento che amplierebbe a dismisura il numero dei fattori causali.

Ciò posto, il giudizio controfattuale sarebbe inevitabilmente insidiato da ampi margini di discrezionalità e di indeterminatezza ove non fosse ancorato a parametri oggettivi, in conformità alle ragioni di determinatezza e legalità delle fattispecie di reato. Al riguardo, superata la stagione del c.d. metodo individualizzante¹⁴ fondato sull'intuizionismo o 'fiuto' del giudice¹⁵, è ormai pacifica in giurisprudenza la necessità del ricorso ad una generalizzata regola di esperienza¹⁶ o ad una legge scientifica di copertura (c.d. **causalità scientifica**)¹⁷.

Di talché, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi "del tipo" di quello verificatosi in concreto.

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche" che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la

¹⁴ Emblematiche, in tal senso, le pronunce che hanno definito i noti casi del *disastro del Vajont* (Trib. L'Aquila, 17 dicembre 1969, in *Rass. giur. en. el.*, 1970, 197 ss) e *delle macchie blu* (Trib. Rovereto, 17 gennaio 1969, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1035 ss., ai quali è spesso accomunato il caso affrontato dalla giurisprudenza tedesca relativo agli effetti di un farmaco, *il talidomide*, ingerito dalla maggior parte delle donne gestanti che avevano partorito figli con malformazioni congenite (cfr. SJOSTROM-NILSSON, *Il talidomide e il potere dell'industria farmaceutica*, Milano, 1973).

¹⁵ Particolarmente significativo, per cogliere tale approccio giurisprudenziale di tipo intuizionistico, è il seguente passaggio motivazionale della citata sentenza sul disastro del Vajont: "se nessuno è in grado di spiegare perché la frana si sia verificata, ciò nondimeno non si può minimamente dubitare che la frana sia dovuta all'opera dell'uomo". In termini analoghi si esprime la sentenza sulle macchie blu, laddove si afferma che quello relativo all'accertamento della relazione causale è un giudizio formulato sulla base della mera enunciazione dei fatti, evocando, dunque, un modello 'a serie continua' (STELLA, *Commento agli artt. 40 e 41 c.p.*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 136), secondo cui per conoscere il 'perché' di un accadimento non occorre ricorrere al concetto di condizione necessaria, ma basta scomporre l'evento 'grezzo' in una serie di sub-eventi, sì da ottenere una serie temporale continua di accadimenti, comprensibili con precisione ed esattezza.

¹⁶ Si tratta di un criterio meno individualistico, ma pur sempre rimesso ad un'ampia discrezionalità del giudice. Sullo sfondo, l'assunto secondo cui, atteso il fine che l'ordinamento penale persegue, la prova non può essere identificata soltanto con quella scientifica e non può, quindi, essere costruita sul solo riscontro di 'regolarità senza eccezioni' nella successione di determinati fenomeni, potendo considerarsi validi, in assenza di leggi scientifiche, i risultati della generalizzazione del senso comune (massime di esperienza).

¹⁷ Cfr. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, 133 ss; ID. *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1217 ss.; ID. *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004.

conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

Ciò posto, la rigidità del criterio dell'equivalenza causale, riempito di contenuto nel modo di cui si è detto, è temperata dall'applicazione del comma 2 dell'art. 41 c.p., secondo il quale "le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento"¹⁸.

Una parte della dottrina¹⁹ interpreta il citato art. 41, comma 2, c.p. come norma attestante il recepimento nel nostro ordinamento della **teoria della causalità adeguata**, a tenore della quale 'non ogni antecedente storico dell'evento ne rappresenta la causa, ma solo quello rispetto al quale l'evento, sulla base di un giudizio *ex ante* (rapportandosi, cioè, al momento della condotta: c.d. prognosi postuma), ne costituisca uno sviluppo 'adeguato', oggettivamente probabile, normale, o secondo alcuni solo possibile, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*²⁰.

Pertanto, secondo questa teoria, devono considerarsi conseguenze di un dato fatto, solamente quelle che rientrano in una successione normale di eventi, secondo l'*id quod plerumque accidit* o secondo un calcolo di regolarità statistica da valutarsi a seconda di tutte le circostanze del caso: "per accertare se una condotta umana sia o no causa, in senso giuridico di un determinato evento, occorre stabilire un confronto tra

¹⁸ Dalla Relazione al Re al codice definitivo si evince che il legislatore con tale norma aveva intenzione di escludere il nesso causale, quando l'evento è determinato dal sopravvenire di fatti completamente imprevedibili, e cioè di fatti che presentino il carattere di assoluta anormalità¹⁸. Nella Relazione al progetto definitivo, infatti, viene presentato come esempio di interruzione del nesso causale per il sopravvenire di un altro fatto, il caso della persona ferita che, trasportata all'ospedale muore a causa di un incendio criminoso o fortuito. Pertanto, il comma 2 dell'art. 41 venne interpretato dalla dottrina maggioritaria nel senso di escludere il nesso di causalità solo quando il risultato fosse dovuto al sopravvenire di un avvenimento assolutamente eccezionale. In tal senso, Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, cit., 216. Per Mantovani, Diritto penale, Padova, 1992, 187, "il nesso causale è escluso quando l'evento è dovuto al sopravvenire di un fatto eccezionale... per fattore eccezionale si intende quel fattore causale, che ha reso possibile il verificarsi di un evento che, secondo la migliore scienza ed esperienza, non è conseguenza neppure probabile di quel tipo di condotta".

¹⁹ DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1976, 117; SINISCALCO, *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. del dir.*, 1960, 639.

²⁰ Per questa formulazione riassuntiva cfr. STELLA, *op. ult. cit.*, 17.

le conseguenze che - secondo un giudizio di probabilità *ex ante* - essa era idonea a provocare e le conseguenze concrete provocate, nel senso che se queste non furono volute nè erano comunque prevedibili ed evitabili, il rapporto di causalità tra il comportamento umano e l'evento è da escludere perchè risulta interrotto dal sopravvenire di un caso fortuito. Per la sussistenza quindi, del nesso di causalità materiale, non è sufficiente che tra l'antecedente (comportamento doloso o colposo) e il dato consequenziale (l'evento) vi sia un rapporto di sequenza, ma è sempre necessario che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza normale dell'antecedente"²¹.

La **teoria della causalità umana** (o dell'equivalenza causale temperata)²², mediando tra le altre due, ritiene che il rapporto causale consti di due elementi, uno positivo ed uno negativo:

- "il positivo è che l'uomo con la sua azione abbia posto in essere una condizione dell'evento, e cioè un antecedente senza il quale l'evento non si sarebbe verificato”;

- “il negativo è che il risultato non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali”²³.

In tale prospettiva, possono ritenersi causati dall'uomo (e, dunque, non eccezionali) solo quei risultati della condotta che rientrano nella sua sfera di ‘poteri conoscitivi e volitivi’ (ivi compresi i risultati non voluti, ma che egli era comunque in grado di impedire). Quindi, a differenza della causalità adeguata, sfuggono al controllo umano non tutti gli effetti atipici (poiché anche quelli che nella generalità dei casi non si verificano possono essere, e spesso sono, calcolati in anticipo e quindi preveduti), ma solo gli effetti ‘eccezionali’, che hanno ‘una probabilità minima di

²¹ Cass. civ., 3 giugno 1980, n. 3622, in Giust. civ. Mass., 1980, 6; Cass. civ., 20 dicembre 1986, n. 7801, in Gist. civ. Mass., 1986, 12. Per i limiti applicativi ed i rilievi critici alla teoria in questione (in particolare, in ordine alla contaminazione tra elemento soggettivo ed oggettivo del giudizio di prevedibilità *ex ante*) si rinvia alla manualistica penale (segnatamente a MANTOVANI e FIANDACA-MUSCO).

²² La tesi, come noto, rimonta ad ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, 235.

²³ Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 210.

verificarsi” o comunque che siano ‘al di fuori delle possibilità di controllo dell’uomo’²⁴.

Più "moderna"²⁵ appare la teoria secondo la quale la responsabilità riguarda soltanto gli eventi dannosi che costituiscono la realizzazione del rischio in funzione del quale la condotta è vietata dalla legge, al fine di limitare la responsabilità (specie se oggettiva) al danno che la norma violata intendeva evitare²⁶.

In base a questa teoria (c.d. **dell'imputazione obiettiva dell'evento per rischio**), sono causa dell'evento quegli antecedenti che abbiano creato un rischio riprovato dall'ordinamento, ovvero abbiano aumentato un rischio già esistente oltre i limiti tollerati dall'ordinamento. Inoltre, è necessario che l'evento verificatosi appartenga al novero di quelli che sono espressione del rischio creato dall'antecedente²⁷.

E' evidente che una tale impostazione finisce per prescindere dalla verifica di una causalità naturalisticamente intesa, in quanto ad essa sostituisce un altro tipo di relazione tra la condotta dell'agente e l'evento: *“anziché una causalità naturale a fini dell'imputazione, con l'aggiunta di altri criteri di selezione delle concause, è l'imputazione che si sostituisce alla causalità, che elabora parametri fondati su una*

²⁴ Cfr. nota precedente; per i rilievi critici (evidente contaminazione tra colpevolezza e causalità) mossi alla teoria in questione si rinvia alla manualistica penale (segnatamente a MANTOVANI e FIANDACA-MUSCO), nonché a CAPECCHI, *op. cit.*, 116 ss.

²⁵ Visintini, Trattato breve della responsabilità civile, Padova, 1999, 583.

²⁶ Anche tale teoria si è sviluppata in modo particolare in Germania, nasce in common law: Green, Rationale of proximate cause, Kansas City, Mo., 1927, 136; Id., The causal relation issue in negligence law, in Michigan Law Review, 60 (1960-62), 562; Seavey, Mr. Justice Cardozo and the law of torts, in Harvard Law Rev., 1942, 72. Su tale teoria: Trimarchi, Causalità e danno, Milano, 1967, 45; Barcellona, "Scopo della norma violata", interpretazione e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana, in Riv. dir. civ., 1973, I, 311; Tarello, Il realismo giuridico americano, Milano, 1962, 127.

²⁷ Come ampiamente evidenziato da CAPECCHI, *op. cit.*, 122, questa teoria conosce in sé un'ulteriore distinzione in due orientamenti: il primo prevede una valutazione dell'aumento del rischio conseguente a una certa condotta esclusivamente *ex ante*; il secondo prevede un doppio giudizio, *ex ante* ed *ex post*. Sotto il versante penalistico, cfr. quanto ai rilievi critici, FIANDACA, *Nei reati omissivi, quali illeciti privi di causalità "reale"*, in Causalità (Rapporto di) in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1988, Vol. II, pag.128 e DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1999, 32, ad avviso dei quali l'accertamento dell'aumento del rischio finisce per rimpiazzare la verifica della causalità, di qui la fondata obiezione di una surrettizia trasformazione dei reati omissivi impropri in reati di mera condotta, puniti *contra legem* in base alla semplice idoneità a porre in pericolo il bene protetto

ratio diversa dalla verifica che un certo risultato sia veramente la conseguenza della condotta illecita”²⁸.

3. Il dato normativo nel codice civile. La dicotomia tra causalità materiale e giuridica.

L'unica disposizione che nel codice civile affronta *expressis verbis* il problema causale si rinviene nell'ambito della responsabilità contrattuale: è l'art. 1223, richiamato in sede aquiliana dall'art. 2056 c.c., a tenore del quale “*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*”.

L'ambito di applicazione di tale disposizione e l'interpretazione della locuzione ‘conseguenze immediate e dirette’ costituiscono sicuramente due aspetti fondamentali del dibattito sul tema della causalità nell'illecito civile, sui quali è pertanto opportuno soffermarsi.

In particolare, l'aspetto più delicato del dibattito dottrinale è se l'art. 1223 c.c. possa applicarsi alla verifica del nesso di causalità c.d. materiale (tra condotta ed evento lesivo) o se invece miri, unicamente, a selezionare le conseguenze dannose risarcibili.

Orbene, secondo l'orientamento attualmente prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza²⁹, il nesso causale nell'illecito civile non sarebbe un concetto unitario,

²⁸ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 37, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti. Per i rilievi critici (in particolare, quanto alla contaminazione con la colpa speciale e alla violazione dei principi di legalità e personalità della responsabilità penale) v. anche MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della 'imputazione oggettiva dell'evento' e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 5, il quale osserva, peraltro, come l'origine storica della teoria della imputazione oggettiva discenda da una rielaborazione della teoria della causalità adeguata. Per una replica, PAGLIARO, *Imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 794

²⁹ La giurisprudenza per lungo tempo non ha preso posizione sul tema (ed anzi sembrava optare per una concezione unitaria del rapporto di causalità ad es. Cass. 12 aprile 1951, n.872, in *Mass. Giur. It.*, 1951); l'inequivoca adesione della giurisprudenza alla tesi dicotomica del nesso causale è avvenuta nel 1971, con il noto caso MERONI in Cass. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 1286 (così evidenzia FRANZONI, *Il danno, cit.*, 1996, 33). Più recentemente, la distinzione è stata ribadita da Cass. 10 maggio 2000, n. 5962, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 91. Sul tema si è seppesa

ma assumerebbe rilievo sotto due distinti profili: da una parte l'evento lesivo (danno-ingiusto), dall'altra il danno risarcibile.

A conferma di ciò, nell'art. 2043 c.c. il sostantivo danno ricorre due volte, con due accezioni diverse: una prima volta è accompagnato dall'aggettivo 'ingiusto' e la seconda volta è privo di qualsiasi qualificazione (dunque, in chiave di danno risarcibile). Ciò evidenzia, pertanto, come i concetti di "danno ingiusto" e di "danno risarcibile" divergano profondamente: il primo, infatti, indica la lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico; il secondo le conseguenze economiche pregiudizievoli del fatto.

Con riguardo al primo (evento lesivo), il nesso causale svolge la funzione di imputare al responsabile il fatto illecito; in questo caso si è soliti parlare di "causalità di fatto o naturale o materiale".

Con riferimento al danno risarcibile, il nesso di causalità svolge, invece, la funzione di determinare l'ammontare del danno cagionato: in tal caso si è soliti parlare di "causalità giuridica"³⁰.

In questa prospettiva dicotomica, l'art. 1223, richiamato espressamente dall'art. 2056, lungi dall'occuparsi del rapporto tra condotta ed evento lesivo (c.d. causalità materiale o naturale o di fatto) e dunque dell'*an* del risarcimento, presuppone già risolto il problema della responsabilità (art. 1218 c.c.), mirando unicamente a circoscrivere il contenuto e l'estensione del danno risarcibile³¹ alle sole conseguenze pregiudizievoli "immediate e dirette"³².

conformemente anche la Corte Costituzionale, con le note decisioni Corte Cost. 14 luglio 1986, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1986, I, 534 e Corte Cost., 27 ottobre 1984, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297.

³⁰ La causalità quale criterio di individuazione del danno risarcibile trova il proprio antecedente storico nella teorizzazione di Pothier, Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del Foro della coscienza quanto del Foro esteriore, Milano, 1809, tesa ad identificare (nelle note tre ipotesi di serie causali), il rapporto di causalità tra l'evento ed il danno.

³¹ Le origini di questo orientamento risalgono a GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 409; e poi BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 126; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa-Bessone, Torino, 1987, 158. In tal senso, più di recente, tra gli altri: FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1993, sub art. 2043, 85; SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. del Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1250; Id., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 1998, 171; GIANNITI, *Responsabilità civile e penale a confronto*, Padova, 1998; ALPA-BESSONE-ZENO

Ne consegue, dunque, che secondo l'impostazione dottrinale e giurisprudenziale assolutamente prevalente, causalità materiale o di fatto e causalità giuridica presentano caratteri distintivi abbastanza netti:

- da un lato sta il nesso, che deve sussistere tra comportamento ed evento perché possa configurarsi, a monte, una responsabilità "strutturale" (Haftungsbegründende Kausalität);

- dall'altro, sta il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua, funzione di delimitare, a valle, i confini di una (già accertata) responsabilità risarcitoria (Haftungsausfüllende Kausalität).

In altri termini, la causalità materiale ricostruisce il fatto ai fini della imputazione della responsabilità e risponde alla domanda chi è stato? ³³; la causalità giuridica, presupponendo già risolto il problema dell'imputazione, determina gli eventi da porre a fondamento del danno risarcibile e risponde alla domanda quanto devo pagare? ³⁴.

Un paradigma normativo della distinzione, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, è ravvisabile, rispettivamente, nel primo e nel secondo comma dell'art. 1227 c.c.

ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, Torino, 1995; ALPA, *La responsabilità*, cit., 326, osserva come "quest'orientamento non si registra né in Francia (ove si collega il *fait dommageable* al *dommage*), né in *Common law* (ove si collega l'*act* o l'*omission* dell'agente al *dommage*". La dicotomia è, invece, presente nella dottrina tedesca, ove si distingue tra *haftungsbegründende Kausalität* e *haftungsausfüllende Kausalität*, come evidenziato da ROSSELLO, *op. cit.*, 14.

³² Così VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 557. Una dottrina minoritaria nega che l'art. 1223 c.c. abbia un fondamento causalistico: tra questi, si rinvia a CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 99; ed a SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 346.

³³ In tal senso, per tutti, si vedano FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, 60 e ss.; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile (aggiornamento 1988-1996)*, diretta da ALPA e BESSONE, vol. II, Torino, 1997, 55 e ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di ZATTI e LUDICA; ID, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. del Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1250, Milano, 1998, 170; VISINTINI, *op. cit.*, 619; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 198; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*. Milano, 1965, 111 e ss.; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 405.

³⁴ FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, cit., 86.

Il primo comma, partendo dalla disposizione (se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate), lascia chiaramente intendere che il legislatore ha preso in esame l'ipotesi in cui il fatto del creditore/danneggiato interviene a spezzare il legame, a monte, tra comportamento del soggetto agente ed evento, escludendo così la totale imputabilità del fatto all'agente, e limitando di conseguenza la responsabilità di quest'ultimo.

Il secondo comma, al contrario (il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza), chiarisce in che modo il fatto del creditore possa influire, a valle, sul diverso rapporto evento-danno, e cioè rendendo non più risarcibili talune delle conseguenze immediate e dirette dell'evento, nonostante sia già stata accertata la piena responsabilità del danneggiante, e sia già stato determinato il risarcimento attraverso il filtro dell'art. 1223 c.c..

Così si afferma che, *‘da una lettura sistematica delle norme del codice civile vigente dettate in tema di risarcimento del danno, sembra emergere un plesso operativo razionale e coerente, articolato secondo un criterio di consequenzialità in virtù del quale il legislatore opera una netta separazione tra il momento (strutturale) dell'accertamento della responsabilità e quello (funzionale) dal contenuto della stessa’*³⁵.

A favore di detta scomposizione si è orientata in modo espresso la giurisprudenza di legittimità a far data dalla storica sentenza sul caso Meroni, nella quale si legge: "è noto che, in tema di responsabilità civile, il problema della causalità si presenta sotto un duplice aspetto: il primo, che attiene al nesso causale fra la condotta del soggetto agente, a lui imputabile a titolo di dolo o di colpa, e l'evento (...); il secondo che, presupponendo integro in tutti i suoi aspetti lo schema ora delineato (condotta - nesso causale - evento), attiene alla derivazione causale del

³⁵ Cass. civ. n. 21619 del 2007 cit.

danno, di cui si pretende il risarcimento, dall'evento e che è considerato e disciplinato dall'art. 1223"³⁶.

Ciò posto, per l'accertamento del nesso di causalità c.d. giuridica tra evento lesivo e danni conseguenza risulta pressoché pacifico in giurisprudenza ed in dottrina il principio per cui occorre far riferimento, ai sensi dell'art.1223 c.c., al criterio della c.d. regolarità causale, alla stregua del quale sono risarcibili i danni immediati e diretti in quanto siano “normale conseguenza dell'evento lesivo, secondo l'id quod plerumque accidit o secondo la comune esperienza”.

E', invece, sul crinale della definizione e dell'accertamento del nesso di causalità materiale tra un fatto ed un evento di danno che si registra un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, allo stato ben lungi dal comporsi, e del quale si darà ampiamente conto nella presente trattazione.

36 Sez. Un. civ., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 680, con nota di Visintini . Si può anche vedere Cass. civ., 3 aprile 1973, n. 916, in *Giust. Civ. Mass.*, 1973, 492, secondo la quale "il giudice deve compiere un processo logico che si articola in due fasi distinte: la prima relativa alla certezza del danno (e quindi all'identificazione del responsabile), la seconda relativa alla sua quantificazione". Tale scomposizione è stata ulteriormente ribadita da Cass. civ., 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Foro it.*, 2000, I, 1917, con nota di SCODITTI, *Danni conseguenza e rapporto di causalità* ; in *Corr. giur.*, 2000, 902, con nota di LASCIALFARI, *Causalità scientifica e causalità giuridica tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*: "in tema di risarcimento del danno si deve distinguere fra l'accertamento della responsabilità, improntato alla ricerca del nesso di causalità e rilevante nel rapporto fra comportamento del soggetto agente ed evento, e la delimitazione delle conseguenze risarcibili, fondata su un giudizio formulato in termini ipotetici e concernente il rapporto tra evento e danno". Ed ancora, in termini, merita di essere segnalata Cass., sez. III, 02-02-2001, n. 1516, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 2001, 291, nonché in *Corriere giur.*, 2001, 1319, con nota di SEVERI, in *Giur. it.*, 2001, 2032, in *Resp. civ.*, 2001, 881, con nota di FAVILLI, in *Dir. e giustizia*, 2001, fasc. 6, 43, con nota di ROSSETTI. Così più di recente, Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corriere giur.*, 2008, 35, con nota di BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*, la quale ribadisce che “Nel sistema della responsabilità civile, la causalità assolve alla duplice finalità di fungere da criterio di imputazione del fatto illecito e di regola operativa per il successivo accertamento dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli del fatto che si traducono in danno risarcibile. Essa va pertanto scomposta (secondo l'opinione largamente prevalente) nelle due fasi corrispondenti al giudizio sull'illecito (nesso condotta/evento) e al giudizio sul danno da risarcire (nesso evento/danno). Da un lato sta il nesso, che deve sussistere tra comportamento ed evento perché possa configurarsi, a monte, una responsabilità “strutturale”; dall'altro, sta il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua, funzione di delimitare, a valle, i confini di una (già accertata) responsabilità risarcitoria”.

Tuttavia, non mancano “sbandamenti” ed incongruenze dogmatiche in talune sentenze della Suprema Corte, come osserva ROSSETTI in *La responsabilità civile - Principi e regole applicative*, Milano, 2006, 55 ss. Ad esempio, nella parte motiva di Cass., sez. III, 15-11-1999, n. 12617, in *Foro it. Rep.* 1999, *Responsabilità civile*, n. 180 (peraltro, sul punto, assai scarna), si legge che “delle due l'una: o il rapporto di causalità c'è o non c'è ma se c'è esso deve sussistere in relazione all'evento (inteso nella sua accezione naturalistica, comprensiva del danno) non potendosi al suo interno operare delle distinzioni (tra evento e danno)”. Tale motivazione parrebbe, dunque, disconoscere la distinzione tra evento (inteso quale lesione dell'interesse) e danno, ritenendo che tutti e due compongono l' “evento”.

Altra incongruenza dogmatica, questa volta rispetto all'affermazione secondo cui il danno sarebbe elemento “esterno” alla fattispecie dell'illecito, è invece l'opposta affermazione secondo cui il danno è invece elemento essenziale dell'illecito, senza il quale non può nemmeno concepirsi una declaratoria di responsabilità (Cass. civ., sez. III, 01-12-2004, n. 22586 (ord.), in *Dir. e Giust.*, 2005).

3.1 Segue- Causalità materiale, giuridica e scientifica a confronto.

Ferma la distinzione sopra delineata tra causalità materiale e giuridica, appare opportuno dar conto del fatto che -non di rado- l'espressione 'causalità giuridica' viene impiegata in dottrina anche in accezioni diverse.

Talvolta, infatti, la contrapposizione tra causalità materiale e giuridica è sotto tutt'altro profilo: la causalità naturale è intesa come causalità del mondo fenomenico e la causalità giuridica come la porzione della prima che assume rilevanza per il diritto³⁷.

Così, secondo altra dottrina, “nella nostra letteratura è ben chiara la differenza tra causalità di fatto o naturale o fisica e la causalità giuridica; alla prima si riconduce la ricostruzione di tutte le cause identificabili con criteri scientifici, alla seconda si riconducono solo le cause selezionate sulla base di quelle identificate con criteri scientifici”³⁸.

Sul punto, appare preferibile la tesi che distingue più in generale tra *causalità scientifica e causalità giuridica*, precisando che:

- la prima consiste nella ricostruzione del concatenamento degli eventi produttivi del danno sviluppata sulla base di cognizioni scientifiche (ad esempio mediche, psichiatriche, biomeccaniche, ecc.), ossia nella *spiegazione* che le leggi della scienza e le leggi statistiche forniscono della sequenza causale dell'evento; conseguentemente, essa si ferma a ciò che è *scientificamente o tecnicamente rilevante e spiegabile*;

³⁷ Così DE CUPIS, *op. cit.*, 114; FORCHIELLI, *Responsabilità civile, Lezioni*, Padova, 1968, 45 e SCOGNAMIGLIO, voce <<Responsabilità civile>> *cit.*, 651. Questa distinzione riprende analoga distinzione presente nella giurisprudenza penalistica (v. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1995, 318). Sul punto, CARNELUTTI, *Perseverare, cit.*, 98, osserva che “la causalità giuridica non ha alcunchè di diverso dalla causalità semplice o naturale che dir si voglia: essa non è altro che la causalità in genere in quanto opera rispetto a quel settore o meglio a quel dato della realtà che è il diritto”.

³⁸ ALPA, *La responsabilità, cit.*, 322. Le due accezioni non sono, peraltro, le uniche riscontrabili, segno di una confusione lessicale evidente anche in alcune sentenze del Supremo Organo di Nomofiliachia.

- la *causalità giuridica*, al contrario, non è *una* spiegazione della sequenza causale, bensì *un giudizio*, ossia una particolare interpretazione e un'altrettanto peculiare applicazione, sul piano causale, di una norma di responsabilità, giudizio che può anche condurre ad una dissociazione della decisione finale dalle risultanze delle consulenze tecniche³⁹.

Mentre, infatti, la *causalità scientifica* inevitabilmente si arresta dinanzi a eventuali lacune probatorie (si pensi al caso delle omissioni contenute nelle cartelle cliniche) o comunque, dinanzi alla mancanza di dati documentali (es. lastre o altre prove), si trova a formulare mere ipotesi o valutazioni ispirate alla verosimiglianza; di contro la *causalità giuridica*, come si verrà ad osservare oltre nel capitolo III, è dotata di tutta una serie di istituti e di strumenti per gestire questo profilo probatorio in seno alla ricostruzione della sequenza causale.

In definitiva, “la *causalità scientifica, filtrata attraverso gli apporti dei consulenti tecnici, è in tutto e per tutto endogena al processo, è una parte di questo e confluisce nell’insieme di informazioni su cui il giudicante, al termine di un procedimento, è chiamato ad esprimersi*”⁴⁰.

Alcuni interessanti esempi consentono di cogliere meglio i principi dinanzi enunciati⁴¹.

Vi sono prima di tutto quei casi in cui causalità scientifica e causalità giuridica tendono sostanzialmente a coincidere:

per esempio, «la morte da sintomatologia da avvelenamento e l’ingestione di diossina da parte del defunto sono vicende legate da un nesso causale predicabile sulla (sola) base di leggi di tipo chimico-scientifico»⁴².

³⁹ Sul punto cfr. *amplius* BONA, *Causalità materiale, causalità scientifica e causalità giuridica a confronto: quale ruolo ai consulenti tecnici nell’accertamento del nesso di causa?*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, cit., 147 ss.

⁴⁰ BONA, *Nesso di causa*, cit., 396.

⁴¹ Si tratta di esempi forniti da Cass. n. 4400 del 2004, di cui si dirà ampiamente *infra*, ed opportunamente valorizzati in questa prospettiva da BONA, *Nesso di causa*, cit., 399.

⁴² Cfr. BONA, *Nesso di causa*, cit., 400.

Vi sono altresì dei casi in cui la causalità scientifica gioca un ruolo determinante, ancorché temperata dal criterio della probabilità: ad esempio, «la morte da infezione tetanica del paziente operato per discopatia sarà...casualmente collegata all'erronea diagnosi dell'infezione stessa e all'omesso intervento terapeutico-farmacologico nella misura in cui, al momento dell'insorgere dell'infezione, *risulti probabile*, ancora secondo regole scientifiche, che diagnosi e cura avrebbero potuto scongiurare l'esito letale se tempestivamente realizzate (risulti, cioè, specularmene improbabile, anche se possibile, che l'omissione sia stata causa dell'evento)».

Vi sono, tuttavia, dei casi in cui il criterio probabilistico è interamente sganciato non solo dalla statistica, ma altresì dalla probabilità scientifica: ad esempio, «la mancata opportuna sorveglianza di un paziente ricoverato per un *night-hospital* perché soggetto a crisi di epilessia /ricovero ovviamente funzionale allo scopo di prevenire tali crisi, o di impedirne più gravi conseguenze) è, secondo un criterio logico-aristotelico (mancando, in questo caso, una “legge scientifica di copertura”), causa probabile di eventuali lesioni che quegli si procuri se assalito da una crisi improvvisa»⁴³.

Conclusivamente, pare quindi evidente come, al di fuori dei casi in cui l'accertamento del nesso di causa implichi necessariamente il ricorso a cognizioni di ordine scientifico, la causalità giuridica debba necessariamente fondarsi ‘anche’ su altre basi (ed in particolare, su di un criterio di *probabilità logica* di cui si dirà ampiamente *infra*).

4. Individuazione della disciplina applicabile alla causalità nell'illecito civile. La tesi maggioritaria: *traslatio* degli artt. 40 e 41 c.p.

L'individuazione della disciplina applicabile ai fini dell'accertamento del nesso di causalità, quale elemento interno alla responsabilità (strutturale) civile, non può

⁴³ Cfr. nota precedente.

che prendere le mosse dal più o meno intenzionale *black hole* legislativo del codice civile sul punto ⁴⁴.

Nel macrosistema civilistico, infatti, gli unici profili dedicati espressamente dal legislatore del '42 al nesso eziologico sono quelli ricavabili dagli articoli 1227 e 2043 c.c., i quali strutturano, rispettivamente, il rapporto tra fatto - doloso o colposo - ed evento - dannoso - in termini di "cagionare", senza ulteriori specificazioni. In particolare, con riguardo all'art. 2043 c.c., l'imputazione del "fatto doloso o colposo" è addebitata a chi "cagiona" ad altri un danno ingiusto ⁴⁵. Al contrario, come sopra evidenziato, nel sistema penalistico, la causalità materiale trova apposta, seppur laconica, disciplina negli artt. 40 e 41 c.p.

In tale cornice normativa, l'orientamento tradizionalmente seguito in giurisprudenza ⁴⁶ (meno in dottrina ⁴⁷) afferma che "i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p e dalla regolarità causale, in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza" ⁴⁸.

⁴⁴ Tale vuoto legislativo, già denunciato anche nella previgente legislazione, è analizzato da RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1960, 14. Ed ancora, TRIMARCHI, *op. cit.*, 25 rileva, sul punto, che tale situazione di incertezza del dato legislativo non è, peraltro, assolutamente un caso proprio dell'ordinamento italiano, sia perché gli studi sistematici sulla causalità non hanno ancora condotto a risultati codificabili, sia perché ogni teoria in materia, anche se spesso intuibile, è sempre molto difficile da formulare. Sui riferimenti causalistici del combinato disposto degli artt. 1223-2056 c.c., v. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile, in Danno e resp.*, 1998, 1011.

⁴⁵ Un'analoga disposizione sul danno ingiusto, e non sul danno da risarcire, non è richiesta in tema di responsabilità contrattuale o da inadempimento, perché in tal caso il soggetto responsabile è, di regola, il contraente o il debitore rimasto inadempiente. Mentre, infatti, nella responsabilità contrattuale, l'art. 1218 c.c. è volto unicamente a sanzionare la condotta del debitore (inadempiente o in ritardo), la cui identificazione costituisce un *prius* logico già esistente (che si compie proprio attraverso il collegamento necessario con l'obbligazione rimasta inadempita), nel territorio della responsabilità aquiliana l'inesistenza di un titolo, e dunque di un rapporto già in atto tra danneggiante e danneggiato, giustifica la più articolata disciplina contenuta in quella serie di norme inserite nella prima parte del titolo IX del libro quarto (artt. 2043-2054 c.c.) che postula il previo accertamento del soggetto responsabile (cfr. sul punto Cass. n. 21619 del 2007 cit.).

⁴⁶ Meritano, sul punto di essere segnalate, oltre alla storica e già citata sentenza sul caso Meroni, Sez. Un. civ., 26 gennaio 1971, n.174, Cass. civ., Sez. un., n. 9566 del 2002 cit..

⁴⁷ A favore, tra gli altri, ALPA, BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, VI, 14, cit., 69; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, cit., 95. In senso critico, FORCHIELLI, cfr. par. successivo; ZENO-ZENCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale* (nota a Cass. pen. 17 gennaio 1992, Silvestri), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 362 ss.

⁴⁸ Così da ultimo Cass., Sez. un. Civ., 11 gennaio 2008, n 581, di cui si dirà ampiamente *infra*. Costituiscono ormai *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità, dunque, i seguenti principi: 1) l'accertamento del nesso di causalità

Di qui il dibattito, sviluppatosi negli ultimi anni, sulla applicabilità in sede civile dei rigorosi principi espressi in tema di ‘causalità’ (in particolare, ‘omissiva’) dalla storica sentenza delle Sezioni Unite penali sul caso Franzese ⁴⁹, le cui principali ricadute pratiche si apprezzano nel settore della responsabilità medica.

4.1 I principi espressi dalle Sezioni Unite 11 settembre 2002, n. 30328 (‘Franzese’) in tema di causalità omissiva: dalla ‘probabilità statistica’ alla ‘probabilità logica’.

Brevemente, appare opportuno ripercorrere i passaggi salienti della ‘monumentale’ sentenza Franzese.

Punto di partenza è la lettura, ormai pacifica, degli artt. 40 e 41 c.p. (sul rapporto di causalità e sul concorso di cause) che fa leva sulla "teoria condizionalistica" o della "equivalenza delle cause" (temperata, ma in realtà ribadita mediante il riferimento, speculare e in negativo, alla "causalità umana" quanto alle serie causali sopravvenute, autonome e indipendenti, da sole sufficienti a determinare l'evento: art. 41 comma 2).

E', dunque, ‘causa’ dell’evento la condotta umana, attiva o omissiva, che si pone come condizione "necessaria" - *conditio sine qua non* - nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, ‘*senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato*’.

La verifica della causalità postula il ricorso al "giudizio controfattuale", da compiersi *ex post* (cioè dopo e rispetto all’evento così come verificatosi, *hic et nunc*). Esso si sostanzia nella eliminazione mentale della condotta umana data per

materiale deve essere compiuto, in qualsiasi branca del diritto, alla luce dei principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p.; per contro, il nesso di causalità giuridica va accertato in base al principio posto dall’art. 1223 c.c (ex multis, Cass., sez. III, 21-12-2001, n. 16163, in *Foro it. Rep.*, 2001, *Responsabilità civile*, n. 162).

⁴⁹ Cass. pen., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. pen.* 2002, 885; *Corriere Giur.* 2003, 348 con nota di DI VITO; *Nuova giur. civ. com.* 2003, 1, 246 con nota di CAPECCHI; *Cass. pen.* 2003, 1175 con nota di BLAIOTTA; *Riv. pen.* 2002, 885; *Foro it.* 2002, 2, 601 con nota DI GIOVINE. Per un’approfondita disamina si rinvia a GAROFOLI, *op. cit.*, 326 ss.; in *Danno resp.*, 2003, 195, con nota di CACACE, *L’omissione del medico e il rispetto della presunzione d’innocenza nell’accertamento del nesso causale*.

condizionante per verificare se, senza questa, l'evento si sarebbe ugualmente prodotto. A tal fine, si suole costruire il giudizio secondo la "doppia formula":

a) la condotta umana "è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato (formula positiva);

b) la condotta umana "non è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe ugualmente verificato (formula negativa).

Lo statuto logico del rapporto di causalità, precisano le Sezioni Unite, rimane sempre quello del "condizionale controfattuale" anche laddove venga in rilievo la peculiare forma di causalità c.d. *omissiva*. Unica differenza, rispetto alla causalità attiva, è che in questo caso il giudizio sarà doppiamente ipotetico, perché la formula dovrà rispondere al quesito se, "*mentalmente eliminato*" il mancato compimento dell'azione doverosa e "*sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al comportamento doveroso, supposto come realizzato,*" il singolo evento lesivo, *hic et nunc* verificatosi, sarebbe, o non, venuto meno.

Ciò posto, il giudizio controfattuale va condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica di copertura.

Di talché, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi "del tipo" di quello verificatosi in concreto.

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche" che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la

conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

Il ricorso a dette 'generalizzazioni scientificamente valide' -osservano le Sezioni Unite- è un dato irrinunciabile, perché consente di ancorare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da ampi margini di discrezionalità e di indeterminatezza, a parametri oggettivi, in conformità alle ragioni di determinatezza e legalità delle fattispecie di reato.

Di qui la questione, rimessa al vaglio delle Sezioni unite, se *"la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo, debba essere ricondotta all'accertamento che con il comportamento dovuto ed omesso l'evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità "vicino alla certezza", e cioè in una percentuale di casi "quasi prossima a cento", ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto "serie ed apprezzabili probabilità di successo" della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento"*.

La soluzione offerta fuoriesce dalle secche della citata alternativa di tipo statistico-probabilistico (serie ed apprezzabili probabilità o percentuale di casi prossima a cento?)⁵⁰, per abbracciare un diverso criterio di tipo squisitamente processuale⁵¹ fondato sulla c.d. «probabilità logica o certezza processuale»⁵².

⁵⁰ In definitiva, fino a tale arresto delle Sezioni Unite, due indirizzi giurisprudenziali si contrapponevano tra loro:

1) il primo riteneva sufficienti serie ed apprezzabili probabilità di successo per l'azione impeditiva dell'evento anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità (Cfr. Cass. pen., 12 luglio 1991, Silvestri, in Foro it., 1992, II, 363 con nota di Giacona, Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente e in Giur. it., 1992, it., 414, con nota di Tornatore; ed ancor prima, Cass. pen., 7 gennaio 1983, Melis, in Foro it., 1986, II, 351, con nota di Renda, cit.; Cass. pen., 2 aprile 1987, Ziliotto, in Foro it., Rep. 1989, voce Omicidio e lesioni colpose, n. 110, Cass. pen., 7 marzo 1989, Prinzivalli, in Riv. pen., 1990, 11; nonché Cass. pen., 18 gennaio 1995, secondo la quale sussiste responsabilità del medico che colposamente ometta un intervento chirurgico necessario, quando anche esso non sia tale da garantire in termini di certezza la sopravvivenza del paziente, se vi sia una limitata, purché apprezzabile, probabilità di successo, indipendentemente da una determinazione matematica percentuale di questa);

Si afferma, infatti, che *“non é consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"”*.

2) il secondo, invece, esige la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità prossimo alla certezza, e cioè in una percentuale di casi quasi prossima a cento. Fu, in particolare, attraverso un gruppo di sentenze dell'autunno d'inizio del nuovo millennio (Cass. pen., 9 marzo 2001, n. 9780; e Cass. pen., 28 novembre 2000, n. 14006, in Dir. proc. pen., 2002, 311 ss., con commento di [Piemontese](#); [Centonze](#), Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 289 ss.), che la Cassazione penale consolidò la propria convinzione circa il fatto che la rilevanza causale, nella produzione dell'evento dannoso, dovesse esser verificata in termini di assoluta certezza, o meglio con una probabilità confinante con la certezza, mettendo così da parte il ricorso a claudicanti parametri di probabilità collegati a, più o meno sicure, formule costruite sulle serie ed apprezzabili probabilità di successo.

Ciò premesso, le Sezioni Unite superano tanto il primo quanto il secondo orientamento, aderendo ad una terza tesi al tempo minoritaria. In particolare, si ripudia il primo orientamento, osservando che *“con la tralocica formula delle serie ed apprezzabili probabilità di successo dell'ipotetico intervento salvifico del medico, si finisce per esprimere coefficienti di probabilità indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standards davvero esigui”* e che *“pretese difficoltà di prova (...) non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione debole della causalità che, collocandosi ancora sul terreno della teoria, ripudiata dal vigente sistema penale, dell'aumento del rischio, finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività e della garanzia di responsabilità per fatto proprio”*.

Parimenti inadeguato risulta, ad avviso dei Supremi Giudici, il secondo orientamento, nella misura in cui desume automaticamente dalla percentuale statistica (sia pure vicina alla certezza) la conferma della sussistenza del nesso eziologico.

⁵¹ Cfr. in tal senso Cass. pen., 23 gennaio 2002, [Orlando](#) in Foro it., 2002, II, 420: *“in realtà, il problema della causalità, impostato in termini di probabilità percentualistica (sia o meno confinante con la certezza) si risolv(e) in definitiva in un problema di tipo processuale concernente i criteri di valutazione della prova con la conseguenza di un'anomala commistione tra i problemi dell'esistenza degli elementi costitutivi del reato e quelli relativi alla prova della loro esistenza”*.

⁵² Avevano utilizzato la credibilità razionale, seppur con diverse sfumature, Cass. pen., 9 marzo 2001, n. 9780, rv. 218777, secondo la quale in tema di causalità omissiva, è possibile ravvisare il nesso causale se l'azione doverosa omessa avrebbe impedito l'evento con alto grado di probabilità logica, ovvero con elevata credibilità razionale, cioè con una probabilità vicina alla certezza che può ritenersi raggiunta quando, sulla base di una legge universale o di una legge di statistica, sia possibile effettuare il giudizio controfattuale (supponendo realizzata l'azione doverosa omessa e chiedendosi se in tal caso l'evento sarebbe venuto meno) con una percentuale vicino a cento; Cass. pen., 10 giugno 2002, n. 22568, che più si avvicina alla decisione (di lì a poco successiva) delle S.U., indicando che in tema di causalità omissiva, la ricerca delle cosiddette leggi di copertura, universali o statistiche, seguita dalla necessaria verifica della loro adattabilità al caso concreto, non può portare all'affermazione della sussistenza del nesso di causalità sulla base di un giudizio di probabilità statistica, essendo invece necessaria la formulazione di un giudizio di probabilità logica, caratterizzato da una elevata credibilità razionale, in linea con i criteri di valutazione della prova previsti per tutti gli elementi costitutivi del reato e tale, quindi, da poter giustificare il convincimento che l'evento specifico sia riconducibile alla condotta dell'agente al di là di ogni ragionevole dubbio.

In sostanza, il criterio empirico della probabilità statistica è sì necessario ai fini dell'accertamento del nesso causale, ma non sufficiente, imponendosi al giudice una 'verifica aggiuntiva' di tipo induttivo, dell'attendibilità dell'impiego dello stesso alla fattispecie concreta, alla stregua di tutto il materiale probatorio disponibile, anche al fine di escludere la ricorrenza di processi eziologici alternativi.

In altri termini, il nesso causale deve essere accertato, così come tutti gli elementi costitutivi della penale responsabilità, con alto grado di credibilità razionale, ossia oltre ogni ragionevole dubbio, con un procedimento logico non diverso dalla sequenza inferenziale dettata in tema di prova indiziaria dall'art. 192, comma 2 c.p.p., con l'avvertenza naturalmente che la permanenza di un ragionevole dubbio, nonostante tutte le verifiche compiute, dovrà necessariamente comportare la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio⁵³.

Così come, coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista non escludono il riconoscimento giudiziale del nesso di causalità, se corroborati dal positivo riscontro probatorio della 'sicura' non incidenza nel caso di specie di altri fattori alternativi e viceversa "livelli elevati di probabilità" potrebbero essere scalzati dalla presenza di fattori causali alternativi.

Esemplificando⁵⁴, se risulta accertato che l'imputato ha trafitto con un coltello il cuore della vittima, il nesso causale può dirsi provato in tutti i suoi aspetti perché la presenza della legge scientifica di copertura di natura 'universale', secondo la quale se si trafigge il cuore di una persona se ne determina sempre ed invariabilmente la morte, è sufficientemente rassicurante in merito. Dubbi potranno sussistere solo se dovessero emergere, ad es. dall'esame autoptico, concreti elementi circa la presenza

⁵³ In pratica, il modello proposto dalle Sezioni Unite si articola in due fasi: la prima orientata alla ricostruzione della causalità c.d. generale secondo leggi scientifiche o massime di esperienza in una prospettiva *ex ante*, volta a ricostruire in termini ipotetici l'intero decorso causale, coi suoi singoli anelli o fattori causali, che conduce dalla condotta (o dall'omissione dell'azione comandata) all'evento ed il legame che intercorre tra essi; la seconda, relativa alla conferma dell'ipotesi generale in precedenza formulata in riferimento al concreto caso da decidere, in una prospettiva rigorosamente *ex post*, volta a ricostruire la c.d. 'causalità individuale' in cui, sulla base di tutto il materiale probatorio, ivi comprese le prove indiziarie, si argomenta la sussistenza (o meno), oltre ogni ragionevole dubbio, dell'effettivo decorso causale tra condotta dell'uomo ed evento, ivi compresi tutti gli anelli intermedi.

⁵⁴ Cfr. Trib. Rovereto, 2 agosto 2008 cit.

di processi eziologici alternativi (ad es. un infarto letale intervenuto poco prima ed in via del tutto autonoma ed indipendente dall'azione dell'imputato).

Analoga immediatezza non è, invece, rinvenibile nel caso il giudice disponga solo di una legge statistica o di generalizzazioni del senso comune, le quali impongono un approfondimento critico, sulla base di tutto il materiale probatorio disponibile, tanto maggiore quanto minore è il coefficiente statistico espresso dalle legge.

Qualora, ad esempio, la legge affermi che “il trattamento terapeutico colpevolmente omesso dal medico salva la vita del paziente, con quella determinata patologia, non sempre ma, ad es. nel 40%-60% dei casi”, la prova concreta che quel trattamento è stato omesso effettivamente dall'imputato per sua colpa, non vale ancora a dimostrare il legame tra omissione ed evento in concreto verificatosi, non potendosi ancora predicare, oltre ogni ragionevole dubbio, che nel caso il trattamento terapeutico indicato fosse stato posto in essere l'evento non si sarebbe verificato. E ciò perché, alla stregua della sola legge scientifica di copertura non vi è modo di sapere se il caso concreto rientri nel 40% o nel 60% dei casi. L'alternativa può essere sciolta solo ricostruendo puntualmente il caso concreto, sulla base di tutta l'evidenza disponibile, onde stabilire, anche con l'aiuto del sapere scientifico ed in relazione alle concrete condizioni cliniche del paziente (ad es. soggetto giovane o anziano d'età, con ulteriori patologie o meno e via dicendo), l'ipotesi prospettata regga ad un rigoroso vaglio critico o, se invece, residui un insanabile ragionevole dubbio al riguardo.

Così ricostruiti i passaggi salienti della sentenza ‘Franzese’, nel cui solco si pone la giurisprudenza penale successiva (nonostante le aspre critiche di parte della dottrina penalistica⁵⁵), occorre dar conto dei riverberi di tale decisione sul crinale civile della causalità.

⁵⁵ In senso parzialmente difforme, v. però Cass. pen., 25 maggio 2005, n. 19777, in Foro it., 2006, II, 620, con nota di Di Landro, La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalla sentenza Franzese? Due nuovi esempi di causalità "more iuridico demonstrata". Si veda, anche, il commento di Centonze, La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della suprema corte di cassazione, in Cass. pen., 2006, 2126.

4.2 La tesi dell'ancillarità della causalità civile rispetto a quella penale: prime applicazioni del rigoroso criterio della 'probabilità logica o certezza processuale'.

All'indomani della sentenza Franzese, la giurisprudenza civile, tradizionalmente ancorata ai principi dell'unicità del criterio di accertamento del nesso di causalità (fondato sugli artt. 40 e 41 c.p.) e della conseguente 'ancillarità' della causalità civile rispetto a quella penale, sembra orientarsi, almeno formalmente, a favore di una 'traslatio secca' dei principi espressi dalle Sezioni Unite Franzese al versante civile dell'accertamento della causalità (in particolare, omissiva).

In talune pronunce si legge, infatti, che *“non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi dell'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'esistenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva o in ogni caso colpevole del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica”*⁵⁶.

⁵⁶ Così si esprime, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n.4400, in *Foro it.*, 2004, 1403, fra gli altri commentata da D'ALESSANDRO, *La perdita di chance secondo la Cassazione civile, una tutela della 'vittima' effettiva e praticabile*, in *Cass. pen.*, 2004, 2543 ss.; da NOCCO, *La 'probabilità logica' del nesso causale approda in sede civile, in Danno e resp.*, 2005, 57 ss; da VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1022 ss. Invero, questa sentenza della Corte di Cassazione ha dato vita ad intenso dibattito dottrinale, fra coloro che hanno visto in tale decisione una affermazione dei principi espressi in sede penale (per i richiami in essa contenuti alla sentenza Franzese) e coloro che invece ne hanno evidenziato gli aspetti di differenziazione. Concordiamo con questa seconda interpretazione (IADECOLA, ROSSETTI). E' bene, infatti, precisare che la sentenza *de qua*, pur aderendo formalmente al *dictum* della Sezioni Unite penali, se ne discosta, in realtà, nella sostanza laddove offre una chiara alternativa incompatibile con l'insegnamento della sentenza Franzese: vale a dire il risarcimento del danno da perdita di chance di sopravvivenza, "qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi". Peraltro, la distonia è apparentemente composta dalla S. C. sull'assunto secondo il quale tale perdita di chances configura una autonoma voce di danno emergente, che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso. Di tal ché, la relativa domanda è domanda diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, per la quale trovano, invece, piena applicazione i principi espressi dalla sentenza Franzese. E più recentemente, Cass. civ., 28 marzo 2007, n. 7577, rv. 596272; Cass. civ., 8 giugno 2007, n. 13400, rv.

In definitiva, come nella giurisprudenza penale, così in parte della giurisprudenza civile si assiste all'abbandono del criterio empirico della probabilità statistica (dal quale automaticamente dedurre in funzione della percentuale riscontrata la sussistenza o meno del nesso causale) a favore del criterio processualistico della probabilità logica o certezza processuale. Di talché, anche il giudice civile è chiamato ad una rigorosa verifica aggiuntiva della credibilità dell'impiego della legge statistica al fatto concreto, tale da condurre, sulla base dell'intera evidenza disponibile, all'accertamento della sussistenza del nesso causale 'al di là di ogni ragionevole dubbio'.

4.3 La tesi dell'autonomia della causalità civile: il criterio della 'probabilità relativa (o variabile)'.

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite Francese sembrava, dunque, aver ormai preso piede anche in sede civile, sennonché la progressiva valorizzazione delle profonde differenze funzionali, contenutistiche e disciplinatorie tra i due sistemi di responsabilità (civile e penale) innesca in dottrina⁵⁷ ed in giurisprudenza un progressivo ripensamento dei rapporti tra causalità civile e penale in termini di 'autonomia' (anziché ancillarità), con un significativo ritorno in campo civilistico al criterio della probabilità relativa su base statistica⁵⁸.

597664. Nella giurisprudenza di merito, fanno espresso riferimento ai principi delle Sez. Un. Francese, tra le altre, Trib. S. Maria Capua Vetere, 13 maggio 2004; Trib. Genova, 14 aprile 2004; Trib. Roma 13.7.2005, 2.6.2005 e 9.4.2005 (inedite), proponendo il più delle volte la soluzione secondo cui "l'affermazione della responsabilità medica presuppone una precisa ricostruzione del fatto, nonché un analitico accertamento della dipendenza dell'evento dannoso dalla condotta ascritta al sanitario, solo in seguito potendosi procedere all'accertamento dell'ulteriore requisito della riprovevolezza della condotta del medico, e così verificare se il professionista sia incorso in ipotesi di negligenza, imprudenza, imperizia ovvero nella violazione delle leggi mediche e scientifiche, così omettendo quella condotta che, alla stregua dei criteri tecnici e scientifici, avrebbe evitato l'evento con criterio di razionalità" (cfr. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico*, cit., 334).

⁵⁷ V., tra gli altri, ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 362 ss. e più di recente, BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Francese: vecchi e nuovi confini della causalità civile alla luce della sentenza Cass. civ., sez.III, 4 marzo 2004 n.4400 sul danno da perdita di chances*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005, 83 ss.

⁵⁸ In tal senso, *ex multis*, Cass. civ. n. 7997 del 2005 cit.; Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2006, n. 11755, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Professioni intellettuali*, n. 228; e in *Danno e resp.*, 2006, 1238, con nota di NOCCO, *Causalità:dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, La Cassazione civile fa retromarcia*; e nella giurisprudenza di merito, Trib. Palmi, 11 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2007, 319, con nota di NICOTRA-TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*.

Nel fare ciò, la via seguita in giurisprudenza talvolta è quella di rivedere ‘frontalmente’ la nozione di nesso eziologico enucleata dalle Sezioni Unite penali⁵⁹, talaltra di discostarsene sul piano operativo, in sede di accertamento del nesso medesimo.

Si muove, in ogni caso, dall’evidente constatazione che il principio accolto in materia penale dalla sentenza Franzese “*risponde ad esigenze specifiche del settore*”, costituendo in particolare espressione del principio *in dubio pro reo*, per cui “*riconoscere la responsabilità penale anche nei casi in cui la responsabilità è modesta comporta il degradare l’evento a mera condizione obiettiva di punibilità e il reato di danno a quello di pericolo, con grave violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa e garanzia della responsabilità penale*”⁶⁰.

Nel settore della responsabilità civile, invece, detta argomentazione è difficilmente trasferibile, perché non hanno riscontro i principi posti alla base della stessa.

La causalità civile, infatti, risponde ad esigenze e finalità diverse da quella penale:

- nella prima, la funzione è di individuare il soggetto sul quale allocare il danno (coerentemente alla funzione riparatoria della responsabilità civile, che muove dalla domanda: è giusto che paghi?);
- nella seconda, è sanzionare un comportamento riprovevole (la domanda nella responsabilità penale è invece: è giusto punirlo?).

Ciò, del resto, deriva dal fatto che il sistema civile e quello penale tutelano beni giuridici diversi: il diritto penale, in ossequio al principio di legalità e tassatività della fattispecie penale di cui all’art. 25, comma 2, Cost., ha ad oggetto beni giuridici

⁵⁹ Nella giurisprudenza di merito, Trib. Palmi, 11 febbraio 2006, 11 febbraio 2006, in *Danno e resp.*, 2007, 325 ss con nota di TASSONE e D. NICOTRA, *Autonomia e diversità di modelli nell’accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, cui adde Trib. Venezia, 10 maggio 2004, in *Danno resp.*, 2005, 426 ss.

⁶⁰ Trib. Palmi, 11 febbraio 2006, n. 86 cit.

predeterminati (e fondamentali); il diritto civile riconosce, invece, accanto al danno da mancato conseguimento del risultato (es. della guarigione o sopravvivenza), anche il danno da perdita di *chance*, intesa come bene della vita autonomo (rappresentato dalle serie possibilità di sopravvivenza) ⁶¹.

Inoltre, alla responsabilità civile non sono estensibili i principi di cui all'art. 27, commi 1 e 2, Cost. (rispettivamente, personalità della responsabilità penale e presunzione di innocenza), ammettendosi, al contrario, ipotesi di presunzione di colpevolezza e addirittura di responsabilità (c.d. oggettiva).

Nel solco di questo orientamento (al punto da poterlo oggi ritenere dominante) si pongono le più recenti sentenze della Suprema Corte, tra le quali fondamentale rilevanza assume la poderosa sentenza 16 ottobre 2007, n. 21619 ⁶², nella quale addirittura si afferma che “è lo stesso principio della coincidenza tra concetto di causalità in sede penale e di causalità in sede civile (...) che non può dirsi *condivisibile*”⁶³.

Significativi sono, nel dettaglio, i seguenti passaggi della sentenza (in gran parte richiamati dalle Sezioni Unite nella successiva sentenza n.581 del 2008, di cui si dirà immediatamente dopo):

- il modello di causalità sì come disegnato *funditus* dalle Sezioni Unite penali mal si attaglia a fungere da criterio valido anche in sede di accertamento della

⁶¹ Cfr. sul punto, Cass. n. 4400 del 2004 cit.

⁶² Tale pronuncia, già citata nelle note precedenti, conferma l'impostazione inaugurata da Cass. civ., n.11755 del 2006 cit., nella quale si afferma, per la prima volta *expressis verbis*, che “il principio accolto in materia penale dalla sentenza Franzese (Cass., Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328) risponde ad esigenze specifiche del settore, costituendo in particolare espressione del principio *in dubio pro reo*, sicché è difficilmente trasferibile nel campo della responsabilità civile, ove il rapporto causale può ritenersi sussistente anche in presenza di meno elevate soglie di probabilità, e cioè quando risulta che l'opera del sanitario, se correttamente o tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza bensì soltanto serie ed apprezzabili probabilità di successo”.

⁶³ La sentenza in commento, osserva LOCATELLI, annotandola in *Resp. Civ. e prev.* 2008, 2, 332, “merita sicuramente, ... lodi per aver tenuto ferme alcune fondamenta del ragionamento causale, evitando oltretutto pericolosi inquinamenti con altre tematiche quali la perdita di chance; non vanno risparmiati, però, richiami, perché la semplice percentualizzazione maggioritaria importa un criterio assai sommario e di esito dubbio, essendo viceversa prospettabile che solo attraverso la ricognizione di tutti gli elementi che hanno caratterizzato, sia sotto il profilo oggettivo sia sotto il profilo soggettivo, l'attività del sanitario, nonché le scelte di fronte alle quali si è trovato nella fattispecie concreta e la contemporanea esclusione di fattori causali alternativi, sia possibile pervenire ad una soluzione equilibrata e rigorosa, e così evitare di incorrere in giudizi sbrigativi, slegati da qualsivoglia iter logico giuridico ed unicamente ispirati a criteri statistici”.

responsabilità civile da illecito omissivo del sanitario, in quanto le esigenze de-costruttive e ricostruttive dell'istituto del nesso di causa sottese al sottosistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte (né riproducibili) nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano, tanto sotto il profilo morfologico della fattispecie, quanto sotto l'aspetto funzionale;

- sotto il profilo morfologico, difatti, va considerato, da un canto, come il baricentro della disciplina penale con riferimento al profilo causale del fatto sia sempre e comunque rivolto verso l'autore del reato/soggetto responsabile, orbitando, viceversa, l'illecito civile (quantomeno a far data dagli anni '60) intorno alla figura del danneggiato; dall'altro, come, alla peculiare tipicità del fatto reato, faccia da speculare contralto il sistema aperto ed atipico dell'illecito civile (non è questa la sede per indagare *funditus* sul concetto di atipicità, se essa, cioè, sia riferita al fatto inteso come accadimento storico ovvero come evento di danno - e giammai, comunque, alle conseguenze dannose del fatto -, evento di danno che, a far data dagli anni '70, dottrina e giurisprudenza di questa stessa corte hanno più correttamente evidenziato come vero baricentro dell'illecito per vulnerare infine la limitazione dell'art. 2043 cod. civ. ai soli diritti soggettivi assoluti);

- sotto il profilo funzionale, in sintonia con la più attenta dottrina, va considerato, da un canto, che la valutazione del nesso di causa, fondata esclusivamente sul semplice accertamento di un aumento (o di una speculare, mancata diminuzione) del rischio in conseguenza della condotta omessa, è criterio ermeneutico che inquieta l'interprete penale, poiché realmente trasforma surrettiziamente la fattispecie del reato omissivo improprio da vicenda di danno in reato di pericolo (o di mera condotta), mentre la stessa preoccupazione non pare esportabile in sede civile, dove l'accento è posto, ormai, sul concetto di "danno ingiusto"; dall'altro lato, che conseguenza della atipicità dell'illecito è la sua interazione con altre discipline (economiche e sociali, e non necessariamente solo scientifiche, funzionali, queste, in sede penale, a svolgere il compito di "legge di copertura"), onde pervenire al risultato finale di costruire una credibile teoria della

prevenzione efficiente del costo sociale dei danni, allocando la responsabilità (anche) secondo criteri elastici che si strutturano (ormai da almeno un trentennio) seguendo una sempre più notevole ed accurata individuazione (specie in campo medico - professionale) delle tecniche giuridiche attraverso le quali pervenire ad una più articolata e complessa distribuzione dei rischi comunque e sempre collegati a tale attività ⁶⁴.

Da tali premesse la Corte trae la conclusione che il problema della causalità civile è destinato a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione “storica”, o, se si vuole, di politica del diritto, che di volta in volta individuerà i termini dell’astratta riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo all’agente, secondo un principio guida che potrebbe essere formulato, all’incirca, in termini di rispondenza, da parte dell’autore del fatto illecito, delle conseguenze che “*normalmente*” discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (la c.d. teoria della regolarità causale e del *novus actus interveniens*).

Corollario fondamentale di tale impostazione è che la causalità civile ben può accedere ad “*una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale*”, secondo modalità semantiche che, specie in sede di perizia medico-legale, possono

⁶⁴ Non a caso -soggiunge la Corte nella citata sentenza n. 21619 del 2007- tale evoluzione segue la parallela evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, immaginata, all'epoca della codificazione del 1942, in una dimensione sinergica tra una vera e propria Generalklausel (l'art. 2043 cit.) e le successive norme esemplificative, secondo una struttura aperta dell'illecito, ma pur sempre secondo funzionalità di tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti, viene via via "ripensata" come storia (anche e soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente da rielaborare incessantemente secondo modelli dettati dalle complesse istanze sociali, in funzione della ricerca di criteri sempre più articolati di attribuzione di un determinato “costo” sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti (sempre più spesso, non necessariamente i diretti danneggiati). Il sottosistema della responsabilità civile diventa, così, un 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. In questo quadro, il sottosistema della responsabilità medica diviene il *topos* "disfunzionale" al suo stesso interno rispetto agli schemi classici della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dell'obbligazione di mezzi e di risultato, dove un tempo "pendolate" segna diacronicamente tappe non lineari e non armoniche, per produrre nuovi, repentini e talvolta sorprendenti legami di senso e di struttura tra fatti concreti - l'intervento del medico - e moduli giuridici - la sua responsabilità - un tempo tra sé e con altri, che officia la mutazione genetica della figura del professionista, un tempo *genius loci* ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria).

assumere molteplici forme espressive (“serie ed apprezzabili possibilità”, “ragionevole probabilità” ecc.)⁶⁵.

In definitiva, nel tentativo di sottrarre il fronte della responsabilità civile alle teorie della credibilità razionale, tale orientamento giurisprudenziale propone una lettura del rapporto causale collegata all'interazione dell'illecito con altre discipline non solo scientifiche (leggi di copertura), ma anche economiche e sociali, per raggiungere un risultato di costruire una credibile teoria della prevenzione efficiente del costo sociale dei danni “così prospettando regole di responsabilità secondo criteri elastici, costruendo un diritto che segue le istanze sociali tese a ricercare modelli per poter giungere a quella che la S.C. intitola attribuzione di un determinato costo sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti”⁶⁶.

4.4 L’arresto delle Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n 581.

⁶⁵ BONA, *Nesso di causa, cit.*, 400, rinviene la prima traccia di tale impostazione nella già citata, e dalla controversa interpretazione, Cass. civ. n. 4400 del 2004, laddove si afferma che: “posto che, in materia di responsabilità per colpa professionale, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta del professionista e l'evento dannoso, quello della probabilità di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli, il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo (Cass. 6 febbraio 1998, n. 1286). L'evoluzione giurisprudenziale in tema d'individuazione del nesso di causalità tra inadempimento della prestazione dedotta in contratto e danno - pur con qualche non condivisibile ritorno alla "certezza morale" (Cass. 28.4.94 n. 4044), o qualche esitazione tra "ragionevole certezza" e "ragionevole previsione" (Cass. 27.1.99 n. 722) - evidenzia l'esigenza di superamento della concezione tradizionale: dal criterio della certezza degli effetti della condotta omessa a quello della probabilità di essi e dell'idoneità della stessa a produrli ove posta in essere; criterio per il quale il rapporto causale può e deve essere riconosciuto anche quando si possa fondatamente ritenere che l'adempimento dell'obbligazione, ove correttamente e tempestivamente intervenuto, avrebbe influito sulla situazione, connessa al rapporto del creditore della prestazione in guisa che la realizzazione dell'interesse perseguito con il contratto si sarebbe presentata in termini non necessariamente d'assoluta certezza ma anche solo di ragionevole probabilità, non essendo dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi, oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, "certezze" di sorta, nemmeno di segno "morale", ma solo semplici probabilità d'un eventuale diversa evoluzione della situazione stessa (criterio desumibile, con gli adattamenti logici resi necessari dalle diverse situazioni di fatto considerate, da Cass. 21.1.2000 n. 632, Cass. 6.2.1998 n. 1286, Cass. 18.4.1997 n. 3362, Cass. 5.6.1996 n. 5264, Cass. 11.11.1993 n. 11287)”.

⁶⁶ LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico, cit.*, 335. Sul punto, v. altresì, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart*, 1964, 82, richiamato da TRIMARCHI, *Causalità e danno, cit.*, 13, osserva che si può esser certi che in molti casi in cui la colpa sia assai grave e la probabilità della causalità sufficientemente alta, il giudice civile evita ogni risultato iniquo semplicemente dichiarando provato il nesso causale. Simili arbitrii giudiziari sono un fenomeno ineliminabile, e potrebbero talvolta costituire utili valvole di sicurezza; essi, peraltro, troverebbero un limite nella consapevolezza della loro anti-giuridicità, la quale consentirebbe quegli sconfinamenti dal diritto positivo solo sotto la spinta di esigenze equitative fortissime.

La tesi dell'autonomia dell'accertamento civilistico della causalità rispetto a quello ben più rigoroso del processo penale è stata da ultimo avallata, sia pure con significative precisazioni, dall'importante pronuncia delle Sezioni Unite n. 581 dell'11 gennaio 2008 ⁶⁷.

In tale decisione la Corte di Cassazione sembra, però, operare un passo indietro rispetto alle perentorie affermazioni della suesposta sentenza n.21619 del 2007. Ciò in ragione del fatto che la via seguita dagli Ermellini per discostarsi dal *dictum* delle Sezioni Unite Franzese non è la frattura sulla nozione del nesso di causalità, ma piuttosto la differenziazione della regola probatoria sottesa al suo accertamento.

La pronuncia, infatti, muove dal presupposto che “*i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p e dalla regolarità causale, in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza*”.

Tanto vale certamente allorché all'inizio della catena causale è posta una condotta omissiva o commissiva, secondo la norma generale di cui all'art. 2043 c.c. In particolare, quanto alla condotta omissiva, anche in sede civile trova applicazione la tecnica di accertamento che passa attraverso l'enunciato "controfattuale" che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

Né può costituire valida obiezione –si osserva– la pur esatta considerazione delle profonde differenze morfologiche e funzionali tra accertamento dell'illecito civile ed accertamento dell'illecito penale, “*essendo il primo fondato sull'atipicità dell'illecito, essendo possibili ipotesi di responsabilità oggettiva ed essendo diverso il sistema probatorio*”⁶⁸.

⁶⁷ Edita in *Foro it.*, 2008, I, 455 ss, con nota di PALMIERI, ed in *Resp. civ. e prev.* 2008, 4, 856. Tale importante pronuncia, cui si affianca la sentenza gemella n. 582, oltre ad affrontare il problema causale, fissa importanti principi in tema di: *dies a quo* della prescrizione per il risarcimento dei danni lungolatenti e di responsabilità del Ministero della salute per danni da emotrasfusioni.

⁶⁸ Cass. civ., Sez. un., n. 581 del 2008 cit.

Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, le suddette considerazioni non sono decisive ai fini di un radicale mutamento di indirizzo, dovendosi solo specificare che *“l'applicazione dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 cp., temperati dalla "regolarità causale", ai fini della ricostruzione del nesso eziologico va adeguata alle peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile”*.

In definitiva, è vero che la responsabilità civile orbita intorno alla figura del danneggiato, mentre quella penale intorno alla figura dell'autore del reato, ma in ogni caso *“un responsabile è pur sempre necessario, se non si vuole trasformare la responsabilità civile in un'assicurazione contro i danni, peraltro in assenza di premio”*.

Pertanto, non è decisivo l'argomento che fa leva sull'atipicità dell'illecito: essa attiene all'evento dannoso, ma non al rapporto eziologico tra lo stesso e l'elemento che se ne assume generatore, individuato sulla base del criterio di imputazione.

Così come il diverso regime probatorio attiene alla fase di accertamento giudiziale, che è successiva al verificarsi ontologico del fatto dannoso e che può anche mancare.

E' vero, altresì, che, contrariamente alla responsabilità penale, il criterio di imputazione della responsabilità civile può anche essere di tipo oggettivo. Ciò, però, secondo i Supremi Giudici, *“comporta solo una varietà di tali criteri di imputazione, ma da una parte non elimina la necessità del nesso di causalità di fatto e dall'altra non modifica le regole giuridico-logiche che presiedono all'esistenza del rapporto eziologico”*.

In altri termini, si condivide l'assunto di base che nelle figure (tipiche) di responsabilità oggettiva il criterio di imputazione è segnato da un'allocazione del costo del danno a carico di un soggetto che non necessariamente è autore di una condotta colpevole. Senonché il criterio di imputazione nella fattispecie (con le

ragioni che lo ispirano ⁶⁹) serve solo ad indicare “*quale è la sequenza causale da esaminare*” ai fini della responsabilità, ma “*non vale a costituire autonomi principi della causalità*”.

Sostenere il contrario -si afferma- implica riportare sul piano della causalità elementi che gli sono estranei e che riguardano il criterio di imputazione della responsabilità o l'ingiustizia del danno.

In termini più chiari, le Sezioni unite evidenziano come un rapporto causale concepito allo stato puro tende all'infinito. La responsabilità oggettiva non può essere pura assenza o irrilevanza dei criteri soggettivi di imputazione, bensì sostituzione di questi con altri di natura oggettiva, i quali svolgono nei confronti del rapporto di causalità la medesima funzione che da sempre è propria dei criteri soggettivi di imputazione nei fatti illeciti.

Mentre, infatti, nella responsabilità per colpa quest'ultima postula un nesso causale tra evento e condotta ai fini della qualificazione di quest'ultima in funzione della responsabilità, nella responsabilità oggettiva sono i criteri di imputazione ad individuare il segmento della sequenza causale, tendenzialmente infinita, alla quale fare riferimento ai fini della responsabilità. Ciò perché nella fattispecie di responsabilità oggettiva il nesso causale non si identifica nel rapporto eziologico tra evento e condotta di un agente candidato alla responsabilità, bensì “*o si riferisce alla condotta di altri o addirittura non coincide con una condotta, bensì con una concatenazione tra fatti di altra natura*” (es. in tema di danni cagionati dalle cose in custodia ex art. 2051 c.c.). In tutti questi casi, al fine di risolvere la questione della responsabilità, occorre che la norma di volta in volta individui un elemento ulteriore, che è costituito da una qualificazione (es. custode ex art.2051 c.c.), espressiva appunto del criterio di imputazione. Esso, in questo caso, non si limita a stabilire

⁶⁹ Diverse possono essere le ragioni di detta imputazione oggettiva: il soggetto onerato ha una determinata esposizione a rischio; ovvero costituisce per l'ordinamento il soggetto più idoneo a sopportare il costo del danno (dando attuazione, anche sul terreno dell'illecito, al principio di solidarietà accolto dalla Costituzione) ovvero è il soggetto che aveva la possibilità della cost-benefit analysis, per cui deve sopportarne la responsabilità, per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo nel modo più conveniente, sicché il verificarsi del danno discende da un'opzione per il medesimo, assunta in alternativa alla decisione contraria.

quale segmento di una certa catena causale debba ritenersi rilevante ai fini della responsabilità, ma addirittura serve ad individuare la catena causale alla quale fare riferimento e, attraverso tale riferimento, la sfera soggettiva sulla quale deve gravare il costo del danno.

Individuato il soggetto chiamato alla responsabilità dal criterio di imputazione, un nesso causale è pur sempre necessario tra l'evento dannoso e, di volta in volta, la condotta del soggetto responsabile (in ipotesi di responsabilità per colpa) o la condotta di altri (ad es. art. 2049 ce.) o i fatti di altra natura considerati dalla specifica norma (ad es. artt. 2051, 2052, 2054, c. 4, ce), posti all'inizio della serie causale.

Rimane il problema di quando e come rilevi giuridicamente tale "concatenazione causale" tra la condotta di altri e l'evento ovvero tra il fatto di altra natura e l'evento (di cui debba rispondere il soggetto gravato della responsabilità oggettiva).

“In assenza di norme civili che specificamente regolino il rapporto causale, ancora occorre far riferimento ai principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., con la particolarità che in questo caso il nesso eziologico andrà valutato non tra la condotta del soggetto chiamato a rispondere, ma tra l'elemento individuato dal criterio di imputazione e l'evento dannoso”⁷⁰.

Con la conseguenza che, mentre nella responsabilità penale il rapporto eziologico ha sempre come punto di riferimento iniziale la condotta dell'agente, in tema di responsabilità civile extracontrattuale il punto di partenza del segmento causale rilevante può essere anche altro, se in questi termini la norma fissa il criterio di imputazione, *“ma le regole per ritenere sussistente, concorrente, insussistente o interrotto il nesso causale tra tale elemento e l'evento dannoso, in assenza di altre disposizioni normative, rimangono quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p.”*. In questa prospettiva, dunque, il rischio o il pericolo (quali ragioni giustificatrici dell'allocazione del costo del danno) possono sorreggere la motivazione che porta ad

⁷⁰ Così si legge nella parte motiva della sentenza (al punto 8.9).

accertare la causalità di fatto, ma “*restano categorie di mero supporto che da sole non valgono a costruire autonomamente una teoria della causalità nell'illecito civile*”.

Ferma, dunque, l'identità ontologica del nesso causale, “*ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti*”⁷¹.

A questo punto si pone la precisazione più importante delle Sezioni Unite (peraltro già *in nuce* nella già citata sentenza n. 21619 del 2007): così come nel processo penale si richiede la verifica aggiuntiva dell'attendibilità della legge statistica nel caso concreto, così lo standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (ed. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma “*va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (ed. probabilità logica o baconiana)*”.

Concludendo, anche nel campo civile il criterio della probabilità così delineato è di tipo ‘logico’(la c.d. ‘*evidence and inference*’ dei sistemi anglosassoni) e non già statistico: si tratta, però, di una probabilità meno rigorosa di quella propugnata dalle Sezioni Unite Francese, perché non richiedente la certezza assoluta (sia pure

⁷¹ A sostegno, le Sezioni Unite citano, tra l'altro, anche la giurisprudenza comunitaria “*indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico*”. In particolare, con sentenza 13 luglio 2006, n.295, la Corte Giustizia CE ha ritenuto sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se “*appaia sufficientemente probabile*” che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione; così Corte Giustizia CE, 15 febbraio 2005, n.12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che “*occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili*”.

processuale) ‘*al di là di ogni ragionevole dubbio*’, ma la certezza relativa della sussistenza del nesso causale, secondo la logica del ‘*più probabile che non*’.

Se, dunque, anche nel sistema civile la verifica processuale del nesso causale non può risultare appagata da mere probabilità di successo dell'ipotetico comportamento doveroso, qualunque sia la percentuale proposta, al contempo, tale percorso può e deve trovar aiuto in leggi statistiche, fermo restando che il giudice, nella sua complessiva valutazione, deve formarsi un convincimento non in termini numerici ma a seguito della verifica del caso concreto, delle prove fornite dalle parti, alla fine potendosi concludere per la sussistenza del nesso eziologico con la condotta omissiva quando data per insussistente la concomitanza di fattori alternativi, sia processualmente ‘più probabile che non’ che il comportamento alternativo avrebbe evitato l’evento-lesivo ⁷².

Sullo sfondo, rimane la consapevolezza, palesata dalla dottrina ⁷³, che il confine tra la credibilità razionale, specie se fondata su leggi di copertura, e credibilità probabilistica è assai lieve e che, in particolare nel campo sanitario moderno, le spiegazioni scientifiche hanno una base statistica e dunque probabilistica e che non sempre è possibile trovare leggi di carattere universale.

Tuttavia, si registra un significativo passo in avanti rispetto al passato nella definitiva rinuncia della giurisprudenza a voler trovare a tutti i costi un limite percentualizzatore che si proponga come valore sciolto per la verifica della causalità,

⁷² In termini, la successiva Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2008, n. 23846, annotata da PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 61 ss. Secondo PUCELLA non è chiaro fino a che punto la decisione in parola enunci un criterio solamente alternativo a quello proposto dalla sentenza *Franzese* o – come sembrerebbe – anche diverso da quello propugnato dalle numerose decisioni civili che fanno leva su una valutazione di carattere probabilistico, suggerendo un canone di maggior rigore: è infatti chiaro che se le variegate formule usate dalla giurisprudenza in questione sono il segno di una certezza che manca e da surrogare tramite il miglior convincimento che il giudice sia in grado di formarsi, non si sta necessariamente proponendo di far leva sulla soluzione che appare semplicemente ed aritmeticamente più probabile dell’altra. E di là dal fatto che i due approcci possono non condurre alla medesima soluzione quando i fattori causali da considerare siano più d’uno e la condotta dell’attore abbia la ‘maggioranza’ in termini relativi ma non assoluti – pervenendosi ad una sorta di *apportionment* delle probabilità che non deve per forza collimare con il convincimento del magistrato e con l’apprezzamento di tutte le risultanze processuali –, il criterio del *more likely than not* fissa evidentemente una soglia rigida e verosimilmente più alta di quella che non aggancia la valutazione al fatidico 51% (Per una decisione in cui la condotta omissiva concorre con vari fattori di rischio e, nonostante la possibilità che essa contribuisca alla verifica del danno, il nesso di causa non viene ritenuto sussistente, Trib. Venezia, 25 luglio 2007, in questa *Danno e resp.*, 2008, 51 ss.).

⁷³ Cfr. nota precedente.

come accaduto nel sistema penale con decisioni che, ad oscillazione periodica, fermavano il limite, di volta in volta, al 30%⁷⁴, al 50%⁷⁵ oppure a quello prossimo al 100%⁷⁶.

4.5 La consacrazione del criterio della ‘probabilità prevalente’ nei risarcimenti consequenziali al ‘disastro di Ustica’: Cass. Civ., 5 maggio 2009 , n. 10285.

Nel solco dell’orientamento da ultimo esaminato, si pone la recentissima sentenza della Terza sezione civile della Cassazione⁷⁷ (a firma del medesimo estensore della sopra citata sentenza delle Sezioni Unite: Segreto), nella cui parte motiva si ribadisce che:

⁷⁴ Cass. pen., 17 gennaio 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 2014.

⁷⁵ Cass. pen., 12 maggio 1989, n. 7118, in *Riv. pen.*, 1990, 119.

⁷⁶ Cass. pen., 16 gennaio 2002, n. 1586, in *Cass. pen.*, 2002, 737, secondo cui il giudice penale deve accertare il fatto in termini di assoluta certezza, il che significa che il giudice deve poter pervenire ad una ricostruzione logica in termini di certezza anche se a quella ricostruzione ne sia opponibile un'altra, altrettanto logica, con diverso approdo. Poiché neppure la scienza conosce certezze, ma soltanto probabilità confinanti con la certezza, può parlarsi di elevata probabilità soltanto se la si intende come probabilità confinante con la certezza. Se elevata probabilità significa, invece, probabilità al 70%, all'80% o anche al 90% il fatto non può ritenersi accertato.

⁷⁷ Cass. Civ., sez. III, 5 maggio 2009 , n. 10285, in *Foro it.*, 2009, I, 2064 ss. con nota di PALMIERI. Tale pronuncia interviene nella lite instaurata, già nell’anno successivo al disastro di Ustica, dalla compagnia aerea sotto le cui insegne viaggiava il veivolo inabissatosi nei fondali marini circostanti l’isola tirrenica. Il vettore lamentava che la distruzione dell’aeromobile aveva messo a repentaglio la sua stessa permanenza sul mercato, determinando una grave crisi sfociata, in corso di causa, nell’assoggettamento dell’impresa alla procedura di amministrazione straordinaria. Con detta sentenza sembra riaprirsi qualche *chance* di ottenere la condanna del Ministero della difesa e del Ministero delle infrastrutture e trasporti, dopo che la Corte capitolina aveva escluso la configurabilità di illeciti omissivi colposi a carico dei soggetti pubblici evocati in giudizio per rispondere delle manchevolezze loro addebitate in relazione alle rispettive prerogative in materia di sicurezza dei traffici aerei. In particolare, si censura il giudice civile per essersi appiattito sul convincimento maturato dal giudice penale in ordine alla dinamica degli eventi. In sede penale, si era ritenuta insufficiente per condannare gli imputati (quattro generali dell’aeronautica militare, chiamati a rispondere di vari delitti, tra cui attentato agli organi costituzionali ed alto tradimento per aver fornito, secondo la prospettazione accusatoria, false informazioni sul coinvolgimento di altri aerei nella vicenda) la sussistenza di una ‘pur apprezzabile probabilità’ circa la presenza di altro veivolo nei pressi dell’apparecchio distrutto, occorrendo un’elevata probabilità logica o certezza processuale. Cass. 10285/09 (nel cassare con rinvio la pronuncia della Corte capitolina) ritiene, invece, che ai fini della responsabilità aquiliana sia possibile accontentarsi di un criterio meno rigoroso, quale la regola del ‘più probabile che non’, di guisa che al cospetto di diverse spiegazioni causali tra loro inconciliabili – nessuna delle quali può scartarsi in base agli elementi probatori utilizzabili- debba scegliersi quella che appare ‘più probabile’ sulla base dell’evidenza probatoria disponibile. Riguardo alla posizione dei ministeri cui spettavano compiti di sicurezza dei cieli, pertanto, qualora il giudice del rinvio rileggesse il materiale probatorio nel senso di ritenere che, tra le cause teoricamente idonee a spiegare l’inabissamento del volo, doveva ritenersi ‘più probabile’ ed accreditata quella del suo abbattimento ad opera di un aereo non identificato, non vi sarebbero ostacoli a ritenere colposa la condotta omissiva posta in essere in violazione di specifiche regole di comportamento, in quanto tali regole cautelari miravano proprio ad impedire la penetrazione nello spazio aereo di veivoli non autorizzati e non identificati (cfr. PALMIERI).

- una volta affermata l'autonomia tra il giudizio civile e quello penale, il giudice civile deve accertare la fattispecie costitutiva della responsabilità aquiliana, posta al suo esame, anche se integrante reato, con i mezzi suoi propri e, quindi, con i mezzi di prova offerti al giudice dal rito civile per la sua decisione (tra i quali, non solo le presunzioni, ma addirittura le c.d. prove legali, sconosciute al processo penale);

- diversi sono, pertanto, gli standard di certezza probatoria esistenti tra i due processi, in quanto nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", mentre in quello civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non".

Ciò premesso, la Suprema Corte chiarisce che anche laddove il P.M. decida di non esercitare l'azione penale e, dunque, di chiedere l'archiviazione, sul rilievo che non sia possibile raggiungere nel dibattimento sufficienti risultati probatori ai fini dell'affermazione della responsabilità penale *'tenuto conto del detto livello di certezza e dei diversi mezzi probatori a sua disposizione'*, ciò non esclude che il giudice civile, egualmente correttamente, possa ritenere sussistente il fatto dannoso e la conseguente responsabilità civile, sulla base dei diversi standards probatori e mezzi di prova offerti.

Nel processo civile, infatti, la scelta da porre a base della decisione va compiuta applicando il criterio della probabilità prevalente: *"bisogna in sede di decisione sul fatto scegliere l'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili"*.

A differenza del processo penale, pertanto, non si richiede la certezza processuale dell'ipotesi accusatoria, ma *"una scelta comparativa e relativa all'interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perchè in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi"*.

Quanto, poi, all'esatta individuazione dei presupposti necessari affinché una condotta omissiva possa essere assunta a fonte di responsabilità per danni, la S.C. ulteriormente precisa che *“poichè l'omissione di un certo comportamento rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto da una norma giuridica specifica (omissione specifica), ovvero, in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, siccome implicante l'esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento (omissione generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento, il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto”*. Per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità, occorre, dunque, preliminarmente individuare, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, e solo dopo apprezzare l'omissione del comportamento sul piano causale ⁷⁸.

5. La tesi minoritaria di FORCHIELLI sulla sussistenza di una autonoma disciplina civilistica del nesso di causalità (materiale), desumibile dagli artt. 1221, 1227 e 2055 c.c.

Una dottrina, rimasta però del tutto isolata ⁷⁹, ha ritenuto di poter individuare negli artt. 1221, 1227 e 2055 alcuni indici dai quali desumere un'articolata disciplina

⁷⁸ In termini, Cass. civ., 20 settembre 2006, n.20328; Cass. 31 marzo 2007, n.8051, in *Corriere giur.*, 2008, 972, con nota di AGNINO, *Condotta omissiva e salvaguardia dei diritti dei terzi: la difficile individuazione della fonte dei doveri di agire*; in *Resp. civ.*, 2008, 813, con nota di FILIPPI, *La pubblica amministrazione non è (sempre) responsabile per il decesso da overdose in carcere*; Cass. 30 novembre 2006, n. 25479, in *Foro it.*, Rep. 2007, n.293 ed in *Danno e resp.*, 2007, 679, con nota di CONFORTINI, *Attività di polizia e responsabilità della pubblica amministrazione ex art. 2050*; Cass. 20 settembre 2006, n. 20328, *Foro it.*, Rep. 2006, n.230 ed in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 492, con nota di CAPECCHI, *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione*.

⁷⁹ Come evidenzia CAPECCHI, *op. cit.*, 14.

civilistica dell'accertamento del nesso causale⁸⁰, obliterando, pertanto, la necessità di far ricorso agli artt. 40 e 41 c.p.

Si afferma, in particolare, che tanto l'art. 1221 quanto l'art. 1227 e l'art. 2055 sarebbero espressione dell'accoglimento da parte del legislatore della teoria della *condicio sine qua non*, in quanto attribuiscono rilevanza causale a qualunque antecedente che abbia svolto un ruolo anche minimo nel prodursi del danno.

In dettaglio, l'art. 1221 c.c., che disciplina la c.d. *perpetuatio obligationis*, (applicabile, secondo tale tesi, anche all'illecito aquiliano, in quanto espressione di un principio generale), dispone che “*Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore*”. Questa norma, ad avviso della dottrina in esame, sarebbe informata alla teoria della *condicio sine qua non*, in quanto il debitore non è tenuto al risarcimento ogniqualvolta il danno si sarebbe comunque prodotto anche senza il contributo causale della sua condotta, ossia qualora quest'ultimo provi che il suo comportamento non è stato *condicio sine qua non*⁸¹.

Similmente, in questa prospettiva, anche l'art. 2055 c.c. sarebbe espressione del principio dell'equivalenza causale, sul rilievo che tale disposizione, pur prevedendo una disciplina del tutto analoga a quella dell'art. 1294 c.c., avrebbe una genesi profondamente diversa in quanto “*la solidarietà prevista dall'art. 1294 rappresenta un effetto che discende dal conforme impegno assunto dallo stesso coobbligato o quantomeno dalla valutazione oggettiva e probabilistica che sta alla base del principio dispositivo della volontà contrattuale. Per contro nel campo della responsabilità extracontrattuale, il criterio della solidarietà non sembra poter*

⁸⁰ FORCHIELLI, *Il rapporto cit.*, 72 ss

⁸¹ Così FORCHIELLI, *op. cit.*, 91, ad avviso del quale “*non sembra pertanto possibile dubitare che la disciplina vigente della perpetuatio obligationis sia essenzialmente informata al principio causale dell'equivalenza delle cause*”.

altrimenti spiegarsi se non come coerente corollario del principio della condicio sine qua non”⁸².

Sempre secondo la dottrina in esame, nel codice civile sarebbe rinvenibile anche una disciplina organica del concorso di più cause nella produzione del medesimo evento.

Essa sarebbe distinta a seconda che venga in rilievo:

- un concorso di una causa imputabile con una concausa naturale (o comunque non imputabile);
- oppure si verifichi il concorso di cause imputabili a soggetti diversi.

Nel primo caso (causa imputabile/concausa naturale), sarebbe applicabile l’art. 2055 c.c., comma 1, il quale, recependo la teoria della *condicio sine qua non*, addosserebbe l’intera responsabilità al danneggiante che abbia posto in essere anche solo una causa marginale del prodursi del danno.

Nel secondo caso (concorso di cause imputabili a soggetti diversi), invece, sarebbe applicabile l’art.1227 c.c., che – secondo tale impostazione- farebbe riferimento a un criterio cronologico, ovvero alla teoria della c.d. causa prossima⁸³, in base alla quale:

- coloro che hanno determinato le diverse cause sono corresponsabili se l’operare delle cause loro imputabili è contemporaneo;

⁸² FORCHIELLI, *op. cit.*, 96. Sul punto cfr. anche Cap. IV.

⁸³ Sul punto, FORCHIELLI, *op. cit.*, 71, nel delimitare il confine tra i due commi dell’art. 1227 c.c. (il primo, ad avviso dell’A., fisserebbe la regola del concorso di cause per condotte umane concomitanti ‘istantanee’, il secondo la regola della causa prossima per tutte le ipotesi di ‘concomitanza di cause umane condizionanti non contemporanee, eccezion fatta per le ipotesi di complicità’), afferma che ‘Invero, la regola del secondo comma e, più in generale, la regola della causa prossima, presuppongono un ordine temporale, un *ante* e un *post*, tra le varie cause. Senza quest’ordine, non è infatti assolutamente possibile stabilire quale causa sia prossima o remota in relazione alle altre. Da ciò si può dunque dedurre, intanto che il concorso di persone, previsto dal primo comma dell’art.1227, ha rilevanza riguardo alla concorrenza di cause imputabili condizionanti contemporanee”.

- qualora, invece, vi sia una successione cronologica nell'operare delle diverse cause, la responsabilità dovrebbe ricadere solo sul soggetto cui sia imputabile la causa prossima all'evento, ossia quella che ha operato per ultima ⁸⁴.

Invero, un siffatto impiego dell'art. 1227 c.c. in chiave di accertamento eziologico presuppone una chiara presa di posizione circa il fondamento di questa norma.

Al riguardo, secondo l'orientamento assolutamente prevalente in dottrina ⁸⁵ e giurisprudenza ⁸⁶, solo il primo comma dell'art. 1227 c.c. affronta il problema della causalità (c.d. materiale), imputando in parte al danneggiante la responsabilità per l'evento dannoso che questi ha concorso a cagionare; al contrario, il secondo comma presuppone già risolto il problema della causalità materiale e si occupa del (successivo) rapporto tra evento dannoso e pregiudizi che ne conseguono.

Proprio quest'ultimo rilievo ha ostacolato l'accoglimento della teoria in esame, di fatto relegandola ai margini del dibattito dottrinale in punto di disciplina ed accertamento della causalità.

⁸⁴ Sul punto v. *amplius* l'esempio tratto da FORCHIELLI, *op. cit.*, 71. In sintesi, nel caso di incidente frontale tra due veicoli al culmine di una curva a visuale coperta, entrambi illecitamente nel mezzo della strada "non v'è dubbio che qui le cause abbiano operato simultaneamente" e perciò la fattispecie vada disciplinata secondo lo schema del concorso di cause contemporanee di cui all'art.1227 comma 1. "Se, invece, uno dei veicoli, sbandando all'uscita della curva, invade in parte il settore sinistro della strada ma, d'altro canto, l'altro veicolo, sopraggiungente nella direzione contraria, potrebbe evitarlo con normale diligenza, portandosi più alla propria destra, allora le due cause non operano più simultaneamente, in quanto all'imprudenza del primo conducente si aggiunge, sia pure un attimo dopo (e si inserisce, quindi, tra danno e causa iniziale) l'imprudenza del secondo conducente (causa prossima)".

⁸⁵ Per un'ampia disamina si rinvia a CAPECCHI, *op. cit.*, 17 s.; nonché ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, 37, secondo il quale il secondo comma dell'art. 1227 c.c. presuppone che il danno sia già avvenuto e quindi il ciclo produttivo dell'evento si sia ormai esaurito e sia addebitabile per intero sotto il profilo causale al debitore: "in buona sostanza la previsione relativa ai danni evitabili non ha a che fare con il concorso di cause nella produzione dell'evento dannoso e quindi con la ripartizione della responsabilità (sulla scorta di criteri causali) fra autore e vittima del reato".

⁸⁶ Cfr. paragrafi precedenti.

CAPITOLO II

CAUSALITA' e PERDITA DI CHANCE

1. La scala discensionale della causalità e la terza via della causalità da perdita di chance.

Alla luce dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale esaminata nel capitolo precedente, quasi certezza (ovvero alto grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità (o chance) sono, dunque, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento.

In particolare, la giurisprudenza ha delineato una "scala discendente"⁸⁷ di valori (cui si accompagna un diverso metro di valutazione del nesso causale), così strutturata:

1) sul gradino più alto si pone la causalità penale, dominata dal percorso di credibilità razionale inaugurato dalla sentenza Franzese;

2) ad un livello inferiore, si pone la causalità civile "ordinaria", attestata sul versante della probabilità relativa (o "variabile") e, dunque, caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale; in definitiva, mentre la causalità penale richiede la certezza processuale che la condotta alternativa omessa avrebbe impedito l'evento 'al di là di ogni ragionevole dubbio', la causalità civile obbedisce alla logica del "più probabile che non";

3) al terzo gradino, sempre nell'orbita del sottosistema civilistico, residuerebbe la causalità da perdita di chance, la quale si pone sul fronte della 'mera possibilità' di conseguimento di un certo risultato sperato (es. la guarigione del paziente), da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì, come sacrificio della concreta ed effettiva 'possibilità di conseguirlo', quale bene a sé stante, diritto 'attuale', autonomo e diverso rispetto a quello alla salute⁸⁸.

In definitiva, il passaggio del giudizio da probabilità a possibilità presuppone un'ipotesi di bene aggredito differente: nel settore della responsabilità medica, in

⁸⁷ Così si esprime Cass. n. 21619 del 2007 più volte citata.

⁸⁸ Fondamentale è sul punto, come si dirà ampiamente *infra*, Cass. n. 4400 del 2004 cit.

particolare, non più la salute o la vita, ma il diritto di giocarsi una possibilità di sopravvivenza o guarigione.

Pertanto, una volta esaminate le due categorie concettuali della probabilità logica assoluta (o certezza processuale) e della probabilità relativa (o preponderanza dell'evidenza), adeguata trattazione non può non riservarsi anche alla c.d. *chance*, in chiave sia di tecnica di accertamento della causalità sia di alternativo criterio di imputazione del danno.

2. La nozione di *chance*

Etimologicamente il termine *chance* deriva dal latino “*cadentia*” (cadere dei dadi) ed esprime il concetto di “buona probabilità di riuscita”.

In ambito giuridico, l'istituto trae spunto dall'esperienza francese⁸⁹ e fa ingresso, sia pure timidamente, nelle corti italiane sul finire degli anni '60⁹⁰, salvo poi ad affermarsi apertamente negli anni '90 in settori sempre più ampi, quali: la responsabilità medica (sub specie di perdita di *chances* di sopravvivenza) e più in generale la responsabilità professionale (ad es. dell'avvocato); i rapporti di lavoro

⁸⁹ La prima pronuncia in merito fu quella della Cour de Cassation, 14 dicembre 1965, in *Juris classeur periodique*(J.C.P.), 1966, II, 14573, in tema risarcimento del danno da perdita delle *chances* di guarigione o di sopravvivenza. In questa, così come nella successiva Cour de Cassation, 27 marzo 1973, in *Gazette du Palais*, 1073, 630, si rinviene l'importante precisazione, poi fatta propria dalla giurisprudenza italiana, che la risarcibilità del danno da perdita di *chance* non è un espediente finalizzato a risarcire il paziente sia pur in misura ridotta anche in casi di carenza di prova del nesso causale, ma rappresenta, piuttosto, il doveroso ristoro per la lesione di un autonomo bene della vita 'attuale', meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Sull'origine dell'istituto, per tutti, PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, 1983, Napoli, 124 ss. e più di recente FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Padova, 2004, 9 ss., mentre per uno sguardo di sintesi sulla posizione adottata dalla giurisprudenza inglese, francese e tedesca - C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford, 2006, 294 ss. Un doveroso richiamo merita, altresì, la giurisprudenza nordamericana che proprio in ambito medico utilizza la teorica della perdita di *chance* citata in Stella, *Giustizia e modernità cit.*, 308 ss., adde quella menzionata in D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, Saint Paul, Minnesota, 2001, vol. I, 433 ss., nonché in Id., *Supplement to The Law of Torts*, Saint Paul, Minnesota, 2004, 83 ss. Il dibattito, peraltro, non è confinato al settore della colpa medica: sull'opportunità di estendere a qualsiasi ipotesi di *tort* la logica probabilistica insita nell'accertamento del nesso causale nel momento in cui si devono valutare la perdita delle *chances* di salvezza o guarigione di cui la vittima è stata privata, fra i tanti, con contrapposte posizioni, J. Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Damages Based Probability*, 67 N.C.L. Rev. 1063 (1989), nonché D.A. Fischer, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, 23 Wake Forest L. Rev. 605 (2001).

⁹⁰ In particolare, BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, intravede un tacito riconoscimento della *chance* in Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 1964, n. 186, in *Foro it.*, 1964, I, 1200, favorevole a riconoscere il risarcimento del danno 'non soltanto a chi, nei confronti dell'ucciso, fosse titolare di un vero e proprio diritto (agli alimenti), ma anche a chi fosse stato leso in un mero interesse di fatto', "sia pure limitatamente al circoscritto settore alimentare, della risarcibilità del danno dovuto a mera perdita di *chance*, in deroga al comune modo di intendere la ingiustizia del danno".

subordinato; il settore dei concorsi pubblici (sub specie di lesione della *chance* di essere assunti o di conseguire avanzamenti di carriera) e degli appalti pubblici ecc..

Con il termine *chance* si suole indicare l'aspettativa che ha un soggetto di conseguire un risultato economicamente vantaggioso. Tuttavia, ciò che la caratterizza rispetto ad altre situazioni in cui il soggetto aspetta un risultato favorevole è che tale risultato –nel caso di specie- dipende anche da circostanze fortuite ed aleatorie⁹¹.

Proprio per la carica di aleatorietà che la connota, la *chance* rappresenta una delle tematiche in cui con maggiore evidenza viene in rilievo – ed al contempo rischia di sfumare- la distinzione tra le due tradizionali voci del danno patrimoniale risarcibile (art. 1223 c.c.): danno emergente e lucro cessante.

Due ed antitetiche, infatti, sono le strade percorse dalla giurisprudenza (in ciò sollecitata dalla dottrina) per ammettere la risarcibilità del danno da perdita di *chance*⁹².

- l'una, semplificando per il danneggiato l'onere della prova sull'*an debeat* (non così sul *quantum*), tende a ricostruire la *chance* come ipotesi di danno emergente;

- l'altra, onerando, invece, il danneggiato di un gravosa prova in punto di *an debeat* (che, però, ove assolta, gli attribuisce un più cospicuo *quantum debeat*), ricostruisce la *chance* in termini di lucro cessante.

Il punto di partenza è il diverso modo di intendere tale istituto, in sé vago:

- ora inteso in chiave ontologica, come bene attuale, posta attiva del patrimonio, consistente nella perdita 'attuale' della possibilità (ormai definitivamente compromessa) di raggiungere il risultato favorevole sperato⁹³;

⁹¹ Così SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 300.

⁹² Interessanti considerazioni sul tema, di recente, sono svolte da PUCCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, 81 ss; in generale si veda anche ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 201 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207 ss. ; nonché PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 566 ss.

⁹³ In dottrina, senza pretese di completezza, tra gli altri, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, proseguito da F. Galgano, Roma-Bologna, 1979, 229 ss.;

- ora utilizzato in chiave eziologica, ai fini del risarcimento del danno (da lucro cessante) consistente nella mancata realizzazione del ‘risultato finale favorevole’, che, in assenza dell’evento lesivo, sarebbe stato raggiunto⁹⁴.

2.1. La tesi (eziologica) della *chance* come lucro cessante.

La *chance* ed il lucro cessante presentano certamente delle similitudini.

Se è vero, infatti, che il lucro cessante attiene alla lesione di un diritto (o comunque di un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico) non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, la *chance*, per certi versi, configura un bene astratto che il danneggiato, tuttavia, assume essere di sua spettanza in termini di certezza. La mancata realizzazione è esclusivamente collegata (e causalmente riconducibile) al fatto lesivo altrui.

Prendiamo ad esempio il caso dell’avvocato che, nell’espletamento della propria attività professionale, ometta di impugnare tempestivamente in appello la sentenza di primo grado, portando ad un giudicato lesivo degli interessi del proprio cliente, e compromettendo, pertanto, le *chances* che questi aveva di vincere il processo.

In base alla tesi in esame, qualora il cliente provi in giudizio che, impugnata tempestivamente la sentenza, egli avrebbe avuto ragionevoli probabilità di vincere la causa, il risarcimento dovrà comprendere anche il valore di quanto il cliente avrebbe ottenuto con la sentenza favorevole e non ha potuto ottenere per colpa del difensore⁹⁵.

BOCCHOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 55 ss.; DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1181 ss. nonché FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 83 ss

⁹⁴ Sempre senza pretese di completezza, v. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi e (virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 658 ss.; nonché ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, 676.

⁹⁵ Così, MASTROPAOLO, voce *Risarcimento del danno*, Enc. del Dir. Treccani, il quale ritiene che “il danno da perdita di chance rientra nel lucro cessante perché il lucro cessante non è né un bene autonomo, né un’entità, bensì soltanto un vantaggio derivante dal bene oggetto delle situazioni soggettive tutelate dal diritto. In questo senso, tanto l’ipotesi di impegnare economicamente in un futuro lavoro la propria integrità fisica (perdita di chance), sia la possibilità di vincere una causa, non sono probabilità di mero fatto, ma dipendenti dal diritto che ha il creditore cliente

Un tale tipo di danno, dunque, è risarcibile “*purchè risulti dimostrato e il nesso di causalità ... e la ragionevole probabilità del suo verificarsi, in base a circostanze certe e puntualmente dedotte nella fase di merito*”⁹⁶.

L'impostazione suddetta porta con sé una serie di corollari, sapientemente enucleati da dottrina e giurisprudenza.

Innanzitutto, assumere che, in mancanza della condotta del debitore-danneggiante, l'evento favorevole si sarebbe certamente verificato, significa richiedere che il creditore-danneggiato fornisca la prova del sicuro raggiungimento del risultato vantaggioso⁹⁷. In altri termini, significa pretendere -affinché la perdita di chance diventi giuridicamente rilevante e risarcibile- che il danneggiato fornisca la prova che, al momento del fatto, godeva, sulla base di un giudizio prognostico di stampo statistico-probabilistico, di una percentuale di possibilità favorevoli (di raggiungimento del risultato sperato) ‘quanto meno’ superiore a quella relativa alle possibilità sfavorevoli⁹⁸.

In questa prospettiva (eziologica) della *chance*, pertanto, già ai fini dell'*an debeat* il creditore è tenuto a provare la sussistenza di almeno il 50%+1 di *chances* favorevoli. Conseguentemente, però, ai fini del *quantum debeat*, la liquidazione del danno non potrà che essere pari (o comunque prossima) al valore economico complessivo del risultato finale mancato (danno futuro).

alla prestazione. In entrambe le ipotesi, la chance si collega al danno evento, ossia a quel primo evento che segna la violazione di posizione giuridica tutelata dall'ordinamento. Infine, per gli interessi coinvolti non occorre verificare l'esistenza di una specifica tutela, poiché la loro rilevanza e l'ingiustizia della loro lesione viene data dalla connessione col bene giuridico violato o con la posizione giuridica violata”.

⁹⁶ Cass. 1998, n. 9558.

⁹⁷ Significa, in altri termini e tornando all'esempio su specificato, che il cliente ‘gabbato’ dalla colpevole inerzia del proprio difensore dovrà dimostrare che, se il difensore avesse impugnato tempestivamente la sentenza di primo grado, non solo non si sarebbe formato il giudicato, ma egli avrebbe certamente vinto l'appello; significa, quindi, addossargli l'onere di immaginare ipoteticamente tutto ciò che sarebbe potuto accadere in appello e, di conseguenza, provare che niente di quanto teoricamente supposto avrebbe compromesso il buon esito del processo.

⁹⁸ Questa è l'impostazione sviluppatasi, in particolare, nell'ambito della giurisprudenza giuslavoristica più risalente, la quale ha ritenuto che “la possibilità ... deve essere provata e va valutata secondo criteri di verosimiglianza, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, in relazione alla percentuale di probabilità superiore a quella relativa all'evento sfavorevole” (Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506).

Va da sé che una prova di questo tipo carichi la chance di un'aurea eccessivamente aleatoria e, soprattutto, determini una indebita contaminazione con il nesso causale.

In questa prospettiva, infatti, la chance si limita a “*descrivere una sequenza causale*”⁹⁹: non costituendo bene autonomo in sé per sé valutabile, diviene un mero criterio di verifica della sussistenza del legame eziologico tra la condotta inadempitiva o illecita e la verificazione del danno patito, quale perdita del risultato finale. In altri termini, la chance assurge a strumento per dimostrare, in modo meno rigoroso ed in settori nei quali la prova appaia particolarmente difficoltosa per l'assenza di regole certe (es. professioni intellettuali) - che sussista il nesso causale.

2.2 La tesi (ontologica) della *chance* quale danno emergente.

Gli inconvenienti derivanti dalla tesi suesposta portano la giurisprudenza prevalente ad aderire a quell'impostazione dottrinale¹⁰⁰ che qualifica la perdita di *chance* in termini di danno emergente, distinguendola nettamente dal lucro cessante¹⁰¹.

Si muove dalla valorizzazione in chiave ontologica della *chance*, quale bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto, vera e propria ‘posta attiva’, la cui lesione configura una perdita (e non un mancato guadagno). In altri termini, danno da perdita di *chance* “*non va configurato come danno futuro, legato alla ragionevole*

⁹⁹ ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. Circolaz. e Trasp.*, 4-5, 2000, 662 ss.

¹⁰⁰ Tra i primi a qualificare la perdita di *chance* come danno emergente, BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 78; tesi avallata da FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *Resp. civ.*, 2005, 450; contrariamente a quanto indicato in giurisprudenza, come ad esempio in Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno resp.*, con nota di VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer* (sul danno biologico dell'aspirante ballerino); sempre FRANZONI, *La responsabilità professionale dell'avvocato e del procuratore legale*, in *Resp. civ.*, 2005, 750, qualifica il danno da perdita di chance come danno emergente e non come lucro cessante, inteso come danno futuro.

¹⁰¹ Cfr. Cass. civ., 25 settembre 1998, in *Danno resp.*, 1999, 534; ed in dottrina, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 184. V. inoltre, BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit. e FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, cit., i quali rilevano che se si osserva la chance dal punto di vista del lucro cessante si avrà come logica soluzione la sua irrisarcibilità, non essendo possibile dimostrare che l'utilità sarebbe stata conseguita e che vi fossero i presupposti per conseguirla: la chance rimane, infatti e per sua caratteristica intrinseca, incerta.

probabilità di un evento, ma come danno concreto, attuale, certo, ricollegabile alla perdita di una prospettiva favorevole, già presente nel patrimonio del soggetto”¹⁰².

Connotato intrinseco della *chance*, intesa come concreta possibilità di conseguire un risultato utile, è, dunque, l’indimostrabilità della futura realizzazione della medesima: un fatto determina l’interruzione di una successione di eventi potenzialmente idonei a consentire il conseguimento di un vantaggio, producendo una situazione che ha carattere di assoluta immodificabilità, consolidata in tutti gli elementi che concorrono a determinarla, in modo tale che risulta impossibile verificare compiutamente se le probabilità di realizzazione del risultato si sarebbe poi tradotta o meno nel conseguimento dello stesso.

Nel solco di tale orientamento, un passaggio fondamentale è segnato dalla sentenza della Cassazione n. 4400 del 2004 (in tema di responsabilità medica), nella quale per la prima volta si precisa in modo perentorio che la *chance* “*non è una mera aspettativa di fatto, ma un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita ... configura un danno concreto ed attuale... (che) non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo*”¹⁰³.

E così, anche sul versante della giurisprudenza amministrativa, si afferma con forza detto orientamento ¹⁰⁴, evidenziandosi come “*il danneggiato (...) può far valere una pretesa risarcitoria che abbia ad oggetto non un danno futuro non certo, ma il danno presente costituito dalla perdita di un’occasione favorevole... Il danno da perdita di chance esula certamente dalla categoria dei danni futuri, ossia da quei danni (danni emergenti e lucri cessanti) che si prevedono doversi verificare in un tempo successivo a quello in cui il danneggiato fa valere la sua pretesa... Il criterio differenziale va individuato nel fatto che il danno da perdita di chance costituisce un*

¹⁰² Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 13 marzo 1998, n. 436.

¹⁰³ Cass. sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400 cit.

¹⁰⁴ Consiglio di Stato, 20 dicembre 2002.

danno attuale (non realizzato), presente e costituito dalla lesione della possibilità di conseguire il risultato favorevole”¹⁰⁵.

Dal ché discendono tre importanti corollari applicativi.

In primo luogo, sul piano probatorio, si semplifica la prova a carico del creditore-danneggiato, che è chiamato a dimostrare solo una seria (e non simbolica) possibilità di raggiungere il risultato sperato, non già la certezza del suo conseguimento (tornando al caso dell’avvocato che dimentichi di proporre appello, il cliente dovrà fornire la prova che, se la sentenza fosse stata tempestivamente impugnata, vi sarebbero state possibilità, non meramente simboliche, di vincere la causa). Solitamente si è individuata in una soglia minima di rilevanza pari almeno al 10% delle possibilità di conseguimento del risultato favorevole.

Così che le alte percentuali statistiche che, secondo il filone eziologico, erano necessarie ai fini dell’*an debeatur*, non rilevano più in tale prospettiva, ma solo ai fini del *quantum*.

Tuttavia, la semplificazione probatoria sotto il versante dell’*an* viene inevitabilmente compensata dalla minore consistenza del *quantum debeatur*, calibrato sul valore economico del risultato finale mancato, ma non più con esso coincidente

106

¹⁰⁵ Consiglio di Stato, n. 686 del 2002.

¹⁰⁶ Nel dettaglio, si assume come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito d’un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo, deducibile dagli elementi costitutivi della singola situazione giuridica dedotta (*ex multis*, Cass., 27 maggio 2002, n. 7745; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759; Cass., 9 novembre 1997, n. 11522; Cass., 15 marzo 1996, n. 2167; Cass., 29 aprile 1993, n. 5026; Cass., 7 marzo 1991, n. 2368).

In termini più chiari, tale tecnica (c.d. del coefficiente di riduzione) prevede che: si quantifichi astrattamente il vantaggio economico che il soggetto leso avrebbe conseguito se non si fosse verificato l’evento dannoso e che lo si riduca poi percentualmente, in funzione della possibilità (percentuale, appunto) di realizzarlo (10%, 15%, 20% etc...). È stato evidenziato, inoltre, che trovano applicazione i principi in tema di debito di valore derivante da fatto illecito: pertanto, è onere del creditore provare che la somma rivalutata (o liquidata in moneta attuale) sia inferiore a quella di cui avrebbe disposto, alla stessa data della sentenza, se il pagamento della somma originariamente dovuta fosse stato tempestivo (Cass., n. 12452/2003). Raggiunta tale prova, a questi è poi dovuto anche il risarcimento del danno da ritardo, ossia quello conseguente alla mancata disponibilità per impieghi remunerativi della somma di denaro in cui il suddetto debito viene liquidato, danno da corrispondersi mediante interessi compensativi. In particolare, ai fini di tale attualizzazione del valore del danno, tre possono essere i criteri di corresponsione degli interessi compensativi: 1) con decorrenza dalla data dell’illecito sulla somma integralmente rivalutata; 2) al tasso legale e su somme progressivamente rivalutate; 3) sulla somma rivalutata e con decorrenza dalla data del fatto, ma con un tasso medio di interesse, in modo

In secondo luogo, l'inquadramento della *chance* nella categoria del danno emergente offre piena conferma all'indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente a favore dell'autonomia tra causalità civile e causalità penale .

A differenza di quanto accade nel sistema penale, infatti, *“in ambito civilistico l'imputazione del nesso causale opera anche in termini di possibilità del conseguimento di un diverso risultato ..., da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì, come sacrificio della possibilità di conseguirlo”*¹⁰⁷.

Infine, non irrilevanti sono le conseguenze processuali. La domanda volta al risarcimento del risultato sperato e quella tendente al riconoscimento della possibilità di conseguilo sono domande ontologicamente diverse, non continenti l'una dell'altra.

Sul punto, ed in particolare in tema di *chance* di sopravvivenza, la Cassazione ha infatti statuito che, qualora l'attore abbia richiesto soltanto il danno da mancato risultato (ad es. danno da perdita della vita), il giudice non può esaminare ed eventualmente liquidare anche il danno da perdita di *chance* (danno da perdita della

da tener conto che essi decorrono su una somma che inizialmente non era di quella entità e che si è solo progressivamente adeguata a qual risultato finale (CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano 2007, 163).

Qualora il meccanismo di riduzione percentuale non sia possibile, la giurisprudenza fa ricorso al criterio equitativo ex art. 1226 c.c., trattandosi di fattispecie nella quale non è possibile con certezza determinare il danno nel suo preciso ammontare, evidenziando tuttavia che *“l'applicazione di tale norma richiede che risulti provata o comunque incontestata l'esistenza di un danno risarcibile”* (Cass, 18 marzo 2003, n. 2003). Occorre, insomma, che il creditore abbia, sia pure in base a criteri statistico-probabilistici o al ricorso a presunzioni, provato l'esistenza del danno (l'*an*), demandando al giudicante una valutazione equitativa dell'esatto ammontare dello stesso (del *quantum*), che tenga conto delle peculiarità del caso concreto (CHINDEMI, *op. cit.*, 161). La prova presuntiva, infatti, si palesa particolarmente adatta a dare contezza di un possibile danno che, nella maggior parte dei casi, non consentirà la realizzazione della situazione favorevole sperata.

Così Cass., sez. lav., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 750, in tema di danno da perdita di *chances* di promozione ha espressamente affermato che *“nell'ipotesi di inadempimento del datore di lavoro che abbia comportato la perdita della “chance” di promozione, il danno risarcibile al lavoratore va ragguagliato alla probabilità di conseguire il risultato utile - al qual fine è sufficiente la ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole (non necessariamente superiore al cinquanta per cento) - e può essere determinato applicando al parametro costituito dalle retribuzioni che sarebbero spettate in caso di promozione un coefficiente di riduzione che tenga conto di quella probabilità, oppure ove questo o altro criterio risulti di difficile utilizzazione, ricorrendo alla valutazione equitativa, la quale esige una congrua ed adeguata motivazione, che non può esaurirsi nell'apodittica e tautologica affermazione della giustizia od equità della determinazione adottata”*.

¹⁰⁷ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619 cit.

possibilità di sopravvivenza), neppure intendendo questa domanda come un *minus* rispetto a quella proposta¹⁰⁸.

Tuttavia, detta impostazione non è andata esente da critiche.

Si è obiettato, innanzitutto, che considerare la *chance* alla stregua del danno emergente, significa creare una “realtà virtuale”, in quanto la *chance* è destinata comunque a scomparire, o perché viene realizzata o perché viene perduta: una *chance* non si può acquistare, né vendere, non si può cedere, né donare¹⁰⁹. Affermare che essa costituisca un bene patrimoniale autonomo equivale a creare un bene che, paradossalmente, per il diritto rileva soltanto se e quando viene leso¹¹⁰.

L’argomento di confutazione più ricorrente in dottrina, poi, ha riguardato il rischio di cedere a risarcimenti futili: *“una volta ammesso che la speranza in quanto tale è un bene autonomo e la sua lesione costituisce un danno, dovrebbe di conseguenza ammettersi che la lesione di qualsiasi speranza, anche infima, andrebbe risarcita (...). Una chance ricca andrà risarcita in modo ricco, una chance scarsa andrà risarcita in modo scarso (...); conseguenza, questa, oltremodo pericolosa, in*

¹⁰⁸ Cass. 4 marzo 2004, n. 4400 cit.. Più risalente è l’orientamento contrario, dottrinale (PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 325) e giurisprudenziale (Cass. civ., 28 maggio 1992, n. 6392), secondo il quale la privazione della chance non sarebbe altro se non la perdita di una probabilità di grado semplicemente inferiore, dal che conseguendo che la domanda risarcitoria relativa al mancato conseguimento del risultato atteso conterrebbe quella relativa alla perdita della possibilità di grado inferiore. In realtà, replica LOCATELLI, op. cit., poiché “si è visto che nella perdita di chance l’oggetto della lesione non è più la vita o l’integrità psicofisica del danneggiato, bensì la speranza, la possibilità di accedere ad un tentativo, il cui risultato non può aggettivarsi come probabile ai fini della ragionevole certezza di sopravvivere o di guarire e, dunque, rimane sotto la soglia delle probabilità richieste per la persuasione giuridica; per tal via, se si concentra l’attenzione sull’oggetto della lesione, è possibile pervenire a soluzioni alternative, e non a quello che è stato definito un escamotage utile al danneggiato, quando si considera che il bene offeso non è più, per carenza del rilievo di nesso causale, direttamente la vita, la salute, la guarigione, ma semplicemente la chance di poter accedere ad una strada che probabilmente non avrebbe condotto a diverso esito, ma che a livello di possibilità era pur sempre sussistente e di cui il paziente è stato privato”.

¹⁰⁹ Eccepisce l’evidente assenza di patrimonialità della *chance*, SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, cit., 308, che richiama PACCHIONI, *Dei delitti o quasi delitti*, secondo il quale una chance, una possibilità aleatoria, non è un valore effettivo e non dà luogo a danno. Escludono la risarcibilità della perdita di *chance* in quanto lesione di interesse di ‘mero fatto’, tra gli altri, in dottrina, BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 47 e PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, 111; in giurisprudenza, TAR Lombardia Brescia, 14 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, III, 197. Sul tema dei diversi approcci al problema e dei dubbi sollevati, il rinvio va a PUCELLA, *La causalità incerta*, Padova, 2007, 85 ss.

¹¹⁰ Così in giurisprudenza, ad es. Trib. Roma, 22 aprile 1998, *inedita*. In dottrina, tra gli altri, VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 545; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 196, il quale osserva che, nell’ipotesi di mancata impugnazione della sentenza da parte del legale, il danno è eventuale e non può esser risarcito, a meno che il giudice non raggiunga il convincimento che l’assistito avrebbe sicuramente vinto la causa con l’appello, col che però tramutandosi il danno da incerto a certo.

quanto suscettibile di incentivare un dilagare di liti pretestuose, delle quali l'amministrazione della nostra giustizia non ha certo bisogno"¹¹¹.

A ciò si replica, rilevando in primo luogo che la perdita della *chance* non viene risarcita *sic et simpliciter*; ma è comunque sempre richiesta una certa consistenza (= serietà) della possibilità di realizzare il risultato sperato (non quindi una *spes* indistinta, meramente simbolica)¹¹², proprio per evitare risarcimenti connotati dalla futilità.

Ed inoltre, ove si desse ingresso all'azione risarcitoria solo a condizione di fornire la prova, almeno in via presuntiva, della percentuale superiore al 50% di conseguire il risultato utile, si rischierebbe evidentemente di attuare una inammissibile disparità di trattamento fra chi avrebbe potuto conseguire quel risultato con una probabilità del 51% e, rispettivamente, chi solo con una probabilità del 49% .

3. Casistica ed evoluzione giurisprudenziale: lo spostamento della *chance* sul versante del danno.

Il risarcimento del danno da perdita di *chance* ha trovato un'ampia applicazione giurisprudenziale, tanto in seno alla responsabilità contrattuale quanto, soprattutto, in ambito extracontrattuale.

Le ipotesi applicative sono le più disparate. Giova in questa sede fare riferimento, brevemente, solo ad alcune di esse, idonee ad evidenziare la strada (ora eziologica, ora ontologica) di volta in volta percorsa dalla giurisprudenza nel corso degli ultimi venti anni.

3.1 Nei rapporti di lavoro: il danno da mancata assunzione.

In questo ambito, la *chance* è venuta in rilievo prevalentemente ai fini della

¹¹¹ ROSSETTI, *op. cit.*

¹¹² Come già sopra accennato, nella prassi giurisprudenziale si suole individuare una soglia minima di rilevanza della *chance* pari almeno al 10% delle possibilità di conseguimento del risultato favorevole.

risarcibilità del c.d. danno da mancata assunzione.

Volendo esemplificare, si può far riferimento ad uno dei casi più significativi portati all'attenzione della Suprema Corte. Alcuni lavoratori avevano intentato un'azione per danni da mancata assunzione, in quanto pur (essendo iscritti nelle liste dell'ufficio di collocamento ed) avendo superato le prove preliminari all'assunzione in una azienda municipalizzata, erano stati poi esclusi dalle prove successive. Per respingere l'eccezione sollevata dai legali della società, che contestavano la certezza del danno, la Cassazione ha affermato che «il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo ad entità pecuniarie, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile. In concreto, costituisce un'entità patrimoniale anche una situazione cui è collegato un reddito probabile: il valore economico è offerto dall'entità di questo reddito e dal grado di probabilità che il reddito sia effettivamente prodotto; il fatto che la situazione sia idonea a produrre solo probabilmente e non con assoluta certezza il reddito ad essa riannodato, influisce non sull'esistenza, ma sulla valutazione di un danno risarcibile»¹¹³.

3.1.1 Il danno da perdita della *chance* di promozione.

Sempre in ambito giuslavoristico, un'altra significativa applicazione giurisprudenziale della rilevanza della perdita di *chance* come autonoma voce di danno si registra con riguardo alla fattispecie del c.d. danno da mancata promozione.

Sul punto, giova premettere che si tratta di una fattispecie nettamente distinta da quella poc'anzi esaminata, dal momento che, mentre quest'ultima presuppone l'assenza di un rapporto contrattuale in atto (e, dunque, afferisce all'ambito della responsabilità precontrattuale), il danno da mancata promozione intanto può configurarsi in quanto già sia in corso un rapporto contrattuale che consenta il passaggio da una qualifica inferiore ad una superiore.

Il tema si presta ad enucleare una perfetta sintesi di tutte le questioni finora

¹¹³ Cass., n. 6909 del 1983

analizzate, proprio al fine di comprendere a pieno la valenza della *chance* e la conferma del suo inquadramento nell'ambito della categoria del "danno emergente".

Preliminarmente, occorre precisare, già in sede terminologica, che l'ipotesi che viene in rilievo ai fini che ci occupano è non già il danno da mancata promozione *tout court*, ma il ben diverso danno da perdita di *chance* di promozione¹¹⁴.

Nel distinguere le due voci di danno, la giurisprudenza ha, infatti, osservato che:

- qualora sia richiesto il risarcimento del danno da 'mancata promozione' si verte in tema di danno da lucro cessante, formando oggetto della pretesa risarcitoria la perdita del risultato favorevole finale (la promozione) e non già della mera possibilità di conseguirlo;

- al contrario, solo laddove il lavoratore lamenti lesione della possibilità in sé di conseguire un risultato utile (diritto a poter sostenere un ulteriore concorso al fine di ottenere una qualifica superiore) -possibilità esclusa a seguito del comportamento illecito del datore di lavoro- si verte in tema di danno emergente da perdita di *chance*.

¹¹⁴ Sulla tematica in oggetto, giova ricordare che, sebbene nei rapporti di lavoro privato gli avanzamenti di carriera dipendano il più delle volte da scelte aziendali discrezionali, tuttavia, allorché le scelte siano effettuate sulla base di predeterminati criteri di valutazione (titoli, capacità e meriti professionali), la promozione o l'esclusione dei partecipanti deve essere motivata sulla base di detti criteri. Ciò ha stabilito la giurisprudenza in ossequio al principio di correttezza e buona fede, immanente ad ogni atto contrattuale (artt. 1175, 1375 c.c.), e dunque anche allo svolgimento del rapporto di lavoro. Con la conseguenza che l'inadempimento del datore di lavoro, che si sostanzia nella mancanza di motivazione della scelta, è di per sé causa di danno (perdita di *chance*). L'interessato alla procedura di valutazione ha, quindi, diritto alla motivazione dell'atto che lo coinvolga negativamente, escludendone la promozione. *"Da ciò, la giudiziale sindacabilità della scelta, per accertare, anche attraverso la motivazione dell'atto, l'applicazione del principio di correttezza e di buona fede, nonché dei criteri normativamente previsti per la scelta. ... Nell'ipotesi in cui la promozione sia effettuata per scelta datoriale sulla base di predeterminati criteri di valutazione e la motivazione manchi, ...sussiste un salto logico, che conferisce all'esercizio del potere datoriale il carattere dell'arbitrarietà. L'assenza di motivazione, in quanto inadempimento che non consente alcun pur esterno formale controllo sull'applicazione dei criteri di elementi idonei a far, ritenere (e simmetricamente insussistenza di elementi idonei ad escludere) che il corretto svolgimento della procedura avrebbe potuto condurre anche alla scelta del ricorrente. Da ciò, un immanente rapporto causale fra assenza assoluta di motivazione e danno: l'assenza reca in sé stessa il danno (ciò, a differenza dell'ipotesi in cui si contesti la violazione di qualche criterio di valutazione, ed ove diventa conseguentemente necessario provare uno specifico rapporto causale fra violazione ed eventualità della scelta: ipotesi in cui la violazione assume paradossalmente minore gravità"* (Cass., 3 ottobre 2006, n. 21297). Tanto premesso, la giurisprudenza è oggi unanime nel ritenere che nelle ipotesi in cui, per la promozione ad una qualifica superiore, sia previsto l'espletamento di procedure concorsuali o comunque valutativo-comparativistiche, deve distinguersi il danno da mancata promozione da quello da perdita di 'chance'.

Ciò significa, sotto il versante probatorio, che nell'ipotesi in cui il lavoratore agisca per il risarcimento del danno da 'mancata promozione' sarà tenuto a provare sia l'illegittimità della procedura concorsuale sia che, in caso di legittimo espletamento, sarebbe stato *certamente* incluso nell'elenco dei promossi; nel caso, invece, in cui lamenti la sola perdita di *chance* –in ragione della irripetibilità della procedura con le stesse modalità e gli stessi partecipanti di quella ritenuta illegittima– dovrà limitarsi a provare la perdita di una possibilità non trascurabile di conseguire il risultato utile ¹¹⁵.

In definitiva, “*diverso è anche il contenuto dell'onere probatorio posto a capo del lavoratore nei due casi, in quanto, in caso di domanda di risarcimento danni per perdita di chance, il ricorrente ha l'onere di provare, anche facendo ricorso a presunzioni ed al calcolo delle probabilità, soltanto la possibilità che avrebbe avuto di conseguire il superiore inquadramento, commisurata nella perdita di quei vantaggi, in ragione del grado di probabilità, esistente al momento della esclusione, di conseguire la promozione*”¹¹⁶.

Ad esempio, qualora il lavoratore agisca per ottenere il risarcimento del danno derivante dal mutamento delle mansioni e consistente nel mancato conseguimento di un vantaggio di carriera connesso ad una valutazione comparativa di candidati, deve provare che la valutazione vi è stata e che egli, se non fosse intervenuto l'illegittimo mutamento di mansioni, avrebbe avuto possibilità non distanti da quelle degli altri aspiranti positivamente valutati ¹¹⁷.

Dal ché la giurisprudenza ¹¹⁸ inferisce, inoltre, che le due azioni risarcitorie, presentando *causa petendi e petitum* nettamente distinti, non possono essere ricomprese l'una nell'altra.

La *causa petendi* è, in un caso, il diritto alla promozione; nell'altro, la possibilità di conseguire un esito favorevole per effetto del regolare svolgimento della

¹¹⁵ Con tutte le ripercussioni in ordine alla diversa consistenza del *quantum debeatur* di cui si è detto *infra*.

¹¹⁶ Cass. 18 gennaio 2006, n. 852.

¹¹⁷ CHINDEMI, *Op. cit.*, 50.

¹¹⁸ Cass. 18 gennaio 2006, n. 852.

procedura selettiva.

Così il *petitum* è diverso: nel caso di danno da mancata promozione si chiede un ristoro corrispondente in pieno con la perdita dei vantaggi connessi alla superiore qualifica (non solo di natura economica, ma anche normativa); mentre, nel caso di perdita di *chance* si chiede un risarcimento che può solo commisurarsi, ma non identificarsi, nella perdita di quei vantaggi, in ragione del grado di probabilità – esistente al momento della legittima esclusione- di conseguire la promozione ¹¹⁹.

Di guisa che, la modifica dell'una nell'altra in appello soggiace al divieto dello *ius novorum* (art. 437, secondo comma c.p.c.), risolvendosi non in una mera difesa, ma in un ampliamento del fatto costitutivo della domanda, (ampliamento) precluso, in quanto esorbitante dalla *emendatio libelli*, anche nel giudizio di primo grado ¹²⁰.

3.2 Nella responsabilità aquiliana: il danno da perdita di *chances* lavorative.

Passando in rassegna alcune ipotesi applicative di rilievo in materia di responsabilità extracontrattuale, un primo caso ha riguardato la responsabilità da sinistro stradale.

In particolare, nel caso portato all'attenzione della Suprema Corte ¹²¹, una delle persone danneggiate dal sinistro stradale aveva richiesto il risarcimento per il pregiudizio patrimoniale da perdita di *chance* connesso all'impossibilità di continuare a svolgere l'attività di ballerino esercitata all'epoca dell'incidente.

La Corte, in tal caso, ha rigettato la domanda risarcitoria, in quanto «nessuna prova era stata data, sul nesso di causalità, che pur deve sussistere tra tale ulteriore probabile danno e le future opportunità per il giovane, in relazione alle lesioni già

¹¹⁹ A quest'ultimo riguardo, poiché è spesso impossibile determinare con certezza il *quantum debeatur* in relazione alla chance perduta, Cass., 6 giugno 2006, n. 13241 ritiene “*legittimo il ricorso al criterio equitativo (ai sensi dell'art. 1226 c.c.) individuandone il canone applicativo nella valutazione della probabilità di promozione che aveva il danneggiato desunta dal rapporto tra i dipendenti promossi e i dipendenti astrattamente idonei a conseguire la promozione*”.

¹²⁰ Cass. 11 giugno 1992, n. 7210.

¹²¹ Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno resp.*, con nota di VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*. In senso critico, FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, cit., 450.

valutate in sede di danno biologico».

Ciò sull'assunto secondo il quale il danno da perdita di *chances* si sostanzia in un «*danno patrimoniale futuro*»; danno pienamente risarcibile ex art. 2043 c.c. «*purchè risulti dimostrato e il nesso di causalità, medicalmente accertabile, e la ragionevole probabilità del suo verificarsi, in base a circostanze certe e puntualmente dedotte nella fase di merito*».

In senso contrario, si è invece pronunciata la giurisprudenza di merito in un caso, nel quale ad un revisore dei conti, a causa di un erroneo protesto di un assegno, compiuto dalla propria banca, era stata preclusa la *chance* concludere un contratto di collaborazione professionale con una società di revisione.

La Corte di appello capitolina ha, infatti, riconosciuto nella specie il danno «*nella perdita della possibilità di conseguire risultati utili, quelli che il revisore avrebbe potuto raggiungere lavorando per la suddetta società*».

Ciò sull'assunto che la «*risarcibilità è conseguenza del verificarsi di un danno, concreto ed attuale, consistente non in un lucro cessante, bensì, verificandosi la perdita «nel momento stesso in cui si verifica il fatto illecito dannoso», in danno emergente ...«da perdita della possibilità attuale», appunto, «e non di un futuro risultato utile»*»¹²².

Infine, un altro caso ampiamente discusso in dottrina e giurisprudenza ha riguardato la perdita di chances (lavorative) derivanti dall'attribuzione di un voto di laurea non conforme alla media degli esami sostenuti.

Nel caso di specie, la studentessa si era presentata alla commissione esaminatrice di laurea con una media curricolare di 109,5 e le era stato attribuito un voto finale pari 90/110. Dopo una serie di ricorsi al TAR e di rivalutazioni della tesi di laurea, le veniva assegnato definitivamente il voto di 105/110.

Il Giudice, dopo aver considerato che «*il voto di laurea ... costituisce*

¹²² App. Roma, 17 febbraio 1988.

l'antecedente logico, in termini di probabilità, del vantaggio economico finale rappresentato dall'insegnamento, in relazione all'affidamento, già ingenerato sulla base della media curricolare, di poter intraprendere quel tipo di percorso professionale», ha quantificato il risarcimento «nella somma di Lire 30.000.000, con riferimento al valore della moneta all'epoca dei fatti», «tenuto conto della retribuzione annuale media che può conseguire un insegnante non di ruolo, del ritardo con cui l'attrice ha avuto la possibilità di intraprendere la carriera dell'insegnamento e dello svolgimento, in tale lasso di tempo, di altre attività lavorative»¹²³.

3.3 Nella responsabilità contrattuale.

Rinviando ad apposito paragrafo *infra* la disamina della casistica giurisprudenziale in tema di responsabilità professionale (extracontrattuale e contrattuale, anche 'da contatto sociale'), appare opportuno soffermarsi in questa sede su alcune ipotesi di danno da perdita di *chance* connesse all'inadempimento di obblighi contrattuali.

Un caso singolare ha riguardato la lesione della *chance* di vittoria, per illecita esclusione da una competizione sportiva.

Al vaglio della giudice era stata sottoposta una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, proposta da una scuderia automobilistica nei confronti del proprio pilota, al quale veniva imputata la mancanza di una reale volontà di integrarsi nella scuderia al fine di ottenere i risultati sportivi prefissati. Il pilota, da parte sua, con domanda riconvenzionale aveva chiesto la risoluzione del contratto per inadempimento della parte attrice ed il risarcimento del danno da perdita di *chance* (di vittoria delle gare).

Il giudice, nell'accogliere la domanda risarcitoria del pilota, ha affermato che, essendo stato quest'ultimo illecitamente escluso per un anno dalle competizioni del

¹²³ Trib. Bologna, 20 gennaio 2003, n. 240

Campionato Intercontinentale di Formula 3000, “*la chance persa dal pilota fosse concreta e suffragata da ragionevoli possibilità di risultato; per cui, tenuto conto della natura e della importanza del contratto, della incontestata qualità di pilota professionista, della natura e della qualità della chance vanificata, nonché della valutazione del danno da rottura contrattuale, appariva equo e congruo liquidare il danno.....in complessive lire 400.000.000)*”¹²⁴.

Sempre in conseguenza di un inadempimento contrattuale, si è riconosciuto il danno da perdita di fruttuose occasioni lavorative al cliente ALITALIA che aveva perso la possibilità di sostenere un importante colloquio di lavoro a causa della cancellazione improvvisa ed ingiustificata di un volo aereo¹²⁵.

3.4 In particolare, nella responsabilità professionale.

La tematica del danno da perdita di chance riveste un ruolo di assoluto rilievo nell'ambito dei giudizi sulla responsabilità professionale, proponendosi come punto di riferimento in relazione a fattispecie in cui non sia prospettabile come sovente accade una relazione causale diretta tra la condotta e la mancanza del risultato sperato, ma sia comunque stata negata al danneggiato la possibilità di intraprendere un tentativo, seppur senza la sicurezza di ottenere un esito favorevole.

Di seguito si riportano due ipotesi paradigmatiche oggetto di ampia disamina dottrinale e giurisprudenziale.

3.4.1 In tema di responsabilità dell'avvocato.

L'impiego della *chance* nell'ambito della responsabilità professionale dell'avvocato ha finito spesso per supplire, in chiave probatoria, alle carenze connesse all'accertamento del nesso causale tra la condotta inadempiente

¹²⁴ Trib. Monza, 21 febbraio 1992, n. 147 in www.iuritalia.it

¹²⁵ Trib. Napoli, 27 novembre 2002, in www.iuritalia.it

dell'avvocato (ad una tipica obbligazione di mezzi¹²⁶) e l'esito sfavorevole della lite¹²⁷.

Non potendosi in questa sede affrontare *funditus* la tematica in oggetto¹²⁸, appare, tuttavia, opportuno soffermarsi –nel quadro della panoramica giurisprudenziale in esame- sull'ipotesi 'classica' di omessa tempestiva impugnazione della sentenza di primo grado per negligenza dell'avvocato.

In un primo tempo, la giurisprudenza aveva negato la risarcibilità del pur ipotizzato danno da perdita di *chances* 'di vincere la causa', in base all'assunto che non potesse essere compiuto un nuovo riesame della causa, essenziale al fine di verificare la concreta esistenza di una possibilità di vittoria da parte del cliente, in

¹²⁶ Per un'approfondita analisi della qualificazione dell'obbligazione gravante sul professionista legale si rinvia a FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2002. Basti in questa sede precisare che, tradizionalmente l'obbligazione gravante sul professionista legale viene ricondotta nell'alveo delle obbligazioni di mezzi, ovvero in quella «categoria pacificamente ritenuta meramente descrittiva e non dogmatica ed indicativa, appunto, di un vincolo obbligatorio non avente ad oggetto il raggiungimento di un risultato pratico, ma lo svolgimento di una prestazione diligente». Tale classificazione, però, è corretta soltanto per quelle obbligazioni derivanti dal mandato professionale, ovvero dal c.d. il cosiddetto contratto di patrocinio, strumento negoziale attraverso il quale il professionista assume l'incarico di rappresentare il cliente in giudizio. Infatti, nella diversi ipotesi in cui l'avvocato si obblighi soltanto a formulare un parere pro veritate «i doveri di informazione, sollecitazione e dissuasione, gravanti sul professionista, non costituiscono obbligazioni di mezzi (nella specie, è stata riconosciuta la responsabilità dell'avvocato che non aveva provveduto ad informare il cliente, formulando parere stragiudiziale, della possibilità che venisse eccepita la prescrizione)» (cfr. Cass. 14 novembre 2002, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, 256 ss.).

¹²⁷ Per un approfondimento sul tema si rinvia a FRANZONI, *La responsabilità professionale dell'avvocato e del procuratore legale*, in *Resp. civ.*, 2005, 744; nonché da ultimo, ARLOTTA, *Brevi riflessioni in tema di responsabilità professionale dell'avvocato*, in *Giur. merito* 2009, 3, 677

¹²⁸ Sulla questione relativa alla responsabilità professionale derivante da una scelta difensiva che determini la perdita della lite, giova -anche in questa sede- ricordare che alla stregua dell'ormai prevalente indirizzo giurisprudenziale, la colpa professionale non può ritenersi né esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di mezzi che si rilevano pregiudizievoli per gli interessi della parte assistita sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale. In definitiva, «indipendentemente dalle richieste della parte, la praticabilità di una scelta processuale in luogo di un'altra è sempre rimessa alla responsabilità esclusiva dell'avvocato» (Cass. 17 gennaio 2007, in *Danno e resp.*, 2003, 1115 ss). Sul punto, v. anche App. Napoli 7 marzo 2005, in *Banca dati De Agostini*, in cui si è affermato che «in tema di responsabilità dell'avvocato, la mancata riassunzione del giudizio del lavoro per incompetenza del giudice adito nel termine indicato in sentenza e l'omessa informativa al cliente della sua decisione concretano una inosservanza della diligenza prescritta dall'art. 1176, comma 2, c.c., che non è esclusa dalla presenza del cliente alla udienza nella quale è stato letto il dispositivo e dalla omessa richiesta da parte del cliente della documentazione, atteso che la responsabilità tecnico-professionale della causa è sempre e soltanto dell'avvocato, l'unico capace di adottare la scelta di una tecnica difensiva piuttosto che di un'altra, e pertanto di riassumere o meno il giudizio a prescindere dalla eventuale presenza del cliente. Per contro, non può per ciò solo essere accolta la domanda di risarcimento danni se non risultano idonei elementi probatori da cui desumere con un giudizio probabilistico l'eventuale accoglimento della domanda nel caso in cui il giudizio fosse stato puntualmente riassunto e, quindi, per ritenere che sia derivato un danno in concreto al cliente, quale conseguenza della omissione dell'avvocato nell'espletamento del mandato professionale». In dottrina, fra gli altri, si rinvia anche per gli opportuni riferimenti a FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, in *Giust. civ.*, 2004, 248 ss.

quanto ormai precluso dal giudicato¹²⁹.

Tale orientamento, però, è stato poi superato sul finire degli anni '80, facendo leva sull'assunto secondo il quale *“l'accertamento compiuto dal giudice, chiamato a valutare la pretesa risarcitoria, è meramente incidentale, e come tale non 'intacca' il giudicato”*¹³⁰.

Si è così affermata in giurisprudenza¹³¹ la tesi secondo la quale l'accertamento della responsabilità professionale dell'avvocato non implica l'indagine sul sicuro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta o diligentemente coltivata e, perciò, la "certezza morale" che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente, ben potendosi sostituire al criterio della certezza della condotta, quello della *‘probabilità di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli’*¹³².

Analogo ragionamento è stato seguito dalla giurisprudenza in relazione alla responsabilità del dottore commercialista per omessa tempestiva presentazione del

¹²⁹ Così, Cass. civ., 10 febbraio 1931, n. 495, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1931, II, 260.

¹³⁰ Cass. n. 4196/1996

¹³¹ Cfr. sul punto, Cass. n.10068 del 1996 cit.; Cass. civ., sez. III, 6 febbraio 1998, n.1286, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1999, 358, con nota di LEPRE, *Nuovi spunti in tema di responsabilità civile dell'avvocato*; nonché, Cass. civ, sez. II, 26 febbraio 2002, n. 2836, in *Resp. civ. e prev.* 2002, 1373, con nota di FACCI, a tenore della quale *“Le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzo e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non al suo conseguimento. Ne deriva che l'inadempimento del professionista (nella specie: avvocato) alla propria obbligazione non può essere desunto, "ipso facto", dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del tradizionale criterio della diligenza del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, secondo comma, cod. civ. - parametro da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata, sicché, non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente (nella specie, del giudizio di appello), il danno derivante da eventuali sue omissioni (nella specie, tardiva proposizione dell'impugnazione) intanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri (necessariamente) probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito (nella specie, il gravame, se tempestivamente proposto, sarebbe stato giudicato fondato), secondo un'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, e non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata ed immune da vizi logici e giuridici”*.

¹³² Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2007, n. 9238 (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto che non vi era certezza, ma neppure possibilità di accertare che la domanda potesse essere accolta, posto che non era dato conoscere quali fossero esattamente le circostanze sulle quali i testimoni –non chiamati dall'avvocato - avrebbero dovuto deporre). In termini, Cass. n. 2836 del 2002 cit; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2006, n. 6967, a tenore della quale *“non potendo il professionista garantire l'esito comunque favorevole auspicato dal cliente (nella specie, del giudizio di appello), il danno derivante da eventuali sue omissioni (nella specie, redazione e notifica dell'atto di appello privo dell'indispensabile indicazione della data di udienza di comparizione) in tanto è ravvisabile, in quanto, sulla base di criteri necessariamente probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione, il risultato sarebbe stato conseguito”*. In dottrina, v. sul punto MAGNI, *Responsabilità dell'avvocato per negligente perdita della lite tra certezza e probabilità di un diverso esito del giudizio*, in *Danno e resp.*, 1998, 343.

ricorso alla Commissione tributaria ¹³³.

Sembra, tuttavia, fare un passo indietro una recente sentenza della Suprema Corte, oggetto di vivaci critiche dottrinali ¹³⁴.

In dettaglio, la Seconda Sezione della Cassazione, nel confermare il rigetto della domanda risarcitoria disposto dai giudici che l'avevano preceduta, ha rilevato che *"i ricorrenti avrebbero dovuto dimostrare in concreto i riflessi pregiudizievoli offrendo la prova dell'erroneità della decisione e della concreta possibilità di essere riformata in appello"*.

Orbene, da una attenta lettura della parte motiva della citata sentenza sembra emergere "l'idea-guida che la chance perduta (e dunque, nell'idea della Corte, l'unico danno vantato), da porsi a fondamento della domanda risarcitoria, non possa che essere costituita dalla vittoria o comunque da un esito potenzialmente positivo del giudizio d'appello, nello stesso spirito che porta alla ripetizione pressoché tralatizia, in più pronunce concernenti la responsabilità del legale, di quell'insidiosissimo riferimento alla necessità di una "certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente"¹³⁵.

In particolare, lo spunto d'interesse principale della pronuncia sta nella non risolta ambiguità con cui viene affrontata la materia, complessa, del danno da perdita di chances. L'impressione di fondo –osserva parte della dottrina– è che un sottile malinteso percorra l'intero circuito argomentativo della pronuncia: "si sommano due incomprensioni: mettendo insieme l'idea della necessità della prova di un risultato potenzialmente favorevole nel giudizio d'appello (e con ciò finendo col saccheggiare a piene mani il complesso ideo-affettivo legato alla trasformazione dell'obbligazione

¹³³ Cass., n. 5264/1996

¹³⁴ Cass. Civ., sez. II, 27 maggio 2009, n. 12354, con nota di AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 10, 2051, il quale afferma che "quanto agli interrogativi che la pronuncia suscita, i più rilevanti tra essi risultano legati tanto alla meccanica e teorica del ristoro del pregiudizio per casi in cui la negligenza professionale, pur non necessariamente latrice di un evidente danno patrimoniale se inteso, quest'ultimo, nei termini di uno stretto legame con le probabilità di una vittoria piena travalica persino nel malcostume, quanto all'esatto inquadramento del tipo di danno lamentato dagli attori e il cui risarcimento viene, nel caso concreto, negato".

¹³⁵ AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato cit.*, 2052.

di mezzi in obbligazione di risultato) con quello del danno inteso semplicisticamente come posta economica legata alla perdita di una sorta di bene futuro (la vittoria nel giudizio), si giunge alla assoluta sottovalutazione del danno non potenziale ma effettivo che il soggetto subisce sul piano dei diritti fondamentali, oltre che dei diritti scaturenti dal contratto stipulato con il professionista rivelatosi negligente. La vicenda, se letta in questa chiave, si pone ben al di là anche del noto dibattito sulla natura giuridica della chance, da intendersi come metro della causalità o come bene autonomo, persino patrimonialmente valutabile: perché ciò che dovrebbe venire in rilievo, nel caso di specie, non è solamente la perduta possibilità di vedere riconosciute le proprie ragioni (o comunque di vedere riesaminato il proprio caso, nell'ottica si permetta l'espressione di un diritto a farsi "dire no" tutte le volte che l'ordinamento lo permette), ma anche la lesione, attuale, concreta e non potenziale, al proprio diritto all'autodeterminazione, alla possibilità di decidere come e se proseguire la vertenza secondo una libera e autonoma determinazione personale”¹³⁶.

In dettaglio, nel momento in cui giunge a sostenere che *"la perdita del diritto di impugnare la sentenza non può configurarsi di per sé come una conseguenza patrimoniale pregiudizievole"*, la Suprema Corte apre una serie ulteriore di interrogativi: primo tra tutti è “quale sorte subisca, nella prospettiva abbracciata dalla sentenza, il diritto del soggetto a vedere la propria domanda esaminata in due gradi di giudizio di merito e uno di legittimità; diritto cui è strettamente collegato l'altro, quello di essere posto nella condizione di scegliere autonomamente e liberamente se impugnare o meno la pronuncia sfavorevole”¹³⁷.

¹³⁶ V. nota precedente.

¹³⁷ AZZALINI, *op. cit.*, 2052 s., il quale giunge a contestare in certa misura il riferimento alla categoria del danno da chances “in quanto la perdita del diritto all'esame della vertenza nei successivi gradi di giudizio costituisce, nel caso di specie, un dato certo e attuale. Ciò che pare meno certa è la risarcibilità di un tale pregiudizio inteso in re ipsa o, comunque, posto in relazione ad una serie di conseguenze negative di ampio spettro che non sono sempre agevolmente o puntualmente riconducibili al dettato dell'art. 1223 c.c.”. Ed ancora, l'A. osserva come “legata a questo problema, ..., è la questione del sovrapporsi di ulteriori due piani, vale a dire quello dell'an della risarcibilità del danno e della difficoltà nella commisurazione del quantum del medesimo. Perché una cosa è sostenere che il danno arrecato dalla mancanza della possibilità di scelta in merito all'impugnazione (scelta sottratta al libero apprezzamento del cliente in ragione della negligenza del legale) non costituisce di per sé danno risarcibile in mancanza di un'adeguata dimostrazione del pregiudizio patrimoniale direttamente collegato a detta perdita; e altra cosa è invece non riuscire a quantificare il danno probabilmente (ma con quale grado di probabilità?) derivante da tale perdita (si pensi, a mero titolo d'esempio, all'eventualità in cui, pur sconfitto in appello, il cliente fosse risultato poi vincitore in sede di

3.4.2 In tema di responsabilità medica.

Il settore della responsabilità professionale nel quale il ruolo della *chance* ha formato oggetto di più ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale è, senza alcun dubbio, quello della responsabilità medica, connotato da “*situazioni ove la carenza di certezza circa l'esser il controfatto idoneo a salvare la vita al paziente o a risolvere o migliorare la patologia, lascia spazio, sussistendo ovviamente determinati presupposti, all'intervento di una separata, e assai diversa, sorgente di risarcimento*”¹³⁸.

E' in questo ambito, in particolare, che si è avvertita più profondamente l'esigenza di ricorrere alla *chance* con un altro vestito: non più quello di presupposto teso ad accertare il collegamento causale tra condotta e lesione dei beni salute e vita o comunque del mancato raggiungimento di guarigione o salvezza, ma quello di oggetto stesso della lesione, il cui sacrificio priva il soggetto della possibilità di tentare di conseguire un esito favorevole¹³⁹.

Sul punto, fondamentale -per la sua valenza ricostruttiva- appare la più volte citata sentenza della Suprema Corte del 4 marzo 2004, n. 4400.

Nel caso di specie, la Corte era chiamata a decidere sulla sussistenza o meno della responsabilità dell'ente ospedaliero per la morte di un paziente a cui non era stato prontamente diagnosticato dal personale di pronto soccorso un aneurisma, così

legittimità, con conseguente allungamento dei tempi, con il sommarsi di una serie di fattori esterni evidentemente imponderabili e difficilmente sottoponibili ad un giudizio prognostico) o il danno certamente determinatosi a seguito della lesione di un diritto, quello all'autodeterminazione, chiaramente ed evidentemente leso, come nel caso di specie. Non è chi non veda, tra l'altro, in questa prospettiva, non considerata dal Supremo Collegio, come la questione della quantificazione del danno finisca col risolversi in un falso problema: essa, infatti, ben potrebbe essere realizzata attraverso un riferimento equitativo, idoneo, tra l'altro, a tenere conto dell'insieme delle circostanze e delle implicazioni negative derivanti, su ogni piano, dalla lesione del diritto e dell'interesse pregiudicati”.

Al riguardo, paiono venire in soccorso le riflessioni di PUCCELLA, *La causalità "incerta"*, cit., 150, secondo la quale " è (...) importante che la violazione di certi diritti non sia fatta oggetto di tutela alla sola condizione che si riveli fonte di pregiudizi ulteriori (la vittoria di una lite o la perdita delle chances di vincerla). Ove la protezione risarcitoria venga fondata non sulla misura delle chances perdute ma sulla valorizzazione, ove possibile ed in sé considerata, del diritto leso, diverso dovrebbe risultare anche il processo di quantificazione del danno".

¹³⁸ LOCATELLI, *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 11, 2360. V. anche CAPECCHI, *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007 492-495.

¹³⁹ Per un approfondimento sul tema si rinvia a CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni Unite penali alle Sezioni Unite civili*, cit., 143-163.

impedendone il trasferimento presso una struttura attrezzata a porre in essere un intervento cardiologico; intervento che, se tempestivamente praticato, avrebbe potuto “probabilisticamente” salvare la vita del paziente.

Nell'affrontare la complessa questione, gli Ermellini in primo luogo ribadiscono la natura contrattuale della responsabilità in capo all'ente ospedaliero in relazione all'operato del proprio personale medico; poi affermano la necessità di accertare la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva del medico e l'evento lesivo alla stregua dei principi delle Sezioni Unite Franzese¹⁴⁰; ed infine, però, precisano che *“tutto ciò opera nel caso in cui il soggetto creditore agisca per il risarcimento del danno costituito dal mancato raggiungimento del risultato sperato, allorché ciò sia conseguenza, sia pure in termini di probabilità concrete, dell'inadempimento della prestazione del medico, perché omessa, errata o ritardata”*.

Diversamente, precisa la Corte, in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, *“è comunque possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l'inadempimento della prestazione sanitaria) aggrava la possibilità che l'esito negativo si produca”*.

In definitiva, seppure non è possibile affermare che l'evento si sarebbe o meno verificato, in ogni caso *“si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chances, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta (segnatamente se si era portato in ambiente ospedaliero)”*.

¹⁴⁰ Si legge, infatti, al punto 3.3. della parte motiva che “ciò che va specificato, applicando anche in questa sede civile risarcitoria, i principi già espressi in sede penale (Cass. Pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), tenuto conto che il nesso di causalità materiale va determinato a norma degli artt. 40 e 41 c.p., è che non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi dell'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'esistenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva o in ogni caso colpevole del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica”.

In tal via, ci si è spostati non tanto, come pure si è osservato¹⁴¹, dall'incertezza dello svolgimento dei fatti al *quantum respondeatur*, ma si è cambiato il piano stesso della questione, verso una perdita autonoma, suscettibile di indipendente valutazione.

Di guisa che la domanda volta ad ottenere il risarcimento di tale tipo di lesione è «*ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato. Infatti, in questo secondo caso la stessa collocazione logico-giuridica dell'accertamento probabilistico attiene all'individuazione del nesso causale, mentre nell'altro caso attiene al momento della determinazione del danno: in buona sostanza nel primo caso le chances sostanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l'oggetto della perdita e quindi del danno*»

142

¹⁴¹ Così CITARELLA, *Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1047.

¹⁴² Cass. n. 4400 del 2004 cit., che altresì aggiunge: “Né può ritenersi, come pure sostenuto da parte minoritaria della dottrina, che con l’espressione “perdita di una probabilità favorevole” non si fa riferimento ad un danno distinto da quello finale, ma si descrive solo una sequenza causale nella quale la certezza del collegamento fatto - evento si evince dalla sola probabilità del suo verificarsi, ed il risarcimento viene adeguato alla portata effettuale della condotta illecita sul danno finale. La ricostruzione più convincente, sulla quale si allinea la giurisprudenza dominante in materia di lavoro (Cass. 9 gennaio 2003, n. 123, Cass. n. 23 gennaio 2002, n. 734; Cass. n. 11340 del 1998), dissocia invece il danno come perdita della possibilità dal danno per mancata realizzazione del risultato finale, introducendo così una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, la possibilità del risultato appunto”. Nel solco tracciato da detta pronuncia si pone da ultimo Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Giust. civ.*, Mass. 2008, 9, ove si afferma che “In tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l’esistenza di un danno risarcibile l’omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l’esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo, prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la chance di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la chance di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti”. In termini, Trib. Roma, 27 novembre 2008, in *Danno e resp.*, 5, 2009, 525 ss. con nota di TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, 538-553, la cui massima si riporta integralmente: “In materia di colpa medica omissiva è risarcibile quale perdita di chance il danno cagionato al paziente affetto da una patologia che ne avrebbe comunque determinato l’exitus per esser stato lo stesso privato di un anno di esistenza in ragione della omessa o ritardata diagnosi della patologia medesima, ove sia altamente probabile che, in caso di diagnosi tempestiva, l’aspettativa di vita sarebbe stata maggiore. La chance non ha la natura di un interesse di fatto, bensì della situazione favorevole al cui conseguimento la chance medesima è connessa, sicché essa integra gli estremi di un interesse giuridicamente rilevante quando è rivolta al conseguimento di un interesse rilevante a sua volta, consistendo nella perdita di una situazione favorevole sperata della quale il danneggiato avrebbe goduto in futuro con un certo grado di probabilità. Il danno da perdita di chance consistente nella privazione di un anno di vita può essere quantificato assumendo come parametro la somma di Euro 1.900.000 fissato dall’art. 1 della legge 497/1999 quale “valore oggettivo della vita” al fine di indennizzare i parenti delle vittime del disastro del Cermis e dividendo la somma per il numero di anni della vittima al momento della morte, fatta salva l’applicazione di correttivi che, tenendo conto della stima idiosincratca della vita, ne adattino al caso concreto il “valore oggettivo”, concorrendo ad aumentare o a ridurre il “valore” del singolo anno. Gli stretti congiunti del paziente affetto da una patologia che ne avrebbe comunque determinato l’exitus e che sono stati privati della possibilità di godere con lo stesso di un anno di vita, hanno diritto al risarcimento del danno da perdita di chance in considerazione della lesione del rapporto parentale, da liquidarsi nella medesima misura, per ciascuno di essi, del danno da perdita di chance cagionato alla paziente”. In senso conforme, sempre nella giurisprudenza di merito e ragionando *a contrario*, Trib. Rovereto, 2 agosto 2008 cit. conclude che “Non è configurabile alcuna responsabilità medica per ritardata diagnosi se - alla luce della legge scientifica di copertura, già di

Nella cornice giurisprudenziale così delineata un tassello ulteriore –meno importante sul piano generale, ma assai significativo per i casi affrontati- è rappresentato dalla decisione della Suprema Corte n. 23846 del 2008¹⁴³.

Nel caso di specie, due sanitari attribuivano a “bolle d’aria di natura nervosa” i dolori in realtà derivanti da un carcinoma epatico, determinando un ritardo nella diagnosi di circa un mese; ritardo che comunque non incideva sulla accertata ‘inevitabilità’ della morte della paziente, ma solo sulla durata della vita residua. Mentre i giudici di merito rigettavano la domanda sul rilievo che una diagnosi tempestiva non avrebbe potuto impedire la morte della vittima, quelli di legittimità opinano diversamente: una tempestiva diagnosi avrebbe assicurato alla danneggiata una migliore qualità della vita e diminuito le sofferenze in ragione dell’anticipata somministrazione dei farmaci (prescritti in conseguenza della diagnosi) e della minore invasività dell’intervento (da effettuare su masse tumorali di più ridotte dimensioni), oltre ad aumentare – seppur marginalmente – le sue aspettative di vita e permetterle di disporre di un maggior tempo per “programmare il suo essere persona” in vista dell’*exitus*.

La Corte afferma, in particolare, che “*la preclusione di tali possibilità si è risolta nella negazione alla [vittima] di una doppia chance, quella di vivere durante il progresso della malattia meglio [...] e quella di vivere più a lungo, di poche settimane o di pochi mesi*”. E all’obiezione secondo cui i suddetti effetti sarebbero dovuti derivare “*con una relazione causale di probabilità e non di sola possibilità*”, la Suprema Corte replica che gli stessi sono stati indicati dai consulenti ‘*con un grado prossimo alla certezza*’. Inoltre, dopo aver fornito un certosino elenco delle massime in materia – dalle quali emerge che la sussistenza delle *chances* andate perdute

per sé sfavorevole al paziente deceduto, e della sua applicazione alla fattispecie concreta alla stregua delle emergenze processuali e delle caratteristiche proprie del caso (quali, l’età avanzata del paziente, lo stadio avanzato della malattia già alla comparsa dei primi segni rilevabili, il suo andamento successivo altamente aggressivo, le caratteristiche tipiche della patologia) - anche una diagnosi tempestiva non avrebbe modificato in modo apprezzabile l’esito finale, né sotto il profilo dei tempi del decesso né sotto quello della qualità della vita residua”.

¹⁴³ Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846, annotata da PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 61 ss.

dev'essere provata “*in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità*”¹⁴⁴ –, i giudici di legittimità spiegano che “*il ricorso alle presunzioni e al calcolo di probabilità non attiene affatto alla idoneità della chance una volta individuata a determinare l'effetto sperato, nel senso che la chance non diventa risarcibile soltanto se [...] appare di tale consistenza che si può presumere che la sua concreta utilizzazione avrebbe realizzato la consecuzione del risultato oppure se appare probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato quella consecuzione*”¹⁴⁵.

Di qui la conclusione per cui “*sarebbe irragionevole risarcire la perdita di una chance quando è presumibile o probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la presunzione o la probabilità non sussistano*”, chiosando nel senso che “*il modo di essere nell'uno o nell'altro senso della chance sarà semmai incidente soltanto sulla liquidazione del danno, nel senso che nel primo caso la perdita sarà maggiore e nel secondo minore o addirittura inesistente*”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Afferma che “la chance è [...] una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile, qualora si accerti, anche utilizzando elementi presuntivi, la ragionevole probabilità della esistenza di detta chance intesa come attitudine attuale”, Cass. 25 maggio 2007, n. 12243, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Danni civili*, n. 186, a proposito dei possibili “sviluppi o progressioni nell'comprovata attività di lavoro” del ricorrente, provati per testi e preclusi da un sinistro stradale. Ancora, nel senso che “in tema di risarcimento del danno, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di chance [...] ha l'onere di provare pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta”, Cass. 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Arch. circolaz.*, 2005, 827, in materia di perdita di chances lavorative in conseguenza dei postumi derivanti da interventi chirurgici. La massima risulta conforme a quella di Cass. 11 dicembre 2003, n. 18945, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 751. In argomento, nella giurisprudenza recente, anche Cass. 11 maggio 2007, n. 10840, in *Arch. cir.*, 2007, 1157, inerente la mancata progressione di carriera di un impiegato precluse da un sinistro.

¹⁴⁵ Infatti, prosegue il Supremo Collegio, “il ragionamento presuntivo non riguarda l'attitudine della chance a provocare l'effetto favorevole che il danneggiato non ha conseguito, bensì l'attitudine della situazione di fatto in senso lato in presenza della quale la chance può essere riconosciuta esistente”, il che spiega perché “la giurisprudenza di questa Corte [...] configura la chance come una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile”, salvo a precisare che “il concetto di patrimonialità va correlato al bene in relazione al quale la chance si assume perduta e, quindi, in riferimento al danno alla persona ad una chance di conservazione dell'integrità psico-fisica o di una migliore integrità psico-fisica o delle condizioni e della durata dell'esistenza in vita”.

¹⁴⁶ Peraltro, secondo i giudici di legittimità in tal modo non si finisce per “aprire la strada a scenari, nei quali la perdita della chance possa diventare la chiave di volta per aumentare a dismisura l'ambito del danno risarcibile”, poiché “nel giudizio di eventuale liquidazione del danno da perdita della chance assumerà pur sempre rilievo, ai fini della *aestimatio*, sia l'aspetto della prossimità al conseguimento del risultato, sia il profilo della idoneità a garantire il conseguimento del risultato”. Al riguardo, sotto il primo profilo “nell'apprezzamento del valore della perdita la circostanza che alla chance perduta si sarebbero dovute sommare altre evenienze fino alla consecuzione del risultato potrà giustificare l'individuazione di un danno per la sua perdita se la loro verifica sia accertabile in modo almeno presuntivo o probabilistico, mentre potrà suggerire l'idea che il valore della perdita sia nullo in caso contrario”; sotto il

In definitiva – ed è questa una delle affermazioni più interessanti – “*non è di per sé ragione giustificativa per negare la risarcibilità della perdita della chance, cioè per negare che essa sia in sostanza una «perdita», la mera circostanza che essa non sia tale da determinare presuntivamente o probabilisticamente la consecuzione del risultato*”.

Ne consegue, pertanto, che “*quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una chance di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale chance è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione*”.

3.5 Nella responsabilità amministrativa per danno erariale.

Altro settore nel quale la *chance* ha trovato pieno ingresso è quello relativo alla responsabilità amministrativa e contabile dei dipendenti pubblici.

Si riporta, in particolare, il caso nel quale i Giudici della Corte dei Conti erano chiamati a valutare se fosse fondata la domanda risarcitoria dell'erario per il danno da minori entrate fiscali, dovuto al superficiale controllo da parte di agenti della Guardia di Finanza sui bilanci di una determinata società. In sede penale, si era dimostrato che tale minore controllo era dovuto alla dazione di tangenti agli agenti stessi. Secondo i giudici della Corte dei Conti, però, «è probabile, certo, che il giudice tributario, di fronte ad un evidente fenomeno elusivo [ad opera della società che aveva pagato le tangenti ai militari della GdF], avrebbe comunque dichiarato la liceità dello stesso, in ossequio al principio di certezza del diritto, ciò, però, è da affermarsi solo in termini

secondo – quello della idoneità al conseguimento del risultato – “la perdita potrà assumere un valore anche nullo ove risultino circostanze che escludevano o rendevano del tutto remota fino quasi ad escluderla la [sua] consecuzione”.

di probabilità; ed allora il nocumento patrimoniale per l'erario va ricercato nella perdita delle possibilità positive, anche se minoritarie, di un buon esito del giudizio tributario. ... Il danno che si va delineando non va configurato come un danno futuro, legato alla ragionevole probabilità di un evento, ma come danno concreto, attuale e certo, ricollegabile alla perdita di una prospettiva favorevole già presente nel patrimonio del soggetto. ... In sintesi, quindi, la perdita della possibilità di conseguire un risultato unico, in termini patrimoniali, configura una lesione al diritto all'integrità del proprio patrimonio, la cui risarcibilità è conseguenza del verificarsi di un danno emergente da perdita di possibilità attuale e non di un futuro risultato utile. Conseguenza alla natura di danno ora tratteggiata, che la sussistenza di questa non dipende dalla prova della possibilità di conseguimento del risultato superiore al 50% in quanto tale maggiore o minore possibilità influisce sulla sola quantificazione del danno ma non sulla sua esistenza»¹⁴⁷.

3.6 La *chance* nella responsabilità della P.A.

Le coordinate tracciate in tema di *chance* sono ormai ampiamente impiegate anche dalla giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della P.A. per danni derivanti da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

In dettaglio, si ha riguardo ai casi in cui il privato lamenti che dalla illegittimità del provvedimento amministrativo adottato (quale ad esempio l'indebita esclusione da una gara) sia derivata la perdita della possibilità di conseguire un vantaggio (*sub specie* di vittoria della gara stessa)¹⁴⁸.

Significativa è, al riguardo, una recente sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato¹⁴⁹, che si sofferma sui rapporti intercorrenti tra perdita di *chance* e lesione dell'interesse pretensivo, procedendo ad un'analisi ricognitiva della rilevanza

¹⁴⁷ Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 13 marzo 1998, n. 436

¹⁴⁸ Cons. Stato, 22 gennaio 2003, n. 247.

¹⁴⁹ Cons. Stato, 14 settembre 2006, n. 5323.

della *chance* nei rapporti tra potere pubblico e privati.

Detta pronuncia muove dalla enunciazione delle tesi dottrinali in tema di *chance*, dando conto sia della teoria c.d. eziologica (la *chance* come lucro cessante), sia di quella c.d. ontologica (la *chance* come danno emergente), per poi rilevare che *“la contrapposizione tra le due posizioni giurisprudenziali e dottrinali ... deriva esclusivamente da una visione parziale della fattispecie risarcitoria in esame, che contrappone erroneamente, come blocchi distinti e reciprocamente incompatibili, i vari elementi costitutivi del danno da perdita di chance”*.

Si passa, quindi, ad enucleare gli elementi costitutivi della fattispecie in parola, in modo da determinare una ‘ricostruzione ontologica complessiva, uniforme e coerente’ della stessa.

Si precisa, in primo luogo, che configurando *la chance* quale mera possibilità di ottenere un risultato favorevole, essa non è idonea ad assumere rilevanza per il mondo del diritto e dà vita ad un interesse di fatto, insuscettibile di ricevere tutela per la propria esigua consistenza. *“Tale esito definitorio – si osserva - consente proficuamente ed agevolmente di riunificare i due orientamenti interpretativi, in quanto da un lato riconosce alla chance la qualità di bene giuridico autonomo, indipendente dalla situazione di vantaggio verso cui tende, dotato di per sé di rilevanza giuridica ed economica, in quanto elemento facente attivamente parte del patrimonio del soggetto che ne ha la titolarità; dall’altro lato, invece, attribuisce rilievo decisivo all’elemento prognostico o, rectius probabilistico, il quale è posto quale fattore strutturale e costitutivo, da accertare indefettibilmente al fine di riconoscere ad una mera possibilità la consistenza necessaria per rientrare nella nozione di chance e, dunque, per ricevere protezione da parte dell’ordinamento”*.

In definitiva, diventa decisivo distinguere tra probabilità di riuscita (*chance* risarcibile) e mera possibilità di conseguire un risultato utile (*chance* irrisarcibile). A tal fine, bisogna ricorrere alla teoria probabilistica che, nell’analizzare il grado di successione tra azione ed evento, per stabilire se esso avrebbe costituito o meno

conseguenza dell'azione, scandaglia, fra il livello della certezza e quello della mera possibilità, l'ambito della c.d. "probabilità relativa" consistente in un rilevante grado di possibilità.

Ciò posto, il Consiglio di Stato evidenzia che, con specifico riferimento alle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio proprie del diritto amministrativo, la loro probabilità di transitare dalla fase *in potentia* a quella *in actu* va verificata alla stregua della consistenza dei poteri attribuiti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione. *"Gli esiti del giudizio prognostico, infatti, si diversificano a seconda che il conseguimento della posizione di vantaggio, verso cui è teleologicamente orientata la chance, sia correlato ad un'attività vincolata, tecnico-discrezionale o discrezionale pura"*. Mentre, infatti, nelle ipotesi di attività vincolata o, entro certi limiti, tecnico-discrezionale, il giudice può sostituirsi alla P.A., individuando il grado di possibilità di ottenimento da parte del privato del bene della vita; al contrario, in caso di attività discrezionale pura, essendo maggiori i margini di valutazione rimessi alla amministrazione, maggiore sarà anche l'alterazione del giudizio probabilistico, non potendosi il giudice indebitamente surrogare al potere amministrativo. In tali casi, concludono i Giudici di Palazzo Spada, certamente non sarà possibile compiere un giudizio prognostico in termini di preciso calcolo percentuale, ma non è escluso che si possa riconoscere una perdita di *chance*, in ragione del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente.

4. La prova della chance perduta, requisiti e modalità di liquidazione.

Tirando le fila del discorso sopra sviluppato, è ormai opinione largamente prevalente in dottrina e giurisprudenza che, nel caso di condotta omissiva cui si accompagni il mancato raggiungimento del risultato sperato, per trasferire la problematica della responsabilità civile nell'alveo della perdita di chance devono sussistere determinati presupposti:

1) in primo luogo, che il bene finale (ad es. salute o vita) sia originariamente in pericolo, altrimenti non avrebbe senso parlare di *chance* (di guarigione o di sopravvivenza)¹⁵⁰;

2) v'è poi il requisito di carattere negativo consistente nel mancato raggiungimento della prova della sussistenza del nesso causale tra condotta e carenza di risultato (se questa prova è integrata, infatti, v'è assorbimento della questione relativa alla perdita di chance in quella principale, ove la chance non è valutata come oggetto di danno ma come elemento di verifica del nesso di causalità materiale);

3) ancora, sul piano dell'elemento soggettivo è necessario ovviamente l'accertamento della colpa del debitore-danneggiante;

4) infine, bisogna dimostrare il nesso causale tra condotta e perdita di chance (ad esempio, nel caso di condotta omissiva del medico, che “il controfatto avrebbe posto il paziente in condizione di tentare un approccio curativo che gli avrebbe consentito di guarire o di sopravvivere, comunque, per un certo periodo di tempo maggiore rispetto a quello realizzatosi: o quello astratto dettato dall'aspettativa naturale di vita, oppure quello realisticamente plausibile a causa della patologia in atto”¹⁵¹).

Per quanto attiene, poi, alla tecnica di liquidazione, l'opzione preferibile sembra essere quella – autorevolmente sostenuta in dottrina¹⁵² - che propende per il metodo equitativo come unico criterio impiegabile, rifuggendo da operazioni con le quali si desume meccanicamente il valore della *chance perduta* dalla riduzione proporzionale della liquidazione che si sarebbe ottenuta ove si fosse dimostrato il nesso tra condotta e mancato raggiungimento del risultato *finale* (es. sopravvivenza).

Tutto ciò, peraltro, evidenziando come la risarcibilità della perdita di una chance, quale specie autonoma di danno, non deve condurre ad un doppio

¹⁵⁰ Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488; Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. civ., 9 maggio 2004, n. 9471.

¹⁵¹ LOCATELLI, *Le differenti vesti della chance perduta cit.*, 2365 s.

¹⁵² Così FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, cit., 447; nonché ZIVIZ, *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, cit., 711. In senso parzialmente difforme, v. TASSONE, *op. cit.*, di cui si dirà *infra*.

risarcimento in favore del danneggiato, dovendosi trattare di una perdita che altrimenti non potrebbe essere ricompresa in un'altra voce di danno.

Il problema, infatti, non è tanto la percentualizzazione, quanto il termine di valutazione al quale riferirsi: tra il secondo ed il terzo scalino della causalità, come evidenziato dalla giurisprudenza, non v'è solo un salto quantitativo ma anche qualitativo, dal momento che dal versante del *probabile* si passa a quello del *possibile*, con riferimento, oltretutto e come rilevato, ad un bene diverso seppur orientato verso il medesimo risultato; dal che desumendosi la necessità del ricorso ad un criterio di liquidazione essenzialmente equitativo, sciolto da relazioni pericolosamente immediate ¹⁵³.

In termini più chiari, per non correre il rischio di ridurre la *chance* a mero artificio teso a supplire ai problemi della ricostruzione del nesso causale, concedendo al creditore una valvola di sicurezza risarcitoria, la sua liquidazione, specie nell'ambito della responsabilità medica, dovrebbe coraggiosamente staccarsi dal criterio relativo alla liquidazione dei beni finali non ottenuti (vita, guarigione); quantomeno nei propri presupposti, evidenziando che la liquidazione equitativa tiene ben presente che il danno è diverso ¹⁵⁴.

La perdita di *chance* è, dunque, ad un piano qualitativamente inferiore rispetto al danno da carenza di risultato e se non si valorizza ciò, liquidando, ad esempio, una chance del 10% con gli stessi criteri di una chance pari al 40% del danno principale, “si finisce, davvero, nell'alveo di un modesto tentativo di rispondere alle esigenze di

¹⁵³ LOCATELLI, *Le differenti vesti della chance perduta cit.*, 2365, il quale precisa altresì come “questo vale ovviamente in via di principio, perché nella liquidazione equitativa si può dar liberamente ingresso a presunzioni, indizi e conteggi percentuali”; Così Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, in Foro it., 1986, I, 383 e più di recente Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846 cit.

¹⁵⁴ Così sembra orientarsi la più volte citata Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846, secondo la quale la idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la consecuzione di un vantaggio è rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa, posto che nel primo caso il valore della chance è certamente maggiore che nel secondo e, quindi, lo è il danno per la sua perdita, che, del resto, in presenza di una possibilità potrà anche essere escluso, all'esito di una valutazione in concreto della prossimità della chance rispetto alla consecuzione del risultato e della sua idoneità ad assicurarla.

compensation che provengono dalle vittime alla luce della complessità dei problemi della causalità¹⁵⁵.

Con ciò, la citata dottrina non vuol certo dire che non si debba tener conto dei criteri percentuali, alcuni dei quali, del resto, sono in altre fattispecie comunemente accreditati, ma più semplicemente evidenziare che: se il criterio della certezza, soprattutto in ambito di *medical malpractice*, non può accogliersi pena la paralisi della tematica relativa al nesso causale, così consentendo che all'avvicinarsi alle percentuali più alte si possa ritenere integrata la relazione causale tra condotta ed evento, allo stesso modo, sempre partendo dal presupposto che si verte in campo caratterizzato dalla mancanza di verità scientifica, più ci si avvicina alla parte inferiore della scala più si dovrebbe accettare l'idea dell'irrisarcibilità della perdita di chance di basso rilievo.

In altre parole, se è ammesso che oltrepassata una determinata soglia la *chance* consente l'integrazione del nesso causale, garantendo la liquidazione completa, va accettato anche che al di sotto di una determinata soglia la *chance* possa perdere, per il dominio delle possibilità avverse, consistenza sino all'annullamento totale in chiave giuridica delle possibilità.

Nell'ambito del risarcibile, poi, “sempre più costretto tra i due fuochi delle certezze giuridiche si dovrebbe tenere in considerazione il fatto che il danno in esame aumenta in maniera esponenziale e non aritmetica con l'incremento delle possibilità perdute”¹⁵⁶, attingendo ad una valutazione complessiva della situazione, sfruttando il ricorso al raccordo col bene che la chance era destinata a proteggere senza un riferimento a criteri numerici, che finiscono per sottrarre all'interprete le redini del problema.

¹⁵⁵ Trib. Venezia, 25 luglio 2007, in *Danno resp.*, 2008, 56, secondo cui il problema della chance più opportunamente può esser affrontato in sede di perimetrazione delle conseguenze risarcibili.

¹⁵⁶ PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 105, il quale, pur premettendo critiche alla costruzione, indica che il danno costituito dalla privazione di 40 probabilità su 100 non equivale, semplicemente, al quadruplo di una lesione del 10%; quindi, il pregiudizio non potrà essere acriticamente raffigurato nella percentuale rispettivamente di 4/10 e di 1/10 del danno finale, così come colui che ha perduto il 30% di probabilità di successo, passando dal 70% al 40% subisce un pregiudizio inferiore rispetto a colui che, perdendo pur sempre il 30% di probabilità, ha visto scemare le proprie chances dal 40% al 10%.

5. Conclusioni: il possibile impiego della *chance* come tecnica di *apportionament*.

Dalla casistica giurisprudenziale sopra esaminata emerge un dato ineludibile: la *chance* è intrinsecamente pervasa da profili di ambiguità che la caratterizzano, perché le probabilità, che nella voce sono l'oggetto stesso della lesione, rappresentano, per altro verso un ingranaggio nella valutazione del nesso causale tra fatto ed evento¹⁵⁷.

Così, talvolta la giurisprudenza, per errore o per comodità, continua a sovrapporre i piani del problema (ad esempio in tema di responsabilità dell'avvocato) “passando senza passaporto dalla frontiera del sistema dell'accertamento del nesso causale relativo al risultato non ottenuto (ove la probabilità gioca notoriamente un ruolo fondamentale) a quella della verifica della sussistenza e della liquidazione di un danno diverso, che è la perdita della possibilità di ottenere quel risultato”¹⁵⁸.

Ciò posto, non mancano Autori che, salutando con favore gli ultimi sviluppi giurisprudenziali (ed in particolare Cass. n. 4400/2004), valorizzano una nuova prospettiva della perdita di *chance* in chiave di << virtuosa (seppur problematica) tecnica di “apportionment of liability” >>¹⁵⁹.

In particolare, nella prospettiva adottata da Cass. n. 4400/2004, il fatto di ‘patrimonializzare’ e rendere autonomamente risarcibili le probabilità di sopravvivenza o guarigione che il paziente ha perduto a causa della condotta del medico vuol dire, secondo tale tesi, regolare in via parziaria il concorso fra la causa

¹⁵⁷ PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 85

¹⁵⁸ LOCATELLI, *Le differenti vesti della chance perduta* cit., 2363.

¹⁵⁹ TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile - Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, 256 ss., il quale osserva che “in effetti, affermare come fa Cass. n.4400/2004, che la vittima può essere risarcita per la perdita della vita o dell'integrità psicofisica *in proporzione* alle possibilità di successo che l'intervento avrebbe avuto, vuol dire regolare in via parziaria il concorso fra la causa preesistente (lo stato del paziente) e il comportamento omissivo del medico. Se si accoglie l'impostazione a tenore della quale la perdita di *chance* va equiparata al danno (futuro) da lucro cessante e, in particolare, l'idea secondo cui la relativa problematica dev'essere affrontata sul piano del nesso di causalità tra il pregiudizio (subito dal paziente) e la condotta (del medico) responsabile, appare evidente che la Suprema Corte ragiona in termini di ripartizione di responsabilità. Ma, a ben vedere, almeno da un punto di vista operativo le cose non cambiano in forza della tesi secondo cui la perdita della *chance* va intesa come danno emergente, perlomeno fintantoché la liquidazione del pregiudizio subito dalla vittima viene operata avendo come punto di riferimento (le possibilità di conseguire) il risultato ad essa precluso, perché in tal modo l'*apportionment* viene ad acquisire semplicemente l'etichetta di una questione di *quantum debeatur*”.

preesistente (lo stato della vittima) ed il comportamento omissivo del sanitario. Del resto, si osserva, è la stessa la Suprema Corte ad affermare nella citata decisione che “ragioni di coerenza del sistema inducono a ritenere condivisibile una tale soluzione in tema di responsabilità dei medici anche nel nostro ordinamento, ispirandosi, anzi, essa alla ripartizione del carico del danno tra creditore e debitore, che si rinviene nel nostro ordinamento”.

In sostanza, è evidente che se il pregiudizio da risarcire alla vittima viene quantificato scontando il risultato finale per le probabilità di successo che la condotta del sanitario avrebbe assicurato - quindi, specularmente, per le probabilità di insuccesso di per sé legate allo stato patologico sussistente nel paziente al momento dell'intervento -, in concreto si viene a stabilire che una parte del danno è imputabile alla situazione preesistente.

Ovviamente, tale accertamento potrà presentare non poche difficoltà, perché se lo stato del paziente ed i mezzi a disposizione del medico rappresentano elementi oggettivi, l'approssimazione con la quale si calcolano le *chances* (perdute) di conseguimento del risultato auspicato potrà essere più o meno ampia a seconda del grado di aleatorietà proprio del caso di specie, altresì tenendo conto del normale rischio terapeutico insito in qualsiasi trattamento. E tali difficoltà in sede di accertamento potranno anche indurre il giudice ad optare per una liquidazione equitativa ‘per insufficienza di prove’.

Ciò non toglie, ad avviso dei fautori di tale tesi, che l'adozione del correttivo di stampo equitativo, la cui applicazione è del resto connaturata alla liquidazione di varie voci di danno, non scalfisce la logica parziaria sottesa al *decisum* ove si adotti un criterio di quantificazione comunque basato –almeno in principio- sulla possibilità di ottenere un risultato utile¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Per tutti, nel senso che occorrerebbe prima di tutto calcolare il danno nella sua interezza “come se in giudizio fosse stata raggiunta la certezza che la diagnosi correttamente effettuata avrebbe bloccato il processo causale patologico, per poi applicare alla somma così ottenuta quel coefficiente probabilistico individuato in giudizio dagli esperti in punto di causalità omissiva, che finisce così per assumere la foggia di un dividendo attraverso il quale tentare di dare coerenza ad una liquidazione che non ha altri indici concreti su cui basarsi se non quelli che, attraverso un'operazione puramente

Di qui il problema di capire cosa la giurisprudenza abbia davvero voluto dire nell'elaborare il 'terzo gradino' della "causalità da perdita di *chance*".

Se, infatti, mediante tale categoria si finisce per prescindere dall'individuazione delle probabilità che connettono la condotta al risultato sperato dal paziente – come sembra suggerire Cass. 23846/2008 con riguardo alla ridotta aspettativa di vita della vittima –, bisognerebbe ammettere che il nostro ordinamento arriva assai vicino a contemplare ipotesi di 'responsabilità senza causalità', demandando l'accertamento dell'elemento eziologico quasi interamente al 'sentimento' del giudice e creando un'evidente contraddizione con l'intento di porre un argine al possibile effluvio di domande risarcitorie di dubbio fondamento.

Un'attenta analisi dello stesso caso deciso da Cass. 21619/2007 rafforza tale conclusione, svelando come la Suprema Corte ritenga che una qualche *chances* di salvezza sia andata persa (ma) senza poter indicare quale¹⁶¹, sì da pervenire ad un esito che mette in crisi l'accertamento del nesso anche sotto il (conseguente) profilo della quantificazione: nel non sottoporre a censura le statuizioni dei giudici di seconde cure sul punto, viene infatti confermato che la lesione delle *chances* di conseguire un beneficio in caso di intervento tempestivo – di entità non stimabile (e forse pure non sussistenti) – si traducono in una liquidazione pari al 50% dei danni

intellettuale, possono essere agganciati alla considerazione che una condotta giudicata contraria ai canoni della diligenza esigibile ha frustrato un tot di probabilità rimaste (purtroppo) tali in natura", IZZO, in *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp*, 2005, 132-133.

¹⁶¹ Il caso è quello del malcapitato sub che è dovuto risalire troppo rapidamente in superficie e che viene portato nella camera iperbarica con circa sei ore di ritardo per la imperdonabile leggerezza del primo sanitario cui si è rivolto. Come spiega la Suprema Corte, i consulenti non sono però in grado di stimare le conseguenze di un intervento tempestivo, posto che "il CTU nominato dal tribunale [...] in una prima consulenza, aveva sostenuto che l'intervallo di tempo tra la comparsa dei sintomi e l'inizio del trattamento in camera iperbarica era da ritenersi irrilevante", mentre "in un secondo elaborato, redatto all'esito di una consulenza di parte, egli aveva modificato tali conclusioni ritenendo ragionevole la presunzione probabilistica - anche se non quantificabile in termini percentuali - che un più tempestivo intervento terapeutico avrebbe potuto in qualche maniera modificare il decorso della malattia"; e in tal modo l'ausiliario del tribunale aveva incontrato il consenso dei consulenti nominati in secondo grado, i quali non erano però potuti andare oltre l'affermazione a tenore della quale "il ritardo nel trattamento corrispondeva comunque ad una perdita di chance [sebbene] in concreto l'entità di tale perdita [non] fosse nella specie quantificabile", sì da concludere "nel senso della sua esistenza, sub specie della predicabilità di un esito diverso nell'an e nel quantum della malattia in caso di un corretto trattamento sanitario".

alla persona sofferti dall'attore in conseguenza dell'invalidità al 60% allo stesso derivata¹⁶².

Peraltro, anche sul piano generale la compresenza della “causalità civile ordinaria” – definita dal criterio del *more likely than not* – e della “causalità da perdita di *chance*” pone non pochi problemi di coordinamento.

Per sfuggire all'obiezione se ne potrebbe fare una questione di tipologia di domanda proposta, secondo quanto affermato da Cass. 4400/2004.

Tuttavia, come acutamente osservato¹⁶³, il ritorno al modello adottato da tale decisione – che di per sé apprezzabilmente sfugge alla logica *all-or-nothing* derivante dalla sentenza *Franzese* – non elimina, in realtà, le difficoltà: non è infatti facile far convivere la regola che vede nella *chance* una tecnica di liquidazione (tendenzialmente) percentuale del danno e l'accertamento del nesso affidato ad una dimensione tutta processuale (altresì scolpita dalle già citate pronunce dell'11 gennaio 2008).

Tanto è vero che una recente decisione di merito prospetta tre diversi scenari per porvi rimedio, giungendo addirittura ad ipotizzare – in modo non condivisibile – che “*il criterio del «è più probabile che non» attenga al nesso di causalità materiale nel solo ambito della responsabilità extracontrattuale e invece, nell'ambito della responsabilità contrattuale, continui ad applicarsi il criterio della perdita di chance, di cui alla citata sentenza n. 4400/2004*”¹⁶⁴.

In questa prospettiva, si conclude nel senso che “*la direzione da imboccare forse non sta ...nel mantenimento della perdita di chance su un binario del tutto separato da quello della “causalità civile ordinaria”, riconoscendo (invece) che si*

¹⁶² Ciò sotto l'ombrello della valutazione equitativa e sul presupposto di una doglianza del ricorrente avverso il “criterio risarcitorio adottato in sede di merito [...] generica quanto inammissibile [e altresì] non motivata sotto alcun profilo”, venendo però da domandarsi – pur non conoscendo gli atti di causa – quali argomentazioni il ricorrente avrebbe dovuto spiegare a fronte di una statuizione sul *quantum* delle *chances* che viaggiava del tutto separata da quella sull'*an*.

¹⁶³ TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali cit.*, 549 ss.

¹⁶⁴ Si veda Trib. Milano, 22 aprile 2008, in questa *Rivista*, 2008, 1264 ss., con nota di R. BREDI, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*, da segnalare tuttavia per la profondità dell'analisi contenuta nella lunga motivazione.

tratti semplicemente di una diversa tecnica di liquidazione del danno, se si vuole modellata da scelte di policy”¹⁶⁵.

In particolare, si suggerisce la possibilità di ipotizzare che l'*apportionment* permesso dalla perdita di *chance* scatti solo al di sotto della fatidica soglia del 50%, si da disincentivare azioni risarcitorie pretestuose ma foriere della possibilità di conseguire un risultato (processualmente) utile ad un prezzo inversamente proporzionale alla loro fondatezza ¹⁶⁶. Inoltre, la liquidazione dovrebbe ispirarsi all'idea che più ci si allontana dalla soglia e più il valore di ciascun punto dovrebbe essere basso, se si vuole in analogia con quanto avviene in sede di liquidazione del danno biologico o adottando meccanismi tutti da elaborare ¹⁶⁷.

Se, poi, si volesse comunque mantenere una distinzione ontologica fra la causalità da perdita di *chances* e quella civile “ordinaria”, la tesi in esame indaga la possibilità di portare la seconda sul piano della causalità generale o, comunque, di una prova più ‘rarefatta’ ed alleggerita rispetto alla sua concretizzazione nel caso singolo, mercé la definizione di un apposito regime processuale; rimanendo sempre aperto, tuttavia, il problema del *quantum debeatur* e del rischio di *over-compensation*¹⁶⁸.

¹⁶⁵ TASSONE, *ult. op. cit.*

¹⁶⁶ Una traslazione del ragionamento sul piano della responsabilità amministrativa (dove pure la categoria trova applicazione) rende bene l'idea: se un'impresa partecipa ad una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un incarico che le può assicurare un profitto di un milione di Euro ed ha una probabilità di vittoria pari al 10%, la stessa – una volta dimostrata l'irregolarità della gara – sarà ben felice di richiedere 100.000 Euro a titolo risarcitorio. Peraltro, la lettura di Cass. 4400/2004 sopra richiamata non implica un'incondizionata adesione all'uso del nesso causale in versione probabilistica e/o all'incontrollata espansione della perdita di *chance*.

¹⁶⁷ Se, ad esempio, il valore del punto venisse diviso per la stessa percentuale di *chances* che l'attore riesce a dimostrare di aver perso, la sussistenza del nesso al 40% porterebbe ad un risarcimento pari al 16% del danno totale – cioè il 40% del 40% –, quella al 30% ad un risarcimento pari al 9%, quella al 20% ad un risarcimento del 4% e quella al 10% ad un risarcimento dell'1%. E ciò senza considerare che il criterio (del tutto grezzo e, dunque, da non prendere come una seria proposta) potrebbe essere rifinito sia fissando una soglia oltre la quale non si scende, sia congegnando una più complessa formula che *non* affida all'ultimo punto percentuale lo stesso valore del primo, ma utilizza una scala decrescente.

¹⁶⁸ Nel rinviare nuovamente a TASSONE e NICOTRA, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale*, cit., 332 ss., va rilevato che, per un verso, la tematica della perdita di *chance* si colloca già di per sé in modo problematico fra la causalità generale e quella individuale, perché essa ripropone la questione dell'accertamento dell'elemento eziologico in base alla mera valutazione dell'aumento del rischio (essendosi radicalmente affermato da parte di F. D'ALESSANDRO, *La perdita di chances secondo la Cassazione civile, una tutela della “vittima” effettiva e praticabile* (nota a Cass. 4 marzo 2004, n. 4400), in *Cass. pen.*, 2004, 2551, che la perdita di *chance* costituisce una forma di riparazione che in realtà prescinde dalla dimostrazione del nesso causale, sulla scia dell'insegnamento di Stella). Infatti, quando entrano in gioco le probabilità che il paziente aveva di guarire o di sopravvivere, secondo la teorica della sussunzione sotto leggi si passa inevitabilmente dalla ‘percentuale’ inerente la prova del nesso di causalità

E ciò – considerando quelle indicate come soluzioni da *second-best* – senza dimenticare la radicale prospettiva, anche di recente ribadita, verso l’adozione di un unico schema di accertamento del nesso, di carattere probabilistico, che si riflette direttamente (anche se non aprioristicamente) nella liquidazione percentuale del danno, di per sé più vicino all’*apportionment of liability* sopra richiamato (e di cui si è altrove detto)¹⁶⁹.

a quella inerente la stessa affermazione della sua sussistenza; ed a tale considerazione si potrebbe aggiungere quella per cui, in ambito medico, la perdita di *chance* opera in modo strutturalmente differente rispetto ad altri settori, in quanto i termini percentuali inerenti le possibilità di salvezza o guarigione della vittima non sono – perlopiù – relativi alla singola fattispecie concreta e invece appartengono spesso alla (sola) generalità dei casi (sul punto, fra i tanti, F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 968 ss.).

¹⁶⁹ Sul punto, riprendendo le tesi esposte in *Il nesso di causalità*, cit., M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, 143 ss., il quale pure critica la “progressione discendente” della causalità suggerita da Cass. 21619/2007.

CAPITOLO III

LA PROVA DEL NESSO DI CAUSALITÀ

1. Nesso di causalità ed esigenze di differenziazione dalla colpa c.d. oggettivizzata: dalla ‘probabilità’ alla ‘prevedibilità’.

In più occasioni dottrina e giurisprudenza hanno precisato che, solo una volta accertato il nesso di causalità, è possibile passare alla valutazione dell’elemento soggettivo della colpa.

Sovente, tuttavia, i due profili si intrecciano nelle c.d. obbligazioni di mezzi¹⁷⁰, al punto da confondersi in talune pronunce giurisprudenziali, specie a seguito dell’emersione del concetto di colpa c.d. oggettivizzata (in base a standards generali di comportamento) e con riferimento alle condotte omissive.

Una recente sentenza della Cassazione ha, pertanto, avvertito l’esigenza di procedere ad una accurata ricognizione del complesso rapporto intercorrente tra nesso causale e colpa, nella specie medica, tracciandone i profili distintivi, specie sul versante probatorio.

Nel dettaglio, la già citata sentenza 18 aprile 2005, n. 7997¹⁷¹, ha precisato che:

¹⁷⁰ Sul tema, per un’approfondita disamina, v. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni I*, Milano 1953; RODOTA’, *Obbligazioni. Enciclopedia del Diritto*, XX 1969; MENGONI, *op.cit.*, 184; RESCIGNO, *Obbligazioni. Enciclopedia del Diritto*, XXIX, 1979, 128; PATTI, *Prove. Disposizioni Generali. Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna, 1987; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni. Commentario del Codice civile Scialoja e Branca, art. 1218-1219*, Bologna - Roma, 1993; DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, Torino, 1997; QUADRI, *La Responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Milano, 2000.

In questa sede, brevemente si ricorda che la dicotomia obbligazioni di mezzi/di risultato è stata elaborata in Francia (dove rappresenta una *summa divisio* valida per tutte le obbligazioni) e accolta da una parte della nostra dottrina e giurisprudenza limitatamente alle obbligazioni di fare, soprattutto nell’ottica della determinazione della responsabilità del debitore.

Nel dettaglio, le obbligazioni di mezzi sono quelle nelle quali la prestazione dovuta consiste nel solo comportamento del debitore, improntato ai canoni di diligenza, perizia e prudenza richiesti dalla natura dell’attività esercitata, ‘*indipendentemente ed a prescindere*’ dal raggiungimento dell’eventuale risultato finale atteso dal creditore.

Nelle c.d. obbligazioni di risultato, invece, la prestazione si identifica nella realizzazione di un certo risultato finale, al conseguimento del quale il debitore è vincolato (un’opera, un bene ecc.), di guisa che, l’adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore e, *a contrario*, il mancato raggiungimento del risultato finale integra comunque inadempimento, essendo irrilevante lo sforzo di diligenza a tal fine profuso. In altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento diligente, ad essere direttamente *in obligatione*.

Esemplificando, nelle prestazioni d’opera aventi ad oggetto un *opus* materiale, l’obbligazione è ‘di risultato’ in quanto il debitore si impegna a realizzare lo scopo finale avuto di mira dal creditore (l’*opus perfectum*), riuscendo la tecnica diligentemente applicata a dominare quasi sempre la materia.

Nella prestazione d’opera intellettuale, invece, il debitore si impegna soltanto a svolgere l’attività necessaria ed utile in vista del raggiungimento del risultato sperato dal creditore: risultato che, però, rimane fuori dall’oggetto dell’obbligazione ed è connotato da aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento dovuto, da altri fattori esterni, oggettivi o soggettivi, che possono sfuggire alla sfera di controllo del professionista

¹⁷¹ Annotata, tra gli altri, da ROLFI, *Il nesso di causalità nell’illecito civile: La Cassazione alla ricerca di un modello unitario*, in *Corr. giur.*, 2006, 257 ss..

- il nesso di causalità è elemento strutturale dell'illecito, che corre su di un piano strettamente oggettivo, individuando la relazione esterna tra il comportamento astrattamente considerato (e non ancora utilmente qualificabile in termini di “*damnum iniuria datum*”) e l'evento;

- la colpa è, invece, elemento soggettivo della fattispecie illecita, rappresentando la misura dell'avvedutezza dell'agente nel porre in essere un comportamento; anche laddove sia intesa come giudizio relazionale “oggettivato” (in base a standards generali di comportamento), essa è pur sempre “*valutazione di comportamento*”, valutazione, dunque, inscritta *tout court* all'interno della relativa dimensione soggettiva.

In altri termini, il nesso causale, al di là e prima di qualsivoglia analisi di prevedibilità/evitabilità soggettiva, è, puramente e semplicemente, la relazione esterna intercorrente tra comportamento ed evento, svincolata da qualsivoglia giudizio di prevedibilità soggettiva: la rigorosa oggettivazione del concetto di eziologia dell'evento consente di tenere irrinunciabilmente distinti i due piani di analisi strutturale dell'illecito, fungendo la colpa da limite alla oggettiva predicabilità della responsabilità una volta accertata la relazione causale tra la condotta e l'evento.

Diversi sono, del resto, anche i criteri di accertamento dei due elementi della fattispecie complessa dell'illecito:

- mentre, infatti, l'accertamento del nesso di causalità va compiuto, come già detto *supra*, a seconda delle tesi e dei ‘sistemi’ di riferimento, secondo criteri di probabilità statistica ovvero logica;

- invece, i criteri funzionali all'accertamento della colpa medica risultano quelli a) della natura, facile o non facile, dell'intervento del medico; b) del peggioramento o meno delle condizioni del paziente; c) della valutazione del grado di colpa di volta in volta richiesto (lieve, nonchè presunta, in presenza di operazioni “*routinarie*”; grave, se relativa ad interventi che trascendono la preparazione media

ovvero non risultino sufficientemente studiati o sperimentati, con l'ulteriore limite della particolare diligenza e dell'elevato tasso di specializzazione richiesti in tal caso); d) del corretto adempimento dell'onere di informazione e dell'esistenza del conseguente consenso del paziente.

Esemplificando, sempre in tema di responsabilità medica, qualora il comportamento del sanitario sia astrattamente configurabile in termini di gravissima negligenza, ma il paziente muoia (*illico et immediate*, e prima che la negligenza possa spiegare i suoi effetti causali sull'evoluzione del male) per altra patologia, del tutto (o anche solo "probabilmente") indipendente dal comportamento del sanitario stesso, l'indagine sulla colpevolezza di questi è preclusa dalla interruzione del nesso causale tra il suo comportamento (omissivo o erroneamente commissivo) e l'evento.

La relazione che lega nesso causale e colpa è, dunque, la stessa che collega “*la probabilità alla prevedibilità*”: concetti afferenti dimensioni diverse di valutazione e di giudizio, se si consideri che anche ciò che è improbabile ben può essere prevedibile¹⁷².

Di qui la questione se alla valutazione logicamente successiva ed autonoma dei due profili si accompagni un diverso riparto dell'onere probatorio.

Nella sentenza sopraccitata la Suprema Corte risponde affermativamente, evidenziando come, mentre il positivo accertamento del nesso di causalità – che può funzionare anche con meccanismi presuntivi - deve formare oggetto di prova da parte del danneggiato-paziente, in quanto elemento costitutivo della domanda risarcitoria; la colpa medica, alla luce dell'orientamento ormai consolidato, deve al più essere solo allegata dal paziente (salvo le precisazioni di cui si è detto), gravando *ex adverso* sul medico la prova liberatoria dell'assenza della stessa.

¹⁷² Così si esprime Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corriere giur.*, 2008, 35, con nota di BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*, la quale ulteriormente precisa che “In questo modo, il nesso causale diviene la misura della relazione probabilistica concreta (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento e fatto dannoso (quel comportamento e quel fatto dannoso) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale (o, se si vuole, di previsione e prevenzione, attesa la funzione – anche - preventiva della responsabilità civile, che si estende sino alla previsione delle conseguenze a loro volta normalmente ipotizzabili in mancanza di tale avvedutezza) andrà più propriamente ad iscriversi entro l'orbita soggettiva (la colpevolezza) dell'illecito”.

Detta soluzione, tuttavia, è stata sottoposta ad un parziale ripensamento dai più recenti interventi giurisprudenziali e dottrinali sul tema (cfr. *amplius infra*).

Fermo, infatti, l'assunto, secondo il quale sul creditore-paziente (ed in caso di morte, sui suoi eredi) incombe, secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c., la prova del nesso di causalità c.d. giuridica tra l'evento dannoso ed i danni (patrimoniali e non) che ne sono scaturiti ex art. 1223 c.c., muta, invece, la prospettiva con riguardo al riparto dell'onere della prova avente ad oggetto il nesso di causalità c.d. materiale, che avvince l'errore medico all'esito infausto.

Preliminarmente, ai fini di un'esatta comprensione della questione, appare opportuno ripercorrere, sia pure brevemente, le due tappe fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale sul riparto dell'onere della prova in punto di inadempimento; il passaggio dall'una all'altra è scandito dalla storica sentenza delle Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533¹⁷³.

2. Riparto dell'onere della prova in punto di inadempimento: prima tappa dell'evoluzione giurisprudenziale (*ante* Sez. Un. n. 13533 del 2001).

L'orientamento tradizionale in dottrina¹⁷⁴ e giurisprudenza, operando sul terreno della dicotomia obbligazioni di mezzi/di risultato, differenziava nettamente il regime probatorio in tema di 'inesatto' adempimento delle obbligazioni di mezzi rispetto a quello ordinario previsto dall'art. 1218 c.c. (riferibile, secondo tale tesi, alle sole obbligazioni di risultato).

Emblematica è, in tal senso, una risalente sentenza della Cassazione, a tenore della quale: *“A differenza dell'obbligazione di mezzi, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di*

¹⁷³ Edita in *Dir. & Formazione* 2001, 1013; *Danno e resp.* 2002, 318; *Studium Juris* 2002, 389; *Giust. civ.* 2002, I, pag. 1934; *Foro it.* 2002, I, 770 con nota di LAGHEZZA; *Nuova giur. civ. commentata* 2002, I, 349 con nota di MEOLI; *Corriere giur.* 2001, 1565 con nota di MARICONDA.

¹⁷⁴ In particolare, BETTI, *op. cit.*, 24 ss

*risultato, nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo. Pertanto, l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti, e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività dell'obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto”*¹⁷⁵.

Ne discendeva un diverso riparto dell'onere della prova:

- nel caso di obbligazioni di mezzi, il carattere aleatorio del risultato faceva sì che gravasse sul creditore l'onere della prova dell'inesatto adempimento (*sub specie* di inosservanza delle regole di diligenza, perizia e prudenza alle quali è tenuto il debitore nell'esecuzione della prestazione *ex art. 1176 c.c.*);

- nel caso, invece, in cui l'obbligazione fosse di risultato, il creditore poteva limitarsi ad allegare l'inadempimento, sul presupposto del mancato raggiungimento del risultato dovuto, gravando *ex adverso* sul debitore la prova non già dell'assenza di colpa (prova c.d. critica), di per sé irrilevante, ma del fatto positivo del caso fortuito o della forza maggiore (prova c.d. storica), tale da rendere oggettivamente impossibile il raggiungimento di quel risultato, recidendo a monte il nesso di causalità tra la condotta e l'inadempimento.

Esemplificando con riguardo al caso tipico dell'errore medico, si riteneva, dunque, che:

- mentre per le obbligazioni di risultato incombesse sul creditore, ai sensi dell'art. 1218 c.c., solo l'onere di provare il titolo (contratto) dell'obbligazione e la scadenza del termine (se previsto) per l'adempimento, limitandosi ad allegare l'inadempimento;

¹⁷⁵ Cass. civ., sez. III, 10 dicembre 1979, n. 6416, in *Giust. civ.*, Mass. 1979, fasc. 12.

- nel caso di obbligazioni di mezzi, questi fosse altresì tenuto a provare l'inesatto adempimento ex art. 1176 co. 2 c.c., *id est* l'errore medico.

Tale onere subiva, tuttavia, un temperamento nel caso di interventi operatori di routine (es. appendicite, cura di una carie ecc..) o comunque di non difficile esecuzione ai quali conseguisse un risultato (inaspettatamente) peggiorativo delle condizioni finali del paziente.

In tali casi, infatti, la Cassazione rilevava che *“la dimostrazione da parte del paziente dell’aggravamento della sua situazione patologica o l’insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all’inadeguata o negligente prestazione, spettando all’obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile”*¹⁷⁶.

In altri termini, fermo in astratto l'onere della prova dell'inesatto inadempimento in capo al paziente, il suo contenuto si diversificava in concreto a seconda della natura dell'intervento praticato.

In particolare, nel caso di interventi di facile esecuzione, al paziente-creditore era sufficiente provare la routinarietà o semplicità dell'intervento dal quale era derivato un esito peggiorativo (a fronte di una statistica di esiti favorevoli quasi vicina alla certezza), per far scattare la presunzione semplice di negligente adempimento della prestazione sanitaria e, dunque, riversare sul medico l'onere della prova contraria (dell'esatto adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione), sì da imputare l'esito peggiorativo dell'intervento ad un evento imprevisto e imprevedibile.

Al contrario, nel caso di interventi particolarmente complessi e dall'esito incerto, non potendo più operare la presunzione di cui sopra (ed anzi, operando la diversa ed opposta presunzione di riconducibilità dell'esito infausto all'alea

¹⁷⁶ In termini, sin da Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953, a Cass. n. 6220 del 1988 cit.; nonché, sia pure successivamente all'arresto delle Sezioni Unite del 2001, Cass. n. 3492 del 2002 cit.

terapeutica), al medico era sufficiente dedurre (e provare) la natura complessa dell'intervento, mentre spettava al paziente dimostrare che, alla luce delle circostanze del caso concreto, l'esito infausto fosse in realtà causalmente ascrivibile all'errore terapeutico (e non già all'alea terapeutica)¹⁷⁷.

In ogni caso, un metro piuttosto rigoroso nel valutare l'inadempimento, tale da configurare un'obbligazione di (quasi) risultato, era costantemente adoperato dalla giurisprudenza con riferimento agli obblighi di informativa nel settore della chirurgia estetica, in particolare a quelli relativi alla possibilità di ottenere il risultato sperato dal paziente¹⁷⁸.

2.1 Seconda tappa (post Sez. Un. n. 13533 del 2001).

L'allocazione differenziata dell'onere della prova in funzione della natura dell'obbligazione subisce una brusca battuta d'arresto a seguito dello storico intervento delle Sezioni Unite con la citata sentenza n. 13533 del 2001¹⁷⁹.

In essa, le Sezioni Unite superano un annoso contrasto giurisprudenziale, enunciando in modo perentorio il seguente principio: poiché il presupposto fattuale (l'inadempimento) è il medesimo, non può che essere identico il criterio di riparto dell'onere della prova sia che il creditore agisca per la risoluzione contrattuale e/o per

¹⁷⁷ Nel primo dei due casi (interventi di routine), taluno ha parlato di 'metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in obbligazione di (quasi) risultato', anche al fine di sconfessare l'utilità della stessa distinzione tra i due tipi di obbligazione. Altri e la giurisprudenza prevalente (Cfr. su tutte, Cass. civ., sez. III, 04 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.* 1998, 1800), in modo più cauto, hanno invece precisato che non si verifica alcuna metamorfosi sul piano sostanziale, ma opera più semplicemente sul piano processuale il principio *res ipsa loquitur* (e, dunque, una presunzione relativa di responsabilità in tutti i casi in cui l'operato del medico presenti aspetti tali da rendere giuridicamente presumibile una negligenza professionale).

¹⁷⁸ Cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. III, 06 ottobre 1997, n. 9705, in *Giur. it.* 1998, 1816 con nota di PIZZETTI; *Giust. civ.* 1998, I, 424; *Resp. civ. e prev.* 1998, 667 con nota di CITARELLA. Significativo è, in particolare, il seguente passaggio motivazionale: "...dalla peculiare natura del trattamento sanitario volontario scaturisce, al fine di una valida manifestazione di consenso da parte del paziente, la necessità che il professionista lo informi dei benefici, delle modalità di intervento, dell'eventuale possibilità di scelta tra diverse tecniche operatorie e, infine, dei rischi prevedibili in sede post operatoria, necessità, quest'ultima, da ritenersi particolarmente pregnante nel campo della chirurgia estetica (ove è richiesta la sussistenza di concrete possibilità, per il paziente, di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico che si ripercuota favorevolmente sulla sua vita professionale o di relazione), con la conseguenza che la omissione di tale dovere di informazione genera, in capo al medico, nel caso di verifica dell'evento dannoso, una duplice forma di responsabilità, tanto contrattuale quanto aquiliana".

¹⁷⁹ Evidenziano l'esigenza di una profonda rilettura dei risultati ai quali era approdata la giurisprudenza tradizionale alla luce dei nuovi principi espressi nel 2001 dal Supremo Consesso, tra le altre, le sentenze della Sezione Terza della Cassazione nn. 10297, 11488 e 9471 del 2004 di cui si dirà ampiamente *infra*.

il risarcimento del danno, che per l'adempimento; in tutti e tre i casi, egli sarà tenuto solo a provare la fonte negoziale o legale del suo diritto (e il relativo termine di scadenza, se previsto), limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento o dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Egual principio, chiariscono le Sezioni Unite, trova applicazione anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento: al creditore istante sarà comunque sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto 'esatto' adempimento¹⁸⁰.

Unico limite al delineato principio si rinviene nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento.

Applicando i principi espressi nella citata sentenza alla responsabilità professionale del medico, la Cassazione inaugura un nuovo orientamento, secondo il quale *“il paziente che agisce in giudizio deducendo deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento”*¹⁸¹.

¹⁸⁰ Per gli approfondimenti si rinvia a FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2004, 68 ss.

¹⁸¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Giust. civ.* 2005, 6 I,1601; *Dir. famiglia* 2006, 1 25, nota ASTONE; *Ragiusan* 2005, 249-250 382; e più di recente le già citate Cass. n. 9085 del 2006, n. 8826 del 2007, confermate da Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2007, n. 21140, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 10, e da Cass., Sez. Un., n. 577 e 584 del 2008 cit.; nonché da ultimo, Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Dir. e Giust.* 2008, secondo la quale *“spetta al medico/debitore la prova della mancanza di colpa (sub specie della sopravvenienza, nella serie causale che dall'intervento ha condotto all'evento di danno, di un fatto inevitabile o imprevedibile), mentre il paziente è tenuto soltanto a provare il rapporto (nella specie, contrattuale) con il professionista e la riferibilità a quest'ultimo dell'intervento, allegando il risultato peggiorativo conseguito”*.

In termini più chiari, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto (o del 'contatto' sociale) e allegare l'inadempimento consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento; mentre resta a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (*id est*, l'alea terapeutica).

Con la conseguenza che, la prova liberatoria gravante sul medico si sostanzia in una prova di tipo 'causale', ovvero nella dimostrazione che l'evento dannoso si è verificato per l'intervento di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva e non ricollegabile casualmente al suo operato.

In questa nuova prospettiva, *“la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà”*¹⁸².

Tali conclusioni, del resto, appaiono pienamente coerenti con i principi tradizionalmente posti alla base del riparto dell'onere probatorio:

- il principio di c.d. persistenza presuntiva del diritto in capo al creditore, gravando sul debitore la prova contraria della sua estinzione;
- e di c.d. vicinanza o riferibilità della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla, nonché della maggiore facilità di provare il fatto positivo dell'adempimento piuttosto che il fatto negativo dell'inadempimento (in omaggio al noto brocardo latino *'negativa non sunt probanda'*)¹⁸³.

¹⁸² Cass. n. 10297 del 2004 cit.

¹⁸³ Significativo è, con riferimento a quest'ultimo principio, il ragionamento di Cass. n. 11488 del 2004 cit., la quale afferma che “la prova dell'incolpevolezza dell'inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e della diligenza nell'adempimento è sempre riferibile alla sfera d'azione del debitore, in misura

Quindi, per il principio di vicinanza della prova, compete al medico, che è in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore nonché del bagaglio conoscitivo necessario, provare l'esatto adempimento o l'incolpevole inadempimento.

Con la precisazione, peraltro, che la prova cui è tenuto quest'ultimo (nonché la struttura sanitaria) dell'assenza di colpa non va intesa come "prova negativa", bensì come prova positiva del fatto contrario (ovvero che la prestazione è stata eseguita diligentemente).

La più recente giurisprudenza, inoltre, nello sconfessare a monte l'assunto di base della natura dell'obbligazione sanitaria in termini di obbligazione di mezzi (sul rilievo secondo il quale il medico c.d. "strutturato" e l'ente sanitario "*sono contrattualmente impegnati al risultato dovuto..., quello cioè conseguibile secondo criteri di normalità, da apprezzarsi in relazione alle condizioni del paziente, alla abilità tecnica del primo e alla capacità tecnico-organizzativa del secondo*"), ha ulteriormente precisato che il mancato conseguimento del risultato normalmente ottenibile non si ha solo nel caso di aggravamento dello stato morboso del paziente, ma anche nel caso di mancato miglioramento, il quale rende inutile l'intervento effettuato e, pertanto, si caratterizza pure esso come insuccesso¹⁸⁴.

Si ribadisce, infine, che "*all'articolo 2236 Cc non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, giacché incombe in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, laddove la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista, in relazione alle circostanze del caso concreto*"¹⁸⁵.

tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore". E ancora, in questa direzione, Cass. n. 10297 del 2004 cit. rileva che se nell'obbligazione di mezzi l'oggetto della prestazione è un comportamento diligente e, specularmente, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, "non vi è dubbio che la prova sia vicina a chi ha eseguito la prestazione, tanto più che trattandosi di obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività alla quale il debitore è tenuto".

¹⁸⁴ Cass. 8826 del 2007 cit.

¹⁸⁵ Vedi nota precedente.

A questo punto, appare evidente che, al di là delle etichette giuridiche, sul piano del regime sostanziale e probatorio si assiste ad una metamorfosi delle obbligazioni di mezzi in obbligazioni di (quasi) risultato: in entrambi i casi, infatti, dal ‘non risultato’ si ricava in via presuntiva la prova del mancato adempimento¹⁸⁶.

3. Il riparto dell’onere della prova sulla rilevanza causale dell’inadempimento: il caso emblematico dell’errore medico.

All’indomani della storica pronuncia delle Sezioni Unite del 2001, dottrina¹⁸⁷ e giurisprudenza si sono interrogate sulle ripercussioni della delineata metamorfosi sulla prova della rilevanza causale dell’inadempimento rispetto all’evento lesivo produttivo di danni.

Con particolare riferimento alla responsabilità medica, si è posto, infatti, il problema di stabilire se la prova di detta causalità si scioglia (come un *quid* di inscindibile) nel regime probatorio dell’errore terapeutico, ovvero assuma una rilevanza concettualmente autonoma quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria. Detto in altri termini, l’oggetto della discussione –allo stato ben lungi dal comporsi- è se detta causalità afferisca alla prova dell’inadempimento o alla prova del danno.

La differenza non è di poco conto, atteso che nel primo caso la prova della (ir)rilevanza causale dell’errore incomberà sul medico, al paziente competendo il mero onere di allegazione dello stesso (in uno con la prova del contratto o contatto sociale e dei danni consequenziali); nel secondo caso, la prova dell’errore e quella

¹⁸⁶ Evidenzia come la determinazione degli oneri probatori è evidentemente lo strumento maggiormente malleabile per pervenire al risultato, dichiarato, di favorire i pazienti nelle ipotesi di rischio sanitario SCARPA, in *Responsabilità contrattuale e onere della prova: l’incertezza probatoria rientra fra i rischi della prestazione?*, in *Giur. merito*, 2007, 265; sul tema più in generale, v. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell’inadempimento)*, in *Contratto impr.*, 2002, 903 ss.

¹⁸⁷ V. sul punto, tra gli altri, DE MATTEIS, *Responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno resp.*, 2005, 23-43; FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2007, 972.

della causalità seguono regimi diversi, con la conseguenza che il paziente dovrà, da un lato, allegare l'errore, ma sarà tenuto, dall'altro, a provare la causalità che l'errore ha sortito nella produzione dell'evento lesivo (sia pure avvalendosi, se del caso, di meccanismi presuntivi).

La soluzione della questione risente, da un lato, dell'approccio che si intenda seguire in ordine ai rapporti tra causalità civile e penale; dall'altro, è condizionata dall'evoluzione giurisprudenziale in ordine alla teorica della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultati.

Sotto il primo versante, qualora si segua la tesi tradizionale dell'applicazione delle coordinate penalistiche al giudizio civile sulla causalità, la soluzione non potrà che essere nel senso del rifiuto di qualsivoglia meccanismo di presunzione o inversione dell'onere della prova, spettando all'attore (così come nel processo penale all'accusa) la prova dell'efficienza causale della condotta rispetto all'evento lesivo.

Viceversa, laddove si vagli il nesso di causalità su di un terreno squisitamente civilistico, il regime probatorio dell'inadempimento (governato da meccanismi presuntivi) ben può attrarre nella sua orbita anche la rilevanza causale dello stesso.

In particolare, ciò accade necessariamente per le obbligazioni di risultato, nelle quali in tanto rileva l'inadempimento in quanto esso abbia efficienza causale rispetto al mancato raggiungimento del risultato programmato, di guisa che la prova dell'inadempimento è concettualmente inscindibile dalla prova della sua rilevanza causale. Al contrario, la ricostruzione dogmatica delle obbligazioni di mezzi consente di scindere la prova della diligenza nell'adempimento dalla rilevanza eziologica dello stesso rispetto all'evento dannoso (come tale esterno all'inadempimento e, dunque, attratto al regime probatorio del danno).

Così delineati i termini della questione, occorre dare conto della recentissima evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente¹⁸⁸, almeno fino al gennaio del 2008, il regime probatorio della causalità attiene non alla prova della condotta, ma alla prova del danno che tale condotta ha cagionato. Pertanto, compete al paziente-creditore dimostrare che l'errore medico (allegato) abbia casualmente prodotto il danno lamentato, mentre il fallimento della relativa prova (o la prova contraria) si pone come ostativa ad ogni ulteriore valutazione degli aspetti soggettivi del comportamento, quantunque predicabili in termini di gravissima negligenza, non essendo lecito procedere ad una sorta di "*compensatio culpae cum causa*"¹⁸⁹.

A sostegno di tale conclusione si adducono due argomenti principali:

- l'uno, secondo il quale, nel silenzio del codice civile, la causalità civilistica (tra condotta ed evento) soggiace al regime 'universale' dettato dagli artt. 40 e 41 c.p., con conseguente ascrizione dell'onere della prova in capo a colui che agisce (in tal caso, per il risarcimento del danno);

- l'altro, di matrice più schiettamente civilistica, fa leva sul combinato disposto degli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c., da cui si inferirebbe l'inequivoca volontà del legislatore di porre a carico del danneggiato la prova della consequenzialità diretta ed immediata tra inadempimento e danno (prova, comunque, raggiungibile anche mediante il ricorso a meccanismi presuntivi).

A ciò si aggiunge la considerazione secondo la quale, precisata la distinzione tra colpa e nesso di causalità, qualora si ritenga che possa presumersi non solo la colpa ma anche la causalità, si finirebbe per far funzionare norme che prevedono

¹⁸⁸ L'impostazione in questione è mirabilmente compendiata nella citata pronuncia della Suprema Corte n. 7997 del 2005. In precedenza, merita un cenno Cass. civ., 23 febbraio 2000, n. 2044, rv. 534275, secondo la quale per la sussistenza della responsabilità professionale del medico ospedaliero, a seguito di intervento chirurgico, è necessario preliminarmente, secondo i principi generali di cui all'art. 2697 c.c., che il paziente dimostri il nesso di causalità tra l'evento lesivo della sua salute e la condotta del medico. Pertanto, se il giudice del merito ritiene mancante tale prova, viene meno la necessità di accertare se vi sia prestazione del consenso da parte del paziente e se l'esecuzione dell'intervento sia facile e abituale, ovvero implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, perché tali accertamenti rilevano ai fini del profilo soggettivo, onere probatorio anch'esso spettante al paziente, ma successivo e diverso (in particolare nel primo caso è sufficiente che il paziente provi il peggioramento delle condizioni di salute, mentre il medico, per liberarsi dalla presunzione di colpa, deve dimostrare di aver eseguito la prestazione secondo la diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c.; nel secondo caso è necessario che il paziente provi il dolo o la colpa grave del medico, ai sensi dell'art. 2236 c.c.).

¹⁸⁹ In tal senso, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 5; Cass. n. 9085 del 2006 cit. e Cass. civ., 31 luglio 2006, n. 17306, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 7-8.

presunzioni di colpa (ad es. l'art. 2050 c.c.) come norme sostanzialmente basate su presunzioni di causalità, con inevitabile e preoccupante ampliamento delle ipotesi di responsabilità oggettiva.

Nessuna delle argomentazioni sopra addotte è parsa resistere alla forza d'urto della tornata di sentenze delle Sezioni Unite dell' 11 gennaio 2008, relative, nello specifico, ai danni da emotrasfusioni infette.

Due le ragioni fondamentali dello storico *revirement*, consacrato, in particolare, nella pronuncia n. 577 ¹⁹⁰:

- da un lato, il definitivo tramonto della dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultati;

- dall'altro, la valorizzazione dell'autonomia della causalità civile rispetto a quella penale (quanto meno sotto il versante probatorio, come già evidenziato *supra*).

Punto di partenza della nuova lettura dell'onere della prova in punto di causalità dell'inadempimento è, infatti, la presa d'atto che la “*distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, ... se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio*”, dal momento che “*in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile*”.

Ciò posto, si statuisce che “*l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno*”.

¹⁹⁰ Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, annotata, *ex multis*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849, da GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Danno resp.*, 2008, 788, da VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*. Sul punto specifico in esame, cfr. il commento della sentenza sviluppato da BARNI, *Nesso causale nella responsabilità contrattuale del medico: se ne può davvero prescindere?*, in *Riv. civ. e prev.*, 2008, 4, 255;

Competerà, quindi, al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

E' bene, tuttavia, evidenziare che detti principi, pur autorevolmente affermati, non hanno trovato pacifico accoglimento nella giurisprudenza successiva, tanto di legittimità¹⁹¹ che di merito.

In seno alla giurisprudenza di merito, in particolare, un breve cenno meritano – per la loro valenza esemplificativa- due significative sentenze dell'agosto del 2008, l'una del Tribunale di Rovereto, l'altra del Tribunale di Modena¹⁹².

Nella prima, il giudice trentino, dopo aver mirabilmente ricostruito l'evoluzione giurisprudenziale sui criteri di accertamento del nesso causale in sede civile, afferma che *“nei rapporti tra medico e pazienti, fondati sul contratto d'opera intellettuale, è rimasto fermo il principio secondo il quale il nesso di causa tra inadempimento ed evento deve essere provato dal danneggiato, mentre il fallimento della relativa prova o la prova contraria "si pone come ostativa ad ogni ulteriore valutazione degli aspetti soggettivi del comportamento, quantunque predicabili in termini di gravissima negligenza, non essendo lecito procedere ad una sorta di compensatio culpa cum causa" (cfr. Cass. civ., 18.04.2005, nr. 7997 rv 582983; Cass. civ. 11.11.2005, nr. 22894 rv 58447; Cass. civ. 24.05.2006, nr. 12362 rv*

¹⁹¹ Sembra virare verso un approdo più tradizionale ad es. Cass. civ., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in *Mass. Giur. It.*, 2009, e *CED Cassazione*, 2009, secondo cui “In tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del "contatto") e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile; tuttavia, l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di routine, o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova dell'anzidetto nesso di causalità, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "più probabile che non". Così, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847, inedita al momento in cui si scrive, in tema di consenso informato, secondo cui spetta al paziente dimostrare che avrebbe rifiutato l'intervento (eseguito *secundum legem artis*, ma da cui sono derivate conseguenze pregiudizievoli per la sua salute) perché “la prova del nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento”, anche alla luce del fatto che “il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*”.

¹⁹² Si tratta della già citate Trib. Rovereto, 2 agosto 2008 e Trib. Modena, 25 agosto 2008, n. 1271, entrambe in *Danno e resp.*, 5, 2009, 525-538 con nota di TASSONE cit.

589589; Cass. civ, 19.04.2006, nr. 9085 rv 589632; Cass. civ., 31.07.2007, nr. 17306)”.

In realtà, detto giudice non ignora *“che anche questo principio è stato di recente messo in discussione mediante l'affermazione secondo la quale "il paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale adempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante" (cfr. Sez. Un. 11.01.2008, nr. 577)”*.

Tuttavia, si replica che *“questa massima è stata espressa con riferimento, da un lato, al diverso ed autonomo contratto c.d. di ospedalità o di assistenza ospedaliera tra paziente e struttura sanitaria e sulla base del presupposto della sua autonomia rispetto al contratto di prestazione d'opera intellettuale vigente nel rapporto medico - paziente, disciplinato secondo la diversa ripartizione dell'onere probatoria sopra indicata e, dall'altro, ad ipotesi in cui l'inadempimento allegato abbia prodotto l'insorgenza di patologie prima assenti (il caso deciso atteneva ad un contagio di epatite da emotrasfusioni infette). Ne deriva che simili principi non sembrano applicabili al caso di specie, in cui ad essere invocato è unicamente il contratto di prestazione d'opera professionale e l'inadempimento allegato attiene alla omessa o ritardata diagnosi di una patologia già sussistente, con prognosi sicuramente e comunque infausta”*.

In definitiva, il (tentativo di) ridimensionamento del principio enunciato dalla Suprema Corte è motivato dal giudice trentino sulla base della circostanza che il contratto di prestazione d'opera intellettuale intercorso fra il medico e il paziente, a differenza del rapporto contrattuale ‘da contatto sociale’ tra struttura sanitaria e paziente, postula un diverso riparto dell'onere probatorio.

Orbene, sorge spontaneo il dubbio che l'opera di *distinguishing* così operata “*serva solo a indorare la pillola*”¹⁹³: a mutuare la soluzione si dovrebbe infatti concludere che non solo il nesso di causa soggiace a diversi regimi probatori a seconda che la domanda sia avanzata su base contrattuale o aquiliana, ma che anche nel primo caso vi siano responsabilità *ex contractu* di diverse specie; con esiti potenzialmente opposti in caso di persistente incertezza sulla sussistenza del nesso – a fronte di domande rivolte, magari nel medesimo giudizio, sia contro la struttura sia contro il sanitario –, nonché arrivando all'estremo (leggendo la regola in controluce) che la prima finisca per confondersi con un'impresa assicurativa.

Sembra fare, invece, applicazione dei principi espressi dalle Sezioni Unite 577/2008, il Tribunale emiliano, la cui decisione costituisce una cartina di tornasole di quanto possa essere difficile applicare le *doctrines* che contornano l'accertamento del nesso causale.

Nel caso di specie, una parrucchiera si sottoponeva ad una visita specialistica e successivamente ad un'operazione a causa dei persistenti dolori al polso. L'intervento di osteotomia radiale effettuato in équipe non sortiva tuttavia gli esiti sperati e residuava un'invalidità permanente dell'attrice. Convenuti in giudizio, il medico e la struttura sanitaria negavano ogni responsabilità sia sotto il profilo del nesso causale fra il danno e l'intervento, sia sotto quello della diligente esecuzione dello stesso, aggiungendo che anche la diagnosi e la conseguente indicazione terapeutica erano state assolutamente corrette. In corso di causa, i consulenti prospettavano due scenari alternativi e cioè che l'attrice non fosse effettivamente affetta dal morbo di Kiembock diagnosticato dai sanitari (ma da patologie affatto differenti, in specie da una distrofia ossea idiopatica) ovvero che da detto morbo, presente allo stato iniziale, la paziente fosse in realtà guarita grazie all'intervento; ne discendeva che nel primo caso il trattamento terapeutico era errato, mentre nel secondo la limitazione funzionale all'arto accertata dopo l'operazione costituiva la mera materializzazione del rischio connesso alla stessa, di per sé correttamente eseguita. I consulenti ritenevano

¹⁹³ TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 535 s.

maggiormente probabile il primo scenario, senza tuttavia affermare che esso fosse quello certo.

Così ricostruita la vicenda processuale, il giudice emiliano decide in punto di *onus probandi*, in tre passaggi: solo in presenza di patologia diversa dal morbo di Kiembock l'intervento può considerarsi eziologicamente connesso al pregiudizio causato alla vittima e rispondere ad una condotta negligente dei sanitari, sul piano della diagnosi e della conseguente indicazione terapeutica; a fronte dell'allegazione del creditore dell'inadempimento del debitore, è questi a dover provare di non aver tenuto una condotta negligente o che essa non è causa del danno; nel caso di specie, né l'una né l'altra cosa può essere esclusa "*al di là di ogni ragionevole dubbio*", sicché la prova liberatoria di cui erano onerati i convenuti non può ritenersi integrata e la domanda attorea dev'essere accolta.

Ad un'attenta lettura della sentenza, sembra provare troppo il richiamo alla decisione delle Sezioni Unite 577/2008 – in punto *onus* della dimostrazione (dell'assenza) del nesso – per motivare l'accoglimento della domanda.

Al riguardo, dopo aver affermato che solo in caso di diagnosi erronea si può ritenere che l'operazione sia causa del danno¹⁹⁴, il giudice enuncia il principio per cui quando il danneggiato ha allegato "*l'inadempimento dell'obbligazione sanitaria*", sta in capo al convenuto "*sia esso il sanitario o la struttura*" la dimostrazione dell'assenza di colpa "*cioè che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile*", essendo stato "*anche di recente ribadito che è a carico del debitore (sanitario e/o ente) dimostrare che l'inadempimento non vi è stato o che,*

¹⁹⁴ In proposito, il tribunale afferma che le considerazioni dei consulenti "sono sufficienti per concludere che, sul piano causale, nel caso di specie, può affermarsi con giudizio di probabilità al di là di ogni ragionevole dubbio che l'intervento sanitario è stato la causa del quadro sintomatologico successivamente insorto", salvo a precisare subito dopo che ciò vale solo "nel caso di errore diagnostico iniziale" e che a fronte di esso "l'effettuazione di un intervento che non era consigliabile [...] assume indubbia rilevanza anche sul piano causale".

pur esistendo, esso non è stato etiologicamente rilevante”, sicché “in assenza di detta prova, sussiste la responsabilità del medico”¹⁹⁵.

In verità, sembra cogliere nel segno l’obiezione, secondo la quale appare alquanto stravagante affermare che solo in presenza dell’errore diagnostico l’intervento è causa del danno: a prescindere dall’angolo dal quale lo si voglia guardare, l’intervento effettuato dai sanitari per curare un patologia in realtà insussistente è sempre all’origine del pregiudizio da un punto di vista materiale – questa volta con un grado prossimo alla certezza –, mentre il problema diventa quello, diverso, di stabilire se esso sia, o no, risarcibile ¹⁹⁶. Ed è evidente che a tal fine basta guardare al criterio di imputazione, nel caso di specie alla colpa calata nella dimensione dell’errore professionale, sì da statuire che se la condotta che ha cagionato il danno fosse stata tenuta sulla base di una diagnosi corretta, esso non sarebbe stato ascrivibile ai sanitari, pur derivando dalla loro condotta¹⁹⁷.

Dunque, in presenza di uno stato di incertezza che (per una volta) non riguardava l’elemento oggettivo ma quello soggettivo¹⁹⁸, la medesima decisione poteva probabilmente esser presa sulla base del solo orientamento – consacrato (con non poche critiche) dalla nota decisione a Sezioni Unite 13533/2001 – secondo cui è di regola il debitore a dover dimostrare di esser stato diligente quando il creditore allegghi l’inadempimento¹⁹⁹, senza scomodare l’estensione del principio che la decisione 577/2008 opera anche rispetto al nesso di causa.

¹⁹⁵ Dunque, poiché nel caso di specie “il nesso causale è certo in caso di diagnosi erronea” e “l’ipotesi di diagnosi erronea è fondata e, comunque, non è provata al di là di ogni ragionevole dubbio la sua esclusione, non essendo stata tale prova fornita dal debitore che ne era onerato”, la domanda non può che essere accolta.

¹⁹⁶ TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 550.

¹⁹⁷ Cfr. nota precedente.

¹⁹⁸ Sui problemi di gestione dell’incertezza che il tema del nesso causale obbliga ad affrontare, PUCELLA, *La causalità «incerta»* cit.

¹⁹⁹ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 349, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*.

Proprio dal *decisum* cui il giudice emiliano presta convinta adesione – al pari di altra giurisprudenza di merito²⁰⁰ – si può trarre lo spunto per qualche riflessione conclusiva e di più ampio respiro.

4. Il principio espresso da Sez. Un. n.577/2008 è universalmente applicabile?

Sulle reazioni della giurisprudenza all'indomani dell'intervento delle Sezioni Unite n.577/2008 si è detto poc'anzi.

In queste brevi battute conclusive, appare opportuno enucleare le reazioni che sul portante dottrinale ha innescato la citata pronuncia²⁰¹.

Orbene, non v'è dubbio che la statuizione in punto di prova del nesso causale contenuta nella sentenza n. 577/2008 è, nei termini in cui è formulata, assolutamente generale, come dimostra l'argomento a tenore del quale una diversa soluzione dovrebbe poggiare le basi sulla tralaticia e non condivisibile distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato.

Muovendo da tale assunto, parte della dottrina ha affermato che il principio contenuto nella citata sentenza, seppur espresso in seno all'analisi di un caso particolare, ha portata onnicomprensiva ed è '*universalmente applicabile*' alle ipotesi di responsabilità contrattuale, o quanto meno alla congerie delle fattispecie in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico²⁰².

²⁰⁰ Si veda Trib. Milano, 22 aprile 2008, cit.

²⁰¹ In alcuni casi, le ricadute della citata pronuncia sono completamente passate inosservate: nessun cenno, ad esempio, nelle note alla decisione 577/2008 di DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza della prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 687 ss., nonché di MAGRA, *La responsabilità professionale medica, id.*, 842 ss., il quale anzi riconduce in tutto e per tutto il *decisum* a quanto già stabilito dalle Sezioni Unite con la pronuncia 13533/2001

²⁰² Dopo aver posto l'affermazione nel solco dei principi enunciati da Cass. 13533/2001 – applicati al settore della responsabilità medica da Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, cit., nonché Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, cit. (tutte e tre in questa *Rivista*, 2005, 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, altresì commentate da IZZO, *Il tramonto di un sottosistema*, cit.) –, G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno resp.*, 2008, 797-798, conclude che "la sentenza rappresenta un ulteriore tentativo da parte dei giudici di legittimità, di pervenire ad un equo contemperamento delle contrapposte esigenze del medico e del paziente" e che essa "sembra tracciare i termini di un ben ponderato, seppur provvisorio, equilibrio". Cfr. sul punto anche il commento alla sentenza sviluppato da GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale cit.*; 788 ss, da VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità*

Diversamente, secondo altra dottrina tale *endorsement* giurisprudenziale appare sotto molteplici profili criticabile e certamente meritevole di ripensamento, “bastando solo un attimo per richiamare i timori di collasso del comparto assicurativo, il ricorso sempre più frequente alle pratiche di medicina difensiva e l’inclusione della responsabilità sanitaria fra i settori in netta perdita per le compagnie assicurative (con tutto ciò che ne può derivare per la tenuta del sistema nel suo complesso e l’aumento dei premi), che già *prima* dell’intervento delle Sezioni Unite le regole giuridiche in materia di *medical malpractice* non contribuivano certo a scongiurare”²⁰³.

Non si comprenderebbe, poi, (e comunque non viene spiegato dai giudici di legittimità) perché la sussunzione di una fattispecie concreta nella disciplina della responsabilità contrattuale o extracontrattuale – anzi, nel caso della colpa medica, esattamente della *stessa* fattispecie concreta, qualificabile in entrambi i modi – debba portare all’applicazione di oneri probatori antitetici con riguardo all’accertamento dell’elemento eziologico: in capo al debitore nel primo caso, al danneggiato nel secondo. E che nei casi di illecito aquiliano l’*onus* sia esattamente quello opposto lo confermano le medesime Sezioni Unite nelle sentenze dell’11 gennaio 2008²⁰⁴.

In definitiva, la ‘*dirompente*’ statuizione di inversione dell’onere della prova in punto di causalità, che già il citato Tribunale di Rovereto aveva cercato di arginare (senza tuttavia fornire appigli logici convincenti), se accettabile ed anzi condivisibile nel caso in cui è stata formulata²⁰⁵, risulta quanto meno pericolosa in altri contesti, nei

medica; e da BARNI, *Nesso causale nella responsabilità contrattuale del medico: se ne può davvero prescindere?*, cit., 255 ss.

²⁰³ TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 551 s.; così anche GAZZARA, *Le S.U. “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 1009, in commento alla decisione n. 577/2008.

²⁰⁴ Nello schema motivazionale comune alle decisioni nn. 576, 581, 582 e 584 i giudici di legittimità spiegano – seppur a mo’ di un *obiter*, visto che il passo riguarda il diverso accertamento della prevedibilità dell’evento rispetto all’elemento soggettivo ed oggettivo – che, se “ai fini della regolarità causale [esso] fosse effettuato *ex post*, il nesso causale sarebbe rimesso alla variabile del tempo intercorrente fra il fatto dannoso ed il suo accertamento [...] con la conseguenza illogica che della lunghezza del processo [...] potrebbe giovare l’attore, sul quale grava l’onere della prova del nesso causale”. Più netta, poi, è la statuizione della decisione n. 584 – specificamente dedicata alla già richiamata distinzione fra causalità generale e individuale – secondo cui nonostante la possibilità di utilizzare la prova presuntiva, “il principio in tutti questi casi continua ad essere quello per cui l’attore è tenuto a provare il nesso di causa”, doppiata da quella simile contenuta nella decisione n. 582 secondo cui “il punto di partenza in tutti questi casi continua ad essere quello per cui l’attore è tenuto a provare il nesso di causalità”.

²⁰⁵ Il caso riguardava un paziente che si sottoponeva ad un intervento chirurgico nel corso del quale gli veniva praticata un’emotrasfusione e risultava poi affetto da epatite C; a fronte della contestazione di non aver dimostrato che “alla data

quali l'allocazione sul debitore di *tutta* la causa ignota rischia di fatto di trasformarlo in un assicuratore.

5. Riflessioni conclusive tra presunzioni e “danno evidenziale”.

In conclusione, non v'è dubbio che la ricostruzione del nesso di causa, come del resto l'applicazione di ogni altro istituto, è essenzialmente un problema di amministrazione della prova. Altrettanto certo, però, è che, a seconda di quale contenuto si assegni alla prova richiesta per la dimostrazione della sussistenza del nesso di causa, l'esito di una controversia possa spostarsi a favore di o contro chi agisce. Parimenti, secondo il *modus* in cui la corte gestisce in concreto il meccanismo dell'inversione dell'onere probatorio, il risultato finale può pendere a vantaggio o svantaggio del danneggiato.

L'accertamento del nesso di causa è, dunque, anche una questione di gestione delle eventuali *incertezze* che l'istruttoria e la spiegazione scientifica offerta dalle consulenze tecniche non sono state in grado di dipanare²⁰⁶.

Ciò posto, in questo momento storico, le Sezioni Unite n. 577/2008, complice l'applicazione del regime contrattuale, il rigetto del criterio della certezza ed il conseguente ricorso al criterio del *più probabile che non*, decidono di spostare interamente sul debitore (nella specie, medico o struttura sanitaria) la prova del nesso,

del ricovero *non* fosse portatore già della patologia lamentata”, l'attore produceva, purtroppo tardivamente, la documentazione relativa ad esami ematici effettuati in precedenza dai quali risultava essere ‘sano come un pesce’, senza, tuttavia, essere in grado di dimostrare quando e per effetto di quale trasfusione avesse contratto il virus. Le Sezioni Unite cassano la sentenza impugnata per aver posto “a carico del paziente (creditore) la prova che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite”, con ciò violando “i principi in tema di riparto dell'onere probatorio, fissati in tema di azione per il risarcimento del *danno da inadempimento contrattuale*”; e precisano, quindi, che, “avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria [...] ed il danno assunto (epatite), allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero”.

²⁰⁶ Cfr. BONA, *Nesso di causa*, cit., 399.

in una logica della causalità giuridica –secondo alcuni- chiaramente ispirata alla teoria della signoria del fatto²⁰⁷.

Invero, in attesa dei successivi sviluppi giurisprudenziali, forse la strada preferibile sembra quella di non generalizzare il principio espresso dalle Sezioni Unite n. 577/2008, circoscrivendolo al caso di specie²⁰⁸ (sia pure, disattendendo la portata letterale dello stesso), e semmai valorizzare il criterio sul quale insistono la pronuncia *Franzese* e le decisioni rese sulla sua scia – oltre a non poche sentenze dei giudici civili – secondo il quale, nel momento di accertare il nesso di causalità individuale, occorre procedere ad un “*ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l’interferenza di fattori alternativi*”²⁰⁹.

Ed ancora, come suggerito da autorevole dottrina²¹⁰, al fine di agevolare l’onere probatorio gravante sul creditore è possibile il ricorso ad altri strumenti – tramite i quali limitarsi magari a determinare una specifica (e non onnivora) inversione dell’onere della prova²¹¹ – quali la prova indiziaria e presuntiva²¹², la

²⁰⁷ Così BONA, *Nesso di causa*, cit., 400.

²⁰⁸ Caso, nel quale era forse troppo richiedere alla vittima di dimostrare che mai altrove era stata sottoposta ad emotrasfusioni infette o ad emotrasfusioni *tout court*.

²⁰⁹ Così, di recente, Cass. 11 gennaio 2005, n. 22894, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Professioni intellettuali*, n. 215.

²¹⁰ Cfr. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 552 s., nonché GAZZARA, *Le S.U. “fanno il punto” in tema di onere della prova*, cit., 1008.

²¹¹ Per due decisioni che ragionano in termini di inversione dell’onere della prova – usando in modo ovviamente diverso rispetto alle decisioni precedenti alla sentenza delle Sezioni Unite 13533/2001 l’orientamento inerente gli interventi routinari o di facile esecuzione –, Cass. 26 giugno 2007, n. 14759, in *La resp. civ.*, 2008, 546 nonché Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824. Per un puntuale commento, PUCCELLA, *I difficili approdi della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, II, 453 ss.

²¹² Per un’ampia panoramica giurisprudenziale sul ricorso alle presunzioni semplici in punto di causalità si rinvia a BONA, *Responsabilità da attività medico-sanitarie e responsabilità del datore di lavoro: la causalità civile alle prese con la gestione della prova e dell’onus probandi*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, cit., 193 ss. L’A. osserva, in particolare, come il ricorso alle presunzioni nella prova del nesso di causa è fenomeno che interessa principalmente il campo della responsabilità medica oppure settori a questo affini, ma non esclusivamente (identico percorso si ripresenta nel campo degli infortuni e delle malattie professionali, sino a giungere al caso del danno da “colpo di frusta” nella r.c.a., cioè in un ambito in cui non opera la responsabilità contrattuale). In dettaglio, anteriormente all’arresto delle Sezioni Unite n.577/2008 il ricorso a presunzioni ed inversioni dell’onere probatorio era già diffuso, oltre che nella materia dei danni da emotrasfusione, con riferimento ai casi di infezioni ospedaliere da agenti biologici. Un caso significativo è quello deciso dal Tribunale di Alba, sezione distaccata di Brà (Trib. Alba, sez. dist. di Brà, 19 gennaio 2005, n. 4, G.U. Solombrino, *inedita.*), precedente che indubbiamente dimostra come la regola tradizionale dell’onere probatorio tutto spostato sull’attore sia ampiamente sconfessata nella prassi, soprattutto allorquando trovi applicazione lo schema della responsabilità contrattuale. Nel caso di specie, l’attore agiva per i danni alla persona conseguiti ad una «grave infezione post-chirurgica». Il Tribunale, premesso che nel caso di specie - a fronte di quanto emerso in seno all’istruttoria - appariva «subito evidente la mancata individuazione della causa precisa e specifica dell’infezione, stante in particolare l’anonimato delle prestazioni sanitarie», ha ritenuto di dover escludere l’ipotesi della responsabilità extracontrattuale ai sensi dell’art. 2043 c.c., ciò evidentemente per difetto della prova del nesso di causa. Tuttavia, il Tribunale è poi pervenuto ad imputare in capo alla struttura sanitaria convenuta la

doctrine della *res ipsa loquitur*²¹³, la *Anscheinsbeweis* di origine germanica²¹⁴, il principio della vicinanza della prova²¹⁵ ovvero le suggestioni dell'*evidential damage* per un attimo evocate nella stessa trama motivazionale della decisione²¹⁶.

responsabilità per i danni lamentati dall'attore sulla base della «regola probatoria instaurata dall'art. 1218 c.c., apparendo sul punto ravvisabile un valido nesso causale tra l'operato in generale dei sanitari dell'ospedale convenuto e la patologia lamentata dall'istante ». In particolare, il Tribunale ha considerato come il nesso causale, in seno alla responsabilità contrattuale, dovesse considerarsi (presuntivamente) provato a fronte dei seguenti indici e, per l'appunto (com'è anche dato trarsi dalle ragioni addotte per escludere l'applicabilità della responsabilità aquiliana), in ragione dell'applicazione dell'inversione dell'onere della prova sancita dall'art. 1218 c.c.

Nello specifico, il Tribunale ha considerato i seguenti profili: a) l'infezione insorta nell'attore rientrava «nel novero delle possibili complicazioni degli interventi di chirurgia generale e, quindi, anche ortopedica», quale l'intervento subito dalla vittima; b) «l'infezione post-chirurgica può essere in via generale determinata da fattori connessi all'ambiente operatorio (contaminazione della sala operatoria e degli strumenti utilizzati), al personale in contatto con il paziente»; c) era «indimostrata l'esistenza di patologie analoghe in epoca anteriore all'intervento», nonché «l'età e le condizioni fisiche generali» del paziente inducevano «ad escludere con ragionevole certezza» la riconducibilità dell'infezione «a fattori costituzionali del paziente (come diabete, immunodepressione, malnutrizione)»; d) «la stretta connessione temporale tra l'intervento e la comparsa dei primi sintomi della patologia infettiva» (per il Tribunale tale fattore era tale da porre «a carico dell'ente convenuto una presunzione *de facto*, ex art. 2727 c.c., di connessione causale tra l'evento chirurgico e l'evento lesivo lamentato », presunzione rispetto alla quale, come sottolineato dallo stesso magistrato del merito, non risultava allegata «alcuna prova contraria»). Sussistendo tali indici, il Tribunale, tra l'altro affermando l'irrelevanza della «mancata dimostrazione del “momento” in cui si è interrotto il circuito di sterilità», ha pertanto ritenuto dimostrato il nesso di causa, ciò in applicazione del principio discendente dall'art. 1218 c.c. per cui «è onere dell'ente ospedaliero dimostrare che il danno non è dipeso da propria colpa» (ossia provare che il pregiudizio lamentato dall'attore non è in rapporto causale con la condotta imputata): «in tema di nesso causale tra condotta del medico e danno risarcibile, quando non sia possibile stabilire con assoluta esattezza quale sia stata la causa del danno patito dal paziente (se cioè, esso sia stato determinato da colpa del sanitario o da altre cause), “la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie quando manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvivenza di altri fattori determinanti” (cfr. Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400)».

²¹³ La formulazione della *doctrine* in ambiente di *Common Law* si può far risalire al caso *Byrne v. Boadle*, 159 Eng. Rep. 299 (Ex 1863), anche se la relativa regola sembra già essere applicata da *Carpe v. London & Brighton Ry Co.*, 114 Eng. Rep. 1431 (K.B. 1844). Proprio evocando la stessa ricorda che “il paziente aveva potuto mostrare che la cartella clinica non riferiva di una sua precedente infezione [...] lasciando al medico l'incombente processuale di scuotere il convincimento che il giudice si sia potuto fare, provando di aver seguito le procedure necessarie, di aver verificato se il paziente non fosse già affetto da quella patologia e in ogni caso di aver adottato le cautele per evitare eventuali fattori di rischio risulta gravemente sbilanciata anche sul piano della prova la regola di responsabilità”, NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite*, cit., 879.

²¹⁴ Vari riferimenti in CALVO, *Diritti del paziente*, cit., 405.

²¹⁵ A tale ultimo riguardo, osserva TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit., 552, sono le stesse Sezioni Unite a fare richiamo alla prova indiziaria e alla categoria del danno evidenziale (come emerge anche dalla nota che segue), le quali consentono peraltro di superare un problema di incertezza del nesso che – nel caso deciso dalla pronuncia n. 582 – avrebbe altrimenti avuto un esito verosimilmente opposto, sulla scia del caso -già esaminato in apertura della presente trattazione-del ‘pallino anonimo’ (PONZANELLI, «Pallino anonimo», ovvero *attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «welfare state»* cit.): poiché l'attore era stato oggetto di trasfusioni in due diverse strutture a distanza di un giorno e non era dato di sapere in quale di esse avesse contratto il virus, proprio le forti carenze inerenti la documentazione obbligatoria relativa alla tracciabilità del sangue avrebbero dovuto fornire ai giudice del merito (e forniranno al giudice del rinvio) un elemento da valutare alla luce degli artt. 2727 e 2729 c.c. ai fini della prova dell'elemento eziologico”. Per ampi riferimenti alla *doctrine* v. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile – Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale* (e-book), Trento, 2007, 187 ss..

²¹⁶ Nel rinviare per ulteriori riferimenti alla nota precedente, nella decisione *de qua* si legge che il “dato relativo alle patologie in corso, peraltro, doveva già emergere dai dati anamnestici prossimi e dagli accertamenti ematici di laboratorio, cui il paziente doveva essere sottoposto prima dell'intervento chirurgico e della trasfusione; dati che dovevano essere riportati sulla cartella clinica”, prestando adesione all'orientamento giurisprudenziale “secondo cui la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un

A quest'ultimo riguardo, è ormai penetrato nella nostra giurisprudenza, sia di legittimità²¹⁷ che di merito²¹⁸, il principio, secondo cui *non* si può addossare alla vittima - la quale dimostri la riferibilità, in termini di idoneità lesiva, dell'evento dannoso all'attività svolta dal soggetto evocato in giudizio - la prova di circostanze

comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la «vicinanza alla prova», e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla».

²¹⁷ Tra le sentenze più recenti dei giudici di legittimità che fanno espressa applicazione della teoria del c.d. «danno evidenziale, ossia della «regola della prossimità alla fonte di prova», cfr. Cass., sez. III, 5 luglio 2004, n. 12273 (nonché Cass., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970). Nel caso di specie la Suprema Corte, con riguardo ad un caso d'errata diagnosi delle lesioni subite da un bambino condotto al Pronto Soccorso dopo essersi accidentalmente tagliato con un vetro, ha ritenuto di cassare la decisione impugnata «in relazione alla ritenuta impossibilità di accertare l'omissione colposa della diagnosi della lesione dei nervi mediano e mediano cutaneo da parte dei medici del Pronto soccorso per le incompletezze della cartella clinica dagli stessi redatta», poiché «tali lacune non possono essere utilizzate per ritenere non raggiunta la prova dell'esistenza della loro colpa, ... poiché il medico ha l'obbligo di controllare la completezza e l'esattezza del contenuto della cartella, la cui violazione configura difetto di diligenza ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 cod. civ. ed inesatto adempimento della corrispondente prestazione medica».

²¹⁸ Per la giurisprudenza di merito, si richiama per es. la decisione del Tribunale di Roma (Trib. Roma 20 gennaio 2004, G.U. Rossetti, in *Foro it.*, 2004, I, 918), in cui, trattandosi di un danno occorso ad un bambino in seguito ad un intervento chirurgico effettuato per rimediare ad un difetto cardiaco, si è affermata la responsabilità dei sanitari, poiché, tenuto conto che diversi fattori indicavano la ravvisabilità di un rapporto causale (criterio temporale, assenza di altre patologie ed idoneità della condotta a cagionare il danno per cui era causa), il persistere d'incertezza della reale causa del danno lamentato dai genitori della piccola vittima discendeva da carenze nella tenuta della cartella clinica ascrivibili ai sanitari, con conseguente impossibilità, in forza dei principi espressi dalla Cassazione, di escludere la sussistenza del nesso eziologico: «anche ad ammettere che la causa del danno neurologico sia incerta», nonostante «la stretta consecuzione temporale tra l'intervento e la sofferenza cerebrale», ed essendo «indimostrata l'esistenza di patologie analoghe in epoca anteriore all'intervento», «l'incertezza in merito alla natura intra o postoperatoria del disturbo discende (anche) dalla imperfetta tenuta della cartella clinica... Ergo, il medico deve rispondere ex art. 40 c.p. del danno esistente, essendo rimasta incerta la reale causa di esso per una omissione ascrivibile al medico stesso».

Particolarmente significativa risulta poi la sentenza del Tribunale di Venezia (Trib. Venezia, sez. III, 10 maggio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 430, con nota di AGNINO), avente per oggetto i danni subiti da un neonato in occasione del suo parto. Nel caso di specie, il giudice, trovatosi dinanzi ad una carenza della documentazione clinica, ha espressamente gestito siffatta circostanza, concependo l'onere della prova come «distribuito in un'ottica di prossimità delle parti rispetto alla fonte», ciò anche sul versante dell'accertamento del nesso di causa. Sul punto la decisione in esame ha preliminarmente osservato che «incombeva su parte convenuta la documentazione, sia pur in un momento immediatamente successivo al parto, delle precauzioni poste in essere sulla base delle *guidelines* esistenti all'epoca». Proprio, in forza della «regola di prossimità rispetto alla fonte di prova» la sentenza ha, quindi, ritenuto da un lato «irrealizzabile» il «pretendere in capo al paziente la puntuale allegazione e la dimostrazione della specifica difformità tra la condotta del personale sanitario e non rispetto alle regole di comportamento dovute», dall'altro lato «oltre che più ragionevole, certamente in linea con la regola di cui all'art. 1218 c.c., da leggersi in unione con l'art. 1176, comma 2, c.c.» il «pretendere dalla struttura sanitaria di documentare e conservare traccia di quanto effettuato»: in altri termini, per questa via «l'affermazione di responsabilità della convenuta non si basa su una regola inferenziale, che trae dalla scarsità di dati disponibili il difetto di diligenza del personale, quanto piuttosto dal fatto che a causa di tale assenza di informazioni non è dato sapere cosa sia stato fatto e, quindi, pervenire all'affermazione della non imputabilità al debitore di quanto verificatosi». Quale conseguenza di siffatta impostazione il Tribunale di Venezia ha risolto la questione del nesso di causa affermando che «nell'ambito di una vicenda di natura contrattuale, laddove, come nel caso di specie, emerge una situazione di carenza della documentazione atta ad escludere la non imputabilità dell'inadempimento, posto che l'evento in concreto accaduto non può ritenersi come totalmente estraneo alla sfera di rischio del debitore e in base alla valutazione operata dal C.T.U. fra le complicità della distocia di spalla v'è il rischio di lesioni del plesso brachiale del feto, non v'è spazio per una discussione in merito alla sussistenza del nesso di causa sul piano dell'*an*».

che solo il convenuto è in grado di fornire, ossia il danneggiato *non* può farsi carico di eventuali lacune probatorie imputabili al soggetto imputato del danno ²¹⁹.

Detto in altri termini, la perdita di elementi probatori imputabile al convenuto (ossia, il c.d. “danno evidenziale”) non può che riflettersi negativamente su quest’ultimo e non già sulla vittima. Si tratta, indubbiamente, come osservato da recente dottrina, di un principio tipico di una giustizia correttiva²²⁰, e dunque di «un nuovo modo di guardare alla relazione operativa instaurantesi fra il funzionamento dell’istituto delle presunzioni semplici e l’operare delle regole sostanziali della responsabilità civile» ²²¹.

In particolare, alcuni Autori evidenziano come, per siffatta via, la giurisprudenza compia una scelta piuttosto schietta di gestione del giudizio di responsabilità civile, “una scelta che è prettamente di politica del diritto e che rafforza l’idea che causalità penale e causalità civile siano lungi dal poter coincidere” ²²².

L’angolo prospettico di tale dottrina²²³ risulta supportato da validi e pregnanti argomenti.

Una soluzione, infatti, potrebbe essere quella di individuare nella lacuna probatoria imputabile al danneggiante una prova (presunta) della sua colpevolezza da

²¹⁹ Il precedente capostipite di questo orientamento è Cass. 13 settembre 2000, n. 12103, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 34, 33. Per una panoramica sui casi che hanno sviluppato questo principio si rinvia a BONA, *Responsabilità da attività medico-sanitarie e responsabilità del datore di lavoro: la causalità civile alle prese con la gestione della prova e dell’onus probandi*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, cit., 186 ss. Cfr., inoltre, IADECOLA, *Diversità di approccio tra Cassazione civile e Cassazione penale in tema di responsabilità medica*, cit., 116-117. Sul tema cfr. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., 148 ss.; AGNINO, *Non fidarsi è meglio: responsabilità da cartella clinica «reticente»*, in *Danno e resp.*, 2005, 430 ss.; v. anche Izzo, *Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2001, 255. L’Autore etichetta questa impostazione richiamandosi alla nozione di “*evidential damage*” coniata da PORAT e STEIN, *Tort liability under uncertainty*, Oxford, 2001, 160 ss. La tesi sostenuta dal citato Autore è stata poi sviluppata ed ampliata dal medesimo nella più recente opera *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., 148 ss.

²²⁰ Sul punto cfr. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., 150-151.

²²¹ Così Izzo, *Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, cit., 255.

²²² Cfr. BONA, *Nesso di causa*, cit., 402.

²²³ Sul punto sviluppa una serie di stimolanti soluzioni argomentative Izzo, *Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, cit., 256.

cui far discendere, sempre in via presuntiva, la relazione causale secondo il consueto schema di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.

Laddove, invece, questa operazione non fosse praticabile -perché dalla sussistenza della lacuna probatoria nulla si può argomentare presuntivamente circa la colpevolezza del soggetto cui si imputa il danno (questo il caso della dispersione degli esami effettuati sul paziente al momento del suo ingresso in ospedale)- in questi casi sarà allora necessario “sviluppare una formula che, di fatto, costituisce una nuova chiave di lettura dell’art. 2697 c.c.: se la vittima dimostra che il danno patito può verosimilmente essere la conseguenza dell’omissione da parte del convenuto di una misura precauzionale idonea ad evitare il danno subito e, al contempo, sostanzia che, nel caso si trovasse in possesso delle informazioni a disposizione del convenuto, sarebbe in grado di provare la fondatezza della sua pretesa, allora spetta a chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti allegare che così non è, e cioè, ai sensi del secondo comma dell’art. 2697 c.c., provare i fatti su cui l’eccezione si fonda, essendo del resto il soggetto più *prossimo* alla fonte di prova richiesta per il suo esonero dalla responsabilità (per l’appunto la regola della prossimità rispetto alla fonte di prova)”²²⁴. In altri termini, «è verosimile che il danno sia stato causato dall’omissione di una particolare condotta preventiva da parte del convenuto, ergo è verosimile che senza la dispersione delle prove relative a quella condotta la pretesa attorea si sarebbe rilevata fondata, per cui compete al convenuto provare che non sia così»²²⁵.

²²⁴ BONA, *Nesso di causa*, cit., 403.

²²⁵ IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., 155.

CAPITOLO IV

NUOVE PROSPETTIVE PER L'ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE : LA RILEVANZA DELLE CONCAUSE.

1. L'orientamento consolidato della giurisprudenza in tema concorso di cause imputabili e non.

In tema di concorso di cause naturali (o, comunque, non imputabili) e di cause imputabili, la giurisprudenza della S.C. – come già accennato nel capitolo I- è allineata nel ritenere che “solo nel caso in cui le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo, si pales(i)no sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dall'apporto del comportamento umano imputabile, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale, senza che, in caso contrario, la sua piena responsabilità per tutte le conseguenze scaturenti secondo normalità dall'evento medesimo possa subire una semplice riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa”²²⁶.

In altri termini, la concausa naturale rileva solo se idonea ad interrompere il nesso causale tra la condotta umana e l'evento; ove la concausa naturale non assuma tale rilevanza, è ritenuta irrilevante nel senso che colui a cui sia imputabile una causa dell'evento risponde anche dell'apporto causale della concausa non imputabile. Colui al quale sia imputabile una concausa è, dunque, tenuto a rispondere per l'intero danno non certo per l'irrilevanza causale del fatto naturale ma, più semplicemente, per una scelta volta a tutelare il danneggiato a scapito del danneggiante in accoglimento del brocardo *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*²²⁷.

²²⁶ Cass., 1 febbraio 1991, n. 981. Analogamente si sono espresse Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. e prev.*, 2001 580; Cass., 5 novembre 1999, n. 12399, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 661 con nota di ALLEVA; Cass., 27 maggio 1995, n. 5924, e Cass., 24 luglio 1981, n. 4387; Cass., 28 aprile 1941 n. 1236, in *Resp. civ. e prev.*, 1942, p. 39. Secondo C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità civile*, Milano, 1990, p. 393 la concausa naturale sarebbe esclusivamente responsabile dell'accaduto quando la sufficienza causale della circostanza esterna (cioè quella naturale) sia maggiore di quella imputabile (sic). In precedenza Cass., 4 giugno 1929, n. 1948, in *Mass. Foro it.*, 1929 aveva riconosciuto una riduzione del risarcimento dovuto dal danneggiante per il concorso del caso fortuito.

²²⁷ Cfr. CAPECCHI, *ult. op. cit.*, 141 ss. La motivazione in termini causali su cui l'orientamento in esame pare basarsi è contestata già da RUFFINI, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 53 aveva ritenuto che «la norma dell'art. 2055 costituisce perciò un espediente di politica legislativa non giustificabile sul piano causale». V. inoltre LEPRI, *Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 797.

2. Le critiche di parte della dottrina.

L'orientamento prevalente in giurisprudenza è stato criticato da una parte (minoritaria) della dottrina, che ha proposto (con argomentazioni differenti) di approdare ad una ripartizione del danno commisurata all'apporto causale di ciascuna concausa (c.d. *liabilty apportionament*), cosicché ciascun soggetto rimanga obbligato al risarcimento solo dei danni direttamente riconducibili alla concausa a lui imputabile, rimanendo a carico del danneggiato il rischio delle cause ignote.

Alcuni autori ²²⁸, in particolare, hanno osservato che imputare l'intera responsabilità per il fatto illecito a colui cui sia imputabile magari solo una causa avente minima efficienza causale, non conduca a risultati ottimali né sotto il profilo dell'analisi economica né sotto il profilo equitativo ²²⁹.

Tali proposte non hanno finora riscosso grande seguito presso la dottrina più autorevole ²³⁰.

3. Il *revirement* di Cass. 16 gennaio 2009, n. 975 apre nuovi scenari in punto di causalità?

Nel suesposto panorama giurisprudenziale e dottrinale sul tema, si inserisce una recentissima sentenza della Cassazione²³¹, la quale, pur richiamando alcuni

²²⁸ È stato dapprima FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960 a rilevare una incoerenza tra i principi di causalità posti alla base degli artt. 1227 I comma e 2055 cod. civ. Più recentemente CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Cedam, Padova, II ed., 2005, ha rilevato ulteriori argomenti che inducono a ritenere preferibile che il danneggiante sia tenuto a rispondere solo dei danni causati dalla condotta a lui imputabile e non anche di quello ad eventuali concause non imputabili.

²²⁹ PARISI e FREZZA, *Rischio e causalità nel concorso di colpa*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 236; VIOLANTE, *Responsabilità solidale e responsabilità parziaria*, in *Danno e resp.*, 2001, 460; GNANI, *L'art. 2055 c.c. e il suo tempo*, *id.*, 2001, p. 1031. Per una panoramica più completa ed organica delle varie posizioni si rinvia a TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuseconomica e comparata*. *cit. passim*.

²³⁰ BELVEDERE, *Osservazioni minime sul nesso di causalità nel diritto civile*, in SANTOSUOSSO A. e altri (a cura di), *Science, Law and the Courts in Europe*, Pavia, 2004, 202, si è espresso criticamente circa la possibilità di risarcire il danno in proporzione a ciascun apporto causale.

²³¹ Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in *Foro It.*, 2010, con nota di TASSONE, *La Cassazione sottoscrive il "frazionamento della responsabilità" nel concorso fra causa umana e naturale*, in corso di pubblicazione in *Foro it.* La vicenda giudiziaria trae origine da un caso di intervento chirurgico (di simpaticectomia lombare farmacologica prodromica all'inserimento di un by-pass femoro-popliteo alla gamba destra) con esito infausto causato da un infarto del miocardio. Dall'autopsia è emerso che i sanitari, nel compiere l'intervento, avevano erroneamente perforato il tratto protesico dell'aorta del paziente. I congiunti della vittima hanno agito in giudizio sostenendo che tale perforazione, a

risalenti precedenti, sembra, tuttavia, recepire per la prima volta entrambe le osservazioni della dottrina sopra ricordate ²³².

Nella sentenza, infatti, si legge che “qualora la produzione di un evento dannoso, quale la morte di un paziente, sia riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla situazione patologica del soggetto deceduto (la quale non sia legata all'anzidetta condotta da un nesso di dipendenza causale), il giudice deve procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della

causa della assoluta inidoneità delle parti sintetiche dell'aorta, aveva causato una emorragia, sviluppatasi nell'arco di tre giorni, che aveva condotto all'infarto e, quindi, alla morte del paziente.

Le consulenze tecniche svolte nel giudizio, tuttavia, hanno evidenziato che il rapporto causale tra la perforazione dell'aorta e l'infarto è, perlomeno, incerto. La prima c.t.u. ha escluso l'incidenza causale dell'errore dei sanitari sul decesso evidenziando come il paziente fosse già afflitto da una insufficienza miocardica grave che aveva già determinato un primo infarto e che, nel caso di specie, mancavano tutti gli elementi clinici di uno stato ipovolemico di gravità tale da indurre un deficit coronario produttivo dell'infarto del miocardio. La seconda consulenza, invece, non ha escluso il rapporto causale tra l'errore ed il decesso, ma ha ritenuto che la sussistenza di tale rapporto non potesse essere affermata con certezza. La questione di fatto su cui verte il giudizio è, dunque, se l'emorragia causata dai sanitari sia stata causa di uno shock ipovolemico e, se quest'ultimo possa dirsi causa, a sua volta, di un infarto (e, quindi, della morte) o se il decesso del paziente sia sopravvenuto per un fattore autonomo, come naturale sviluppo dello stato di salute in cui lo stesso versava già al momento del ricovero (essendo stato colpito da infarto in precedenza ed essendo afflitto da difettosa irrorazione sanguigna degli arti inferiori).

La Corte d'appello ha negato la sussistenza del rapporto causale tra l'operato dei sanitari ed il decesso in base a due considerazioni: la prima è la mancata rilevazione di indici esteriori rivelatori dello shock ipovolemico che, invece, di norma si manifestano; la seconda è che se lo shock ipovolemico può concorrere a determinare la reiterazione dell'infarto, non è possibile stabilire con certezza che ciò sia avvenuto in concreto, deponendo a favore di tale ipotesi solo il dato cronologico. La sentenza impugnata viene cassata per non essersi attenuta ai principi in tema di ripartizione dell'onere della prova tra attore e convenuto nell'ambito della responsabilità medica ribaditi dalle s.u. nel 2008 (cfr. cap. III). Interessante ed innovativo è, poi, il principio di diritto che la S.C. indica per la decisione nel merito in sede di rinvio: qualora (come appare probabile) l'evento risultasse essere stato causato da un concorso tra il caso fortuito (in particolare alla luce dei dati macroscopici emersi dalla sezione cadaverica "pregressa grave situazione patologica del paziente deceduto che, di per sé sola, potrebbe ben spiegare l'evento letale") e causa umana (cioè errore dei sanitari) sarà compito del giudice del merito procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo.

²³² CAPECCHI, *op. cit.*, 285 ss., osserva come che anche in Francia, in passato vi siano state alcune decisioni che hanno accolto principi di diritto analoghi a quello in discussione ammettendo una riduzione della responsabilità nella misura del concorso della causa non imputabile.

Nel primo di questi casi (Cass., 31 luglio 1912, in *Gaz. Pal.* 1912, I, J., 401), si discuteva circa la responsabilità per i danni causati ad alcuni terreni da un'inondazione. Le cause del sinistro erano molteplici: oltre a una concausa non imputabile (la straordinaria intensità delle piogge) vi era poi una concausa imputabile, rappresentata dal fatto che il *gardien* del mulino vicino non avesse rimosso le chiuse, ostacolando il deflusso delle acque e favorendo l'inondazione. Procedendo secondo l'orientamento più tradizionale la Corte si sarebbe trovata di fronte all'alternativa di porre l'intero danno a carico alternativamente del custode del mulino o del proprietario dei terreni. Ritenendo entrambe le soluzioni ingiuste, venne deciso per una responsabilità parziale del *gardien*.

Nel secondo caso (Cass., 19 luglio 1951, in *Dalloz*, 1951, J., 717) si trattava di individuare i responsabili del naufragio del battello *Lamoricière*, affondato nel corso di una violenta tempesta anche a causa dello scarso rendimento delle caldaie, alimentate con un carbone di scarsa qualità. La decisione fu nel senso di attribuire i quattro quinti della responsabilità alla forza maggiore e un quinto alla colpa del *gardien*, che aveva usato un carbone di scarsa qualità.

Un altro caso (T.G.I. *Marseille* 12 marzo 1964 in *Juris classeur periodique*, 1964, II, 13684), riguardava il crollo di una diga, in cui non si era previsto alcun espediente per il trattamento delle acque piovane, che fu distrutta dalla forza di un uragano; la responsabilità dei *gardiens* della diga fu ridotta per l'intervento della forza maggiore.

diversa efficienza delle varie concause, onde attribuire all'autore della condotta dannosa la parte di responsabilità correlativa, così da lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato personale”²³³.

Nel dettaglio, la concausa naturale si rinveniva nella pregressa situazione patologica del paziente, la quale poteva aver concorso con l'errore dei sanitari a provocare un infarto nel soggetto già precedentemente infartuato e, quindi, il suo decesso.

In tal modo, la Suprema Corte disattende espressamente il contrario e consolidato orientamento secondo cui la presenza di una concausa naturale non ha rilievo alcuno a fronte della condotta negligente del danneggiante, così superando le secche della rigida alternativa fra risarcimento ed esonero di responsabilità²³⁴.

²³³ La vicenda giudiziaria trae origine da un caso di intervento chirurgico (di simpaticectomia lombare farmacologica prodromica all'inserimento di un by-pass femoro-popliteo alla gamba destra) con esito infausto causato da un infarto del miocardio. Dall'autopsia è emerso che i sanitari, nel compiere l'intervento, avevano erroneamente perforato il tratto protesico dell'aorta del paziente. I congiunti della vittima hanno agito in giudizio sostenendo che tale perforazione, a causa della assoluta inidoneità delle parti sintetiche dell'aorta, aveva causato una emorragia, sviluppatasi nell'arco di tre giorni, che aveva condotto all'infarto e, quindi, alla morte del paziente.

Le consulenze tecniche svolte nel giudizio, tuttavia, hanno evidenziato che il rapporto causale tra la perforazione dell'aorta e l'infarto è, perlomeno, incerto. La prima c.t.u. ha escluso l'incidenza causale dell'errore dei sanitari sul decesso evidenziando come il paziente fosse già afflitto da una insufficienza miocardica grave che aveva già determinato un primo infarto e che, nel caso di specie, mancavano tutti gli elementi clinici di uno stato ipovolemico di gravità tale da indurre un deficit coronario produttivo dell'infarto del miocardio. La seconda consulenza, invece, non ha escluso il rapporto causale tra l'errore ed il decesso, ma ha ritenuto che la sussistenza di tale rapporto non potesse essere affermata con certezza. La questione di fatto su cui verte il giudizio è, dunque, se l'emorragia causata dai sanitari sia stata causa di uno shock ipovolemico e, se quest'ultimo possa dirsi causa, a sua volta, di un infarto (e, quindi, della morte) o se il decesso del paziente sia sopravvenuto per un fattore autonomo, come naturale sviluppo dello stato di salute in cui lo stesso versava già al momento del ricovero (essendo stato colpito da infarto in precedenza ed essendo afflitto da difettosa irrorazione sanguigna degli arti inferiori).

La Corte d'appello ha negato la sussistenza del rapporto causale tra l'operato dei sanitari ed il decesso in base a due considerazioni: la prima è la mancata rilevazione di indici esteriori rivelatori dello shock ipovolemico che, invece, di norma si manifestano; la seconda è che se lo shock ipovolemico può concorrere a determinare la reiterazione dell'infarto, non è possibile stabilire con certezza che ciò sia avvenuto in concreto, deponendo a favore di tale ipotesi solo il dato cronologico. La sentenza impugnata viene cassata per non essersi attenuta ai principi in tema di ripartizione dell'onere della prova tra attore e convenuto nell'ambito della responsabilità medica ribaditi dalle s.u. nel 2008. Interessante ed innovativo è, poi, il principio di diritto che la S.C. indica per la decisione nel merito in sede di rinvio: qualora (come appare probabile) l'evento risultasse essere stato causato da un concorso tra il caso fortuito (in particolare alla luce dei dati macroscopici emersi dalla sezione cadaverica "pregressa grave situazione patologica del paziente deceduto che, di per sé sola, potrebbe ben spiegare l'evento letale") e causa umana (cioè errore dei sanitari) sarà compito del giudice del merito procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo.

²³⁴ È noto che la logica seguita da molte decisioni è quella per cui o la concausa naturale è imprevedibile ed inevitabile (e quindi esonera totalmente il danneggiante) o la stessa viene attratta nella sfera del comportamento esigibile dal convenuto sotto il profilo della diligenza (e, dunque, nessuna riduzione del danno viene concessa), come emerge dalla rassegna offerta da M. Franzoni, *Problemi vecchi e nuovi in tema di causalità*, in *Resp. civ. prev.*, 2006,

La parte motiva, in particolare, sembra ispirata a considerazioni che affondano le proprie radici nell'ambito dell'accertamento del rapporto causale²³⁵: afferma, infatti, la Cassazione che “vi sono ragioni logico giuridiche che consentono di procedere ad una valutazione della diversa efficienza causale delle varie concause e di escludere che l'autore della condotta umana debba necessariamente sopportare nella loro integralità le conseguenze dell'evento dannoso”.

Nell'approdare a tale conclusione la S.C. affronta espressamente i discussi rapporti dell'art. 2055 cod. civ. sia con l'art. 1227, comma 1, c.c. che con l'art. 1221 c. c.²³⁶.

In particolare, la Cassazione ritiene opportuno interpretare l'art. 2055 cod. civ. in modo da ridimensionarne l'ambito applicativo, stabilendo che la solidarietà prevista da tale norma possa applicarsi solo alle concause imputabili a soggetti diversi e non anche a quelle non imputabili ad alcuno.

Si afferma, infatti, che la regola di cui all'art. 2055 c.c. comma 1 (secondo cui "se il fatto dannoso è imputabile a più persone tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno") è, in realtà, la ripetizione, nel settore della responsabilità aquiliana del principio di solidarietà, avente portata generale nel nostro ordinamento positivo (art. 1294 c.c) e tendente a favorire il danneggiato - creditore mediante il rafforzamento della tutela del suo diritto al risarcimento.

1997 ss. Di recente, Cass. 8 ottobre 2008, 24804, in questa *Rivista*, 2009, 489 ss., con nota di M. Pastore, *Caso fortuito e uso improprio del bene: quale limite alla responsabilità del custode?*, con la precisazione che l'interruzione del nesso causale era dovuta alla stessa condotta del danneggiato.

²³⁵ Al punto 7.2 della parte motiva si precisa preliminarmente che “nel cosiddetto sottosistema civilistico, il nesso di causalità (materiale) - la cui valutazione in sede civile è diversa da quella penale (ove vale il criterio dell'elevato grado di credibilità razionale che è prossimo alla "certezza") - consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del "più probabile che non". A ciò aggiungendosi che, detto accertamento “si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose (finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già accertata responsabilità risarcitoria) e prescinde da ogni valutazione di prevedibilità o previsione da parte dell'autore, la quale va compiuta soltanto in una fase successiva ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo (colpevolezza) (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619)”.

²³⁶ Per quanto attiene ai rapporti tra art. 2055 e art 1227 cod. civ. v. FORCHIELLI, *op. cit.*, 72; ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, 53. Per una panoramica delle diverse posizioni, sia consentito rinviare a CAPECCHI, *op. cit.*, 14 e a TASSONE, *op. cit.*, 93 e ss.

Da ciò consegue che, qualora la condotta imputabile a un unico soggetto abbia agito in concomitanza con forze estranee, la circostanza elimina il presupposto fondamentale della citata disposizione, consistente nel concorso di più cause imputabili a soggetti diversi (con l'ulteriore rilievo che per tali ragioni non può entrare in funzione il correttivo che, nei rapporti interni, il diritto di regresso introduce nel principio di solidarietà).

Inoltre – e soprattutto- si osserva che “stando alla sua formulazione testuale, l'art. 2055 c.c., comma 1, disciplina l'ipotesi in cui l'accertamento dell'esistenza del nesso di causalità sia già avvenuto e sia sfociato nella identificazione di più concause umane imputabili: solo quando tale presupposto si sia realizzato, sorge il diritto del danneggiato di pretendere da ciascun coautore dell'illecito l'integrale risarcimento del danno”.

A sua volta – continua la S. C.- l'art. 2055 c.c., comma 2, stabilisce che "colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalle gravità della rispettiva colpa e della entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Ciò significa “ in primo luogo che nei rapporti interni fra condebitori è perfettamente legittima, ed anzi doverosa, una scissione del nesso causale nelle sue diverse componenti, secondo l'efficienza dei singoli apporti; ma significa anche che il frazionamento della responsabilità non è estraneo al sistema positivo”.

Conferma testuale di tale soluzione è offerta -ad avviso della Corte- dalle regole dettate dall'art. 1227 c.c. nelle quali “è preciso il riferimento della possibilità della scissione - stavolta con rilevanza verso l'esterno -del nesso causale sulla base del principio che la responsabilità va proporzionata alle conseguenze che si riconnettono ad una determinata causa imputabile”, non essendovi ragione per usare al fattore causale meramente naturale un trattamento diverso rispetto a quello riservato al fatto dello stesso danneggiato.

Infine, l'ostacolo che a questa soluzione dovrebbe opporre la norma dell'art. 1221 c.c., comma 1 (in cui viene regolata la *perpetuatio obligationis*) viene superato da siffatta innovativa pronuncia “non tanto perchè si tratta di norma non inclusa fra quelle richiamate dall'art. 2056 c.c., quanto per il duplice motivo che si tratta di regola peculiare della materia dell'inadempimento delle obbligazioni e che essa suppone risolto preventivamente il problema della causalità, giacchè si occupa della disciplina della impossibilità dell'adempimento allorchè il debitore versi già in situazione di inadempienza”.

4. Verso nuove prospettive nell'ambito dell'accertamento del nesso causale: la responsabilità “proporzionale” o “progressiva”.

La decisione della Suprema Corte poc'anzi esaminata sembra aprire nuovi scenari nei rapporti tra accertamento del nesso causale e *quantum debeatur*, nella misura in cui è destinata a traslare sul danneggiato (anziché sul danneggiante) la quota del danno che potrà dirsi riconducibile a concause naturali.

Dal momento in cui, nelle scienze naturali, si afferma progressivamente la consapevolezza che la conoscenza del processo causale è solo basata sulla probabilità, e che l'uomo può solo stabilire che un determinato fatto non determina l'occorrenza dell'effetto, ma ne aumenta soltanto la probabilità²³⁷, si prende coscienza del fatto che la locuzione “accertamento del nesso causale” è in realtà un ossimoro, in quanto si pretenderebbe di accertare ciò che certo non è, perché l'uomo (e quindi il giurista) non è in grado di individuare con certezza la causa di un evento, ma può solo attribuire a ciascun antecedente un grado di probabilità in quanto causa dell'evento potrebbero essere anche altre cause imputabili ad altri soggetti o ignote.

Sia consentito, al riguardo, riprendere un esempio di Agazzi, che evidenzia plasticamente come perfino una elevata probabilità statistica, interpretata come

²³⁷ Diversi sono gli autori che si sono occupati delle interpretazioni probabilistiche della causalità. Per un quadro si rinvia a LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Roma, 1999, 95 e ss il quale ricostruisce le teorie di Suppes e Salmon.

sintomo di una dipendenza causale, non garantisca quasi mai l'imputazione causale del singolo evento. E' il caso del cancro al polmone da fumo: "si considera statisticamente provato che il fumo può produrre il cancro al polmone, tuttavia non soltanto ci sono accaniti fumatori che non contraggono il cancro al polmone, ma ci sono anche molte persone che contraggono tale cancro senza aver mai fumato (quindi il fumo non ne costituisce la *condicio sine qua non*). Pertanto, perfino se riscontriamo un cancro al polmone in un fumatore non possiamo concludere con certezza che il fumo ne è stata causa"²³⁸.

Il tramonto del principio di causalità, dunque, rende evidente il fondamentale ruolo che le cause naturali e/o ignote rivestono nella causazione di qualsiasi evento: ad esempio, sapere che un evento è causato nel 70% dei casi da un determinato antecedente significa che, nel restante 30% dei casi, causa dello stesso è un diverso antecedente, magari ignoto (e quindi non imputabile). In altri termini, le concause ignote e/o naturali sono una componente imprescindibile di qualsiasi evento, che quasi mai può dirsi conseguenza soltanto di un solo antecedente (imputabile o non)

239

In questa prospettiva, la sentenza sopra citata segna un fondamentale passo in avanti verso il superamento della tradizionale ottica di rigida contrapposizione (di stampo prettamente penalistico) tra sussistenza e insussistenza del nesso causale, senza la possibilità di alcuna soluzione intermedia.

Procedendo a ritroso, il primo "rimedio" giusciviltistico per tenere conto della ormai innegabile incertezza del nesso causale si è rinvenuto nella perdita di *chances* nell'ambito degli illeciti omissivi (cfr. cap. II)²⁴⁰; ed in particolare, nella sua fondamentale innovazione di aver superato la rigida contrapposizione tra

²³⁸ AGAZZI, *op. cit.*, 402.

²³⁹ Cfr. CAPECCHI, *ult. op. cit.*, 187 ss e 275 ss, il quale rileva che già a partire dagli anni '30, alcuni autori (ENGLISH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 21, il cui pensiero è conosciuto in Italia grazie all'opera di v. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975, p. 2 e ss.) hanno evidenziato gli effetti giuridici dei progressi nel frattempo compiuti dalle scienze naturali, dimostrando che i criteri per l'accertamento del nesso di causalità elaborati dalla dottrina tedesca, fino ad allora indiscussi, erano pressoché totalmente inutili, perché danno per tacito presupposto quanto, invece, dovrebbero dimostrare.

²⁴⁰ Cfr. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances, dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *NGCC*, 2008, 143.

sussistenza/insussistenza del nesso causale (e conseguente riconoscimento/negazione dell'intero risarcimento), introducendo un meccanismo di “graduazione” del risarcimento, in funzione della probabilità di ottenere il risultato positivo finale.

E' seguita la progressiva presa di posizione della Cassazione civile rispetto a quella penale, poi consacrata con diverse decisioni delle S.U. civili, in forza della quale “nell'ambito della responsabilità civile, il nesso di causalità deve essere accertato secondo il principio del “più probabile che non” (cfr. cap. III).

Rimane, tuttavia, ancora da superare definitivamente l'ottica di un ragionamento basato sul ‘tutto o nulla’ tale per cui, o la causa imputabile al convenuto raggiunge la soglia del più probabile che non (e, allora, il danneggiato è integralmente risarcito) oppure la domanda del danneggiato non può che essere respinta.

È quindi con grande favore che parte dottrina ha accolto detta decisione: “finalmente si esce dall'ottica ottocentesca (in quanto presuppone l'orami superata convinzione che sia possibile conoscere con certezza la causa di un evento) del tutto o del nulla anche per gli illeciti commissivi, riconoscendo che il danneggiante può essere tenuto a rispondere del danno solo nella misura direttamente riconducibile alla causa a lui imputabile e non anche a dover rispondere del danno arrecato da cause a lui non imputabili (in tal modo scongiurando di essere tenuto a rispondere anche di danni da lui non direttamente causati, facendosi carico di rischi ai quali il danneggiato sarebbe stato, comunque, esposto) e, contemporaneamente, consentendo al danneggiato di vedersi risarcito almeno parzialmente il danno anche in tutti i casi in cui la causa imputabile al convenuto non raggiunga l'agognata soglia del “più probabile che non” rispetto alla causazione dell'intero danno”²⁴¹.

Conclusivamente, la decisione della Suprema Corte n. 975/2009 sembra offrire ‘*incoraggianti*’ segnali di apertura alla tesi –finora isolata- dell'ipotizzabilità di una forma di responsabilità “proporzionale” o “progressiva” nei casi in cui l'accertamento del nesso causale sia incerto e ragioni di equità suggeriscano di trasferire il

²⁴¹ CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in NGCC, 2008, 161 e ss

coefficiente di incertezza dall'*an debeat* (accertamento del nesso causale) al *quantum* del danno risarcibile²⁴².

Sembra, infatti, orientarsi in tal senso la Corte, laddove anziché accollare l'intero peso del danno al danneggiante o al danneggiato, afferma che “è possibile lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato e imputare all'altro il peso del danno la cui produzione può avere trovato causa nella condotta negligente sua”.

5. Osservazioni conclusive.

Al termine della presente indagine sulla nozione e sull'accertamento del nesso di causa, ed in base a quanto emerso dalla medesima, non può non osservarsi che il tentativo di elaborare una nozione *bonne a tout faire* del nesso di causa non conduce molto lontano.

Del resto, già da tempo la dottrina riconosce il carattere ‘mobile’ della nozione di nesso causale, la sua natura ‘flessibile’²⁴³, in ragione della grande difficoltà di elaborare una definizione unitaria capace di operare in modo soddisfacente in ogni situazione, senza tener conto del tipo di illecito di fronte al quale viene a trovarsi il giudice e del relativo criterio di imputazione²⁴⁴.

²⁴² In favore di un accertamento di carattere probabilistico, con la proposta di consentire al giudice di “graduare la responsabilità, senza soluzione di continuità, da un minimo fino al risarcimento completo, in funzione del rischio circa la produzione del sinistro che può essere attribuito a ciascun antecedente”, v. *funditus*, da ultimo CAPECCHI, *Il nesso di causalità cit.*, 277 ss. Evidenzia, invece, l'incompatibilità di tale forma di responsabilità con gli artt. 1227 comma 1 e 2055 c.c. (norme che ammetterebbero solo il concorso con cause imputabili al danneggiante o al danneggiato, non con cause naturali o comunque non imputabili), FORCHIELLI, *Il rapporto cit.*, 145 ss. Sempre in senso critico, BELVEDERE, *op. cit.*, 204, osserva che “l'introduzione di questo risarcimento proporzionale, sia pure nei soli casi in cui la relazione causale appaia maggiormente incerta, porterebbe all'opportuno superamento della distinzione tra causalità di fatto e giuridica, ma in un modo, però, sbagliato. Infatti, il giudizio probabilistico sulla causazione dell'evento lesivo si convertirebbe nel giudizio sulla misura del danno da risarcire, giudizio che con la causalità e con la probabilità non ha nulla a che fare”.

²⁴³ Il riferimento è a VIOLANTE, *Causalità flessibile come limite al risarcimento della responsabilità oggettiva*, in *Danno e resp.*, 1999, 1177 ss.

²⁴⁴ Sul punto, CAPECCHI, *ult. op. cit.*, 8 e 127, osserva che “il nesso di causalità non è un dato unitario per ogni ipotesi di responsabilità civile, bensì si attegga diversamente in funzione del criterio di imputazione”.

Tanto vale ammettere che alla fine della fiera quella del nesso è sempre una questione di “*scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico*”²⁴⁵; scelte che, per mantenere una coerenza di fondo con le funzioni –vecchie e nuove- della responsabilità civile, al cospetto dei *mass o toxis torts*, dovranno tener conto tanto dell’esigenza di tutelare il danneggiato – con scostamenti assai vistosi dalla regola dell’ *oltre il ragionevole dubbio*- quanto di “*non rendere insopportabile al soggetto agente il rischio del suo agire*”²⁴⁶.

In ultima analisi, pertanto, il problema del nesso di causalità - problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura- pare “destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione «storica» o, se si vuole, di politica del diritto”²⁴⁷.

Al punto che Alpa ebbe a scrivere: «assunto ad elemento tecnico il cui impiego sembra sottrarsi - in prima analisi - ad ogni operazione di politica del diritto, il nesso di causalità si rivela invece schermo di operazioni di politica del diritto assai spregiudicate; non è raro, infatti, riscontrare nella prassi giurisprudenziale una selezione degli interessi meritevoli di tutela attuata mediante il ricorso alla nozione di causalità»²⁴⁸.

La responsabilità civile, infatti, sottopone ai giudici singole quanto complesse vicende umane e processuali, le cui peculiarità specifiche mal si attagliano ad unitarie e articolate generalizzazioni teoriche, così che un’indicazione generale si può rinvenire solo attraverso un rarefatto “principio guida che potrebbe essere formulato, all’incirca, in termini di rispondenza, da parte dell’autore del fatto illecito, delle conseguenze che «normalmente» discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire”²⁴⁹.

²⁴⁵ Così si esprimeva TRIMARCHI nel fondamentale saggio del 1967, *Causalità e danno cit.*

²⁴⁶ Così GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: <<fatto dannoso e conseguenze>>*, RDCo, I, 1951, 436.

²⁴⁷ Cass. n. 21619 del 2007 cit.

²⁴⁸ ALPA, *Sistemi*, cit., 1975, p. 1592.

²⁴⁹ Cass. n. 21619 del 2007 cit.

In conclusione, il sottosistema della responsabilità civile (ed in particolare, al suo interno, il nesso causale) segna sempre più le distanze dalla dimensione penalistica dell'illecito, ed appare sempre più satellite sperimentale di ingegneria sociale, demandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti. Ad essi spetta, in particolare, il delicato compito di enucleare i criteri di traslazione del danno, nonché –ove possibile- di individuare tecniche di ripartizione della responsabilità (o c.d. *apportionment of liability*) idonee ad affrontare le insidie che caratterizzano l'elemento eziologico.

In questa prospettiva, nel tentativo di sottrarre il fronte della responsabilità civile alle teorie della credibilità razionale, sembra ormai affermarsi anche in giurisprudenza una lettura del rapporto causale collegata all'interazione dell'illecito con altre discipline non solo scientifiche (leggi di copertura), ma anche economiche e sociali, per raggiungere un risultato di costruire una credibile teoria della prevenzione efficiente del costo sociale dei danni, “così prospettando regole di responsabilità secondo criteri elastici, costruendo un diritto che segue le istanze sociali tese a ricercare modelli per poter giungere a quella che la S.C. intitola attribuzione di un determinato costo sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti”²⁵⁰.

Un passo più in là, si stagliano tutti i problemi del rapporto fra la nozione sostanziale con i suoi variegati regimi processuali, nonché con la individuazione e definizione dei diversi gruppi di fattispecie che vengono in considerazione.

Da qui l'inevitabile conclusione che la questione del nesso causale in seno al sotto-sistema della responsabilità civile è ancora ben lungi dal dirsi avviata a soddisfacente soluzione. Del resto, l'evoluzione e le insanabili contraddizioni che la

²⁵⁰ LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico*, cit., 335. Sul punto, v. altresì, BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Stuttgart, 1964, 82, richiamato da TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 13, osserva che si può esser certi che in molti casi in cui la colpa sia assai grave e la probabilità della causalità sufficientemente alta, il giudice civile evita ogni risultato iniquo semplicemente dichiarando provato il nesso causale. Simili arbitrii giudiziari sono un fenomeno ineliminabile, e potrebbero talvolta costituire utili valvole di sicurezza; essi, peraltro, troverebbero un limite nella consapevolezza della loro anti-giuridicità, la quale consentirebbe quegli sconfinamenti dal diritto positivo solo sotto la spinta di esigenze equitative fortissime.

caratterizzano sono in realtà il frutto della parallela e più generale evoluzione delle strutture e delle funzioni della responsabilità civile.

Ciò ha fatto dire a qualche autore che esiste un “concreto problema di limiti culturali del mondo giuridico giuscivilistico rispetto ad altre discipline”²⁵¹ e che, mentre “l’evoluzione della giurisprudenza di legittimità penale mostra, pur con tutte le difficoltà rese inevitabili dalla complessità della materia, un indiscutibile grado di maturità e consapevolezza, lo stato della giurisprudenza civile rimane ancora privo di quella univocità che è opportuna e necessaria anche per mettere gli operatori del diritto in condizione di affrontare le sfide provenienti da tipologie di contenzioso sempre più ardue e ambigue sul piano della causalità”²⁵².

In realtà, una vera e propria teoria unitaria di quell’inafferrabile elemento dell’illecito che è il nesso causale è, con ogni ‘probabilità’, un’isola che almeno nel diritto civile non c’è e forse non può esserci, proprio perché troppe volte il giudizio di causalità diviene, per il giudice, potente strumento ai fini di giustizia sostanziale del caso concreto.

Allora, l’unico auspicio è di evitare, attraverso l’individuazione di parametri tecnico-giuridici obiettivi, seppur elastici, che nel sistema dell’illecito civile “causation is a peg on which the judge can hang any decision he likes”²⁵³.

²⁵¹ ROLFI, *Il nesso di causalità nell’illecito civile: La Cassazione alla ricerca di un modello unitario*, (nota a Cass. n.7997 del 2007), in *Corr. giur.*, 2006, 2, 270.

²⁵² Così STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.* 2005, 1159.

²⁵³ “La causa è il gancio cui il giudice può appendere ogni decisione che egli preferisca”, HART – HONORE’, *Causation in the law*, Oxford 1959, LII. Della prassi giurisprudenziale di selezionare interessi meritevoli di tutela mediante il ricorso alla nozione di causalità discorre approfonditamente TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, 128 – 131, secondo il quale “i diversi criteri proposti per l’accertamento del nesso causale non solo non forniscono all’operatore uno strumento decisionale, ma finiscono per rimettere al suo arbitrio l’adozione di un criterio di decisione piuttosto che un altro”.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile, Milano, 1999.

ALPA-BESSONE-ZENO ZENCOVICH, I fatti illeciti, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno, Torino, 1995.

ANTOLISEI, Il rapporto di causalità nel diritto penale, Padova, 1934.

ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, parte generale, Milano, 2000.

BARCELLONA, " Scopo della norma violata", interpretazione e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311 ss.

BARNI, Nesso causale nella responsabilità contrattuale del medico: se ne può davvero prescindere?, in *Riv. civ. e prev.*, 2008, 4, 255 ss.

BARNI, Dalla valorizzazione scientifica alla vaporizzazione giurisprudenziale del nesso causale, in *Riv. it. medicina legale*, 1995, 1021 ss.

BELVEDERE, Osservazioni minime sul nesso di causalità nel diritto civile, in SANTOSUOSSO A. e altri (a cura di), *Science, Law and the Courts in Europe*, Pavia, 2004, 202 ss.

BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni I*, Milano 1953.

BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni. Commentario del Codice civile Scialoja e Branca*, art. 1218-1219, Bologna - Roma, 1993.

BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, Milano, 2007.

BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004.

BLAIOTTA-CANZIO, voce *Causalità*, in *Dizionario di discipline pubblicistiche*, Milano, 2006.

BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 78 ss.

BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Francese: vecchi e nuovi confini della causalità civile alla luce della sentenza Cass. civ., sez.III, 4 marzo 2004 n.4400 sul danno da perdita di chances*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005.

BORDON, *Il nesso di causalità*, Torino, 2006.

BRASIELLO, I limiti della responsabilità per danni, Milano 1959.

BRUSCO, Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità, Resp. Civ., 2008, 1875 ss.

BUSNELLI, Perdita di una chance e risarcimento del danno, in Foro it., 1965, IV, 47 ss.

BUSNELLI, La lesione del credito da parte di terzi, Milano, 1964.

BYDLINSKI, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart, 1964.

CAFERRA, Il nesso di causalità nel fatto dannoso, in Responsabilità civile, I, a cura di Spinelli, 1990.

CAPECCHI, Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno, Padova, 2005.

CAPUTI, Il nesso di causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvenuto?, in Riv. critica dir. privato, 2007, 169 ss.

CARBONE, Il rapporto di causalità, in La responsabilità civile (aggiornamento 1988-1996), diretta da ALPA e BESSONE, vol. II, Torino, 1997.

CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969.

CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum* (a proposito del limite della responsabilità per danni), in *Foro it.*, 1952, IV, 99 ss.

CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 227 ss.

CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, Torino, 1906.

COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano, 1998.

CRESPI, voce *Medico chirurgo*, in *Dig. d. pen.*, vol. VII, Torino (Utet), 1993.

CRESPI, *La colpa grave nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 259 ss.

DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1976.

DE FRANCESCO, *L'eterno ritorno. Note problematiche in tema di rapporto causale*, in *Critica del diritto*, 2003.

DE MATTEIS, *Responsabilità medica ad una svolta?* in *Danno resp.*, 2005, 23-43.

DI GIOVINE, Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso causale, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1251 ss.

DI MAJO, Responsabilità contrattuale, Torino, 1997.

DONINI, La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 37 ss.

DONINI, L'imputazione oggettiva dell'evento, Milano, 2006.

ENGLISH, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 21 ss.

FAVALE, La responsabilità civile del professionista forense, Padova, 2002.

FIANDACA, Nei reati omissivi, quali illeciti privi di causalità "reale", in *Causalità* (Rapporto di) in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1988, Vol. II, 128 ss.

FIORI, Il criterio nella valutazione medico legale del nesso causale, in *Riv. it. med. leg.*, 1991

FORCHIELLI, Il rapporto di causalità nell'illecito civile, Padova 1960.

FORCHIELLI, Responsabilità civile, Padova, 1983.

FRANZONI, Dei fatti illeciti, in Commentario Scialoja-Branca, diretto da Galgano, Roma, 2004, sub art. 2043.

FRANZONI, L'illecito, Milano, 2004.

FRANZONI, Problemi vecchi e nuovi in tema di causalità, in *Resp. civ.* 2007, 1997 ss.

GALLO, Il tort of negligence: analisi di una recente evoluzione in tema di legal cause, *Resp.civ. e prev.* 1986,480 ss.

GERI, Il rapporto di causalità in diritto civile, in *Resp. e prev.* 1983, 187 ss.

GIANNITI, Responsabilità civile e penale a confronto, Padova, 1998.

GORLA, Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.;

GRECO, I pregiudizi rilevanti nell'illecito civile (errata corrige: Responsabilità aquiliana e nesso causale), in Cendon (a cura di), I danni risarcibili nella responsabilità civile, III, Il danno extracontrattuale, Torino, 2005, 19 ss.

GREEN, The causal relation issue in negligence law, in *Michigan Law Review*, 60 (1960-62), 562 ss.

HART-HONORE', Causation in the Law, Oxford, 1962.

IZZO, La precauzione nella responsabilità civile – Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale (e-book), Trento, 2007.

IZZO, Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità, in *Danno e resp.*, 2001, 255.

LAUDISA, Causalità. Storia di un modello di conoscenza, Roma, 1999.

LAURENT, Principii di diritto civile, vol. XVI, Napoli-Roma-Milano, 1881.

LEPRI, Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 797 ss.

LO MORO BIGLIA, Il risarcimento della chance frustrata, Esi, 2006.

LUMINOSO, Possibilità o necessità della relazione causale, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 553 ss.

MAIWALD, Causalità e diritto penale, Milano (Giuffrè), 1999.

MARINUCCI, Non c'è dolo senza colpa. Morte della 'imputazione oggettiva dell'evento' e trasfigurazione nella colpevolezza, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991.

MERONI in Cass. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 1286.

MONATERI, Il danno alla persona, Torino, 2000.

MONATERI, La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino, 1998.

MORSELLI, Il problema della causalità nel diritto penale, in *Ind. pen.*, 1999

PADOVANI, Relazione introduttiva, in Atti dell'incontro di studio sul tema Nesso di causalità tra dettato normativo, prassi giurisprudenziale e prospettive di riforma, padova, 2007

PAGLIARO, voce Causalità , in *Enc. dir.* (aggiornamento), Milano (Giuffrè) 2008

PAGLIARO, Imputazione obiettiva dell'evento, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 794.

PARISI e DARI MATTIACCI, Il nesso causale nell'inquinamento ambientale, in *Danno e resp.*, 2004, 942 e ss.”.

PARISI E FREZZA, Rischio e causalità nel concorso di colpa, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 236 ss.

PATTI, Prove. Disposizioni Generali. Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca, Bologna, 1987

PETTI, Il risarcimento del danno biologico, Torino, 1997.

PIZZI, *Eventi e cause*, Milano, 1997 .

PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 458 ss.

PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 88
ss.

PORAT e STEIN, *Tort liability under uncertainty*, Oxford, 2001.

POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere*, vol. I, Livorno, 1842.

POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del Foro della coscienza quanto del Foro esteriore*, Milano, 1809.

PROCIDA-MIRABELLI DI LAURO-LANDINI-SGANGA (note a Sez. Un. nn.26972-26975), *Le Sezioni Unite fanno il punto sul “danno non patrimoniale”*, Milano, 2008.

PUCCELLA, *La causalità “incerta”*, Torino, 2007.

PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno resp.*, 2008, 64.

QUADRI, La Responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale , Milano, 2000.

REALMONTE, Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, Milano, 1967.

RESCIGNO, Obbligazioni. Enciclopedia del Diritto, XXIX, 1979, 128 ss.

RODOTA', Il problema della responsabilità civile, Milano, 1960.

RODOTA', Obbligazioni. Enciclopedia del Diritto, XX 1969.

ROMANO, Commentario sistematico al codice penale, Milano, 1995.

ROSSELLO, Il danno evitabile, Padova, 1990.

ROSSETTI, Lungo i sentieri del nesso di causalità la Suprema corte liquida anche il suicidio. D&G - Dir. e Giust. 2000,f. 8, 6

ROSSETTI in La responsabilità civile - Principi e regole applicative, Milano, 2006.

ROXIN, La problematica dell'imputazione obiettiva, in ID Politica criminale e sistema del diritto penale, Esi, 1998.

SALVI, La responsabilità civile, in Trattato di diritto privato a cura di ZATTI e LUDICA.

SALVI, Responsabilità extracontrattuale, in Enc. del Dir., XXXIX, Milano, 1988, 1250, Milano, 1998, 170.

SALVI, Responsabilità extracontrattuale, in Enc. del Dir., XXXIX, Milano, 1988, 1250 ss.

SALVI, La responsabilità civile, in Trattato di diritto privato, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 1998, 171 ss.

SCHLESINGER, La ingiustizia del danno nell'illecito civile, in *Jus*, 1960.

SCOGNAMIGLIO, voce <<Responsabilità civile>>, in *Nuoviss. dig. It.*, XV, Torino, 1969, 649 ss.

SEAVEY, Mr. Justice Cardozo and the law of torts, in *Harvard law Rev.*, 1942, 72.

SJOSTROM – NILSSON, Il talidomide e il potere dell'industria farmaceutica, Milano, 1973.

SINISCALCO, Causalità (rapporto di), in Enc. del dir., 1960, 639.

SJOSTROM-NILSSON, Il talidomide e il potere dell'industria farmaceutica, Milano, 1973.

STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.

STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa, la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1268;

STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003.

STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali, l'attività medico-chirurgica*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1062 ss.

STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004.

STELLA, *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, ad vocem.

STELLA, *Commento agli artt. 40 e 41 c.p.*, in *CRESPI-STELLA-ZUCCALA'*, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 136.

TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano (Giuffrè) 1992.

TARUFFO, *La regola del "più probabile che non" come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano (Giuffrè) 2005.

TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

TASSONE, *La ripartizione della responsabilità nell'illecito civile*, Napoli, 2007.

TRAVAGLINO, *La giurisprudenza civile alla ricerca di un modello unitario di causalità*, Relazione all'incontro di studio su "La causalità", Roma 24-25 gennaio 2007, Roma, in www.csm.it.

TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.

VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 481 ss.

VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1998, 1011 ss.

VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 409 ss.

VARESE, *La relazione di causalità nei fatti del mondo giuridico*, *Temì romana* 1989, 1.

VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di Marinucci*, Milano (Giuffrè) 2006, p. 1994.

VISINTINI (a cura di), *I fatti illeciti*, (Cedam) Padova, 1999.

VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 583 ss.

VISINTINI, (a cura di) Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale,
Milano, 1984.

ZENO ZENCOVICH, La responsabilità civile da reato, Padova, 1989.

ZIVIZ, Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza, in Resp. civ. e prev.,
1998, 708 ss.

NOTE A SENTENZA

AGNINO,

Condotta omissiva e salvaguardia dei diritti dei terzi: la difficile individuazione della fonte dei doveri di agire, in *Corriere giur.*, 2008, 972, (nota a Cass. 31 marzo 2007, n.8051).

ALLEVA,

Questioni in tema di nesso di causalità naturale, in *Nuova giur. civ. commentata* 2001, I, 81 ss. (nota a Trib. Casale Monferrato 5 maggio 2000, Ghitta c. Giardina; Cass., sez. lav., 23 febbraio 2000 n. 2037, Casadei e altro c. Soc. Ats autotrasp. speciali).

ANTINOZZI,

- *Cose in funzione mediata o strumentali di danno*, in *Dir.e prat.assicur.* 1983, 443 ss. (nota a sent. Cass., Sez. III, 20 gennaio 1983 n. 567, soc. SAFAC c. Ministero giustizia).
- *Nesso di causalità*, in *Dir. e prat. assicur.*, 1980, 262 ss. (nota a sent. Cass., sez. III, 24 agosto 1978, n. 2964, Rocca c. Renè).

BONA,

Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi, in *Corriere giur.*, 2008, 35 ss. (nota a Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619).

BARNI,

Nesso causale nella responsabilità contrattuale del medico: se ne può davvero prescindere?, in *Riv. civ. e prev.*, 2008, 4, 255 ss. (nota a Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577).

CACACE,

L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale, in *Danno resp.*, 2003, 195 ss. (nota a Cass. pen. 2003, 1175).

CAPECCHI,

- *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione* in *Foro it.*, Rep. 2006, n.230 ed in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 492, (nota a Cass. 20 settembre 2006, n. 20328).
- *La prova del nesso di causalità nel danno da contagio di animali*, in *Nuova giur. civ. commentata* 2002, I, 409 ss. (nota a Cass., sez. III, 23 maggio 2001 n. 7026, Soc. agr. Fornasotto c. Farmacia Maria Assunta).
- *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *NGCC*, 2008, 161 e ss

CARUSO,

Illecita percezione di interessi e tutela aquiliana del credito, in *Foro it.* 1988,I,1189 (nota a sent. Cass., Sez. I, 14 luglio 1987 n. 6132, Cengarle c. Ministero tesoro e altro).

CONFORTINI,

Attività di polizia e responsabilità della pubblica amministrazione ex art. 2050, in *Foro it.*, Rep. 2007, n.293 ed in *Danno e resp.*, 2007, 679 (nota a Cass. 30 novembre 2006, n. 25479).

D'ALESSANDRO,

La perdita di chance secondo la Cassazione civile, una tutela della 'vittima' effettiva e praticabile, in *Foro it.*, 2004, 1403 e *Cass. pen.*, 2004, 2543 ss. (nota a *Cass. civ.*, sez. III, 4 marzo 2004, n.4400).

DALLATORRE,

Danno da contagio e nesso di causalità, in *Danno e resp.* 2001, I, 817 ss. (osservaz. a *Cass.*, sez. III, 24 aprile 2001 n. 6023, *Melis c. Buccellati e altro*; *App. Trento* 6 luglio 1999, *Az. osp. Bianchi Melacrino e altro c. Gioffrè*; *Trib. Monza* 14 ottobre 2000, *Ronchi c. Asl n. 30 Desio e altro*).

DE RENTIIS,

La verifica del nesso eziologico nell'illecito aquililiano, in *Giur. it.* 2002, I,1145 ss. (nota a *Cass.*, sez. II, 12 ottobre 2001 n. 12431, *Soc. Gadolla c. Cond. via Cantore n. 50 Genova Sampierdarena*).

DELLACASA,

Attività sportiva e criteri di selezione della condotta illecita tra colpevolezza ed anti giuridicità, in *Danno e resp.* 2003, f. 43, 529 ss. (nota a *Cass.*, sez. III, 8 agosto 2002 n. 12012 *Fregola c. Saliotti*).

FACCI,

La trasfusione di sangue ed il rapporto di causalità, in *Danno e resp.* 1999, I, 459 ss. (nota a *Trib. Parma* 30 settembre 1998, *Borrella c. Soc. Allsecures assicur. e altro*).

FILIPPI,

La pubblica amministrazione non è (sempre) responsabile per il decesso da overdose in carcere, in Resp. civ., 2008, 813 ss. (nota a Cass. 31 marzo 2007, n.8051).

FOFFA,

Il problema della causalità omissiva e l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei confronti dell'Ente proprietario della strada, in Danno e resp. 2003, f. 43, 738 (nota a Cass., sez. III, 15 gennaio 2003 n. 488, Mangora c. Soc. Autostrade concessioni).

FRANCO,

La tutela civile della salute dei lavoratori italiani inviati in zona di guerra: responsabilità solidale del datore di lavoro e del terzo e individuazione delle voci di danno risarcibile nel rapporto di lavoro, in Giust. civ. 1996, I, 2127 ss. (nota a sent. Pret. Parma 28 febbraio 1996, Bellini e altro c. Soc. Sorige perforazioni e altro).

GIANNINI,

La questione del nesso causale, la Suprema Corte e la strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi, in Resp.civ. e prev. 1992,364 (nota a sent. Cass., Sez. IV, 17 gennaio 1992, Toscano e altro).

GORGONI,

Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato, in Resp. civ. e prev., 2008, 849 ss (nota a Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577).

IZZO,

Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale, in Danno e resp, 2005, ss.

LASCIALFARI,

Causalità scientifica e causalità giuridica tra imputazione del fatto e risarcimento del danno, in *Corr. giur.*, 2000, 902 (nota a Cass. civ., 15 ottobre 1999, n. 11629).

LEPRI,

Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale in *Nuova giur.civ.commentata* 1991, I, 800 ss. (nota a sent. Cass., Sez. III, 1 febbraio 1991 n. 981, Formica c. soc. Unipol e altro).

MONATERI,

Nesso causale e determinazione della responsabilità, in *Resp.civ. e prev.* 1983, 456 ss. (nota a sent. Cass., Sez. Lav., 19 luglio 1982 n. 4236, Consorzio agrario provinciale Bologna c. Enasarco e altro).

NOCCO,

- *Il "giudizio di alta probabilità logica" nell'accertamento del nesso causale: prime applicazioni* in *Danno e resp.* 2003, I, 1208 ss. (nota a Cass., sez. IV pen., 3 ottobre 2002 (c.c.); 15 novembre 2002 (dep.), A.).
- *La 'probabilità logica' del nesso causale approda in sede civile*, in *Danno e resp.*, 2005, 57 ss (nota a Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n.4400).
- *Causalità:dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, La Cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno e resp.*, 2006, 1238 ss. (nota a Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2006, n. 11755).

PUCELLA,

- *I difficili approdi della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, II, 453 ss. (nota a Cass. 13 aprile 2007, n. 8826).
- *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 61 ss.

ROLFI,

Il nesso di causalità nell'illecito civile: La Cassazione alla ricerca di un modello unitario, in *Corr. giur.*, 2006, 2, 257 ss. (nota a Cass. n.7997 del 2007).

ROSSETTI,

Un nesso causale sconfinato per la "responsabilità medica". Può bastare una cartella clinica incompleta, in *D&G - Dir. e Giust.* 2000, 34 ss. (nota a Cass., sez. III, 13 settembre 2000 n. 12103, Brocchieri c. Taglioretti).

RUBINI TARIZZO,

Nesso di causalità e danno psichico, in *Giur.it.* 1991, I, 2, 53 ss. (nota a sent. Trib. Milano 13 luglio 1989, Ronzio c. Zambonati e altro).

SCODITTI,

Danni conseguenza e rapporto di causalità, in *Foro it.*, 2000, I, 1917 ss. (nota a Cass. civ., 15 ottobre 1999, n. 11629).

SPECIALE,

Risarcimento del danno a favore del datore di lavoro per malattia procurata al dipendente, in *Giur.merito* 1982, 589 ss. (nota a sent. Pret. Vercelli 17 ottobre 1980, soc. Siver c. Novasio).

TASSONE,

- *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali, Danno e resp.*, 5, 2009, 538 ss. (nota a Trib. Rovereto, 2 agosto 2008; Trib. Modena, 25 agosto 2008, n. 1271; Trib. Roma, 27 novembre 2008).
- *La Cassazione sottoscrive il “frazionamento della responsabilità” nel concorso fra causa umana e naturale*, in *Foro It.*, 2010 in corso di pubblicazione (nota a Cass., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975).

TASSONE-NICOTRA,

Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale, in *Danno e resp.*, 2007, 325 ss., (nota a Trib. Palmi, 11 febbraio 2006).

TEDESCHI GARDELLA,

Assistere la moglie: meglio pagare l'infermiera (nesso causale e danno mediato del marito), in *Giur.it.* 1991, I, 1, 1193 ss. (nota a sent. Cass., Sez. III, 7 gennaio 1991 n. 60, Dall'Olio e altro c. Compagnia assicurazioni Sicurtà).

VALCAVI,

Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile, in *Danno e resp.* 1998, II, 1007 ss. (nota a sent. Cass., Sez. II, 21 maggio 1997 n. 4511, Sebastiani c. Cicchi).

VITI,

Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità, in *Corr. Giur.*, 2004, 1022 ss. (nota a Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n.4400).

VINCIGUERRA,

Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica in *Danno resp.*, 2008, 788 ss. (nota a Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577).

ZENO-ZENCOVICH,

Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 362 ss. (nota a Cass. pen. 17 gennaio 1992, Silvestri).