

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Il nesso di causalità nel diritto civile e nel diritto penale

Quaderno 27

Volume a cura di Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Marisaria Maugeri e Gabriele Positano, componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura e di Giovanni Canzio Presidente emerito della Corte di cassazione e Marco Rossetti Consigliere presso la Corte di Cassazione

Contributo redazionale: Antonella Licheri, funzionario giudiziario della Scuola superiore della magistratura, e Vincenzo Esposito, nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura: Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Costantino De Robbio, Fabrizio Di Marzio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2023
ISBN 9791280600332

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori*

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Il nesso di causalità nel diritto civile e nel diritto penale

Quaderno 27

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Marco Rossetti	
Presentazione	11
Giovanni Canzio	
A vent'anni dalla sentenza " <i>Franzese</i> "	19
Rocco Blaiotta	
La causalità nel diritto penale	31
Enzo Vincenti	
La causalità nella giurisprudenza delle SS.UU. civili	41
Bruno Tassone	
Causalità materiale e causalità giuridica	57
Massimo Franzoni	
La causalità nella responsabilità civile	73
Lorenzo Locatelli	
La sostenibilità del danno da perdita di chance	89
Luigi Mastroberto	
Il rapporto di causalità in medicina legale"	103
Carlotta Conti	
Il nesso di causalità alla prova del processo penale: il tentativo di smentita come "metodo del dubbio"	125
Laura Mancini	
Causalità e processo civile	141

Gli autori

Rocco Blaiotta

Presidente di Sezione della Corte di cassazione

Giovanni Canzio

Presidente emerito della Corte di cassazione

Carlotta Conti

Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Firenze

Massimo Franzoni

Professore ordinario di Diritto civile, Università degli Studi di Bologna

Lorenzo Locatelli

Direttore della Scuola forense dell'Ordine degli Avvocati di Padova

Laura Mancini

Assistente di studio, Corte costituzionale

Luigi Mastroroberto

Medico legale

Bruno Tassone

Professore associato di Diritto privato, Universitas Mercatorum di Roma

Enzo Vincenti

Consigliere della Corte di cassazione

Presentazione

Il problema della causalità

1. Nel mondo del diritto si può dire della causalità quel che Pietro Metastasio cantò della fedeltà degli amanti:

*È la fede degli amanti
come l'araba fenice.
Che vi sia ciascun lo dice,
dove sia nessuno il sa¹.*

Definire *cosa* sia il nesso di causalità; individuare *se esso esista* in natura o sia una creazione dello spirito umano; stabilire come debba essere accertato in giudizio, sono tre interrogativi che hanno avuto risposte molto diverse e molto variabili nel tempo.

La causalità è dunque un argomento complesso, e gli argomenti complessi, per essere *pianamente* compresi, devono innanzitutto essere *pianamente* esposti.

Per risolvere il problema della causalità occorre dunque innanzitutto chiedersi: perché questo tema è *problematico*?

Lo è per tre ragioni principali: *anomia*, *relativismo* ed *ibridazione*.

2. In primo luogo, la causalità è una nozione *anomica*: la legge non ne dà la definizione, né detta criteri *generali* per il suo accertamento². Definire il nesso causale e stabilire i criteri del suo accertamento è dunque materia affidata al lavoro degli interpreti, i quali hanno manifestato su questo punto opinioni molto diverse.

In secondo luogo, la causalità è una nozione *relativa*: di causalità non si occupano solo i giuristi, ma anche i filosofi, gli scienziati, gli storici, i sociologi, i medici. La nozione di causalità cambia a seconda dell'angolo visuale dal quale la si guarda, o dello scopo per il quale la si utilizza. Se, ad esempio, la statistica ci dicesse che il 70% delle infezioni nosocomiali sono dovute a difettosa igiene del personale, un medico od un attuario concluderebbero di conoscere la causa più probabile delle infezioni ospedaliere. Ma se il giudizio di causalità dovesse essere espresso da un giudice, quella statistica, da sola, sarebbe inutile. Il giudice, infatti, non deve giudicare intere classi di eventi, ma solo un singolo caso, rispetto al quale la statistica non può essere decisiva.

¹ Metastasio, *Demetrio*, II, 3.

² Ad eccezione, secondo una opinione, della regola di cui all'art. 1223 c.c.

3. La terza ragione per la quale l'accertamento della causalità nel mondo del diritto è un problema discende dalle altre due, e consiste nello stabilire fino a che punto la nozione *giuridica* di causalità (quale che essa sia) debba o possa essere *ibridata* da altre scienze o discipline.

Alcuni, infatti, hanno ritenuto che, non essendo quella di "causalità" una nozione definita dalla legge, occorre volgersi altrove per comprenderne il contenuto: e dunque alla filosofia naturale, alla medicina, alla scienza. Ma il rimedio fu peggiore del male, perché se i giuristi discutono da due secoli sulla nozione di causalità, i filosofi ne discutono da due millenni: e ciascun può immaginare con che abbondanza di raffinate teorie, sottilissime distinzioni e complicati sistemi teorici.

Altri, all'opposto, hanno ritenuto che nel mondo del diritto non possa calarsi *sic et simpliciter* una nozione di causalità concepita in altri ambiti scientifici e per altri fini.

In primo luogo, perché filosofi e scienziati, per i propri fini, hanno necessità di ricercare e formulare definizioni *universali* della nozione di causalità, che al diritto non interessano: compito del diritto infatti è soltanto accertare se vi sia nesso causale tra *quella determinata* condotta e *quella determinata* conseguenza oggetto di giudizio, e non formulare teorie generali.

In secondo luogo perché molte delle teorie formulate in campo filosofico e scientifico, se applicate nel campo del diritto, porterebbero a risultati esageratamente iniqui, contrastanti col comune senso di giustizia e che finirebbero per addossare al responsabile d'un fatto illecito le conseguenze più onerose, risalenti ed impensabili (è, questo, ad es., il problema c.d. della *sovra-causalità*).

E tuttavia anche coloro che hanno seguito questa seconda e più ragionevole strada si sono trovati punto e daccapo, giacché una volta escluso che le regole della causalità nel mondo del diritto potessero esser dettate da filosofi e scienziati, restava pur sempre il problema di stabilirle, quelle regole: e per stabilirle non si poteva fare a meno di ricorrere alla filosofia ed alla scienza, sia pure *cum grano salis*.

La storia della nozione di "causalità" nel mondo del diritto, e la concezione che di essa attualmente applicano i Tribunali, sono dunque il risultato di un perenne movimento dialettico tra diritto e scienza.

Quest'ultima formula incessantemente le sue teorie; il mondo del diritto ne recepisce alcune ed altre no, salvo poi ripensarci con l'andar del tempo, riesumare le testi scartate, e scartare quelle per tanti anni applicate.

Potremmo paragonare questa vicenda all'estuario d'un fiume, in cui l'acqua dolce si mescola all'acqua salata del mare: allo stesso modo, le regole del diritto sulla causalità si sono spesso mescolate con le acquisizioni scientifiche sullo stesso tema. Talora le hanno assimilate, talaltra le hanno modificate, altre volte ancora le hanno rifiutate: ma sempre ne sono rimaste condizionate.

4. Nel mondo del diritto non è solo la *nozione* di causalità ad essere controversa e discussa. Lo sono anche i criteri di “accertamento” di essa. E qui già solo l’uso del linguaggio ingenera gli equivoci.

“*Accertare il nesso di causa*” infatti non è un’espressione né corretta, né felice.

Il nesso di causalità è un giudizio che sta nella testa dell’uomo, non un fatto che esiste in natura. Del nesso di causa si potrà dunque dire che venga “*ipotizzato*”, o “*stabilito*”, o “*valutato*”, ma non che venga “*accertato*”.

Come debba compiersi questo giudizio sulla causalità è, anch’esso, problema che non può risolversi unicamente sulla base delle regole scientifiche o delle speculazioni filosofiche.

Il diritto è infatti un sistema di regole, e nessuna di queste “appalta” interamente alla filosofia od alla scienza il compito di accertare il nesso di causalità: sia perché, come s’è detto, scienza e filosofia non sono affatto concordi nella definizione di “causalità”, mentre l’ordinamento giuridico, per quanto possibile, deve preconstituire regole finalizzate a garantire la certezza del diritto; sia perché ogni ordinamento giuridico è permeato da esigenze e scopi di equità, convenienza e bilanciamento degli interessi, le quali sfuggono a qualsiasi irragionevolezza scientifica.

La scienza può dirci se un ritardo di 30 minuti nell’esecuzione di un parto cesareo può essere sufficiente a provocare l’ipossia cerebrale del feto, ma il responso che ci fornisce è sempre una regola astratta: valida per la generalità dei casi (*causalità generale*), ma non necessariamente anche per il caso specifico sottoposto all’osservazione del giudice (*causalità singolare*).

Dunque, la prima regola da tenere presente, addentrandoci nel tema dell’accertamento della causalità, è che quest’ultima deve sempre restare un concetto giuridico e non metagiuridico. Va ricavata dalla legge, e non dalle speculazioni filosofiche. Scienza e filosofia possono integrare la legge e aiutare l’interprete a stabilirne l’effettiva portata, ma giammai sostituirla.

Oggi tuttavia, dopo reiterati interventi delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, credo di poter dire che si sia raggiunta una sufficiente omogeneità su *quattro principi generali*, che debbono presiedere al giudizio di causalità.

5. Il primo principio è che il nesso di causalità deve essere sempre *giuridicamente* certo. Un nesso ipotetico, probabile, eventuale, non consente di affermare la responsabilità civile.

Attenzione, però, ad intendersi sul concetto di “*giuridicamente certo*”. La “certezza giuridica”, in materia di causalità, sussiste in tutti i casi in cui il fatto dannoso appaia essere una conseguenza *ragionevolmente probabile* della condotta umana. Nel mondo del diritto, la probabilità logica è equivalente alla certezza. Il nesso di causa va dunque escluso quando esso appaia non già probabile, ma solo possibile.

Il secondo principio generale è che l'accertamento della causalità – segnatamente, tra inadempimento (od illecito) e danno – va compiuto a prescindere da qualsiasi giudizio sulla natura colposa o meno della condotta. Deve essere un giudizio “sterilizzato” da qualsiasi valutazione in termini di rimproverabilità del comportamento tenuto dall'offensore.

Il terzo principio è che nozione di causalità rilevante nel mondo del diritto è quella *condizionalistica*: un fatto si deve dire causato da una condotta quando, senza quest'ultima, il fatto non si sarebbe verificato.

Il quarto principio è che questo *condizionalismo* non è puro, ma *qualificato*. Il condizionalismo puro è la *condicio sine qua non*: se Tizio cade in una buca del manto stradale a Roma, la colpa è di Romolo che la fondò. Il condizionalismo qualificato è quello mitigato da criteri idonei a limitare gli effetti paradossali (la c.d. *sovracausalità*) del condizionalismo puro, quali il criterio della causalità adeguata; il criterio dello scopo della norma violata; il criterio della preponderanza dell'evidenza.

6. Ho parlato sinora “della causalità” nel mondo del diritto, ma avrei dovuto dire “delle causalità”.

Causalità civile e causalità penale, infatti, sono divenuti ormai due mondi diversi, distanti e poco comunicanti. E non è detto che sia un bene.

Per lungo tempo, infatti, il tema della causalità nel diritto civile è stato caratterizzato da due atteggiamenti dei giuristi che, concorrendo fra loro, lo hanno isterilito:

- (a) la proclamata dipendenza della causalità civile dalle regole del diritto penale;
- (b) la proclamata indipendenza della causalità giuridica dall'epistemologia e dalle leggi scientifiche.

Sotto il primo profilo, si affermava che nell'ordinamento giuridico le uniche norme sulla causalità *materiale* (quella, cioè, che lega la condotta dell'uomo all'evento di danno³) erano quelle contenute negli artt. 40 e 41 c.p., e si recepivano di conseguenza le tesi (e le oscillazioni) della giurisprudenza penalistica, anch'essa per molti anni avviluppata nelle discussioni e distinzioni tra causa adeguata, umana, efficiente, prossima e remota.

Sotto il secondo profilo, la giurisprudenza (su questo confortata da certa dottrina) rivendicava con miope supponenza la “autonomia” della scienza giuridica dalle scienze naturali e dalle speculazioni filosofiche, ammettendo che al massimo queste ultime potessero svolgere un ruolo ancillare (leggasi: sovvenire al giudice in qualche caso specifico), ma mai sottrarre al diritto il compito di dettare

³ Sulla distinzione tra causalità materiale e giuridica si veda più ampiamente *infra*, §§ 3.4 e ss..

le *sue* leggi di causalità. Principio, quest'ultimo, verissimo nel presupposto (non esiste infatti una "*idea pura*" di causa, valida per lo storico, il medico, l'attuario, il fisico, il giurista; la nozione di causa varia al variare dello scopo per il quale la causalità è indagata), ma che in qualche caso è stato utilizzato come un usbergo per celare null'altro che il più cieco empirismo.

Poi venne Federico Stella.

Le sue teorie vennero formulate in un celebre saggio del 1975⁴, ed erano incentrate sui seguenti punti:

- a) nel mondo del diritto la causalità è sempre una *causalità condizionalistica*. Ciò vuol dire che essa deve dirsi sussistente solo quando possa affermarsi che, se fosse mancata la condotta, non si sarebbe verificato l'evento;
- b) il giudizio condizionalistico (o controfattuale) appena indicato va compiuto supponendo note e ammesse tutte le ulteriori condizioni da cui poteva dipendere l'evento, sicché il giudice è esonerato dal doverle indagare ogni volta una per una (regola del "*coeteris paribus*");
- c) il giudizio controfattuale è soddisfatto sia quando possa affermarsi che *certamente* senza la causa A, non si sarebbe verificato l'evento B; sia quando possa affermarsi che *probabilmente* senza la causa A, non si sarebbe verificato l'evento B;
- d) la *probabilità* che precede non è però una probabilità statistica. Se la statistica ci dice che il 98% delle persone sottoposte ad un intervento di osteosintesi guariscono senza complicazioni osteomielitiche, ciò non basta evidentemente per concludere che se dopo l'intervento di verifica una osteomielite, ciò è causalmente imputabile alla condotta del chirurgo. La probabilità in base alla quale compiere il giudizio sulla causalità è una *probabilità logica* o "credibilità razionale".

Mentre la probabilità statistica è un fatto, la probabilità logica è un giudizio di plausibilità, pari al "*grado di fiducia*" che può essere attribuito all'ipotesi causale.

Le teorie di Federico Stella influenzarono la giurisprudenza: le Sezioni Unite penali della Corte di cassazione le hanno infatti recepite, sia pure in parte⁵.

In ambito penale, dunque, per la Corte di cassazione la causalità tra condotta ed evento va dichiarata sussistente in tutti i casi in cui, senza la condotta, l'evento non si sarebbe verificato, e dunque secondo la tradizionale teoria della *condicio sine qua non*.

⁴ Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale: il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano 1975; il volume venne riedito nel 1990 con l'aggiunta del saggio *La nozione penalmente rilevante di causa*.

⁵ Cass. pen., sez. un., 10.7.2002 n. 30328, imp. *Franzese*, in *Foro it.*, 2002, II, 601.

Tuttavia, per stabilire questo rapporto di condizionamento, il nesso di causa non può ritenersi esistente sol perché la statistica indica un certo effetto come “probabile” conseguenza di una condotta; ma può dichiararsi solo quando la condotta alternativa corretta, che il responsabile avrebbe dovuto tenere e non tenne, avrebbe evitato il danno con “*alta credibilità razionale*”: vale a dire con quasi assoluta certezza.

7. Una volta raggiunto dalla giurisprudenza penale questo approdo, tutti ci saremmo aspettati che la giurisprudenza civile facesse altrettanto, visto che da cent’anni veniva ripetendo (e continua a farlo tuttora) che la causalità anche in materia civile è regolata dagli artt. 40 e 41 c.p.

Invece non è stato così.

La Corte di cassazione in sede civile – anch’essa pronunciandosi a Sezioni Unite – ha adottato una nozione di causalità ben diversa da quella penalistica, e molto meno rigorosa sul piano dell’onere della prova. Per di più, tale nozione già ampia di causalità è stata ulteriormente allargata dalla giurisprudenza negli anni successivi all’intervento delle Sezioni Unite appena ricordato.

Il distacco della causalità civile da quella penale è avvenuto in due passaggi.

Il primo atto del divorzio tra la causalità civile e quella penale è iniziato con l’affermare che l’illecito penale ha una struttura diversa da quella dell’illecito civile, per concludere che la causalità tra condotta e danno è “interna” al primo, ed “esterna” al secondo. Spieghiamo meglio questo concetto.

Per affermare la responsabilità penale – si disse – occorre accertare se la condotta umana abbia prodotto quell’evento (naturalistico o giuridico) che costituisce il fatto-reato. Il “fatto”, come si disse, in campo penale è “*interno alla fattispecie*”: vale a dire che ne è un elemento costitutivo.

Per affermare la responsabilità civile, invece, non basta accertare che la condotta ha leso un certo interesse, protetto dall’ordinamento. Occorre anche accertare se da quella lesione sono derivate conseguenze pregiudizievoli, cioè un danno. In sede civile la lesione dell’interesse protetto è la causa del danno, ma non il danno. Pertanto, se dalla prima non sono derivate conseguenze pregiudizievoli, oppure sono derivate conseguenze pregiudizievoli ma non risarcibili, nessuna responsabilità potrà mai sorgere.

Il secondo atto del divorzio tra causalità penalistica e civilistica fu affermare che la diversità di struttura tra l’illecito civile e quello penale produce effetti sul piano dell’accertamento del nesso di causalità. Ciò in quanto:

- (a) la responsabilità penale si fonda sull’esistenza d’un “fatto-reato”, ed esige l’accertamento (solo) del nesso di causa tra condotta ed evento;
- (b) la responsabilità civile si fonda sull’esistenza d’un “danno”, ed esige perciò l’accertamento non solo del nesso di causa tra la condotta e la lesione dell’interesse, ma anche del nesso di causa tra la lesione dell’interesse e il danno che ne è derivato.

Per affermare la sussistenza dell'obbligo risarcitorio occorre dunque accertare, *non uno, ma due* nessi di causa: quello tra la condotta illecita e la lesione dell'interesse, e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati.

Il primo viene chiamato "causalità materiale" o "causalità di fatto", ed è disciplinato dagli artt. 40 e 41 c.p.; il secondo viene chiamato "causalità giuridica", ed è disciplinato dall'art. 1223 c.c.;

(c) infine, quel che più rileva sul piano pratico, mentre in sede penale il nesso di causa può ritenersi provato solo quando sia soddisfatto il criterio dell'"*oltre il ragionevole dubbio*", in sede civile basta che sia soddisfatto il ben più lasco principio della *preponderanza dell'evidenza*, altrimenti detto "del più probabile che non" (sul quale si veda *infra*, § 3.6). Perché questa differenza di regole probatorie? Perché – secondo la S.C. nel processo civile "*i valori in gioco*" tra le parti contendenti sono "equivalenti", mentre nel processo penale sono "diversi"⁶.

Questi principi vennero abbozzati già negli anni '50 del secolo scorso dalla dottrina; vennero poi recepiti dalla giurisprudenza dapprima come meri *obiter dicta*; quindi, furono sanciti in modo compiuto dall'importante decisione pronunciata da Cass. civ., sez. III, 31.5.2003, n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 819 (seguita da molte conformi); infine vennero suffragati dall'autorità delle Sezioni Unite della Corte di cassazione⁷.

In definitiva, la storia recente della causalità in ambito civile potremmo riassumerla così: la filosofia della scienza ha influenzato Federico Stella; Federico Stella ha influenzato la giurisprudenza penale; la giurisprudenza penale *non* ha influenzato la giurisprudenza civile.

8. L'approdo dell'*excursus* appena tratteggiato a condotto ad alcune tranquillizzanti certezze, ma anche a nuovi problemi.

Delle certezze raggiunte, e del cammino fatto, danno conto innanzitutto gli ampi saggi di Rocco Blaiotta, Massimo Franzoni ed Enzo Vincenti. Qui il lettore troverà un *resumé* di tutto quel che c'è da sapere sull'evoluzione della giurisprudenza degli ultimi venti anni.

E veniamo ai problemi posti dalla concezione corrente di "causalità", e dei relativi criteri di "accertamento".

V'è, innanzitutto, il problema enorme della *competenza*: il giudice chiamato ad accertare il nesso di causalità non può più permettersi il lusso di ignorare del tutto logica e psicologia cognitiva, a pena di cadere nelle "degenerazioni emotive" contro cui mette in guardia il saggio di Carlotta Conti. Il problema del

⁶ Per una analisi critica di tale approdo si veda *infra*, § 3.11.

⁷ Cass. civ., sez. un., 11.1.2008, n. 576, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2533.

rapporto tra “il sapere” del magistrato ed “i saperi” degli esperti ha come corollario la necessità che il primo coordini e concili le proprie concezioni causali con quelle degli ausiliari di cui si avvale: altrimenti i due finirebbero per parlare lingue diverse. Tale problema è affrontato con riferimento specifico alla causalità nella medicina legale dal saggio di Luigi Mastroberto.

Il problema della “affidabilità” della distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica è affrontato nel saggio di Bruno Tassone, mentre lo scritto di Lorenzo Locatelli è dedicato ad una riflessione critica, assai ricca di spunti, sulla nozione di “danno da perdita di *chance*”.

Infine, il saggio di Laura Mancini è dedicato alle regole con cui l’esistenza del nesso di causa va dedotta (o negata) in giudizio; al riparto dell’onere della prova; allo spessore di quest’ultima, ed all’utilità delle massime di esperienza.

Marco Rossetti

A vent'anni dalla sentenza “*Franzese*”*

SOMMARIO: 1. Il contesto storico-culturale. – 2. La causalità: il modello condizionalistico. – 2.1 Una premessa di sistema. – 2.2. La crisi del modello classico – 3. La causalità fra diritto e processo: la sentenza “Franzese”. – 4. Criticità e valori di fondo del paradigma classico.

1. Il contesto storico-culturale

Sul finire del secondo millennio Tullio PADOVANI rilevava con preoccupazione come il fenomeno della *processualizzazione del diritto penale* stesse scardinando significativamente le tradizionali categorie sostanziali, segnando il netto e incontrastato “*dominio del processo sul diritto sostantivo*” e riservando “*per la zavorra del diritto penale il mare dell’oblio*”¹. Gli itinerari interpretativi della giurisprudenza di legittimità sembravano invero caratterizzati negli stessi anni non dalla opportuna interazione tra diritto penale e processo, bensì dall’attribuzione al secondo di un ruolo preminente rispetto al primo nel definire i termini effettuali della rilevanza penale delle condotte e della responsabilità degli agenti.

Si deve pertanto riconoscere che il Progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale, elaborato nel settembre 2000 e definitivamente approvato nella seduta del 26 maggio 2001 dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale presieduta da Carlo Federico GROSSO², venne a configurarsi come momento di profonda riflessione sistematica e di vera e propria svolta nella crisi dell’ermeneutica e dell’applicazione del diritto penale sostanziale.

* Il testo sarà inserito nel *Trattato breve sulla prova scientifica*, a cura di C. CONTI e A. MARANDOLA, di prossima pubblicazione ed. Giuffrè-Francis Lefebvre.

¹ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, *Indice pen.*, 1999, 527.

² L’articolato e la relazione del Progetto preliminare elaborato dalla Commissione Grosso sono pubblicati nel sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) sotto la voce *Strumenti/Commissioni di studio*.

Come risulta categoricamente affermato nelle premesse della relazione illustrativa, le proposizioni dell'articolato erano ispirate "dalla impronta garantista della tradizione liberaldemocratica" e centrate, tutte, sulla piena realizzazione dei principi di legalità e di colpevolezza. Ebbene, fra esse non furono rare quelle che, nel porre le premesse per le future opzioni da parte del legislatore e nel disegnare nuovi e più razionali modelli, esaltavano tuttavia, *de iure condito*, il dovere dell'interprete, relativamente a taluni istituti di diritto sostanziale, di fondare le prassi applicative sulla base di prospettive ermeneutiche già immanenti nell'ordinamento, ma fin ad allora pretermesse o non ancora compiutamente dispiegate negli orientamenti giurisprudenziali.

La Cassazione penale ebbe il merito di cogliere in non poche e importanti decisioni il segnale di novità contenuto, anche sotto il profilo metodologico, nelle linee fondamentali del disegno riformatore, recependone, nella formazione del diritto vivente, le chiare e condivisibili indicazioni per la soluzione interpretativa di talune questioni controverse di notevole rilievo.

2. La causalità: il modello condizionalistico

Il che avvenne con particolare riguardo alla rivisitazione della categoria – di primaria importanza nel diritto penale classico – della causalità.

2.1. Una premessa di sistema

Non esistendo una nozione ontologica di "causa", l'indagine sulla individuazione dei fattori che contribuiscono all'accadimento di un evento ha una evidente dimensione pratica e non può prescindere dallo specifico punto di vista dell'osservatore³.

Nell'area del diritto e del processo penale, l'indagine sulla spiegazione di un singolo e irripetibile evento, verificatosi *hic et nunc*, persegue lo scopo pratico di ascrivere la paternità di un fatto di reato a una persona, senza peraltro trascurare la concretezza delle differenti situazioni idonee a limitare la portata generalizzante e pervasiva del criterio di imputazione. Sicché, secondo il temperamento suggerito dalle teorie della "causalità adeguata" o della "causalità "umana"⁴, non si ritengono attribuibili all'agente i fattori esterni da lui non dominabili, anomali, atipici, imprevedibili, eccezionali.

In quella stessa area i tratti essenziali del concetto di causalità vanno inoltre misurati sul terreno dei principi costituzionali di responsabilità penale per fatto

³ G. LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Carocci, 1999.

⁴ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, 1934.

proprio o personale (art. 27 comma 1, Cost.) e di legalità o tipicità oggettiva degli elementi costitutivi del fatto-reato (art. 25 comma 2, Cost.), che vanno puntualmente accertati nel processo sulla base delle informazioni probatorie e del sapere esperienziale e scientifico disponibile.

Lo statuto delle spiegazioni causali dell'evento lesivo del bene giuridico protetto risulta disegnato in due sole norme del codice penale risalente al 1930, gli articoli 40 e 41, che sono articolate in brevi ed efficaci disposizioni e che, sembrando scolpite nel marmo, sono state fatte salve da ogni progetto di riforma del codice penale avviato negli ultimi decenni. Le due norme, intitolate rispettivamente al "rapporto di causalità" e al "concorso di cause"⁵, prestano adesione alla teoria condizionalistica della "*conditio sine qua non*" (*causa but for* nei sistemi di *common law*), il cui sviluppo rinvia a una duplice dimensione – logica e scientifica – della causalità.

L'imputazione dell'evento consegue dunque agli esiti inferenziali del procedimento logico di astrazione controfattuale, che fa ricorso allo schema di eliminazione mentale del fattore condizionante, ed è sorretta dal riferimento a leggi scientifiche di copertura, che svolgono una funzione delimitativa dei confini dell'illecito penale, consentendo di selezionare nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate le condotte tipiche penalmente rilevanti.

Nella quasi generalità dei sistemi giuridici europei e anglosassoni lo statuto logico della causalità risulta invero integrato, nella sua dimensione scientifica, dalla sussunzione della spiegazione sotto "leggi di copertura" (*Covering Law Model*)⁶. Nella consapevolezza, peraltro, che il sapere esperienziale e scientifico accessibile al giudice è costituito, oltre che dalle tradizionali e consolidate massime di esperienza, sia da leggi generali e universali (invero non numerose), che asseriscono nella successione di determinati eventi lineari e invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi statistico-quantitative o addirittura epidemiologiche (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica), 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.

Sebbene i postulati della fisica e della matematica contemporanee (EINSTEIN, PLANCK, HEISENBERG, GÖDEL) e il relativismo cognitivo (RUSSEL, WITTGENSTEIN) abbia-

⁵ M. ROMANO, *Artt. 40 e 41, in Comm. sist. del cod. pen.*, Giuffrè, 2004.

⁶ Sull'epistemologia del modello di causalità conforme a leggi scientifiche, cons. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975; ID., voce *Rapporto di causalità*, Enc. Giur. Treccani, Roma, XXV, 1991; nonché, per il "secondo" Stella, ID., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, 2001, 157.

no svelato, fin dagli inizi del XX secolo, i limiti dello statuto della causalità nel rapporto fra eventi, tanto l'ordinamento positivo quanto la scienza giuridica penalistica considerano tuttora irrinunciabile il modello condizionalistico. Ciò sul rilievo che le soluzioni offerte dal sapere scientifico classico – ad esempio, le leggi di NEWTON –, pur non estrapolabili per l'indeterminazione informativa delle grandezze relative a oggetti come gli atomi oppure a oggetti in moto con velocità prossima a quella della luce, sembrano ancora in grado di rispondere efficacemente ai più comuni problemi dell'esperienza quotidiana, attinenti ai fenomeni fisici, naturali e biologici.

Mette conto di rimarcare che al descritto paradigma della causalità sono rimasti fedeli tutti i progetti di riforma della parte generale del codice penale succedutisi nel tempo fin dal 1992: si vedano, rispettivamente, gli schemi predisposti dalle Commissioni ministeriali PAGLIARO, 1992, art. 10; GROSSO, 2001, artt. 13 e 14; NORDIO, 2005, art. 11; PISAPIA, 2007).

2.2. La crisi del modello classico

E però, le caratteristiche del modello causale hanno attraversato una fase critica nella giurisprudenza di legittimità sul finire del secolo scorso. Per talune materie e in particolare per l'attività professionale medico-chirurgica, cui non appartengono, di regola, parametri di correlazione dotati di standard euristici assoluti, e per la quale, a fronte della pluralità dei fattori che entrano in gioco e delle incerte diagnosi eziologiche, le rilevazioni statistiche ed epidemiologiche sono spesso strumenti decisivi per l'identificazione del nesso causale, tendeva ad essere valorizzata una ricostruzione della causalità in termini prognostico-probabilistici di non sicura affidabilità ovvero di imputazione oggettiva dell'evento, di fatto adesiva alla teoria dell' "aumento o mancata diminuzione del rischio" di matrice tedesca. Da un lato, si suggeriva lo slittamento verso quest'ultima area sulla base di una prognosi di pericolo *ex ante* e di apprezzamento della mera "causabilità", in contrasto con i principi costituzionali di legalità e responsabilità personale, che esigono invece la verifica *ex post* dell'effettiva rilevanza causale della condotta umana nella produzione dell'evento singolo. Per altro verso, al criterio di razionale e umana certezza, di alto grado di credibilità razionale, di probabilità confinante con la certezza, proprio del paradigma classico, si andava sostituendo nel ragionamento giudiziale lo schema delle "serie e apprezzabili", in realtà indefinite e mutevoli nelle percentuali e perciò incerte, probabilità di successo dell'intervento terapeutico doveroso richiesto, ma omissso, anche sulla base di limitate probabilità salvifiche (in un caso quantificate addirittura nella misura del trenta per cento). Così finendosi, ingiustificatamente, per trasformare illeciti di evento in reati di condotta o di mero pericolo di lesione del bene protetto.

Il modello causale, che quella giurisprudenza fondava sul criterio dell'“aumento o mancata diminuzione del rischio”⁷ di produzione dell'evento lesivo, conseguente al non corretto esercizio dell'attività professionale, intendeva indubbiamente rispondere alla esigenza valoriale di rafforzare la tutela penale in materie che coinvolgono beni giuridici di primario rilievo. Ma esso – come si avverte nella Relazione del Progetto *GROSSO* – non appariva rispettoso dei principi costituzionali di legalità e tipicità delle fonti e di personalità della responsabilità penale (Cost., artt. 25 e 27), definendosi come penalmente rilevanti anche eventi lesivi che non potevano essere ritenuti, dal punto di vista logico-scientifico, conseguenza “certa” della condotta terapeutica realizzata o omessa. E neppure dei principi strettamente processuali in tema di valutazione della prova e di statuizioni decisorie del giudice penale, conseguenti alla situazione di dubbio o d'incertezza probatoria (art. 192, commi 1 e 2, e 530 comma 2, c.p.p., ancor prima dell'introduzione della più rigorosa regola decisoria dell'“*al di là di ogni ragionevole dubbio*” di cui all'art. 533 comma 1).

La Commissione *GROSSO* aveva assunto una meditata posizione critica nei confronti delle richiamate applicazioni giurisprudenziali e aveva ribadito il tradizionale principio della *conditio sine qua non*, sottolineando anzi con particolare efficacia che anche gli enunciati sulla causalità nei reati omissivi debbono rispondere, come per i reati di azione, ai profili di condizionalità necessaria e soddisfare il requisito dell'alto grado di credibilità razionale non insidiata da plausibili ipotesi alternative.

L'art. 14 del Progetto preliminare recita nella versione originaria: “*1. Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo, se il compimento dell'attività omessa avrebbe impedito con certezza l'evento*”, precisandosi poi nella Relazione – in considerazione della forte valenza semantica del termine “*certezza*”, vincolante per un giudizio oggettivamente assoluto rispetto alla situazione controfattuale – “*probabilità confinante con la certezza che può ragionevolmente raggiungere*”. La norma, nella versione definitiva approvata dalla Commissione il 26 maggio 2001, conferma in tema di rapporto di causalità nei reati omissivi quest'ultima indicazione, ribadendo l'esigenza di un superamento di quegli indirizzi giurisprudenziali per i quali l'omissione antidoverosa sarebbe casualmente efficiente quando l'evento si sarebbe ottenuto con un qualsiasi, pure apprezzabile, grado di probabilità, anche se non prossimo alla “certezza”.

In presenza peraltro dell'inadempimento di obblighi giuridici di attivarsi, i quali fondano la tipicità dell'omissione antidoverosa da parte del titolare della

⁷ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1999, 32.

posizione di garanzia (per la quale cons. l'art. 18 del Progetto), e con riferimento alle tipologie delittuose correlate all'esercizio di attività professionali alle quali male si adatta uno schema troppo rigido della causalità materiale, si osserva tuttavia nella medesima Relazione che un giusto equilibrio fra tipicità e flessibilità della responsabilità commissiva mediante omissione potrebbe essere individuato anziché sul terreno della parte generale su quello della parte speciale del codice penale. Si auspica quindi l'introduzione di mirate, differenziate e sufficientemente tipizzate figure di "*delitti di rischio*" di mera condotta omissiva, per poter rispondere ad esigenze valoriali condivisibili di reazione contro inadempimenti colpevoli, anche gravi, ma dei quali sia dubbia la rilevanza causale rispetto al verificarsi dell'evento lesivo, in funzione del pericolo derivante dall'antidoverosa omissione ma, comunque, a salvaguardia del principio di responsabilità per fatto proprio.

3. La causalità fra diritto e processo: la sentenza "*Franzese*"

La solida contaminazione intellettuale fra sapere scientifico ed esperienziale, maturata nel laboratorio della riforma della parte generale del codice penale ad opera della Commissione *GROSSO*, riuscì ad abbattere il muro del reciproco e autoreferenziale dogmatismo della dottrina e della giurisprudenza. E s'incrociò con le rinnovate riflessioni che, proprio negli stessi anni, andavano maturando indiscussi Maestri, come Federico *STELLA* (il "secondo" *STELLA*) e Michele *TARUFFO*, insieme con giovani studiosi quali *Ombretta Di GIOVINE*, *Massimo DONINI* e *Rocco BLAIOTTA* (quest'ultimo, poi, divenne presidente della Quarta sezione della Cassazione penale ed estensore di importanti arresti giurisprudenziali), sui temi cruciali della causalità e della colpa, della prova e della decisione, della verità e del dubbio, della protezione dell'innocente.

Risultò allora vincente l'intuizione che le strutture delle categorie del diritto penale classico, per essere adeguatamente ricostruite, dovessero concretizzarsi verso il fatto, nel crogiuolo del processo penale.

E così la causalità, posizionata tanto al centro delle teorie della conoscenza quanto nel cuore del processo (di cui s'avvertì non essere affatto indifferente il modello del rito, accusatorio o inquisitorio), finì per evidenziare luminosamente la complessità della sua dimensione, sia logico-giuridica che scientifica, di elemento costitutivo del reato. Con il lineare corollario che anche il nesso causale non può non restare assoggettato allo stesso rigore dimostrativo che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato.

Fu questo, dunque, l'approdo ermeneutico cui pervenne vent'anni orsono la sentenza – pubblicata l'11 settembre 2002 – delle Sezioni unite penali "*Franze-*

se”⁸, la quale, realisticamente e fuori di ogni schema *a priori* di tipo deterministico e meramente deduttivo, espresso in aridi termini di probabilità statistico-numeriche, propone di misurare la spiegazione dell’evento sul terreno delle regole del paradigma indiziario⁹ e dei criteri di conferma dell’ipotesi accusatoria dentro il processo penale. Invero, nulla esclude che anche coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista, se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento del necessario nesso di condizionamento¹⁰. Nella prospettiva, alla luce della verifica induttiva e aggiuntiva della contingenza individuale dell’evento singolo, corroborata da concrete evidenze probatorie, di costruire inferenze e spiegazioni – di ordine non quantitativo ma qualitativo – dotate di “elevata credibilità razionale” o di “alta probabilità logica” circa la corrispondenza dell’enunciato di accusa ai fatti, invece di una utopistica “certezza” assoluta, umanamente non praticabile.

I principi affermati dalla sentenza “*Franzese*” hanno trovato costante e in-contrastata applicazione nella giurisprudenza successiva, fino ai giorni nostri, e sono stati esplicitamente ribaditi dalla più recente sentenza delle Sezioni unite “*Espenhahn*” del 2014¹¹.

⁸ Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, Rv. 222138-222139: “*Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l’azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l’interferenza di decorsi causali alternativi, l’evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. In tema di reato colposo omissivo improprio, l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all’evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell’omissione dell’agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell’evento lesivo comportano l’esito assolutorio del giudizio*”.

⁹ Sul più debole “paradigma indiziario o divinatorio”, contrapposto allo statuto scientifico forte del “paradigma galileiano”, C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in A. GARGANI (a cura di), *Crisi della ragione*, Einaudi, 1979.

¹⁰ Avverte acutamente G. SHAFER, *A Mathematical Theory of Evidence*, Princeton University Press, 1976, che “*probability is not about number, is about reasoning*”.

¹¹ Cass. pen., sez. un., 4 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn* e altri, Rv. 261103 (est. Blaiotta): “*Nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull’analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto*”). Da ultimo, cfr. Cass. pen., sez. IV, Sez. 4, n. 9705 del 15/12/2021, *Pazzoni*, Rv. 282855, ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

La dimensione logica e ipotetico-probabilistica della causalità è così chiamata a fare i conti, nel passaggio cruciale della conoscenza giudiziale, con i metodi, i fini, le regole e le garanzie del modello cognitivo del processo penale, quanto alla ricostruzione probatoria degli elementi costitutivi del fatto di reato, alla efficacia dimostrativa delle prove assunte nel contraddittorio, alla giustificazione razionale della decisione, allo standard probatorio necessario per la statuizione di condanna dell'imputato.

Sicché non sono indifferenti i metodi e le regole del rito. Invero, rispetto alle scheletriche categorie dell'abrogato codice di procedura penale di stampo inquisitorio (c.p.p. 1930, artt. 299, 474 n. 4, 475 n. 3 e 524 n. 3) e alle insufficienti regole del processo civile (c.p.c. 1940, artt. 115, comma 2, e 116, commi 1 e 2; disp. att. c.p.c., art. 118; c.c., art. 2729 comma 1) si palesa di ben altro spessore il più moderno statuto epistemologico del codice VASSALLI del 1989, nel quale la scienza (le leggi scientifiche di più o meno alto grado di attendibilità empirica), l'esperienza (le consolidate massime di esperienza, che formano il repertorio di conoscenze empiriche dell'uomo medio), la logica (i criteri d'inferenza, prevalentemente induttivi) e l'accertamento della verità di tipo "corrispondentista" (secondo la regola *BARD*¹²) risultano mediati dal principio di stretta legalità, nel prisma costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova.

Avvertono, infatti, le Sezioni unite che nel modello accusatorio del processo penale il giudice, ben oltre la tradizionale formula del "libero convincimento", è impegnato nell'operazione logico-esplicativa della *quaestio facti* propria dell'indagine causale alla stregua dei percorsi di tipo ipotetico-probabilistici disegnati dall'art. 192, commi 1 e 2, quanto alle linee del ragionamento probatorio, e dall'art. 546, comma 1 lett. e) c.p.p., per la doverosa ponderazione del grado di resistenza dell'ipotesi di accusa rispetto alle ipotesi antagoniste o alternative (*exceptio ex pluribus causis*).

L'accertamento della verità si pone, pertanto, sul terreno del giudizio di falsificazione o di conferma dell'enunciato di accusa e si fonda su un rigoroso confronto tra l'ipotesi e i fatti, mediante la ricerca e la valutazione delle più ampie informazioni probatorie, chiamate a corroborare la forza esplicativa dell'operazione controfattuale e delle leggi scientifiche di copertura¹³.

¹² Per la rilevanza del principio nelle democrazie postmoderne caratterizzate dalla c.d. società del rischio, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003.

¹³ In proposito, va anche richiamata l'importante sentenza Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010 n. 43786, Cozzini, Rv. 248943-944 (est. Blaiotta), che, nel condividere i noti criteri enunciati nel 1993 dalla Corte Suprema USA nella sentenza *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* per il vaglio

Avvertono infatti i teorici della logica formale che la probabilità assegnata è sempre relativa all'evidenza disponibile¹⁴, cioè alla qualità e quantità delle informazioni che, recando elementi aggiuntivi rispetto al *nomos* di base, lo sottodeterminano, particolarizzando l'evento nelle peculiari e irripetibili circostanze spazio-temporali del caso concreto.

D'altra parte, le coordinate di tale indirizzo teorico possono essere coerentemente collocate entro il moderno paradigma epistemologico della scienza, il cui schema critico-falsificazionista si coniuga con gli esiti del probabilismo logico¹⁵.

Con il lineare corollario che, poiché occorre pervenire alla conclusione, processualmente (e moralmente) “certa”, che la condotta dell'imputato è stata davvero condizione “necessaria” dell'evento, a lui per ciò attribuibile come fatto proprio, qualora l'ipotesi formulata dall'accusa non abbia retto all'urto della confutazione, l'incertezza o l'insufficienza probatoria e il non irragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta comportano la neutralizzazione dell'accusa e l'esito assolutorio. E ciò, ormai, non solo in forza del tradizionale canone “*in dubio pro reo*” (art. 530, comma 2, cod. proc. pen.), ma in ossequio alla regola decisoria di matrice anglosassone, recepita prima in talune decisioni della Corte di cassazione e poi normativamente positivizzata, secondo la quale “*il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*” (art. 533, comma 1 c.p.p., sost. dall'art. 5 legge 20 febbraio 2006, n. 46, c.d. legge *PECORELLA*)¹⁶.

Se le categorie del diritto penale sostanziale non possono essere piegate ad asserite esigenze processuali e a pretese difficoltà di prova o all'arbitrario convincimento del giudice, il deficit esplicativo non mette dunque in crisi lo statuto condizionalistico della causalità logico-scientifica, quanto piuttosto ne segna i confini, comportando una risposta assolutoria, sul rilievo dell'insufficiente grado di conferma dell'ipotesi prospettata dall'accusa, in perfetta coerenza con la presunzione di innocenza dell'imputato e, più in generale, con le

di affidabilità di una teoria o un metodo e di un *expert testimony*, ai fini della loro ammissibilità come prova scientifica nel processo, ne ha arricchito la portata, con riguardo alla fase della valutazione della prova scientifica, aggiungendo l'indipendenza e l'affidabilità dell'esperto, l'ampiezza e il rigore del dibattito critico che ha accompagnato la ricerca, le finalità e gli studi che la sorreggono, l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica ecc.

¹⁴ I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, 1999.

¹⁵ K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, 1998.

¹⁶ G. CARLIZZI, *La regola del ragionevole dubbio nel processo penale, con particolare riguardo al giudizio di cassazione*, *Foro it.*, 2021, II, 209.

fondamentali garanzie dettate dagli artt. 24, 25, 27 e 111 Cost. per il processo penale di stampo accusatorio¹⁷.

4. Criticità e valori di fondo del paradigma classico.

Il diritto vivente di fonte giurisprudenziale viene elaborato per offrire alla comunità dei giuristi – di cui resta culturalmente debitore – il “*precedente*”, come orizzonte d’intesa che si auspica condiviso e perciò utile per la soluzione dei futuri casi simili o analoghi.

Tuttavia, anche il più autorevole “precedente” rappresenta solo la soluzione più ragionevole che fino a quel momento è stata raggiunta e che resiste nel tempo fino a quando non ne venga acquisita una più persuasiva, più rispondente all’evoluzione della scienza giuridica e, perciò, ancor più ragionevole¹⁸. Sicché anche il precedente della sentenza *Franzese* non si configura affatto come una “gabbia della ragione”, sembrando viceversa avere aperto, nel divenire storico del diritto, percorsi di ricerca e scenari nuovi sia in dottrina che in giurisprudenza.

All’incrocio fra scienza e diritto e fra verità e dubbio si riconosce che, nel passaggio dall’ipotesi di accusa all’esito della sua conferma o falsificazione, secondo inferenze prevalentemente induttive e di valenza probabilistica, viene a snodarsi, seppure in forme nuove e moderne, il perenne dramma del giudicare in condizioni di incertezza probatoria, soprattutto laddove sono in gioco vicende di elevata complessità e rilevanza sociale.

Certo, il garantismo della teoria condizionalistica secondo il modello classico di spiegazioni causali supportate da leggi scientifiche e statistiche di copertura, implementato dalla ricchezza e pluralità delle informazioni individuali disponibili e dalla sicura esclusione di decorsi alternativi, continua a presentare varianti applicative e inediti capoversi, il cui scrutinio risulta, di volta in volta, davvero impervio non solo per l’interprete ma anche per il legislatore.

Basti pensare ai difficoltosi itinerari investigativi della causalità omissiva, per la doppia ipoteticità del giudizio controfattuale¹⁹; ai tuttora oscuri percorsi della

¹⁷ C. CONTI, *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia, Sistema penale*, 9 febbraio 2021; P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1229. Cons., volendo, G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: reasoning by probabilities*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Luparia, Cedam, 2022.

¹⁸ P. BORRÈ, *La Corte di cassazione oggi*, in *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, Torino, 1996, 157.

¹⁹ C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821.

causalità psicologica, nonostante le nuove metodologie di esplorazione funzionale del cervello come le neuroscienze cognitive²⁰; alla variabilità e indecifrabilità della trama causale in contesti caratterizzati, soprattutto nell'ambito delle scienze naturali come la medicina e la biologia, dalla complessità e pluralità dei fattori eziologici e talora da coefficienti probabilistici medio-bassi; all'incerto perimetro definitorio del concorso di persone nel reato e in particolare del "concorso esterno"²¹; alle condizioni e ai limiti di utilizzabilità dei risultati delle indagini epidemiologiche²²; al costante pericolo di slittamento della spiegazione causale verso la colpa²³; all'uso meramente retorico che si rinviene talora in giurisprudenza dell'espressione "probabilità logica", per argomentare il grado di persuasività dell'accertamento in ordine ad uno degli elementi della fattispecie²⁴.

Come pure, occorre sottolineare la divaricazione venutasi a creare fra il settore civile e quello penale, con riguardo allo schema differenziato della causalità affermatosi per l'illecito civile, in cui il criterio di collegamento fra condotta e evento, nonostante la comune esigenza di accertare il nesso causale di fatto, si atteggia prevalentemente atipico²⁵. L'orientamento instaurato dalla giurisprudenza penale con le Sezioni unite "*Franzese*", che hanno stabilito il criterio della

²⁰ M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, Dir. pen. contemp., 8 gennaio 2013.

²¹ Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005 n. 33748, Mannino, Rv. 231671: "*In tema di associazione di tipo mafioso, assume il ruolo di "concorrente esterno" il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'affectio societatis, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come "Cosa nostra", di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima. (In motivazione la Corte, rilevando come la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale, ha specificato che non è sufficiente una valutazione ex ante del contributo, risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma è necessario un apprezzamento ex post, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente)*".

²² L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*. Gestione del dubbio e profili causali, Giuffrè, 2007.

²³ D. CASTRONUOVO, *Colpa penale*, Enc. del dir., I tematici: Il reato colposo, a cura e con la Presentazione di M. DONINI, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, 200.

²⁴ G. BONIOLO, G. GENNARI, *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, Sistema Penale, 10/2021, 3.

²⁵ P.G. MONATERI, D. GIANTI, *Nesso causale [dir. civ.]*, Enc. Treccani, Diritto on line (2016).

probabilità confinante con la certezza nell'accertamento del rapporto causale, non viene recepito dalla giurisprudenza civile di legittimità, che, viceversa, ha ritenuto non applicabili nel relativo giudizio quei principi. E ciò in ragione delle asserite differenze – di struttura, funzione, valori in gioco e regole probatorie – tra la responsabilità civile e quella penale, che giustificerebbero anzi la divaricazione tra i criteri di accertamento della causalità penale e della causalità civile. Le Sezioni unite civili²⁶, oltre a ribadire il principio della distribuzione degli oneri probatori tra le parti nella responsabilità contrattuale, insieme con l'ammissibilità della prova per presunzioni del nesso causale, mutuano infine dal sistema nordamericano il criterio logico del "più probabile che non" (ispirato alla regola della normalità causale), secondo lo schema della probabilità relativa o della "preponderanza dell'evidenza".

E però, dopo un ventennio, sembra condivisibile l'assunto di quel fine giurista che è Massimo DONINI, secondo il quale le persistenti difficoltà probatorie di qualche settore, come quello medico-chirurgico (caratterizzato da complessità, multifattorialità, talora oscurità delle dinamiche: un problema di fatto, a ben vedere!) non giustificano, in difetto di una solida teoria causale sostitutiva, un mutamento generale della imputazione oggettiva, ancorata a parametri di mero rischio per l'attribuzione dell'evento.

Resta ferma l'idea di fondo, di matrice liberale e garantista, per la quale, in ossequio al principio costituzionale (ed etico) della responsabilità personale per fatto proprio, non possono confondersi concettualmente un "fattore di rischio", di cui non è provata l'efficacia eziologica *ex post*, e una "causa"²⁷.

²⁶ Sui peculiari e asimmetrici standard probatori della ricostruzione del nesso causale nel contesto ordinamentale della responsabilità civile, v. le sentenze Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-577-582-594, rispettivamente Rv. 600899-600903-600915-600921, in tema di responsabilità aquiliana del Ministero della salute per danni da trasfusione di sangue infetto.

²⁷ M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non è il prezzo del suo abbandono*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 498 ss., che, fra l'altro, raccoglie l'esortazione della Commissione Grosso per la costruzione di soluzioni legislative differenziate di parte speciale per talune fattispecie omissive di pericolo, nelle quali sia palese il disvalore dell'azione. Cons. anche, volendo, G. CANZIO, *A dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dire il diritto nel XXI secolo*, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2022.

La causalità nel diritto penale

SOMMARIO: 1. La dimensione contestuale della causalità. – 2. Una breve storia. – 3. La svolta condizionalistica. – 4. Criteri selettivi. – 5. Scienza, esperienza, probabilità. – 6. Ragionamenti causali. – 7. Il ragionamento predittivo della causalità omissiva. – 8. Orientare l'impegno del decisore.

1. La dimensione contestuale della causalità

La grande complessità del tema della causalità mostratoci magistralmente dal Prof. Laudisa rischia di generare nel giurista un complesso d'inferiorità. Per sfuggire almeno in parte a questo sentimento credo sia importante partire dalla considerazione che nell'idea di causa non vi è una ontologia che vada appresa ed applicata al mondo del diritto. In realtà l'idea di causa è modellata dalle esigenze di ciascuna scienza che ne fa applicazione. Dunque, nel discutere di causa occorre guardare al contesto di riferimento, allo specifico ambito di conoscenza che costruisce il proprio modello di articolazione di inferenze valide. In ciascun contesto si cerca di dare risposta ad interrogativi caratteristici, a peculiari bisogni informativi. A questi bisogni, a questi interrogativi occorre attingere per orientarsi.

Il diritto penale ha una sua caratterizzazione. Affronta interrogativi causali, ma con una specifica finalità: l'attribuzione all'agente della paternità dell'evento quale condizione per l'inflizione di una grave punizione. Per questo l'indagine causale assume una particolare intensità. I temi della certezza della verità campeggiano talvolta drammaticamente.

L'indagine riguarda un fatto storico, determinato. Non una classe di eventi. Ma la ricerca di condizioni di umana certezza del giudizio causale avvicina la dottrina della causalità giuridica al mondo della filosofia della scienza, dove pure si discute molto di verità, certezza, probabilità.

In questa ottica di contestualità, prima di procedere oltre, occorre fortemente sottolineare che i principi che noi utilizziamo nella materia causale sono modellati dagli specifici bisogni della scienza penalistica. E che, quindi, non c'è da meravigliarsi che l'idea di causa del diritto penale sia diversa da quella del diritto civile che, evidentemente, persegue fini ben diversi da quelli dell'ordinamento

punitivo. Per lo stesso motivo non ci si deve sgomentare di fronte al fatto che nel diritto penale si parli di causalità materiale, causalità della colpa, causalità nel concorso e nella cooperazione colposa con differenti significati, con diverse caratterizzazioni che sono per l'appunto il frutto di distinti bisogni analitici generati dalla diverse figure della dogmatica.

2. Una breve storia

Per ciò che riguarda la causalità materiale che qui ci interessa è sufficiente rammentare che il nostro codice ce ne dà una definizione in chiave logica, condizionalistica; temperata attraverso la formula dell'art. 41 capoverso di cui si avrà modo di parlare nel prosieguo. Tuttavia, in questa discussa scelta non vi è nulla di ontologico. Basti pensare che per oltre venti secoli il mondo del diritto ha avvertito esplicitamente o implicitamente l'approccio condizionalistico.

Senza andare troppo indietro, il diritto penale ottocentesco proponeva una teoria della causalità per quote, o causalità concausale o causalità aritmetica. Questa teoria era portatrice di una istanza di mitigazione, era sentita come profondamente umanistica e realistica; in contrapposizione esplicita rispetto alla causalità condizionalistica che veniva ritenuta "sovversiva delle massime del diritto, severissima, violatrice della relazione tra delitto e pena", per ripetere il lessico di Puccioni, un grande giurista dell'epoca.

Qual era la scena? Quali erano le massime del diritto? Era paradigmaticamente l'omicidio originato da lesione non letale che giungeva a morte per il sopravvenire di alcuni fattori causali: l'errore del medico, la trascuratezza del paziente, la condizione di morbosità preesistente, altro accidente fortuito. L'esempio ricorrente era quello della persona che, lievemente ferita dall'avversario, si portava in ospedale per una banale cura ma quivi veniva a morte a causa di un improvviso, violento incendio. In queste situazioni l'istanza di mitigazione richiedeva che l'offensore rispondesse *de vulnere e non de occiso*; cioè della porzione di danno cagionata dalla sua condotta.

L'istanza di mitigazione di cui parliamo richiedeva di distinguere e pesare (per così dire) le diverse cause o meglio i diversi fattori causali. Questa ponderazione del ruolo eziologico delle diverse condizioni implicava l'introduzione di criteri di valore e non di carattere logico. Si criticava il condizionalismo di Stuart Mill. Si affermava che è "ripugnante" che si risponda di un evento cagionato solo in parte.

Questo approccio, che trovava ascendenza addirittura nel diritto romano e poi nel diritto comune ed era corrente tra i giureconsulti del diciannovesimo secolo, si rinviene nella codificazione preunitaria e nel Codice Zanardelli. Nella sua relazione il Guardasigilli affermava che è "savio, prudente e giusto" preve-

dere la minorante delle concause, ripugnando al senso di giustizia” la soluzione logico-condizionalistica.

Sul piano teorico diversi studiosi tentarono di organizzare istituzionalmente, di generalizzare questo approccio, con teorie affini che, inevitabilmente, conducevano ad identificare diverse categorie di cause o condizioni. Si parlava di “causa sufficiente, causa ultima determinante, di causa parziale, di causa incompleta, di causa cooperante, di porzione di danno”. Lo Stoppato, autore della più importante monografia sulla causalità, distingueva tra causa, occasione, condizione e faceva leva sull’aristotelica categoria della causa efficiente.

Questo variegato approccio determinò diversi fraintendimenti ed una grande confusione, anche linguistica. In breve, non si riusciva a categorizzare e generalizzare in modo lineare le storiche linee guida che riguardavano le degenerazioni del processo causale nel caso paradigmatico del ferimento, sicché il momento valoriale implicato nelle elaborazioni teoriche conduceva ad esiti applicativi incerti e spesso non persuasivi, intuitivi.

3. La svolta condizionalistica

Verso la fine del secolo diciannovesimo B. Alimena espresse un reciso giudizio critico nei confronti delle elaborazioni teoriche cui si è fatto cenno: basta concettualizzazioni vaghe che non riescono ad elaborare criteri condivisi e di agevole applicazione. L’Autore ritenne che l’unico possibile rimedio contro le incertezze teoriche ed applicative fosse costituito dalla causalità condizionalistica: tutte le condizioni logiche dell’evento sono causali, tranne che nella catena causale intervenga un fattore che “spezza” l’intreccio tra i diversi anelli. Questo fattore interruttivo veniva definito in termini di indipendenza, novità, lontananza. La strada del cambiamento era segnata.

Il codice Rocco ha accolto la causalità logico-condizionalistica e la ha temperata attraverso la formula dell’art. 41 capoverso che, dopo qualche iniziale discussione, è stato concordemente interpretata come allusiva a fattori che, appunto, interrompono il nesso condizionalistico.

La logica condizionalistica (o dell’equivalenza causale) è equanime, controllabile. Non c’è soluzione intermedia tra l’essere o non essere. È l’antidoto contro soluzioni suggestive, intuitive, affidate all’imponderabile soggettivismo del giudice. Essa ha però inconvenienti di diverso segno:

- 1) può addirittura risultare “eversiva della tipicità penale” (per ripetere l’espressione di G.A. DE FRANCESCO) per la sua capacità di estendere senza misura il novero delle condizioni rilevanti, per la sua algida indifferenza al “valore” delle diverse condizioni.

- 2) al contrario, può proporre un ideale difficilmente raggiungibile nei contesti probabilistici come quello della causalità omissiva, come si tenterà di mostrare nel prosieguo.

4. Criteri selettivi

Come è noto la categoria dei fattori “interruttivi” di cui all’art. 41 capoverso è stata magistralmente tematizzata da Antolisei con la teoria della causalità umana: il nesso causale è spezzato quando assumono evidenza fattori assolutamente eccezionali ed imprevedibili che sfuggono al governo da parte dell’agente umano. Questo criterio selettivo era deliberatamente vago, adattabile a contingenze non preventivamente catalogabili, e per tale ragione ha avuto grande successo nella prassi. I repertori di giurisprudenza recano innumerevoli massime che a tale studio si ispirano.

Chi scrive ha condotto uno studio sui non molti casi nei quali la Corte di cassazione ha fatto applicazione della teoria della causalità umana; e ne ha tratto la constatazione che quasi mai si era in presenza di fattori assolutamente eccezionali ed imprevedibili; ed anche nei casi in cui si era di fronte ad accadimenti rari, atipici, le ragioni profonde dell’esclusione del nesso causale erano dovute fondamentalmente a due criteri costituenti espressione della teoria del rischio.

Davvero in breve, il primo fattore è costituito dal criterio selettivo della competenza: vi è l’assenza di competenza gestoria dell’attività rischiosa nella quale è scaturito l’evento. Qui si introduce un limite all’imputazione, ulteriore rispetto a quello dato dalla mera connessione eziologica e dalla prevedibilità.

L’altro fattore è costituito dal sopravvenire di un rischio nuovo o completamente esorbitante rispetto a quello originario, solitamente dovuto ad un comportamento della vittima. Si tratta di una contingenza particolarmente visibile nel campo della sicurezza del lavoro in relazione al comportamento scriteriato del lavoratore.

La parola d’ordine che emerge da questo scenario è “separazione” più che interruzione.

Questo approccio è penetrato nella giurisprudenza a partire dalla sentenza Lovison del 2007 ed è stato infine fatto proprio dalle Sezioni unite nella sentenza relativa al caso ThyssenKrupp. In particolare, il criterio della competenza ha importanti applicazioni: esercita un ruolo selettivo, limitativo, specialmente nelle organizzazioni complesse che vedono la presenza di innumerevoli figure di garanti. Uno strumento concettuale nuovo che costituisce un antidoto contro la spropositata e criticata proliferazione delle imputazioni che si riscontra nella prassi.

5. Scienza, esperienza, probabilità

Problemi causali di tutt'altra natura sono insorti quando la giurisprudenza ha dovuto occuparsi di illeciti il cui accertamento richiede l'utilizzazione (nell'indagine causale) di leggi scientifiche o di generalizzazioni esperienziali (le cosiddette massime d'esperienza) a carattere probabilistico tipiche, ad esempio, del contesto biomedico.

L'affacciarsi del giudice sul mondo della probabilità suggestivamente evocato dal Prof. Laudisa ha suscitato un grande disorientamento; ed imposto di confrontarsi, da profani, con temi e problemi di straordinaria complessità, estranei al mondo del diritto ed invece molto studiati (come accennato) nel campo dell'epistemologia e della filosofia della scienza.

La quarta Sezione della Corte di cassazione si è occupata di condotte omissive del terapeuta che avrebbero avuto limitate probabilità di evitare un evento avverso, a causa informazioni scientifiche di contenuto probabilistico. Qui si sono posti diversi interrogativi. Nelle inferenze causali si possono utilizzare generalizzazioni non universali e quindi probabilistiche, comprese le massime d'esperienza? E, nell'affermativa, tale utilizzazione può aver luogo anche nel campo della causalità omissiva? Ed eventualmente in che modo?

La Corte di legittimità, a partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo, ha ritenuto la praticabilità del modello probabilistico di causalità. Si è ritenuto che al criterio della certezza degli effetti della condotta si possa sostituire quello della probabilità: il rapporto causale esiste anche quando l'opera del sanitario avrebbe avuto non già la certezza ma solo serie ed apprezzabili possibilità di successo. Si è tratto argomento dalla necessità di protezione della vita umana e dalla peculiarità della professione medica, caratterizzata dalla imponderabilità degli esiti di qualunque atto. Si sono aggiunte ed hanno acquisito peso preminente argomentazioni connesse alle specificità della causalità omissiva; ed al carattere ipotetico del procedimento logico consistente nell'eliminazione mentale dell'omissione e nella sua sostituzione con l'azione impeditiva astrattamente idonea secondo un criterio di regolarità causale. È il carattere ipotetico del controfattuale che rende inevitabilmente probabilistico il nesso causale. Tale approdo si è spinto sino ad affermare la relazione causale in casi nei quali la probabilità di successo della condotta doverosa sarebbe stata assai limitata.

A fine secolo la Corte di cassazione ha avviato la revisione critica dell'indirizzo probabilistico. Si è affermato che anche in campo medico il condizionamento esiste solo quando l'intervento sanitario omissivo avrebbe con certezza evitato l'evento. È richiesto un legame di connessione necessaria conformemente al modello condizionalistico. Si radica qui il contrasto giurisprudenziale successivamente risolto dalla nota sentenza francese delle Sezioni unite.

Un altro collaterale dibattito ha riguardato, tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina, la possibilità di utilizzare nelle inferenze causali leggi o regole esperienziali non universali, bensì probabilistiche. In tale dibattito si è inserita l'opera di un grande giurista, Federico Stella, che ha autorevolmente sostenuto l'impossibilità di utilizzare leggi scientifiche probabilistiche, che sono portatrici di incertezza che si trasmette inevitabilmente alla conclusione dell'inferenza causale. Si tratta di un approccio ispirato dal neopositivista modello nomologico-deduttivo di spiegazione causale, che ha suscitato interrogativi ed incertezze nella giurisprudenza.

Ambedue le questioni indicate sono state risolte dalla nota sentenza Franzese delle Sezioni unite. La pronuncia è tanto nota che è sufficiente dirne l'essenziale. Per ciò che riguarda le generalizzazioni probabilistiche scientifiche ed esperienziali se ne afferma senza incertezze la utilizzabilità. La spiegazione causale si radica in un'ipotesi (l'abduzione) che trova il suo banco di prova nell'induzione, cioè nel riscontro desunto dai fatti specifici, dai segni di ciascuna che possono confermare o falsificare l'ipotesi stessa. Il giudizio finale deve essere caratterizzato da elevata probabilità logica, *id est* da qualificata credibilità razionale.

Per ciò che riguarda la causalità omissiva la Corte ne pone in luce la forte componente normativa. Tuttavia, tale diversità rispetto alla causalità commissiva non giustifica l'erosione del paradigma causale condizionalistico. Le incertezze della giurisprudenza non mettono in crisi lo statuto nomologico e condizionalistico, bensì la sua verifica processuale. Si aggiunge che il concetto di causa penalmente rilevante si rivela debitore rispetto al momento dell'accertamento processuale. Su questo piano si collocano le già evocate considerazioni di carattere epistemologico a proposito di induzione, abduzione, probabilità statistica e probabilità logica.

In breve, il senso della pronuncia è che l'imputazione oggettiva vuole, tanto nell'azione che nell'omissione, la certezza che, tuttavia, deve essere colta sul piano dell'accertamento, secondo lo stile della giurisprudenza, in termini di credibilità razionale, di probabilità logica della ricostruzione del fatto e non di approssimazione aritmetica alla certezza.

6. Ragionamenti causali

La soluzione indicata è da condividere nelle sue linee portanti. Va tuttavia segnalato che attorno all'idea di probabilità logica si sono insediate alcune pericolose ambiguità. In alcune pronunzie anche recenti si accredita più o meno consapevolmente l'idea che la probabilità logica sia una probabilità numerica vicina a cento, così tradendo la portata della pronuncia di legittimità che, come si è detto, confuta l'approccio statistico e promuove una idea baconiana e non

pascaliana della probabilità. Inoltre occorre aggiungere che, come ci ha insegnato Taruffo, l'evocazione della probabilità logica è solo un punto di partenza metodologico, che indirizza verso una serrata ricerca di corroborazione dell'ipotesi alimentata dalla generalizzazione attraverso la ricerca appassionata di fattori di crisi dell'ipotesi.

La pronunzia, d'altra parte, non tematizza le importanti differenze tra l'indagine esplicativa della causalità commissiva e l'indagine predittiva della causalità omissiva. Esse utilizzano diversamente le generalizzazioni nomiche o esperienziali. Nelle inferenze esplicative si può far uso di generalizzazioni probabilistiche, purché esse conducano ad una spiegazione coerente con gli elementi di fatto presenti sulla scena e non insidiata da alternative ipotesi causali. Invece, nelle inferenze predittive assume ben maggiore peso, ai fini del giudizio prognostico, il coefficiente probabilistico che contrassegna la generalizzazione inerente a casi simili. Sono quindi rimasti aperti alcuni importanti interrogativi che riguardano, al fondo, la possibilità di raggiungere nel giudizio controfattuale l'ideale della certezza, quando essa riguarda l'attitudine salvifica di una condotta che le informazioni statistiche indicano come efficiente in un numero limitato di casi.

7. Il ragionamento predittivo della causalità omissiva

Attorno a questi interrogativi si è sviluppata la riflessione successiva sia in dottrina che in giurisprudenza. Ne è emersa, in breve, la necessità di cogliere appieno le movenze del ragionamento predittivo della causalità omissiva e le difficoltà che vi sono implicate. Qui noi collochiamo nello scenario controfattuale la condotta diligente che non è stata posta in essere. Si tratta di un'operazione immaginativa, di una idealizzazione, che deve tentare di rispondere, come si è visto, alla domanda causale in aderenza al modello condizionalistico. Inoltre, nei contesti complicati (che costituiscono la parte preponderante della prassi) si è quasi sempre in presenza della interazione, difficilmente ponderabile, di vari fattori di segno opposto. Ancora, per prevedere ciò che sarebbe accaduto nel caso singolo è di grande interesse conoscere cosa accade nei casi simili. Occorre dunque rivolgersi alle generalizzazioni scientifiche ed esperienziali pertinenti. Queste generalizzazioni vengono utilizzate in chiave deduttiva, con la conseguenza che è rilevante il coefficiente probabilistico della regolarità causale. La misura di certezza od incertezza si trasferisce, infatti, dalla premessa maggiore alla conclusione del sillogismo.

Questi cenni evidenziano criticità che sono state subito evidenziate dopo la sentenza delle Sezioni unite sia da epistemologi che da giuristi. Il fatto è che nella maggior parte dei casi non si dispone di generalizzazioni accuratamente appros-

simiate ad uno da poter utilizzare in chiave rigidamente deduttiva. Talora non si dispone affatto di generalizzazioni nomiche affidabili; ed anche quando vi sono informazioni sufficientemente esaustive, esse hanno carattere molto generale e non sono focalizzate sui tratti distintivi delle specifiche vicende oggetto del processo.

In tale problematica situazione si è aperta la strada alla costruzione di un ragionamento di tipo predittivo¹, ben distinto da quello esplicativo della causalità attiva, e scomponibile in due momenti. Uno, deduttivo, è alimentato dalle generalizzazioni disponibili. L'altro, induttivo, è basato sulle particolarità del caso concreto. Insomma, in qualche raro caso il contesto, molto caratterizzato, può interagire con le generalizzazioni disponibili consentendo di conferire conclusività all'indagine causale e di superare il carattere probabilistico delle generalizzazioni stesse, per giungere infine al giudizio di ragionevole certezza che può fondare l'imputazione condizionalistica. È il piano processuale che, richiedendo un approccio valutativo, consente di metabolizzare (in alcuni selezionati casi) la misura di incertezza che tanto spesso contrassegna i ragionamenti di cui si parla.

Questo ordine di idee è penetrato nella giurisprudenza. In diverse sentenze e da ultimo a Sezioni unite² nel caso ThyssenKrupp la Corte si è dedicata al ragionamento causale che deve condurre ad una teoria del caso concreto che si confronti con i fatti, non solo per rinvenire i segni che vi si conformano ma anche e soprattutto per cercare elementi di critica. È dunque richiesta una ricerca disinteressata e serrata dei fatti rilevanti. Un genuino talento critico.

Si è anche chiarito che la probabilità logica viene spesso confusa con la probabilità statistica che, invece, esprime il coefficiente numerico della relazione tra una classe di condizioni ed una classe di eventi ed è quindi scevra da contenuti valutativi. Si è altresì posto in luce che il contenuto valutativo, discrezionale, dell'idea di probabilità logica ha aperto la strada a degenerazioni retoriche nell'uso di tale strumento concettuale: si propone una qualunque argomentazioni causale e si afferma apoditticamente che essa è appunto dotata di alta probabilità logica, così elidendo l'esigenza di una costruzione rigorosa del nesso causale.

Per ciò che riguarda l'inferenza predittiva che qui ci interessa, ne sono state evidenziate le peculiarità: la necessità di immaginare una azione astratta, idealizzata, da inserire nel controfattuale; l'importanza delle generalizzazioni scientifiche o esperienziali da utilizzare in chiave deduttiva e per tale ragione la rilevanza del loro coefficiente probabilistico. Si è proposto un esempio che si spera possa essere eloquente: solo una determinata percentuale di persone sopravvive dopo essere stata curata a seguito di infarto del miocardio, e non

¹ Volendo, Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 405 ss.

² S.U. 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn.

sappiamo quale esatto peso vi abbiano i diversi fattori di rischio. La conclusione è che quasi mai si dispone di uno strumento deduttivo adeguato.

Tale situazione apre la strada alla introduzione di un aggiuntivo momento di tipo induttivo: le generalizzazioni disponibili di cui è già stata verificata la vocazione all'utilizzazione in chiave deduttiva vengono integrate da un altro momento del ragionamento, elaborato dal giudice sulla base delle particolarità del caso concreto. Perciò, nell'esempio, se il paziente è giovane, l'infarto non è devastante e le condizioni generali sono buone si può giungere a ritenere che un trattamento tempestivo avrebbe evitato l'evento.

Insomma, le incertezze alimentate dalle generalizzazioni probabilistiche possono essere in qualche caso superate nel crogiuolo del giudizio focalizzato sulle particolarità del caso concreto, quando l'apprezzamento conclusivo può essere espresso in termini di elevata probabilità logica. Tuttavia anche a tale riguardo si è rimarcato il pericolo di degenerazioni di tipo retorico che, come si riscontra talvolta nella prassi, imprime arbitrariamente il suggello dell'elevata probabilità logica su ragionamenti probatori che rimangono altamente incerti quanto al carattere salvifico delle condotte mancate.

8. Orientare l'impegno del decisore

In un lavoro dedicato alla Scuola superiore della magistratura pare utile concludere la sintesi di temi di grandiosa complessità con alcuni enunciati riassuntivi che si spera possano contribuire ad orientare il difficile impegno del decisore.

L'indagine causale ha nel nostro campo una solenne intonazione: è il primo baluardo a difesa della scienza penalistica umanizzante. Serve ad attribuire all'agente umano la paternità dell'evento già sul piano dell'imputazione oggettiva ed ancor prima che si apra lo scenario della colpevolezza.

La scelta codicistica in favore della causalità condizionalistica va colta alla luce della cornice storica in cui è maturata: l'esigenza di un metro di giudizio di carattere razionale, equanime, controllabile, non influenzato da intuizioni e suggestioni personali.

A tale esigenza di profonda penetrazione razionale nella realtà si accompagna quella umanizzante di arginare l'insidioso effetto estensivo insito nel condizionalismo puro. Occorre costruire criteri che limitino tale effetto perverso, fomite di innaturale estensione delle imputazioni.

A tale riguardo, non si può far alto che proporre la sintesi di quanto esposto. Di fronte ad un evento avverso oggetto di un giudizio il primo passaggio da compiere attiene all'individuazione del rischio che si è concretizzato e dell'agente garante che ne aveva il governo e che può essere ragionevolmente candidato ad

assumere su di sé il peso dell'imputazione: ruolo gestorio e funzione di garanzia si compenetrano.

Non meno importante è la considerazione di rischi nuovi o completamente eccentrici insorti nella catena causale, anche in relazione al comportamento della vittima. Tema di remota ascendenza (come si è accennato) e di grande attualità nella materia paradigmatica della sicurezza del lavoro.

Particolarmente delicato, poi, è il tema del giudizio predittivo della causalità omissiva. Come pure si è visto, la giurisprudenza ha valorizzato il momento induttivo del ragionamento: la ricerca di caratteri del caso concreto che, talvolta, possono consentire di costruire, in termini di probabilità logica (cioè di elevata credibilità razionale), un giudizio di evitabilità dell'evento per effetto della condotta doverosa mancata. Tuttavia, non è raro leggere nelle sentenze l'uso retorico della probabilità logica che suggella un'inferenza che, ad analizzarla con rigore, resta ampiamente probabilistica. La Corte di cassazione in diverse occasioni ha espresso un monito a non abusare del margine di discrezionalità tecnica che il carattere valutativo e non aritmetico del giudizio di alta credibilità razionale reca seco.

Un recente, importante studio³, nell'analizzare gli errori che affliggono le decisioni umane ed in primo luogo quelle giudiziarie, ha messo in primo piano il ruolo del decisore, della professionalità dell'agente che esperisce l'inferenza. Si parla di suggestivamente di apertura mentale attiva, di esercizio della critica. Si tratta di un aspetto che chi scrive reputa decisivo ed ha tentato, nell'esercizio della giurisdizione, di introdurre nei canoni della giurisprudenza. È questione che già l'epistemologia popperiana aveva tematizzato mostrando l'importanza, sul piano epistemico, dell'integrità morale di chi investiga. Naturalmente non s'intende una qualche forma di santità; piuttosto un appassionato desiderio di conseguire la corroborazione dell'ipotesi, ricercando strenuamente e disinteressatamente anche i fatti che potrebbero confutarla. L'unico fine dell'indagine dovrebbe essere quello di costruire una spiegazione di un evento aderente ai fatti, temprata dalla discussione critica collettiva, condivisa da altri. Si tratta di un forte antidoto contro le idiosincrasie, i pregiudizi, il finalismo occulto che intossicano non poche decisioni.

Infine, non si può mancare di menzionare il tema della necessità di utilizzare nei ragionamenti inferenziali conoscenze scientifiche che siano saldamente accreditate. Pure in proposito la Corte di cassazione ha tentato nelle sentenze Cozzini⁴ e Cantore⁵ di fornire criteri guida, anch'essi in fin dei conti rimessi nelle sagge e prudenti mani del *peritus peritorum*.

³ Kahneman, Sibony, Sunstein, *Rumore*, Torino, 2021.

⁴ Cass. Sez. IV, 17 settembre 2010 n. 43786, Cozzini, Rv. 248943.

⁵ Cass. Sez. IV, 29 gennaio 2013 n. 16237, Cantore, Rv. 255105.

La causalità nella giurisprudenza delle SS.UU. civili

SOMMARIO: 1. Premessa, delimitazione dell'argomento e accenno alla duplicità dei nessi di causa. – 2. I due piani dell'accertamento della causalità materiale. – 2.1. Il piano sostanziale. – 2.2. Il piano processuale. – 2.3. Il “più probabile che non” e la valutazione probatoria. – 3. Il riparto dell'onere della prova.

1. Premessa, delimitazione dell'argomento e accenno alla duplicità dei nessi di causa

Ripercorrere lo sviluppo della giurisprudenza della cassazione civile, e in particolare delle Sezioni Unite, in tema di causalità è compito non agevole per essere la problematica non facilmente riducibile, anzi con tasso elevatissimo di complessità.

Questo per molteplici ragioni, tra cui quella, non certo di minor peso, riguardante il fatto che il tema del nesso causale (nel suo oscillare, in ambito di responsabilità civile, tra una dimensione storica e una di *policy* giudiziaria) ha rappresentato una delle chiavi di volta nella ricerca della soluzione più aderente al principio di effettività della tutela civilistica di beni/interessi, soprattutto se presidiati a livello costituzionale.

Questo sintetico scritto, dunque, si focalizzerà soltanto sul tema della causalità materiale, con incursione nel territorio della responsabilità sanitaria per quanto attiene al regime processuale della prova del nesso causale.

Giova, tuttavia, rammentare in premessa, seppur con fugace accenno, alcuni preliminari passaggi argomentativi che si ritrovano scolpiti nelle sentenze delle Sezioni Unite dell'11 gennaio 2008 (in particolare nelle sentenze n. 576¹ e 577²),

¹ Annotata da G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. merito*, 2008, 694 ss. e R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009, II, 69 ss.

² Con note di M. GAZZARA, *Le S.U. “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2008, 1002 ss. e M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, II, 849 ss.

che costituiscono le pronunce del massimo organo della nomofilachia alle quali occorre fare essenzialmente riferimento nell'affrontare il tema della causalità, soprattutto se resecato soltanto alla causalità materiale.

Ovviamente, da quelle pronunce occorre partire per poi saggiarne il dopo, la loro tenuta ovvero la loro messa in discussione da parte della giurisprudenza successiva.

Prima, però, è necessario, per collocare l'argomento in un quadro di sistema, un mero accenno alla distinzione tra causalità materiale e giuridica, acquisizione che è ormai consolidata nella giurisprudenza della Cassazione³ (tra le più recenti e significative pronunce va ricordata la n. 28986 del 2019).

Nell'ambito dell'illecito civile, perché possa essere risarcito un danno occorre che si giunga all'accertamento della sussistenza di due nessi di causa.

Il primo è quello tra condotta ed evento lesivo (cioè la lesione di un interesse giuridicamente tutelato), detto nesso di causalità materiale.

Il secondo nesso è tra l'evento di lesivo e le conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate, altrimenti detto nesso di causalità giuridica.

Il primo nesso funge da criterio oggettivo per imputare la responsabilità di un evento al soggetto agente (con condotta attiva od omissiva).

Il secondo nesso (che rinviene la propria regola operativa – anche se il concetto di “regola” è forse eccedente – in una precisa disposizione del Codice civile, l'art. 1223) consente di individuare e selezionare le conseguenze dannose risarcibili dell'evento e, dunque, serve a stabilire se e quanto debba risarcirsi.

Questo secondo nesso segna l'esistenza stessa dell'obbligazione risarcitoria.

Dunque, se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria: così, icasticamente hanno chiosato le Sezioni Unite con la citata sentenza n. 576 del 2008.

2. I due piani dell'accertamento della causalità materiale

Ciò premesso, veniamo alla causalità materiale.

Sul piano della causalità materiale il referente normativo di struttura è fuori del sistema del codice civile e, secondo giurisprudenza granitica, il rinvio è alle disposizioni del codice penale, gli artt. 40 e 41 c.p., che, tuttavia, anch'esse non dettano una vera propria regola causale, ma – nel fondo della questione causale

³ Tra le più recenti e significative pronunce va ricordata Cass., 11 novembre 2019, n. 28986, in *N.G.C.C.*, 2020, 292 e ss., con nota di R. PUCCELLA, *Il concorso di cause umane e cause naturali: responsabilità e risarcimento tra concause di “lesione” e concause di “menomazione”*.

(ossia nel doversi individuare cosa giuridicamente sia il nesso eziologico) – rimangono neutre, poiché suscettive di recepire *aliunde* quel concetto.

In effetti, una regola è dettata – dall’art. 41 c.p. – ma sul concorso causale, rimanendo però indeciso, a monte, quale sia quella che determina la correlazione “causa ed effetto”.

Individuare correttamente la regola di struttura è importante, perché l’errore compiuto sul punto dal giudice di merito è un errore di diritto e quindi pienamente scrutinabile in sede di legittimità, mentre l’eventuale errore nell’individuazione delle conseguenze che sono derivate dall’illecito, alla luce della regola giuridica applicata, costituisce una valutazione di fatto, come tale sottratta al sindacato di legittimità, se non negli stretti limiti dell’omesso esame di un fatto discusso e decisivo⁴.

Il discorso deve pertanto aprirsi, metodologicamente, anche al profilo dell’accertamento del nesso causale.

A tal fine vanno distinti due piani.

Uno che attiene alla distinzione concettuale tra criteri di imputazione dell’illecito: oggettivo e soggettivo, il primo investente il nesso di causa e il secondo la colpa (o il dolo).

L’altro che riguarda la relazione tra livello sostanziale e livello processuale della verifica che la causalità materiale implica.

In realtà, poi, i due piani vengono ad intersecarsi, per dar luogo ad un micro-sistema dai contorni che sembrano essere in via di definizione, sebbene occorra tenere sempre a mente il monito – che solo apparentemente è da ritenersi fondato su un ossimoro – circa l’“intrinseca incertezza dell’accertamento del nesso di causa”.

2.1. Il piano sostanziale

Il primo piano sembrerebbe liquidabile in due battute, essendosi sempre predicato in giurisprudenza che la verifica della relazione tra condotta ed evento lesivo dovesse effettuarsi su un piano strettamente oggettivo, non confondibile con quello, legato eminentemente al concetto di prevedibilità, dell’elemento soggettivo dell’illecito.

Le Sezioni Unite del 2008 (sentenza n. 576), nel ripercorrere e ribadire gli orientamenti consolidati della giurisprudenza precedente, avevano messo in rilievo come il diritto vivente, tra le numerose teorie sulla causalità, aveva recepito, in

⁴ In questi termini si vedano: Cass., 25 febbraio 2014, n. 4439; Cass., 24 maggio 2017, n. 13096; Cass., 10 aprile 2019, n. 9985.

ambito di responsabilità aquiliana, quella condizionalistica (la *conditio sine qua non*), ma con un duplice temperamento: 1) il primo, fornito dalla teoria della c.d. regolarità o adeguatezza causale: la responsabilità è esclusa per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili al momento della condotta; 2) il secondo, dato dalla teoria della c.d. causalità efficiente, per cui il *novus actus superveniens* (la nuova serie causale) è tale da sterilizzare il principio dell'equivalenza delle cause, di cui all'art. 41 cod. pen., se la condotta sopravvenuta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto, così da potersi ascrivere l'evento soltanto a quest'ultimo agente.

In realtà, l'elaborazione giurisprudenziale ha ulteriormente precisato i contorni di operatività della "regolarità causale", assumendo anzitutto che la regola deve innestarsi all'interno di un evento accuratamente descritto nella sua propria singolarità, potendo, poi, ove occorra, essere integrata l'analisi con i criteri dell'"aumento del rischio tipico", dello "scopo della norma violata" e, infine, di quello residuale della "allocazione razionale del danno"⁵.

Le Sezioni Unite esclusero, poi, che la valutazione *ex ante* avrebbe sostanzialmente coinciso con il giudizio di accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo, giacché doveva aversi riguardo ad una prevedibilità obbiettiva in astratto e non in concreto, secondo le migliori conoscenze scientifiche del momento e non da parte dell'agente, ma "da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento".

Con ciò si sarebbe evitato che l'accertamento del nesso causale fosse rimesso alla variabile del tempo intercorrente tra il fatto dannoso ed il suo accertamento, così da impedire che la lunghezza del processo – durante il cui corso si sarebbe potuto avere uno sviluppo delle conoscenze scientifiche – avvantaggiasse l'attore, sul quale gravava l'onere della prova del nesso causale.

Il momento di crisi di una siffatta costruzione si è avuto allorché la giurisprudenza successiva si è trovata divisa sulla questione del momento da cui far decorrere la responsabilità del Ministero della salute per danni da emotrasfusioni infette anche prima alla più risalente delle scoperte dei mezzi di prevenibilità delle relative infezioni, individuabili nel 1978.

⁵ In tal senso, si veda già Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Corr. giur.*, 2011, 1672 ss., con nota di M. BONA, *La Cassazione rigetta il "modello della causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, e in *Danno resp.*, 2012, 508 ss., con nota di D. ZORZIT, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione*.

Una sentenza del 2015⁶, non del tutto isolata, è andata di contrario avviso rispetto alla giurisprudenza prevalente che ravvisava detta responsabilità anche prima del 1978, facendo leva proprio sul giudizio di prognosi postuma, in base alla prevedibilità in astratto fondata sulle migliori conoscenze scientifiche dell'epoca del momento (ossia dell'epoca della trasfusione) e, dunque, coerentemente rispetto alla premessa, affermando che prima del 1978 non era possibile imputare al Ministero l'illecito per assenza del nesso causale tra trasfusione infetta e patologia insorta nominativamente individuata (HBV, HCV, HIV).

Il superamento di questo orientamento si è avuto con la sentenza n. 17084 del 2017⁷, seguita da altre pronunce⁸, con la quale si è detto che quel giudizio di prognosi postuma, tipico delle teorie improntate alla regolarità causale, fondato sulle conoscenze scientifiche e di esperienza al momento della condotta (attiva o omissiva), va sostituito con un giudizio *ex post* che ancora la valutazione a quella non dell'agente, ma dell'osservatore al momento in cui la stessa viene compiuta, in base, dunque, alle leggi scientifiche o d'esperienza (o alla logica) del tempo in del giudizio che viene reso.

In tal modo, il giudizio probabilistico (o logico), di natura prettamente oggettiva, si emancipa da quello sulla prevedibilità, anche di stampo oggettivo, che rinvia comunque ad una misura di avvedutezza della condotta dell'agente e quindi ad un profilo di responsabilità soggettiva.

2.2. Il piano processuale

Sull'altro piano in cui si dipana l'accertamento del nesso causale, l'attuale assetto della giurisprudenza civile in tema di accertamento del nesso di causalità materiale è sicuramente tributario – e in misura significativa – degli approdi, sistematico e di risultato, della sentenza “Franzese” delle Sezioni Unite penali del 2002⁹, sulla causalità della condotta omissiva in tema di responsabilità medica.

Ivi la distinzione tra probabilità scientifica e probabilità logica e l'enucleazione del c.d. “ragionamento probatorio”.

⁶ Si tratta di Cass., 20 maggio 2015, n. 10291.

⁷ Cass., 11 luglio 2017, n. 17084.

⁸ Tra le altre, Cass., 22 gennaio 2019, n. 1566.

⁹ Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002-11 settembre 2002, n. 30328, in *N.G.C.C.*, 2003, I, 246 ss., con nota di M. CAPECCHI, *Le sezioni unite penali sul messo di causalità omissiva quali riflessi per la responsabilità civile del medico?* e in *Cass. pen.*, 2003, 1175 ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli un nuovo inizio per la giurisprudenza.*

Rimane ferma la rilevanza della legge scientifica (universale – assai rara – o statistica, che sono la maggior parte), o della regola d'esperienza, di copertura, ma si afferma che non è consentito dedurre automaticamente e proporzionalmente dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità, poiché il giudice ne deve verificare la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza.

Assume dunque centralità il c.d. “ragionamento probatorio” del giudice, che fa sì che l'accertamento processuale divenga anch'esso elemento definitorio dello stesso concetto di causa rilevante per il diritto.

Regola di struttura e regola di funzione si saldano nel cd. ragionamento probatorio.

Ciò sta a significare il rigetto di quel modello, sino ad allora prevalente, che ancorava l'accertamento del nesso di causa imprescindibilmente in base a determinate soglie probabilistiche fornite dalla legge scientifica.

Quell'accertamento giudiziale la “Franzese” lo ha ancorato alla “alta o elevata credibilità razionale” del verificarsi dell'evento lesivo in base alla condotta dell'agente, e questo per lo stretto legame con l'esigenza di preservare, in ambito penalistico, oltre ai caratteri di tassatività e determinatezza della fattispecie di reato (art. 25 Cost.), il principio di non colpevolezza dell'accusato (art. 27 Cost.), per cui la condanna può seguire solo ove l'ipotesi accusatoria sia fondata oltre ogni ragionevole dubbio.

È qui che si dividono, essenzialmente, le due giurisdizioni, quella penale e quella civile, in punto di accertamento del nesso di causalità, ponendo l'accento la seconda, quella civile, su esigenze di *policy* giudiziaria (la cui dimensione in questo ambito pochi hanno avuto modo di criticare con convinzione) che fanno da substrato alla stessa diversità dei valori in gioco tra processo penale e processo civile.

La regola probatoria o di funzione del “più probabile che non” – che ormai possiamo affermare essere diritto vivente – nasce, dunque, proprio per marcare la differenza del sottosistema della responsabilità civile da quello penalistico, come ribadito dalle Sezioni unite del gennaio 2008.

Nella sentenza n. 576 si fa riferimento al principio di *evidence and inference* dei sistemi anglosassoni o alla c.d. logica baconiana, per affermare che lo standard di “certezza probabilistica” in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi, 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 (c.d. probabilità logica o baconiana).

Il principio è puntualizzato dalla giurisprudenza successiva¹⁰ nel senso della necessità di una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, della singola vicenda di danno, della singola condotta causalmente efficiente alla produzione dell'evento, tutte a loro volta permeate di una non ripetibile unicità.

La necessità di ancorare l'accertamento del nesso causale alla concretezza della vicenda storica comporta una traslazione della regola sostanziale in quella processuale, ossia rende quest'ultima dominatrice della scena.

La valorizzazione del caso concreto non è, quindi, svalutazione della legge scientifica, soprattutto nella sua declinazione di legge statistica, per dar corpo ad "ideali aneliti riparatori *tout court*", ma necessità di calare il giudizio sull'accertamento del nesso causale all'interno del processo, così da valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto e addivenire, all'esito di tale giudizio comparativo, alla più corretta delle soluzioni possibili.

E questo deve avvenire certamente secondo il prudente apprezzamento del giudice di cui all'art. 116 c.p.c. (prudente dice la norma, volendo escludere che libertà di convincimento diventi arbitrio), ma non solo, perché il reticolo delle norme processuali civili che governa i poteri del giudice in ambito probatorio è molto più ricco e va letto attraverso la lente della garanzia costituzionale (e delle fonti sovranazionali) del giusto processo.

Con ciò si dà vita alla c.d. evidenza del probabile nell'ambito del singolo processo e della singolare vicenda processuale, che, dunque, non si risolve nella preponderanza dell'evidenza legata al criterio del 50% + 1 (tipico della cultura giuridica anglosassone), ma potrà giungere all'affermazione di sussistenza del nesso di causalità materiale anche in situazioni di probabilità minori (senza per ciò dar luogo ad ipotesi di "perdita di *chance*"), tenuto conto delle evidenze probatorie, sia in positivo, che in negativo, ossia come assenza di fattori alternativi plausibili.

Conferma e conforto di una siffatta impostazione – ma anche talune precisazioni di rilievo – mi pare provengono da fonti recenti di segno differente.

Anzitutto la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Mi riferisco non già a quelle indicazioni, pur significative, che fanno richiamo al concetto di "sufficiente probabilità" o di "maggiore probabilità" in controversie di attinenti alla violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore e che ritroviamo anche citate in taluni precedenti e nella stessa sentenza n. 576 del 2008 delle S.U.¹¹

¹⁰ In particolare, la già ricordata Cass. n. 15991 del 2011.

¹¹ Tra queste, si veda Corte giustizia CE, 15 febbraio 2005, in C-12/03 P, *Tetra Laval BV*.

Il richiamo è, invece, alla più recente sentenza del 21 giugno 2017¹², in tema di interpretazione dell'art. 4 della direttiva 85/374 in materia di responsabilità da prodotto difettoso, in controversia riguardante un'azione risarcitoria contro il produttore di un vaccino per il danno derivante da un asserito difetto di quest'ultimo.

Dunque, si tratta di pronuncia che entra in *medias res*, avuto riguardo alla prova della connessione causale tra difetto del prodotto e danno, prova il cui onere grava sul danneggiato.

La questione interpretativa si è posta proprio in ragione della mancanza di una legge di copertura (in questo caso secondo la scienza e la ricerca medica) a fondare l'esistenza, o ad escluderla, del nesso tra la somministrazione del vaccino e l'insorgenza della malattia da cui è affetto il danneggiato.

Quel che mi preme rilevare, al di là della specificità del caso, è l'impostazione più generale seguita dalla Corte di Lussemburgo, nell'ottica del principio di effettività della tutela che segna l'esercizio dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione. In sintesi, si è ritenuto che la prova del nesso causale possa anche derivare da quella indiziaria, fornita dall'attore, pur in assenza di "certezze" scientifiche, ma potendosi fondare "su un complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza ... consentono" al giudice "di ritenere, con un grado sufficientemente elevato di probabilità, che una simile conclusione" – ossia la sussistenza dell'anzidetta connessione – "corrisponda alla realtà".

La Corte di giustizia è, comunque, attenta a non ribaltare il principio dell'onere della prova dal danneggiato al produttore (che potrebbe avvenire conferendo al giudizio presuntivo una valenza anche *iuris tantum* di esistenza del nesso di causalità tra il difetto e l'insorgenza del danno), ma rimarca come ciò debba essere evitato proprio tramite l'applicazione del principio che sopra abbiamo definito di "evidenza del probabile", legato alla formazione del *thema probandum* nel più ampio contraddittorio tra le parti.

Ciò richiede – afferma la Corte lussemburghese – "che il giudice si assicuri di preservare il proprio libero apprezzamento quanto al fatto che una simile prova sia stata o meno fornita in modo giuridicamente sufficiente, fino al momento in cui, avendo egli preso conoscenza degli elementi prodotti dalle due parti e degli argomenti scambiati dalle stesse, si ritenga in grado, alla luce dell'insieme delle circostanze pertinenti del caso al suo esame, di formare il proprio convincimento definitivo al riguardo".

E cioè, un convincimento – come abbiamo detto – in punto di esistenza o meno del nesso di causalità materiale tra una condotta e un evento, pur in assenza del conforto della c.d. legge di copertura.

¹² Corte di giustizia UE, 17 giugno 2017, in C-621/15, *N. We a. contro Sanofi Pasteur MSD SNC e a.*

Secondo un'ottica simile può leggersi anche una decisione del 2018 della Sezione lavoro¹³ in tema di indennizzo *ex lege* n. 210/1992.

Anche in questo caso, a fronte di un riscontro sul piano scientifico di segno sostanzialmente negativo (ossia di “implausibilità biologica”) circa la sussistenza del nesso causale tra somministrazione vaccinale e patologia insorta (autismo), si è dato, poi, rilievo alla carenza di elementi concreti ulteriori a fondare l'esistenza di detto nesso, mettendo in risalto la convergente valutazione tra la determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa) e gli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica), così da giungere al convincimento che l'eziologia ipotizzata dal ricorrente era rimasta allo stadio di “mera possibilità teorica”. Dai precedenti citati si può trarre la conclusione della ricerca di un equilibrio tra “causalità generale” e “causalità particolare”.

Quest'ultima (quella che attiene alla concretezza della vicenda processuale e dunque alla pretesa fatta valere dal danneggiato) transita attraverso la causalità generica, la quale deve fornire una base, seppur probabilistica, di copertura scientifica del nesso causale (ove naturalmente ciò sia praticabile), ossia che in astratto, secondo le conoscenze scientifiche dell'epoca, non se ne possa comunque escludere la sussistenza.

Dunque, dall'incertezza scientifica è dato fondare la dimostrazione della causalità specifica, facendo leva sugli elementi processualmente raccolti e, quindi, in base all'evidenza probatoria.

Il principio è stato affermato proprio nei termini sopra delineati, in ambito di responsabilità medica, da una recente sentenza della Terza Sezione civile¹⁴.

E in base ad esso è stata confermata la sentenza di merito che aveva fondato la responsabilità di una struttura sanitaria, per colpa dei medici ivi operanti, in relazione al decesso di una paziente derivato dal ritardo di un solo giorno con cui le era stata diagnosticata la cd. “sindrome di Lyell”, non soltanto sul dato statistico delle percentuali di sopravvivenza dei pazienti affetti da detta sindrome, ma anche sulla scorta degli elementi concreti acquisiti in giudizio riguardo alla superficialità dell'anamnesi effettuata sin dal ricovero, da cui era derivata l'errata diagnosi e le conseguenti dimissioni della paziente, nonostante l'elevata temperatura corporea.

2.3. Il “più probabile che non” e la valutazione probatoria

Un breve accenno alla differenza che intercorre tra il “più probabile che non” quale criterio di accertamento del nesso causale e l'indagine che il giudice deve

¹³ Cass., 25 luglio 2018, n. 19699 del 2018, in sintonia con il precedente di cui a Cass., 25 luglio 2017 n. 18358.

¹⁴ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530.

compiere ai fini di valutare l' idoneità rappresentativa di un determinato compendio probatorio (e quindi anche la prova della diligenza di un determinato comportamento umano, nel nostro caso di un sanitario).

Differenza che si rinviene, secondo la Corte di legittimità¹⁵, nella circostanza per cui il “più probabile che non” è criterio esclusivo dell'indagine sullo statuto epistemologico di un determinato rapporto tra fatti o eventi, ossia del solo nesso di causalità materiale (che necessariamente richiede il riferimento a leggi scientifiche o a massime di esperienza costruite su basi probabilistiche), mentre la valutazione probatoria si svolge in base alla categoria della “attendibilità”, ossia della congruità logica dell'inferenza critica che può trarsi dal fatto probante per dimostrare il “fatto da provare”.

Qui non opera il piano dell'osservazione scientifica di uno stato di cose (come nell'ambito della relazione causale) quanto piuttosto l'intrinseca intensità espressiva (in termini rappresentativi) della fonte di prova (del ‘fatto probante’).

Questo ovviamente ha ricadute sul sindacato della Cassazione sulla decisione del giudice di merito.

Perché mentre l'errore compiuto sull'individuazione della regola di struttura e anche della regola di funzione è errore di diritto (le regole, per diritto vivente, si traggono entrambe dagli artt. 40 e 41 c.p. in rapporto poi ai principi che governano, nel nostro caso, l'illecito civile e l'accertamento giudiziale di esso) e quindi errore pienamente scrutinabile in sede di legittimità, l'eventuale errore su una inferenza in termini di attendibilità e cioè di adeguatezza logica, se non cade nella violazione del c.d. minimo costituzionale della motivazione – art. 132, secondo comma, n. 4, c.p.c. – (cioè in motivazione apparente o incomprensibile ovvero nell'omesso esame di un fatto discusso e decisivo¹⁶) allora sfugge al sindacato della Cassazione.

3. Il riparto dell'onere della prova

A chi spetti la dimostrazione del nesso causale tra condotta ed evento dannoso e/o inadempimento è questione che, ad un certo punto, si è fatta problematica in ambito di illecito contrattuale, non essendosi mai dubitato, nel contesto della responsabilità aquiliana, che della prova di detto nesso sia gravato il danneggiato/attore.

¹⁵ Cass., 29 settembre 2021, n. 26304.

¹⁶ In tal senso, si veda Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8053, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, 179 ss., con nota di L. PASSANANTE, *Le Sezioni unite riducono al “minimo costituzionale” il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*.

Invero, la problematicità è sorta in seno alla responsabilità sanitaria, settore come abbiamo visto assai sensibile alla *policy* giudiziaria sulla allocazione delle conseguenze pregiudizievoli, e, segnatamente, con la sentenza n. 577 del 2008 delle Sezioni Unite, che ha in parte ripreso gli enunciati dalle Sezioni Unite del 2001¹⁷ sul riparto dell'onere probatorio tra creditore e debitore in tema di inadempimento o inesatto adempimento, valorizzando il principio della vicinanza della prova ai fini della massimizzazione dell'effettività della tutela.

Va detto che sino a quel momento non si era mai seriamente messo in discussione che, ai fini del risarcimento del danno contrattuale, il nesso causale tra condotta del debitore e inadempimento dovesse essere tema di prova rimesso al creditore.

In realtà, di ciò non si è dubitato neppure successivamente in altri settori della responsabilità contrattuale, anch'essi sensibili e recanti posizioni sostanziali asimmetriche, come, ad esempio, quello dell'intermediazione finanziaria¹⁸.

Le Sezioni Unite del 2008 intervengono su un formante giurisprudenziale che non contrastava con i principi già dettati con la citata sentenza n. 13533 del 2001, che si era espressamente pronunciata sulla necessità che il creditore desse prova della fonte (negoziale o legale) del suo diritto (e del relativo termine di scadenza), per poi limitarsi alla allegazione dell'inadempimento del debitore (o del suo inesatto adempimento), spettando a quest'ultimo la prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

In questo contesto, la giurisprudenza in tema di responsabilità sanitaria richiedeva al paziente danneggiato che provasse il contratto o il contatto sociale, l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuova patologia) e il nesso eziologico tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario, dovendo poi quest'ultimo provare l'esatto adempimento, ossia di aver tenuto un comportamento diligente.

Questo veniva ad integrare di per sé la causa non imputabile di cui all'art. 1218 c.c., giacché l'esatto adempimento della prestazione sanitaria presupponeva – o meglio, esibiva implicitamente – una diversa causa efficiente del danno iatrogeno che non fosse la condotta medica.

Le Sezioni Unite del 2008 operano una recisione all'interno di questo approdo giurisprudenziale, escludendo che il nesso causale anzidetto dovesse essere dimostrato dal paziente, al quale si imponeva soltanto (ovviamente,

¹⁷ Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

¹⁸ Si veda Cass., 28 febbraio 2018, n. 4727, in *Giur. it.*, 2019, 293 ss., con nota di G. CALDARELLI, *Viraggio in chiave oggettiva per la responsabilità degli intermediari finanziari*.

oltre alla prova del contratto o del contatto sociale) l'allegazione di un inadempimento "qualificato" del sanitario, cioè astrattamente efficiente a provocare l'aggravamento patologico o l'insorgenza di una nuova malattia, spettando poi al medico (o alla struttura sanitaria) dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

A supporto di un tale arresto, la sentenza n. 577 del 2008 predica il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazione di risultato, postulando ogni obbligazione un risultato anche in misura variabile; distinzione, questa, che – evidentemente – aveva consentito alla giurisprudenza precedente di valorizzare il piano della diligenza della condotta del sanitario come elidente la responsabilità ai sensi del 1218 c.c.

L'aver, invece, spostato il riparto dell'onere probatorio nel senso della sola allegazione dell'inadempimento qualificato a carico del paziente, mentre l'irrelevanza eziologica di esso spetta al debitore, sta a significare che il sanitario (o la struttura) deve provare effettivamente che l'evento dannoso è dipeso da causa a lui non imputabile, ossia da una serie causale altra rispetto a quella innescata dalla propria condotta.

Ma sta a significare anche – e soprattutto – che l'incertezza di tale nesso ridonda a carica del debitore, che non è riuscito a dimostrare la causa non imputabile, avendo invece il paziente creditore dato prova degli elementi costitutivi della responsabilità innanzi evidenziati.

Sebbene non siano mancate pronunce dissonanti, l'impianto delle Sezioni Unite del 2008 è stato seguito dalla giurisprudenza assolutamente prevalente sino ad una pronuncia del 2017¹⁹, che ne ha rimesso in discussione l'assetto, sia pure evitando, con elegante argomentazione, di smentirlo direttamente e così evitando una nuova rimessione alle stesse Sezioni Unite.

Ciò è potuto avvenire perché la citata sentenza ha distinto – secondo la tassonomia proposta da una certa dottrina – tra "causalità costitutiva e causalità estintiva", per cui la dimostrazione delle cause del fatto costitutivo della pretesa risarcitoria derivante dall'inadempimento è a carico del creditore mentre resta a carico del debitore convenuto la prova delle cause del fatto estintivo, ossia delle ragioni giustificatrici dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile.

¹⁹ Cass., 26 luglio 2019, n. 18392, in Foro. It., 2018, I, 1348 ss., con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità "materiale" e il rischio della c.d. "causa ignora" nella responsabilità medica*, e in *Danno resp.*, 2017, 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*

Dunque, il paziente dovrà dimostrare, oltre al contratto di spedalità, anche la concreta riconduzione dell'aggravamento della patologia alla condotta del sanitario, con la conseguenza che, sul piano della fattispecie risarcitoria, le cause rimaste ignote o comunque incerte rispetto alla verifica dell'evento lesivo ridonderanno a svantaggio del paziente creditore, la cui domanda sarà rigettata.

Solo una volta che quest'ultimo abbia provato l'anzidetto nesso eziologico materiale, il debitore dovrà provare le cause del fatto estintivo, ossia dell'impossibilità della prestazione ai sensi del combinato disposto degli art. 1218 e 1256 c.c.

Onere che potrebbe risultare impervio da assolvere, perché abbraccerebbe una duplice dimensione, ossia quella della impossibilità della prestazione per ragioni oggettive ex art. 1256 c.c. e della non addebitabilità a colpa dello stesso debitore di una tale impossibilità della prestazione.

Sebbene, parrebbe restare aperta la porta della prova circoscritta anche soltanto alla diligenza nell'esecuzione della prestazione, allorché si tratti di valutare la perizia e dunque il rispetto delle *leges artis* (ma non già del mancato rispetto delle regole di comune prudenza); tesi, quest'ultima, che sarebbe corroborata dalla circostanza che la sentenza non richiama quell'orientamento²⁰ che richiede, a carico del debitore, la dimostrazione di uno specifico e ben individuato fattore esterno non prevedibile, né evitabile.

La pronuncia (cui la giurisprudenza appena successiva si è sostanzialmente allineata) è stata oggetto di talune critiche, che si possono riassumere nel fatto che essa ha determinato una sorta di restaurazione rispetto al regime probatorio previgente alle Sezioni Unite del 2008, perdendo di vista il principio della vicinanza della prova e, con esso, l'esigenza di allocazione del rischio sanitario in capo alla struttura ed al medico curante, sino allora faro conduttore degli orientamenti di settore della giurisprudenza.

E ciò sarebbe avvenuto proprio per ricondurre ad unità l'onere di prova di struttura sanitaria e dei medici in essa operanti, alla luce della novità rappresentata dalla legge Gelli-Bianco, dello stesso anno 2017, che ha ricondotto la responsabilità di quest'ultimi nell'alveo di quella aquiliana, così da rendere evidente l'onere di prova in capo al paziente anche del nesso causale tra condotta del sanitario ed evento lesivo.

Il tutto evidentemente favorendo quella impostazione critica degli orientamenti giurisprudenziali che avevano visto pendere l'ago della bilancia, per l'appunto, in netto favore verso il paziente, determinando anche quel fenomeno definito di medicina difensiva, con aumento dei costi sociali del servizio sanitario nazionale.

²⁰ Si veda, in particolare, Cass., 20 marzo 2015, n. 5590.

Anche a seguito di tali critiche sono, quindi, intervenute le c.d. “sentenze-gemelle” del 2019²¹, collocate tra le decisioni pilota del c.d. “progetto sanità” della Terza Sezione civile, che in parte hanno ribadito l’indirizzo del 2017 e in parte lo hanno inteso precisare e rimodulare.

Con esse, infatti, si è riaffermato la valenza del doppio ciclo causale sopra descritto, ma si è pure inteso precisare che tanto vale se vengono in rilievo non già le classiche obbligazioni di dare o di fare, bensì le obbligazioni di *facere* professionale, per cui il debitore (il sanitario, nel nostro caso) può e deve assicurare soltanto che terrà una condotta conforme alle *leges artis*, non potendo assumere anche l’impegno di garantire l’esito della cura.

Nel territorio delle obbligazioni del *facere* professionale si ripropone, dunque, la necessità di accertare la riconducibilità dell’evento alla condotta, poiché il danno evento consta non della lesione dell’interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l’obbligazione (cioè, il perseguimento delle *legis artis*), ma della lesione dell’interesse presupposto a quello contrattualmente regolato (cioè, il diritto alla salute), per cui la causalità materiale non è assorbita dall’inadempimento, il quale coincide con la lesione dell’interesse strumentale, ma non implica necessariamente lesione dell’interesse presupposto.

L’assorbimento dell’evento di danno nell’inadempimento (e, dunque, la non necessità da parte del danneggiato di provare il relativo nesso eziologico) è infatti connotato proprio solo delle obbligazioni di dare e di *facere* non professionale.

La precisazione rispetto alla sentenza del 2017 è evidente, perché quest’ultima decisione aveva generalizzato il principio della causalità come fatto costitutivo della domanda risarcitoria, così da accomunare, sotto questo specifico profilo, ogni ipotesi di responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale.

Anche le “sentenze gemelle” del 2019 sono state oggetto di critiche, stigmatizzandosi, in particolare, proprio l’operazione di ricondurre ad unità l’onere di prova di struttura sanitaria e dei medici in essa operanti, alla luce della novità rappresentata dalla legge Gelli-Bianco del 2017.

Operazione che si assume compiuta soprattutto rivitalizzando la distinzione, ritenuta ormai vetusta, tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

²¹ Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 e n. 28992, in *Danno resp.*, 2020, 71 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO ANTONINO, *Inadempimento e causalità “materiale”: perseverare diabolicum*, nonché in *Corr. giur.*, 2020, 304 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, e in *Giur. it.*, 2020, 35 ss., con nota di A. DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*.

Non sono obiezioni di poco conto, sebbene vi è chi ha provato a ridimensionarne la portata cercando una risposta ad esse nelle stesse sentenze gemelle del “progetto sanità”.

Il problema muove dal contenuto della prestazione sanitaria, posto che anche la dottrina più decisamente critica differenzia l’obbligazione professionale dalle altre, postulando per essa un duplice possibile contenuto: vincolato oppure non determinato *a priori* – ovvero, come da altri ritenuto: governabile o non governabile²².

Nella sostanza, sembra accreditarsi una distinzione che non è così lontana da quella che si voleva del tutto espungere.

Anche la critica che investe l’impostazione del duplice circuito causale (poiché impedirebbe al medico di provare direttamente e immediatamente l’adempimento) verrebbe superata alla luce del rilievo che il doppio ciclo causale si impone come scansione logica, ma non impedisce di porre alla previa attenzione del giudice, come ragione più liquida, la evidente prova dell’adempimento (in particolare, l’essersi attenuti alle *leges artis*), quale condotta che estingue l’obbligazione assunta dalla struttura (e/o dal sanitario) nei confronti del paziente.

Infine, talune critiche sono state ulteriormente smorzate dando risalto al sistema delle presunzioni valorizzato, per l’appunto, dalle “sentenze gemelle” del 2019, da intendersi come presunzioni giurisprudenziali, ossia quelle che – perpetuando l’esistenza del c.d. sottosistema della resp. civile sanitaria – ribaltano l’onere di prova in favore del paziente danneggiato a fronte di una prestazione di facile esecuzione o routinaria (che dovrebbe coincidere con la prestazione a contenuto vincolato, soprattutto se rigidamente detagliata dalle linee guida) ovvero a seguito della difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari.

²² In questi termini già G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, in *Contr. imp.*, 2016, 1391.

Causalità materiale e causalità giuridica

SOMMARIO: 1. Introduzione: la teoria del doppio nesso e i vari piani sui quali essa rileva. – 2. Causalità materiale e *damnum in re ipsa*. – 3. L'inversione dell'onere della prova della causalità materiale nella responsabilità contrattuale. – 4. Le diverse regole cui sono (formalmente) assoggettati i due nessi – 5. Cenni alla versione “forte” e “debole” del “più probabile che non”. – 6. Causalità giuridica e concause. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione: la teoria del doppio nesso e i vari piani sui quali essa rileva

La distinzione fra causalità materiale e giuridica deriva dalla c.d. “teoria del doppio nesso”, la quale è accolta dalla prevalente giurisprudenza¹.

Secondo tale teoria in presenza di un illecito occorre distinguere fra l'evento di danno (governato dalle regole sulla causalità materiale) e il danno-conseguenza (governato da quelle sulla causalità giuridica)²: ossia fra la lesione del diritto – secondo la tesi maggioritaria – e le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano, sicché sarebbero in tal modo chiaramente distinguibili i piani dell'*an* e del *quantum debeatur*³.

Con riserva di svolgere più oltre alcune considerazioni critiche, va ancora notato che la relazione fra la causalità materiale e giuridica può servire ad affrontare vari ordini di problemi.

¹ In senso contrario, però, Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, fra le altre in *Corr. giur.*, 2006, 257 ss., con nota di F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*.

² Premesso che nel presente lavoro le citazioni bibliografiche saranno ridotte all'essenziale per ragioni di spazio, per varie indicazioni si veda B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020, 60 ss., cui aggiungere quelle offerte da M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 63 ss.

³ Secondo una diversa opinione l'evento di danno è piuttosto rappresentato dall'accadimento materiale provocato dalla condotta del convenuto. Poiché il dibattito sul punto non è fiero di particolari conseguenze pratiche, si rinvia per vari riferimenti a M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, 3^a ed., Milano, 2021, 375 ss.

Un primo ordine di problemi attiene al riparto internazionale di giurisdizione, perché il dibattito inerente all'evento di danno ha influenzato quello relativo alla nozione di "evento dannoso" ex art. 5 della Convenzione di Bruxelles del 1968, poi confluito nel Regolamento 44/2001⁴.

Un secondo ordine di problemi attiene all'esegesi delle norme che, secondo molti, danno corpo alla suddetta distinzione, perché chi la accoglie ne rinviene il fondamento negli artt. 1223, 1225, 1226, 1227 e 2056 c.c., sicché la stessa, dunque, è poi utilizzata anche ai fini della loro interpretazione⁵.

Un terzo ordine di problemi – che interseca il secondo – attiene alle ricadute della distinzione sul giudizio di responsabilità nel suo complesso, sul quale ci soffermeremo particolarmente nel presente lavoro.

Pertanto, nel prosieguo verranno passati in rassegna i temi e gli orientamenti giurisprudenziali ad esso connessi esaminando separatamente la causalità materiale e giuridica, per chiederci infine quale possa ancora essere il senso della distinzione.

2. Causalità materiale e *damnum in re ipsa*

Una delle più rilevanti ricadute della distinzione attiene alla formulazione della regola – che ne è un evidente corollario – a tenore della quale non sarebbe mai dato di risarcire il danno *in re ipsa*, come hanno ricordato le stesse Sezioni Unite con la seconda fondamentale serie di decisioni intervenuta nel 2018⁶.

⁴ Sul tema si veda il testo di G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, 137 ss.

⁵ Alcuni problemi interpretativi posti da tali norme prescindono tuttavia dalla distinzione. Ad esempio, se essa – secondo i più – spiega la differenza fra i due commi dell'art. 1227 c.c., la medesima non pare utile a sciogliere il nodo inerente alla condotta esigibile dal creditore ai sensi del comma 2 ove solo un'azione giudiziaria potrebbe porre rimedio agli effetti del comportamento del debitore, con soluzioni differenti adottate dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato (per vari riferimenti, B. TASSONE, *Art. 1227 (concorso del fatto colposo del debitore)*, in V. CUFFARO (a cura), *Commentario del Codice Civile – Delle obbligazioni in generale – Vol. II (Artt. 1218-1277)*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2013, 315 ss.).

⁶ Cass., S.U., 11 novembre 2008, 26972-26975, la prima delle quali (con motivazione perfettamente sovrapponibile alle altre) si legge fra le tante in *Danno resp.*, 2009, 19, con note di S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass., sez. un., 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, e di C. SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*. Nello stesso senso sono orientate alcune decisioni rese nel contesto del "progetto sanità", come osserva M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno resp.*, 2020, 7 ss.

Invero, una volta abbandonato il modello proposto a suo tempo dalla nota Corte Cost. n. 184/1986 agli albori della elaborazione sul ristoro del danno alla salute, se il pregiudizio risarcibile non si identifica mai con la lesione del diritto è chiaro che lo stesso va sempre allegato e provato dall'attore.

Tuttavia, la figura del danno *in re ipsa* è applicata ora di fatto ai fini della liquidazione della componente morale del danno non patrimoniale⁷; ora persino "in diritto" in tema di proprietà e diritti reali⁸: senza contare che essa è stata di recente richiamata in tema di ristoro del danno da lesione dei diritti di proprietà intellettuale, sicché il dibattito attraversa ora tutte e tre le Sezioni Civili della Suprema Corte⁹.

Del resto, una volta ammessa la possibilità di far leva, anche in via esclusiva, su mezzi di prova solo presuntivi – sui quali ci soffermeremo più oltre –, è chiaro che si accorcia notevolmente la distanza fra un danno formalmente *in re ipsa* e un danno sostanzialmente tale.

Peraltro, proprio gli orientamenti formati in materia di illegittima occupazione meritano qualche ulteriore notazione: il risalente insegnamento basato sull'idea che tale danno sia *in re ipsa* viene riletto nel 2013 nel senso che il proprietario è sempre tenuto a dare dimostrazione del pregiudizio sofferto, sebbene anche qui le presunzioni abbiano un enorme rilievo e intervengano decisioni che cercano di coniugare le due formule¹⁰.

⁷ In tema di diffamazione a mezzo stampa, Cass. 28 settembre 2012, n. 16543, in *Danno resp.*, 2014, 247 ss.

⁸ Per il caso del comproprietario pretermesso dal godimento per la sua quota del bene comune *ex art.* 1102 c.c., ad esempio, Cass. 12 maggio 2010, n. 11486, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 24, 62. In tema di violazione delle distanze fra costruzioni, di recente, Cass. 31 agosto 2018, n. 21501, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Distanze legali*, n. 13. Con riferimento ai pregiudizi derivanti da una occupazione abusiva, con applicazione del c.d. "danno figurativo" in relazione al valore locativo del bene, Cass. 18 gennaio 2006, n. 827, *id.*, Rep. 2006, voce *cit.*, n. 268.

⁹ Il riferimento è a Cass. 13 dicembre 2021, n. 39763, in *Ced Cass. Civ. rv.* 663427-01. Per vari riferimenti agli schemi tramite i quali l'applicazione della figura può aver luogo in tale settore, che sembrano in parte fatti propri dalla citata pronuncia, B. TASSONE, *Responsabilità del provider per linking abusivo e criteri di liquidazione del danno* (nota a Trib. Roma, 5 febbraio 2019), in *Il dir. ind.*, 2019, 377 ss.

¹⁰ Cass. 17 giugno 2013, n. 15111, in *Foro it.*, 2013, voce *Danni civili*, n. 276, per cui il danno da occupazione abusiva non può ritenersi "*in re ipsa*", ma il giudice del merito può avvalersi di presunzioni gravi, precise e concordanti. Seguono poi altre decisioni volte a coniugare la formula del danno *in re ipsa* con le presunzioni, che sarebbe esuberante esaminare in questa sede.

Per giunta, al cambio di rotta (almeno motivazionale) fa seguito una recente decisione della Terza Sezione resa questa volta sul versante contrattuale esattamente nei medesimi termini, con riferimento alla ritardata restituzione di un immobile, in linea con alcune riflessioni della dottrina¹¹.

E proprio il richiamo alla figura in tale contesto induce da un lato a riflettere sulle convergenze o simmetrie fra le due forme di responsabilità¹²; dall'altro a rilevare, per contro, che tale possibilità ricostruttiva è fortemente messa in crisi dai recenti orientamenti formati in tema di inversione dell'onere della prova del nesso nella responsabilità contrattuale: i quali, pure, vanno annoverati fra quelli che chiamano in causa la differenza fra la causalità materiale e giuridica.

3. L'inversione dell'onere dalla prova della causalità materiale nella responsabilità contrattuale

Nel contesto della prima serie di decisioni intervenute 2008, con la sentenza n. 577/2008 le Sezioni Unite completano le regole via via elaborate a partire da Cass., S.U., 13533/2001, ove affermano che il debitore non deve solo dimostrare di essere stato diligente a fronte della mera allegazione dell'inadempimento, dovendo (ove non provi di esserlo stato) pure dimostrare l'assenza di un legame fra la sua condotta e il danno¹³.

Parrebbe allora sovvertito l'antico principio per cui la prova del nesso spetta sempre al danneggiato, il quale coinvolge il tema – che non si può qui approfondire – della interpretazione dell'art. 1218 c.c. e del suo difficile rapporto con l'art. 1176 c.c., salvo notare che non poche sentenze di legittimità successive mettono in crisi l'idea che l'inversione dell'*onus probandi* riguardi altresì la causalità materiale¹⁴.

Le cose cambiano quando, a metà del 2017, la Suprema Corte affronta *ex professo* la questione, tentando di rileggere detto arresto in modo non disarmo-

¹¹ Cass. 4 dicembre 2018, n. 31233, in *Foro it.*, 2019, I, 874. Al riguardo, si veda anche Cass. 15 marzo 2018, n. 6387, *id.*, 2018, I, 3656, con nota di S. PATTI, *Restituzione dell'immobile locato e prova del danno da deterioramento*, per il quale “è concepibile che dall'occupazione non sia derivato alcun pregiudizio [...] inteso come danno-conseguenza”.

¹² In argomento, TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 102 ss.

¹³ Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, fra le altre in *Foro it.*, 2008, I, 453, con nota di richiami di A. PALMIERI.

¹⁴ Per una rassegna, B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione dell'onere della prova del nesso*, in *Danno resp.*, 2018, 14 ss.

nico rispetto al *corpus* di regole elaborato dalla tradizione, affermando in sostanza che la prima mossa “probatoriamente rilevante” dev’essere sempre compiuta dall’attore¹⁵.

È così si innesca un dibattito via via più inteso e si giunge alla presa di posizione operata nel contesto delle sentenze di San Martino 2019, le quali circoscrivono l’inversione dell’onere della prova sul nesso alle obbligazioni di dare e fare, dichiarandola inapplicabile a quelle aventi ad oggetto un *facere* professionale¹⁶.

Sebbene non sia questa la sede per esaminare il complesso apparato motivazionale alla base delle due decisioni, in estrema sintesi si afferma che la responsabilità contrattuale deriva dalla lesione dell’interesse alla prestazione, sicché la causalità materiale è solo in teoria distinguibile dall’inadempimento ed è il creditore a doverne provare l’assenza: tuttavia, per le obbligazioni di “*facere*” o diligenza professionale si torna alla regola del 2017, perché qui l’interesse è strumentale rispetto a quello primario, in quanto la prestazione oggetto dell’obbligazione non è la guarigione dalla malattia, ma il perseguimento delle *leges artis*.

Premesso che in tal modo viene in sostanza ripristinata (senza mai menzionarla) la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato (o figure ad esse, di fatto, sovrapponibili), non è questa la sede per soffermarci né su tale aspetto, né sulle posizioni che la dottrina ha assunto rispetto a tale orientamento.

Ci limitiamo allora a notare che il suo stesso ambito di applicazione merita di essere meglio circoscritto.

È infatti chiaro che occorre una maggior definizione delle obbligazioni di “*facere*” o diligenza professionale, considerando ad esempio le norme sulla

¹⁵ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, fra le altre in *Foro it.*, 2018, I, 1348, con nota di G. D’AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*.

¹⁶ Posto che l’impianto di fondo era stato già enunciato da E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la L. n. 24 del 2017: profili di teoria dell’obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265 ss., il riferimento è a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, fra le altre in R. PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria in cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, in *Foro it.* – *Gli speciali*, n. 1 del 2020, ivi commentate, fra gli altri, da G. D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*, 150 ss., da U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, 198 ss., da R. PARDOLESI e S. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di *facere* professionale: paziente in castigo*, nonché da F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, 169 ss. Si vedano inoltre A. DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, 2020, 35 ss., M. FRANZONI, *Onere della prova e processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 195 ss., N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 327 ss., nonché C. SCOGNAMIGLIO, *L’onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 202 ss.

responsabilità degli amministratori, che richiamano la “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze” senza definirla “professionale”¹⁷; le norme della legge 14 gennaio 2013, n. 4, sulle professioni non organizzate, che crea non pochi problemi circa il rapporto con le professioni sanitarie e, probabilmente, rispetto alla stessa distinzione fra lavoro autonomo intellettuale e no¹⁸; nonché gli orientamenti sulla responsabilità della P.A. e del datore di lavoro, che peraltro non hanno fino ad ora recepito gli insegnamenti della Suprema Corte¹⁹.

Inoltre, la stessa regola enunciata è in corso di “asestamento”, come dimostra la lettura della recente decisione a tenore della quale “la prova della inesistenza del danno senza la condotta del debitore – che è la prova del nesso di causalità – grava sul creditore del risarcimento, secondo la regola generale di cui all’art. 2697”²⁰.

4. Le diverse regole cui sono (formalmente) assoggettati i due nessi

Un secondo corollario che deriva dalla distinzione fra causalità materiale e giuridica è quello di ritenere che, in quanto diverse, esse siano assoggettate a regole differenti²¹.

In specie, è affermazione ricorrente quella per cui la prima è disciplinata dagli artt. 40 e 41 c.p., la seconda dall’art. 1223 c.c.

¹⁷ Peraltro, la novella del diritto societario del 2003 ha distaccato dal paradigma del mandato l’identificazione dei doveri e delle responsabilità degli amministratori giusta il nuovo testo dell’art. 2392 c.c.

¹⁸ Si veda, al riguardo, la definizione di professione non organizzata in ordini o collegi di cui all’art. 1.

¹⁹ Per una rassegna sui primi, TASSONE, *La chance nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *I federalissimi*, 2020, fasc. 29, 199 ss., cui *adde* però C. Stato, sez. IV, 30 novembre 2020, n. 7560, *Foro it.*, 2021, III, 124, sulla “responsabilità *laso sensu da posizione*” dello Stato *ex art.* 2087 c.c. per aver esposto un militare al rischio per la salute derivante dai residui di esplosione di metalli pesanti durante alcune missioni all’estero; sui secondi, B. TASSONE, *La perdita di chances fra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, fasc. 4, 1009 ss.

²⁰ Cass. 11 ottobre 2021, n. 27526, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*.

²¹ In argomento M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti – Artt. 2043-2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, proseguito da F. Galgano, Roma-Bologna, 1993, 104 e 765 ss., il quale ritiene che i criteri usati siano i medesimi. Di recente, nel senso che, invece, l’art. 1223 c.c. non è regola causale, C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 869 ss. Posizione peculiare, sulla quale non ci si può qui soffermare, è poi quella di A. BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica – causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 117 ss.

Al riguardo, è intanto il caso di rilevare che il dibattito è assai vivo (e articolato) su entrambi i versanti, il che induce a chiedersi se davvero abbia senso coltivare un'opzione ermeneutica tale da moltiplicare la complessità.

Partendo dalla causalità materiale, il modello che fa leva sugli artt. 40 e 41 c.p. è – secondo la dottrina – in crisi, essendo opinione abbastanza condivisa quella per cui è sostanzialmente impossibile elaborare una teoria valida in ogni situazione²².

Non a caso un interessante lavoro comparatistico inventaria le incongruenze sussistenti fra le definizioni teoriche e le applicazioni pratiche del nesso in sei distinti ordinamenti della *Western Legal Tradition*, Italia inclusa²³; mentre vari Autori – anche all'estero – non hanno risparmiato critiche ai tentativi di costruire una formula *bonne a tout faire*, fino a sostenere, ad esempio, che “la causalità è un chiodo al quale il giudice può appendere il cappello che più gli piace” e che essa è, in definitiva, “incerta”²⁴.

Del resto – il dato è significativo – nel dare avvio ad una profonda riflessione sulla causalità la stessa Terza Sezione ha riconosciuto nel 2005 che quello del nesso è un “problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura [...] destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione ‘storica’, o, se si vuole, di politica del diritto”²⁵.

Inoltre, la richiamata decisione ricorda che il modello dominante è – con alcuni temperamenti – ancora quello della *condicio*, come del resto riconoscono pure le citate decisioni rese dalle Sezioni Unite in data 11 gennaio 2008²⁶. Ma esso, a veder bene, è tanto affascinante, quanto “vuoto”: per affermare che senza la condotta del convenuto (giusta il noto procedimento di “sottrazione mentale”) il danno non si sarebbe verificato, occorre conoscere già la relazione che li lega. E in forza della *condicio* le maglie della causalità possono essere sia troppo

²² Fra gli altri, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012, L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto*, Torino, 2010, PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., nonché B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile – Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007.

²³ M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Napoli, 2012.

²⁴ H.L.A. HART e T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, 1985, 488, nonché PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit.

²⁵ Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, cit.

²⁶ Cass., S.U., 11 gennaio 2008, nn. 576-585, in specie rispetto all'identico *pattern* motivazionale contenuto nelle sentenze nn. 576, 577, 578, 581, 582 e 584.

larghe, sia troppo strette, specialmente quando la causalità è applicabile solo su base probabilistica, come la casistica in tema di ritardata diagnosi di una patologia tumorale ben evidenziata²⁷.

Ad ogni modo, per le Sezioni Unite il nesso è definito dalla *condicio* con il temperamento della causalità adeguata e “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”, nel secondo la regola del “più probabile che non”.

Tuttavia, se solo si prova per un attimo a misurare il reale impatto di tale affermazione, si riscontra che fra le innumerevoli decisioni che rendono operativo il criterio, molte non menzionano affatto la teoria sulla causalità applicabile²⁸; che pochissime evocano la *condicio* (a conferma dell’assunto per cui essa esprime più un modo di pensare la causalità che una vera e propria teoria)²⁹; che fra

²⁷ In effetti, pensando al caso in cui in presenza di una tempestiva diagnosi, il 60% dei pazienti sarebbe deceduto comunque e il 40% sarebbe sopravvissuto fino a cinque anni, è impossibile affermare che a fronte di una prestazione medica corretta il paziente avrebbe superato il ridotto lasso temporale ancora in vita. Sul tema, anche per le complicazioni derivanti dal fatto che le classi di riferimento sono spesso più di due, H. LUNTZ, *Loss of Chance in Medical Malpractice*, [2010] UMEBLRS 14, reperibile presso www.ssrn.com.

²⁸ Fra le più recenti, per Cass., 3 febbraio 2021, n. 2474, in *Foro it.*, *Le banche dati*, voce *Cassazione civile*, “la sussistenza del nesso causale [...] deve essere valutata secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio del più probabile che non”; per Cass., 8 febbraio 2021, n. 2907, *ibid.*, “[il] giudizio prognostico legato alla preponderanza dell’evidenza o del ‘più probabile che non’ si applica non solo all’accertamento del nesso causale tra l’omissione e l’evento di danno ma anche all’accertamento del rapporto tra il danno e le conseguenze dannose risarcibili”; per Cass., 22 febbraio 2021, n. 4652, *ibid.*, “nel sottosistema civilistico il nesso di causalità (materiale) def[ve] consistere nella relazione probabilistica concreta intercorrente tra comportamento ed evento dannoso secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del ‘più probabile che non’”.

²⁹ All’interno delle centinaia di sentenze in cui il “più probabile che no” è citato nella parte motiva, si contano sulle dita quelle che menzionano la *condicio*. In ordine di tempo, Cass., 5 maggio 2009, n. 10285, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2064.; Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Giust. civ.*, 2013; Cass., 22 ottobre 2013, n. 23933, in *Giur. it.*, 2014, 2153, con nota di B. TASSONE, *L’accertamento del nesso di causalità e il “caso Ustica”*; Cass., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit. (ove peraltro si indica la *condicio* come una “teoria rifiutata”); Cass., 10 aprile 2015, n. 7197, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*; Cass., 11 febbraio 2016, n. 2757, *ibid.*; Cass., 22 giugno 2017, n. 15534, *id.*, 2017, I, c. 2242; Cass., 24 ottobre 2017, n. 25113, in *Corr. giur.*, 2019, 71; Cass. 27 settembre 2018, n. 23197, in www.lanuovoproceduracivile.com, 2018 (in cui l’analisi risulta più approfondita che in altre); Cass., S.U., 16 maggio 2019, n. 13246, *id.*, 2019 (ove pure varie considerazioni sulle teorie causali), Cass., 15 ottobre 2019, n. 25936, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *cit.* (una delle poche in cui si afferma che il “più probabile che non” [...] non costituisce un modello autonomo di accertamento di quel nesso); Cass., 25 agosto 2020, n. 17681, *ibid.*; Cass., 6 luglio 2020, n. 13872, *id.*, 2020, I, c. 3467 (ove ancora varie considerazioni sulle teorie causali); Cass., 12 febbraio 2020, n. 3371, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*; nonché Cass., 15 aprile 2021, n. 10038, *ibid.* (in cui peraltro si sostiene che il criterio “è ispirato dalla normalità causale”).

quelle – le più numerose – che richiamano la causalità adeguata, alcune la “assimilano” al “più probabile che non”³⁰; e che altre si limitano a ricordare il passo delle Sezioni Unite³¹.

Passando alla causalità giuridica, maggiori punti di riferimento non si ricavano dalla giurisprudenza formatasi sull’art. 1223 c.c., che interpreta con larghezza la clausola per cui sono risarcibili solo i “danni immediati e diretti”, fino al punto di includere anche quelli “mediati e indiretti”, se non “inverosimili”³².

Un’attenta voce definisce allora “sterile” il dibattito sul se la norma ponga una regola causale ovvero volta alla delimitazione dei danni risarcibili, dopo aver segnalato che la Suprema Corte da qualche tempo predilige la prima opzione, del resto più in linea con una certa convergenza applicativa delle riflessioni compiute sui “due nessi”³³: così come le teorie causali devono spesso affrontare il problema della mitigazione la *condicio*, lo stesso vale per le elaborazioni sull’art. 1223 c.c.³⁴.

Ciò diviene chiaro, per la causalità materiale, pensando al caso – che evoca un classico esempio di antoliseiana memoria – dell’autore del sinistro stradale che risponde per le trasfusioni infette (epatite C) praticate nell’ospedale dove la vittima è poi ricoverata³⁵; ovvero a quello – passando al piano della causalità giuridica – del datore di lavoro condannato a risarcire il danno morale sofferto dai congiunti del lavoratore che, caduto in depressione a seguito di una intossicazione da monossido di carbonio imputabile allo stesso datore di lavoro, si sia

³⁰ Con riferimento alle decisioni in tema di causalità adeguata, perlopiù richiamata come temperamento all’ordinario modo di operare del nesso senza far riferimento anche alla *condicio* (ad esempio, Cass., 10 settembre 2019, n. 22519, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*), non vi è spazio in questa sede né per passarle in rassegna, né per isolare quelle in cui il temperamento gioca un effettivo ruolo. Qui ci limitiamo a sottolineare che, come anticipato, essa viene non di rado “assimilata” al “più probabile che non”: fra le più recenti, Cass., 26 febbraio 2020, n. 5128, in *Foro it.*, 2020, I, c. 1595, con nota di R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da «facere» professionale*, Cass., 12 maggio 2021, n. 12683, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*, nonché Cass., S.U., 16 maggio 2019, n. 13246.

³¹ Ad esempio, Cass., 10 gennaio 2017, n. 255., in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, Cass. 10 settembre 2019, n. 22520, *id.*, 2020, I, c. 620, nonché Cass., 12 settembre 2019, n. 22729, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*

³² A mero titolo di esempio, Cass. 11 marzo 2004, n. 4993, in *Foro it.*, 2004, I, 2108.

³³ ROSSETTI, *Il danno alla salute*, *cit.*, 375.

³⁴ In argomento TRAVAGLINO, *La questione dei nessi*, *cit.*, 147 ss., il quale pure evidenzia che le fattispecie fra un attimo indicate hanno ricevuto risposte non sempre coerenti in giurisprudenza

³⁵ Trib. Perugia, 8 giugno 1991, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 636, con nota di G. GIANNINI, *Sinistro stradale, responsabilità professionale del medico e nesso causale*, confermata da Cass. 11 maggio 2001, n. 6596, inedita e citata da A. QUERCI, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Torino, 2011, 237.

poi suicidato³⁶; nonché a quello in cui la condotta del danneggiante è stata a tal punto lesiva per il danneggiato da obbligare il coniuge al pensionamento anticipato a scopo assistenziale³⁷.

5. Cenni alla versione “forte” e “debole” del “più probabile che non”

Un altro tema che interessa non solo la causalità materiale ma anche quella giuridica – come si dirà in chiusura –, attiene al modo di intendere il criterio del “più probabile che non”, già richiamato nel paragrafo che precede.

È opinione diffusa quella per cui esso va inteso in senso “qualitativo” e non “quantitativo”, come accade nei Paesi di *Common Law* in cui è nato³⁸: il criterio identifica cioè il grado di convincimento del giudice, che dovrà accogliere la domanda se ritiene la tesi dell’attore più credibile di quella del convenuto, senza richiedere di dare un valore numerico alle varie spiegazioni causali e alle retrostanti prove.

A chiarirlo è una decisione di fondamentale importanza per l’evoluzione in materia di concause di cui in appresso, vale a dire Cass. 15991/2011, secondo la quale – in sede di causalità ordinaria – “la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduc[e] *ipso facto* alla aberrante regola del 50% *plus unum*, bensì alla compiuta valutazione dell’evidenza del probabile”³⁹.

Nell’illustrare tale concetto, peraltro, la decisione introduce quella che verrà denominata come “versione debole” del “più probabile che non”, spiegando che se la trasfusione è causa al 40% della patologia dell’attore e vi sono dieci spiegazioni causali al 3%, la domanda non andrà per ciò solo rigettata. In altri termini, secondo una nozione – poi ribadita da varie altre decisioni – è sufficiente che la condotta del convenuto sia più probabilmente che non alla base del danno rispetto a tutte le altre spiegazioni che entrano nello spettro dell’indagine e non in termini assoluti⁴⁰.

³⁶ Cass. 2 febbraio 2001, n. 1516, in *Resp. giur. circ. trasp.*, 2001, 291.

³⁷ Cass., Sez. Lav., 23 febbraio 2000, n. 2037, fra le altre in *Giust. civ.*, 2000, I, 1655.

³⁸ Sul tema L. SAPORITO e B. TASSONE, *Loss of Chance in a Comparative Perspective*, in P. Matera, M. Proto e P. Stanzone (a cura di), *Annali del CERSIG – Centro di ricerca sulle Scienze Giuridiche*, Roma, 2020, 99 ss.

³⁹ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, fra le altre in *Corr. giur.*, 2011, 1672, da M. BONA, *La Cassazione rigetta il “modello della causalità proporzionale” con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*.

⁴⁰ Cass., 20 febbraio 2018, n. 4024, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, Cass. 22 ottobre 2013, n. 23933, cit., Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, 562, nonché Cass. 20 giugno 2019, n. 16581, *id.*, Rep. 2019, voce, 2019, *Responsabilità civile*, n. 77.

In ultimo, il discorso viene ripreso da Cass. 13872/2020, secondo la quale la c.d. preponderanza dell'evidenza costituisce la combinazione di due regole, (a) quella del "più probabile che non" e (b) quella della "prevalenza relativa" della probabilità⁴¹.

La prima, in specie, "implica che rispetto ad ogni enunciato si consideri l'eventualità che esso possa essere vero o falso, ossia che sul medesimo fatto vi siano un'ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa", sicché tra queste due "il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra", perché sarebbe "irrazionale preferire l'ipotesi che è meno probabile dell'ipotesi inversa".

La seconda rileva invece "nel caso di c.d. «multifattorialità» nella produzione di un evento dannoso [...] ovvero quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso, possano affiancarsene altre [...] che [...] abbiano ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio [...] la regola della «prevalenza relativa» [...] implica che il giudice scelga come «vero» l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma"⁴².

Posto che su tale specifico schema – che non sembra potersi condividere, apparendo preferibile aderire alla "versione forte" del criterio – non ci si può qui soffermare, occorre subito passare alla trattazione dell'ultimo tema oggetto del presente lavoro, cioè quello, già menzionato, delle concause⁴³.

6. Causalità giuridica e concause

Secondo la decisione del 2011 citata nel paragrafo che precede la causalità non è mai suddivisibile sul piano dell'*an*, così negandosi gli approdi di Cass. 975/2009, secondo la quale il "frazionamento della responsabilità non è estraneo al sistema positivo"⁴⁴: ma rimane "salva l'adozione di correttivi sul *quantum*, ai fini di una riduzione 'equitativa' del danno", sicché il discorso viene spostato dal piano della causalità materiale a quello della causalità giuridica.

⁴¹ Cass. 6 luglio 2020, n. 13872, cit.

⁴² La decisione si ispira chiaramente a F. PIRAINO, *Il nesso di causa*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 399 ss., nonché a M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101 ss.

⁴³ Per ampie considerazioni sul punto B. TASSONE, *Lo standard probatorio del "più probabile che non" e il ragionamento presuntivo*, in R. POLI e S. PATTI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, 323 ss

⁴⁴ Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, fra le altre in *Danno resp.*, 2010, 372, con note di M. CAPECCHI, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell'art. 2055 c.c.: si apre una nuova stagione nel rapporto tra nesso causale e risarcimento del danno?* e di B. TASSONE, *Il frazionamento della responsabilità secondo la cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1657.

Lo schema è poi ripreso, fra le altre, da Cass. n. 3893/2016 e da Cass. 20829/2018 e – infine – confermato nel contesto del citato “progetto sanità”, con due decisioni che affinano e al contempo arricchiscono l’apparato argomentativo alla base di esso⁴⁵.

In specie, il nuovo “statuto” delle concause si basa essenzialmente sulle proposizioni per cui lo stato anteriore di salute della vittima può concausare una “lesione” oppure una “menomazione”, per cui la concausa della lesione è irrilevante sul piano della causalità materiale e la menomazione – cioè uno stato invalidante – preesistente può essere “coesistente” o “concorrente” col maggior danno causato dall’illecito e per cui solo la seconda porta alla riduzione del danno⁴⁶.

Ciò avviene, peraltro, secondo una regola volta assicurare la progressione del valore del punto di invalidità, perché dalla lettura congiunta delle due decisioni si ricava che il giudice deve:

- i) stimare l’invalidità e tradurla nel valore tabellare;
- ii) stimare la validità biologica che il soggetto aveva nonostante le menomazioni e riportare ad essa la loro incidenza concreta, eventualmente contemplandone l’evoluzione;
- iii) tradurre la conseguente invalidità nel valore tabellare;
- iv) sottrarre al valore i) quello di cui sub iii);
- v) procedere, se del caso, ad una valutazione equitativa in aumento o in diminuzione.

Ne deriva dunque un modello composito, che probabilmente sarà via via oggetto di semplificazione, tramite i soli sui punti i) e iii), come pare emergere dalle prime applicazioni: magari anche per via della domanda con cui ci si chiede come si coordina l’operazione di “personalizzazione” delle preesistenze con quella inerente al danno biologico in generale⁴⁷.

Esso, inoltre, solleva vari altri interrogativi.

Limitandoci agli aspetti più strettamente legati al tema posto, se la concausa naturale ha una efficacia eziologica preponderante rispetto a quella umana e si

⁴⁵ Il primo riferimento è a Cass. 29 febbraio 2016, n. 3893, fra le altre in *Foro it.*, 2016, I, 1741, con nota di B. TASSONE, *Negligenza medica e pregressa situazione patologica*, la seconda decisione è invece Cass. 21 agosto 2018, n. 20829, *id.*, 2019, I, 1384, sempre con nota di B. TASSONE, *Ancora su negligenza medica e pregressa situazione patologica*.

⁴⁶ Cass. 11 novembre 2019, n. 28986 e n. 28990, entrambe in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione*, cit., con note di B. TASSONE, *La Cassazione e le cause naturali 2.0. O forse no*, di U. VIOLANTE, *Concause e preesistenze: il contributo della terza sezione*, e di D. RONCALI, *Preesistenze e danno differenziale. Riflessioni medico-legali a margine di Cass. 28986/19*.

⁴⁷ Per una prima applicazione in tal senso, Cass. 15 gennaio 2020, n. 514, in *Foro it.*, 2020, I, 1663, ancora con nota di B. TASSONE, *La Cassazione e il nuovo statuto delle cause naturali: prime applicazioni e nuove incertezze*, e – più di recente – Cass. 11 ottobre 2021, n. 27526, cit.

dà comunque luogo alla riduzione del risarcimento, sorge qualche problema di coordinamento con il “più probabile che non”, perché il convenuto si fa carico (almeno in parte) del danno anche se la sua condotta integra la causa che lo ha cagionato – per certo – con una incidenza minoritaria⁴⁸.

Inoltre, lasciando da parte il tema del coordinamento con la perdita di *chances*, viene da chiedersi che rilievo giuridico hanno – al di fuori degli ultimi orientamenti sulle concause – gli stati di fragilità non invalidanti⁴⁹.

Soprattutto, vale la pena di domandarsi se le concause naturali rilevanti siano quelle solo “umane” o anche quelle propriamente “naturali” – e come si procede in tal caso alla riduzione del danno – alla luce della giurisprudenza che anche di recente ha dato rilievo pure alle seconde⁵⁰.

In effetti, è chiaro che le regole di Cass. n. 28986/2019 non sono ristrette al settore della colpa medica, così come è chiaro che le pregresse condizioni dell’attore non rilevano solo quando il medesimo è oggetto di un trattamento sanitario.

Meno chiaro è, però, se rimanga o no la possibilità di considerare concause naturali *diverse* da quelle che afferiscono alla persona dell’attore, anche perché in contrasto con la prima e più coerente risposta si pone almeno il passaggio di Cass. n. 28990/2019 per cui “a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un eventuale contributo «con-causale» di un fattore naturale (*quale che esso sia*), non è ammesso, sul piano giuridico, affidarsi ad un ragionamen-

⁴⁸ Lo rileva VIOLANTE, *Concause e preesistenze*, cit., 262 ss.

⁴⁹ Invero, un qualche rilievo agli stati di cui nel testo lo dava Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit. Inoltre, proprio una progressa patologia può infatti generare e/o accrescere l’incertezza e/o i rischi di un trattamento sanitario, dunque le sue stesse *chances* di successo o i rischi di insuccesso.

⁵⁰ Riperkorrendo l’elaborazione in materia, Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, cit., aveva svolto un ragionamento in forza del quale le concause naturali non erano da ricondurre solo agli stati patologici pregressi e, non a caso, la sua portata era stata ritenuta in dottrina di carattere generale (CAPECCHI, *Il Revirement*, cit., 1657 ss.). Inoltre, anche Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit., sembrava ritenere che la considerazione dei predetti stati fosse solo un *exemplum*. Ancora, pure in Cass. 29 febbraio 2016, n. 3893, cit., e in Cass. 21 agosto 2018, n. 20829, cit., l’attenzione rimaneva puntata sugli stati patologici pregressi, sebbene in esse si trovasse la menzione di una decisione in tema di investimento di un pedone affetto dal morbo di Alzheimer in stadio avanzato (Cass. 13 novembre 2014, n. 24204, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Responsabilità civile*, n. 135) e di un’altra – delle Sezioni Unite – inerente ai danni cagionati dalle esondazioni del Tevere, riconducibili in parte alla natura dei luoghi (Cass., S.U., 21 novembre 2011, n. 24408, *id.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 258). Infine, si riscontrano almeno un paio di pronunce della Terza Sezione che, di recente, danno rilievo a eventi atmosferici di particolare intensità ai fini della riduzione del danno (Cass. 24 marzo 2016, n. 5877, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Responsabilità civile*, n. 104, per esteso in *Danno resp.*, 2016, 839 ss., con nota di V. VOZZA, *Danni da pioggia intensa: responsabilità e caso fortuito*, nonché Cass., 9 marzo 2010, n. 5658, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *cit.*, n. 49).

to probatorio «semplificato», tale da condurre ‘*ipso facto*’ ad un frazionamento delle causalità in via equitativa” (corsivo aggiunto).

7. Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto esposto la distinzione fra causalità materiale e giuridica è da ritenersi di certo utile a mettere ordine rispetto ai vari problemi che ruotano attorno all’illecito civile e contrattuale, sebbene essa sia stata anche di recente criticata⁵¹.

Inoltre, è lecito chiedersi, in questa chiave, se lo scopo della norma violata appartenga all’una o all’altra indagine e se i piani siano davvero distinti quando la stessa responsabilità omissiva presuppone che il convenuto aveva l’obbligo di tenere un dato comportamento⁵².

Tuttavia, anche in considerazione del fatto che i rilievi mossi alla teoria sono stati incisivamente confutati, più che soffermarsi analiticamente sugli argomenti portati a favore e contro la stessa, conviene assumere un approccio differente, sì da riconoscere, come anticipato, una qualche “capacità ordinante” alla suddetta distinzione⁵³.

⁵¹ Ad esempio, riprendendo in parte l’insegnamento di M. FRANZONI fra gli altri esposto ne *L’illecito*, cit., 60 ss., PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 214 ss., ha di recente affermato che una chiara separazione fra il legame naturalistico che dalla condotta porta all’evento di danno e quello giuridico concernente la selezione delle conseguenze da esso derivanti è possibile solo ove, a monte, non vi siano intersezioni fra il problema della ricostruzione storico-fattuale della vicenda sottoposta al giudice e quello dell’individuazione dei pregiudizi risarcibili: se si vuole, fra le domande “chi è il responsabile?” e “di quali danni egli si deve fare carico?”. La differenziazione è netta, ad esempio, quando – una volta appurato che un soggetto ha certamente subito gravi lesioni personali per via della condotta di un sanitario – ci si chiede per quali voci di danno egli possa agire. Lo è di meno laddove si ammetta che la semplice perdita delle *chances* di non subire quelle lesioni sia ristorabile, perché l’*an* dipende necessariamente dal *quantum* e viceversa; così come lo è laddove ci si chieda se il soggetto investitore sia responsabile, o no, anche del suicidio che la vittima compie dopo un anno e mezzo mentre è ricoverata in ospedale, cioè non solo di un pregiudizio diverso da quello causato dal danneggiante, ma di un’evenienza che, in questo e altri casi, mette in espone la drasticità dello schema proposto dalla *condicio* nella sua forma pura: come sopra si è detto (in giurisprudenza Cass. 7 febbraio 1996, n. 969, in *Foro it.*, 1996, I, 2482, nonché Cass., Sez. Lav., 23 febbraio 2000, n. 2037, cit.).

⁵² Sul primo tema, A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?* in *Riv. dir. civ.*, 2006, 7 ss., contrario alla distinzione. Al riguardo, è significativo che un Autore del calibro di Pietro TRIMARCHI non dedichi alcuno spazio alla causalità giuridica di per sé considerata nella *summa* del suo pensiero – piuttosto volto a individuare i vari criteri che regolano l’attribuzione e quantificazione della responsabilità-ora offerta con *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 3^a ed., 2021.

⁵³ TRAVAGLINO, *La questione dei nessi*, cit., 146 ss.

E la stessa, peraltro, può essere arricchita tramite le considerazioni che seguono.

In primo luogo, anche a voler mantenere la distinzione fra causalità “naturale” e “giuridica”, va scongiurato l’equivoco per cui la prima sarebbe squisitamente “in fatto” e la seconda solo “in diritto”⁵⁴.

In proposito, è stato autorevolmente detto che la questione attiene in definitiva a due distinti profili di significatività del problema causale, vale dire quello dell’incertezza in merito alla concatenazione degli eventi e quello dell’individuazione del segmento di tale concatenazione suscettibile di rilevanza alla luce di una vera e propria opera di qualificazione frutto dell’umano intelletto⁵⁵; nonché – più di recente – che “in senso scientifico-naturalistico la causalità è l’intrecciarsi di tutti gli stati del mondo concomitanti all’evento, in senso giuridico la delimitazione dell’ampiezza della relazione eziologica che esclude fattori non pertinenti”⁵⁶.

Dunque, si deve riconoscere non solo che anche le regole afferenti alla ricostruzione della causalità materiale sono propriamente giuridiche – il che dovrebbe far riflettere sui limiti del giudizio di legittimità sul punto –, ma pure che essa richiede di affrontare una serie di questioni complesse in punto di diritto: come quelle che ruotano attorno all’ingresso nel processo della legge scientifica di copertura, alla sua “validazione”, alla sua applicazione, al suo rapporto con leggi scientifiche “antagoniste”, allo stesso “più probabile che non”, al rilievo dei fattori interruttivi al cospetto di una mera causalità generale e via dicendo⁵⁷.

Non a caso, del resto, la dottrina processualistica si sta di recente orientamento nel senso di riservare una rinnovata attenzione alla ricostruzione del fatto⁵⁸.

In secondo luogo, la decisione di legittimità che ha definito una delle più complesse controversie degli ultimi anni in tema di responsabilità civile, cioè

⁵⁴ Sul punto PIRAINO, *Il nesso di causa*, in cit., 2008, 407 ss.

⁵⁵ Con la precisazione per cui l’affermazione vale anche per la causalità materiale, G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.

⁵⁶ P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. III, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 160.

⁵⁷ TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 276 ss. e *passim*.

⁵⁸ Si vedano, per tutti, R. POLI, *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 515 ss., ID., *Il ragionamento probatorio (funzione, struttura, esiti, sindacabilità)*, in AA. VV., *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, a cura di A. SIMONS, A. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A. PÉREZ RAGONE, P.H. DOS SANTOS LUCON, San Paolo, 2020, 1079 ss., nonché ID., *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in cassazione*, in AA. VV., *Lo statuto del giudice e l’accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno Nazionale dell’Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Bologna, 2020, 375 ss.

quella resa nel caso CIR-Fininvest, ha affermato che il “più probabile che non” si applica anche alla causalità giuridica e ai fini del governo delle presunzioni, così riprendendo la tesi poco prima ribadita dal compianto Michele Taruffo, cui espressamente si richiamava, peraltro, una precedente pronuncia sempre di legittimità⁵⁹.

D'altronde, la stessa prova si appoggia nel suo complesso a logiche inferenziali⁶⁰: il che pone un'evidente comunanza di questioni e induce a formulare l'ipotesi per cui la considerazione del modo in cui il “più probabile che non” si rapporta alla causalità materiale, alla causalità giuridica e alle presunzioni semplici può essere mutuamente arricchente, nonché foriero di alcuni interessanti esiti interpretativi circa i requisiti della gravità, precisione e concordanza⁶¹.

In definitiva, l'applicazione del “più probabile che non” a entrambe le causalità – se si ritiene di dare cittadinanza al criterio – è animata da un'intima coerenza, perché mira a raccogliere i tanti rivoli dell'accertamento causale nell'unico fiume dell'apprezzamento probabilistico.

⁵⁹ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, fra gli altri annotata da B. TASSONE, *Il caso CIR-Fininvest e il nesso causale in cassazione*, in *Danno resp.*, 2014, 174 ss., nonché M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile, Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 1107 ss. e, ancora prima ID., *La prova dei fatti giuridici in Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 1992, 448. Nel senso che “[i]l criterio della probabilità prevalente fonda anche il sistema logico-operativo della prova presuntiva (secondo la dottrina che più di ogni altra ha esaminato l'argomento, con riferimento al requisito della «gravità»”, Cass., 5 maggio 2009, n. 10285, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2064.

⁶⁰ Assai di recente S. PATTI, *Note in tema di presunzioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 899 ss., che richiama il risalente insegnamento di M. PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, 187 ss., cui *adde* M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in ID., *La prova nel processo civile*, cit., 220 ss.

⁶¹ Il tema è sviluppato in TASSONE, *Lo standard probatorio*, cit.

La causalità nella responsabilità civile

SOMMARIO: 1. Le causalità nell'illecito: la causalità di fatto. – 2. La causalità giuridica nella stima del danno. – 3. Le causalità, ossia i nessi di causa, e i diversi impieghi del sostantivo “danno”. – 4. Il concorso del fatto del danneggiato e la causalità giuridica. – 5. Il concorso di cause nella produzione dell'evento dannoso. – 6. Ancora su causa umana e causa fortuita. – 7. *Chance* e causalità.

1. Le causalità nell'illecito: la causalità di fatto

Tra tutti i presupposti di un certo evento, la causalità di fatto deve selezionare solo quelli giuridicamente ritenuti necessari al suo accadimento. In natura, un certo fatto non è mai il risultato di una causa soltanto, al “cagiona” dell'art. 2043 c.c. è attribuita la funzione di collegare il responsabile al risultato ultimo della sua azione o alla sua posizione di responsabile. Con una semplificazione ardita si può concludere che la casualità di fatto serve ad individuare il responsabile dell'illecito: risponde alla domanda chi è stato?

In prima approssimazione si può constatare che il rapporto di causalità di fatto si compone di un elemento positivo e di un elemento negativo. Quello positivo è dato dalla prova che un soggetto «abbia posto in essere *una condizione dell'evento*, e cioè un antecedente senza del quale l'evento stesso non si sarebbe verificato. Il negativo è che *il risultato non sia dovuto al concorso di fattori eccezionali*¹. L'onere della prova del primo grava sul danneggiato, mentre la prova del secondo incombe sul danneggiante che, assolvendolo, si libera dalla responsabilità. In mancanza della prova del fatto impeditivo, ossia di fattori eccezionali, la causalità sussiste. Questo procedere non consente di affermare che il rapporto di causalità si presume, per effetto della ripartizione

¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1980, p. 190 s., alla cui impostazione si può aderire. Analogamente, secondo MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 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».

dell'onere della prova. È proprio questo il punto: qui non si tratta di una inversione dell'onere della prova per effetto di una presunzione, bensì di diversa ripartizione dell'onere della prova. Il convenuto non deve necessariamente dimostrare il contrario rispetto a ciò che ha dedotto l'attore in giudizio, ma può dedurre una circostanza diversa (fortuita), dalla quale risulta che il rapporto eziologico si è interrotto. In tal caso l'oggetto della sua prova è diverso da quello dell'attore².

Un primo dato dal quale prendere le mosse per ragionare sulla causalità nell'illecito civile, ormai l'assunto è pacifico, è che lo *standard* di certezza probabilistica, in materia civile, «non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale 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 nel caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)»³.

Un secondo dato dal quale prendere le mosse è che occorre distinguere la causalità di fatto dalla causalità giuridica, come diremo meglio nel § seg. Se la causalità di fatto risponde alla domanda chi è stato a causare l'evento di danno, quindi chi è il responsabile dell'illecito, la causalità giuridica indica l'area di quella perdita che si convertirà in debito di valuta e verrà posto a carico dello stesso responsabile (debitore) che dovrà pagare la vittima (creditore).

Poste questa premesse, si possono affrontare le diverse questioni, dalla rilevanza della causalità anche nella responsabilità da inadempimento dell'obbligazione (art. 1218 c.c.); si può valutare quando sia sufficiente la sola allegazione dell'inadempimento, e quando invece, trattandosi di inesatto adempimento proprio quella inesattezza debba costituire oggetto di prova, all'esito del contraddittorio con l'altra parte⁴; al tema della rilevanza delle lesioni concorrenti⁵. Con queste stesse presmesse si possono affrontare le questioni poste dalla perdita di *chance* in ambito sanitario⁶.

² Seppure svolgendo un diverso ragionamento, sono anche queste le conclusioni di PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 68 ss.

³ Cass., 27 settembre 2018, n. 23197, in *Mass. Foro it.*, 2018, 650602-01.

⁴ Cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, anche in *Danno e resp.*, 2020, p. 71, con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità «materiale»: perseverare diabolicum*.

⁵ Cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28986, in *Danno e resp.*, 2020, p. 27, con nota di AMRAM, *La persona, le «forzose rinunce» e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di san martino 2019*.

⁶ Cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, in *Danno e resp.*, 2020, 85, con nota di PUCELLA, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances*.

2. La causalità giuridica nella stima del danno

Il giudizio di condanna al risarcimento del danno va scomposto logicamente in due operazioni distinte. La prima consiste nel determinare il pregiudizio, identificando precisamente tutte le conseguenze derivanti dall'evento di danno, che si riflettono sui beni o sugli interessi colpiti; la seconda comporta la traduzione in termini monetari dell'area del danno identificato in precedenza. Con la prima operazione si accerta la sussistenza del danno patrimoniale, con la seconda si stima il valore di quel danno.

Quando si indica l'*an respondeatur* nel giudizio di risarcimento, o l'esistenza del danno, si allude alla operazione relativa alla determinazione del pregiudizio e alla sua qualifica di danno patrimoniale; quando invece si menziona il *quantum respondeatur* ci si riferisce alla fase della liquidazione, ossia alla operazione relativa alla conversione in valori monetari della perdita economica.

L'operazione con la quale si determina o si identifica il danno, cosicché si trasforma la mera perdita economica in pregiudizio rilevante per il diritto, si effettua mediante il criterio della causalità giuridica, le cui regole sono desumibili dall'art. 1223 c.c. Tra (l'inadempimento o) il fatto, inteso come evento di danno, e il danno, inteso come perdita patrimoniale risarcibile, deve sussistere una relazione da causa ad effetto in forza della quale il secondo appaia riconducibile al primo: il secondo sia una "conseguenza immediata e diretta" del primo. Quella delle "conseguenze immediate e dirette" è una regola antica, elaborata da Pothier, che per derivazione dal codice napoleonico è giunta fino al codice civile vigente. Per chiarire il concetto di "conseguenza immediata e diretta", l'a. ipotizza tre serie causali riferibili a un inadempimento consistente nell'aver acquistato animali affetti da un male contagioso: (a) la morte per contagio di altri animali di proprietà del compratore; (b) la perdita del raccolto per impossibilità di coltivare il fondo, a causa della perdita dei bovini; (c) il generale dissesto economico del compratore o il suo fallimento a causa della perdita del raccolto. La prima conseguenza è giudicata sempre risarcibile⁷; la seconda, solo a condizione che sia provata la inevitabilità della perdita del raccolto per il compratore; la ter-

⁷ Il caso è assimilabile a quello deciso dalla Cass., 3 aprile 1982, n. 2063, in *Mass. Foro it.*, 1982: «qualora una parte di un locale ad uso abitazione abbisogni, in conseguenza dell'illecito altrui, di ritinteggiatura, e questa, per esigenze di uniformità di colore, che si traducono in condizioni di normale abitabilità, debba essere estesa anche alle rimanenti pareti, il diritto del proprietario dell'immobile di conseguire, a titolo di risarcimento, il rimborso dell'intera somma occorrente per tale lavoro non trova limitazioni, in relazione alla vetustà della precedente tinteggiatura, e all'eventuale vantaggio ricevuto essendosi in presenza di un esborso per la totale eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito, che non può essere addossato al danneggiato stesso».

za, invece, viene considerata irrisarcibile siccome è una conseguenza indiretta e remota. Non è affatto dimostrabile che ad ogni acquisto di animali infetti segua normalmente il dissesto del compratore⁸.

Con questo processo, il cui onere della prova incombe sul danneggiato, il danno viene esattamente identificato, diventa risarcibile; quindi, diviene certo o attuale; e con questo processo sono delimitate le conseguenze pregiudizievoli dell'evento di danno che è legittimo riferire al soggetto reso responsabile.

La causalità giuridica serve per stabilire l'area del danno risarcibile e risponde alla seguente domanda: quando deve pagare il responsabile?

3. Le causalità, ossia i nessi di causa, e i diversi impieghi del sostantivo “danno”

Sul piano logico è necessario scomporre la nozione polisemia di danno in quelle di evento di danno, di danno patrimoniale e di danno non patrimoniale, oltre che di danno ingiusto. A queste condizioni si può procedere con l'attribuire alla causalità la duplice funzione: imputare un evento a un responsabile (causalità di fatto); stimare le conseguenze economiche pregiudizievoli del fatto o stimare le conseguenze non economiche da riparare con il risarcimento del danno non patrimoniale (causalità giuridica). Pur non trovando un fondamento normativo letterale nel Titolo IX del Libro IV, la nozione di “evento di danno” è corrispondente alla distinzione che in ambito assicurativo si suole indicare fra sinistro e danno, dove il primo è sempre causa del secondo: artt. 1882, 1905, 1913 c.c.⁹.

Su questo punto occorre indugiare.

Il giudizio di responsabilità aquiliana richiede la presenza di più elementi, tutti necessari per poterne valutare l'esistenza. Proprio perché il danno risarcibile è sempre la “conseguenza” di una certa lesione¹⁰, occorre individuare con precisione l'evento nel quale si satura questa lesione. Questo evento costituisce il momento finale della indagine sulla sussistenza dell'illecito civile e, nel contempo, il momento iniziale dell'indagine sulle perdite da risarcire, quand'anche non siano economicamente valutabili. Questa sorta di spartiacque concettuale si identifica con l'evento di danno, ossia con la ingiusta modificazione esteriore, materiale o giuridica, della

⁸ Cfr. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, Milano, 1809, p. 148.

⁹ Cfr. DONATI e VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, p. 161 s., segnalano l'errore di ricondurre il concetto di danno in quello di sinistro; la rilevanza della distinzione si coglie in modo particolare, quando tra sinistro e danno intercorra un certo lasso di tempo: è il caso della lesione cagionata al concepito durante la vita penatale e palesatosi come danno dopo la nascita.

¹⁰ È ancora la tesi di FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit. alla nota prec.

sfera della vittima per effetto: (a) della condotta dell'autore (b) della posizione giuridica che ha un soggetto rispetto alla cosa (c) del collegamento stabilito dalla legge a carico di un responsabile con il fatto illecito compiuto da altri¹¹.

Il concetto "evento di danno" è diverso dall'altro apparentemente identico di "danno evento"¹². Nel linguaggio corrente, quest'ultimo identifica un pregiudizio insito nella lesione e che, pertanto, non necessita di alcuna ulteriore dimostrazione, per meritare il risarcimento; al contrario l'evento di danno delinea la lesione dalla quale origina il pregiudizio che, successivamente, verrà stimato e liquidato. Non mi sembra decisivo che il linguaggio del legislatore del 1942 abbia ommesso il concetto di "evento" per sostenerne la inutilità. Occorre ricordare ancora che, nel Titolo IX, il termine "danno" è impiegato con diversi significati: nell'art. 2043 c.c., ad esempio, il danno ingiusto indica la lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, mentre, nella parte finale della norma, è sinonimo di danno da risarcire; più in generale, quando il danno è accostato al risarcimento (artt. 2055, comma 2°; 2056; 2057 c.c.), esso assume il significato di perdita economica da compensare; quando invece è indicato quale «fatto dannoso» (artt. 2045, 2046, 2055, comma 1°, c.c.), quale «fatto illecito» (artt. 2048, 2049), quale «danno cagionato» (artt. 2044; 2047, comma 1°; 2048; 2050; 2051; 2052; 2053 c.c.), «danno prodotto» (art. 2054, comma 1°, c.c.), «danno derivato» (art. 2054, comma 4°, c.c.), è sinonimo di evento lesivo: evento di danno, appunto.

Secondo il legislatore, dunque, il sostantivo danno è connotato dalla polisemia:

- indica la perdita patrimoniale da stimare e da liquidare secondo le regole della causalità giuridica desunte dall'art. 1223 c.c.: il danno patrimoniale;
- indica l'evento lesivo o il termine finale della sequela della causalità di fatto, il momento di saturazione della condotta per dirla con i penalisti: l'evento di danno (art. 2043 c.c.);

¹¹ Le due ultime precisazioni si riferiscono alle ipotesi di responsabilità oggettiva, in particolare alle previsioni degli artt. 2051, 2052, 2053, 2054, comma 4°; e alle ipotesi di responsabilità per fatto altrui. La necessità di introdurre il concetto di evento di danno fu sostenuta e dimostrata da GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 409 ss.; da BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, cit., p. 118 ss.; da ultimo da SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, cit., p. 1249 ss. Indirettamente la separazione tra evento lesivo e danno risarcibile appare netta nelle pronunce giurisprudenziali citate nei due paragrafi precedenti, cfr. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 297.

¹²⁰ Su questo punto concordo con FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, p. 30 ss.; il danno evento è stato suggellato nella motivazione data dalla Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053, che identifica il danno biologico, quale danno alla salute, nel concetto di danno evento.

- indica l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico: il danno ingiusto (art. 2043 c.c.);
- nell'art. 2059 c.c. indica il danno non patrimoniale, ossia le conseguenze di tipo non reddituale, ma meritevoli di riparazione, come dirò a suo tempo;
- nell'art. 185 c.p. indica il danno morale soggettivo, il *pretium doloris*, da riconoscere alla vittima quando il fatto costituisce reato.

La presenza di tutti questi elementi attribuisce giuridica rilevanza al danno rendendolo risarcibile¹³. In via ancora più riassuntiva, si può affermare che la presenza di tutti questi elementi perfeziona la fattispecie di responsabilità civile, dalla quale nasce l'obbligazione risarcitoria (art. 1173 c.c.).

Nella economia del discorso, l'evento di danno assume un ruolo centrale, perché è il presupposto per accertare se l'interesse leso della vittima sia meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, nel contempo è il presupposto per la determinazione del danno risarcibile con il criterio della causalità giuridica. In rapporto al fatto illecito, indica l'elemento terminale della ricerca e, in parte, si identifica con il «danno ingiusto» (art. 2043 c.c.); in rapporto all'obbligazione risarcitoria, indica il punto iniziale del percorso che porta «a risarcire il danno» (art. 2043 c.c.).

In talune figure tipizzate, l'evento di danno è descritto dalla norma, com'è per la rovina dell'edificio nell'art. 2053 c.c. alla quale segue la lesione della vittima, per la lesione prodotta alle cose o alle persone nell'art. 2054 c.c.; in tutte le altre invece l'evento di danno è indicato solo genericamente. Quando l'evento è tipizzato, la funzione della causalità di fatto si limita a collegare l'evento tipico alla lesione subita dal danneggiato, tutto ciò che accade successivamente va catalogato tra le conseguenze da valutarsi secondo la regola della causalità giuridica¹⁴. Quando l'evento non è tipizzato, invece, la funzione della causalità di

¹³ Cfr. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1203 ss., ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁴ Sono ancora utili a questo riguardo le considerazioni di GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 416, sull'evento di danno nella responsabilità a titolo di rischio quali l'art. 2053 e l'art. 2054, comma 4°. Quanto alla prima sostiene l'a. che l'evento è dato dalla sola rovina, cosicché la lesione personale che ne è conseguenza va valutata con il criterio dell'art. 1223. Lo stesso è per l'art. 2054, comma 4°, che indica nell'investimento l'evento di danno, mentre tutto ciò che è al di fuori va valutato alla stregua dell'art. 1223, ancorché non sia ancora danno patrimoniale. Senonché questa rigorosa separazione non ha una precisa ragione pratica, dato che i criteri posti a fondamento delle due causalità sono in ultima istanza i medesimi. Sicché si può anche affermare che alla causalità dell'art. 1223 è attribuito il ruolo di stimare il danno patrimoniale risarcibile, mentre alla causalità di fatto di individuare l'evento lesivo ultimo. Probabilmente questa è la via più corretta anche dal punto di vista sistematico.

fatto consiste nel collegare al soggetto responsabile quell'evento che gli è riferibile, secondo la regolarità, la normalità, le regole scientifiche applicabili, le quali dipendono anche dal criterio di imputazione.

L'evento di danno «non si può distinguere *a priori* per suoi caratteri naturali»¹⁵, ma, seppure con un indubbio margine di approssimazione, si può prefigurare in ragione dei criteri di imputazione della responsabilità. Così, ad esempio, se l'illecito è doloso, l'evento va identificato con quello voluto dall'autore del fatto: occorre accertare la ordinarietà della sequela causale dei fatti, tenendo conto che l'autore si prefigurò l'esito della sua condotta illecita. Se l'illecito è colposo, l'evento va tendenzialmente identificato con quello che poteva essere prevedibile ed evitabile da parte del responsabile, secondo i criteri impliciti nel canone della diligenza, della prudenza e della perizia. Quando la responsabilità è oggettiva, l'evento di danno è l'ultimo della sequela, non interrotta dal caso fortuito o dalla presenza di altre prove liberatorie previste dalle singole figure delittuali. Nell'accertare la regolarità o la normalità della concatenazione dei fatti, in queste ultime ipotesi, si deve tener conto della pericolosità dell'attività risultante dalla fattispecie, come avviene negli artt. 2050 e 2054, comma 1°, c.c.¹⁶.

4. Il concorso del fatto del danneggiato e la causalità giuridica

Come si diceva, le regole giurisprudenziali desumibili dall'art. 1223 c.c. assolvono lo scopo di determinare il contenuto del danno, utile ai fini della sua stima. Tali regole vanno ulteriormente arricchite e integrate con l'art. 1227 c.c. e, per il solo danno da inadempimento, con l'art. 1225 c.c. Dopo aver applicato tutte queste disposizioni, si giunge alla identificazione di un pregiudizio il cui costo deve essere imputato al responsabile, poiché si può affermare con certezza che questo lo ha "cagionato". Ciò riflette lo scopo del risarcimento del danno patrimoniale, che deve tendere a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato nello stato di fatto che esisteva prima dell'illecito. Ed esprime, altresì, la funzione di compensare il danneggiato senza arricchirlo, come si verificherebbe ove gli fosse liquidata una somma di importo superiore alla perdita patrimoniale patita, oppure gli fosse liquidata una perdita che egli stesso si è autocagionata.

L'art. 1227 c.c. prevede due ipotesi distinte di danno risarcibile: la prima riguarda il concorso del danneggiato nella produzione dell'evento di danno;

¹⁵ Ancora GORLA, cit. alla nota prec, *ibid.*

¹⁶ È questa la tesi a suo tempo esposta da GORLA, cit. alla penult. nota, p. 411 ss., che ritengo ancora attuale; questa è stata ripresa da Salvi, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, cit., p. 1252 ss.

la seconda riguarda i danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. In questa sede ci si occuperà della prima, limitatamente al profilo della causalità giuridica, poiché l'aspetto della causalità di fatto.

Dispone il comma 1° dell'art. 1227 c.c. che, «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». La disposizione va scomposta, poiché contiene regole applicabili a momenti diversi del giudizio di responsabilità che si conclude con il risarcimento. Nella prima parte («se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno»), è indicata la modalità per ricostruire il fatto; nella seconda («il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate»), è dettata la disciplina per la misura del danno. La prima si riferisce al giudizio sull'illecito che postula l'unicità del fatto da intendersi nel senso che le cause concorrenti devono aver tutte contribuito a determinare l'evento dannoso, in modo che esso non si sarebbe verificato senza l'incidenza eziologica di ciascuna di esse; la seconda indica il contenuto del rapporto causale tra l'evento dannoso e il pregiudizio della vittima e detta il criterio per delimitare l'entità del risarcimento imputabile al danneggiante.

Nella norma si menziona la causalità in due circostanze e con significati molto differenti. Quando si invoca la causalità per accertare se vi sia stato il concorso del danneggiato, si allude alla cosiddetta causalità di fatto. Questa deve sussistere per collegare l'azione di un soggetto all'evento dannoso. È vero che non riceve una disciplina legislativa compiuta, ma nell'art. 2054, comma 2°, c.c., e nell'art. 2055 c.c., è data come presupposta e nel termine «cagionato» dell'art. 2043 c.c. trova la base normativa. Infine, questa causalità può essere interrotta dal caso fortuito in senso ampio, comprensivo per l'appunto del fatto del danneggiato.

Quando, invece, si indicano i criteri per ridurre il danno, si menziona proprio la causalità giuridica dell'art. 1223 c.c., meglio precisata dal contenuto della norma dettata proprio per il concorso⁽¹⁷⁾. Con questa espressione, «l'entità delle

¹⁷ Cfr. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 415, nota 12, il quale, seppure in forma dubitativa, esprime l'opinione che la causalità prevista dall'art. 1227, comma 1°, è sia quella che attiene al giudizio di responsabilità per risalire all'evento di danno, sia quella che individua il danno risarcibile secondo l'art. 1223. Con la conseguenza che, ove il fatto illecito fosse imputabile per intero al comportamento del danneggiato, non si potrebbe pronunciare alcuna responsabilità, e mancherebbe un danno risarcibile, non già per un'applicazione dell'art. 1227, ma per la mancata perfezione della fattispecie costitutiva dell'illecito: la mancanza della colpa del danneggiante, la presenza di un caso fortuito inteso in senso lato; Cfr. anche PUCCELLA, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Nuova giur. civ.*, 1990, II, p. 4.

conseguenze che [...] sono derivate» (art. 1227, comma 1°, c.c.) dal fatto illecito, il legislatore ha dettato una prescrizione per il giudice, il quale, sul presupposto dell'unicità dell'evento dannoso, ugualmente deve separare le perdite collegabili alla condotta del danneggiante da quelle collegabili a quella della vittima. Astrattamente è possibile che da un'azione colposa derivi un danno gravissimo, così come, al contrario, è ipotizzabile che un illecito doloso sia foriero di un pregiudizio modestissimo per il danneggiato. Lo stesso ragionamento può essere ripetuto in sede di concorso. Seppure in punto di causalità di fatto, è possibile che il danneggiato abbia concorso in misura modesta; ugualmente può accadere che le conseguenze di quel comportamento abbiano determinato in misura decisiva l'entità del danno patrimoniale. Proprio questo secondo profilo implica una valutazione da esprimersi nei termini di causalità giuridica, con le regole proprie dell'art. 1223 c.c.

In concreto, non mi risulta che vi siano precedenti che in modo analitico abbiano dato conto del duplice profilo appena indicato a proposito dell'art. 1227, comma 1°, c.c. È consueto ritrovare in una unica frazione percentuale la misura del concorso del fatto del danneggiato, senza alcun'altra precisazione. Ciononostante, nell'indicare proprio quella misura percentuale, l'interprete deve considerare entrambi gli aspetti menzionati dalla norma: la gravità della colpa, normalmente intesa come apporto eziologico nella verifica dell'evento, e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

5. Il concorso di cause nella produzione dell'evento dannoso

Qui mi limito a rilevare che la questione di maggior pregnanza riguarda il concorso tra il fatto umano e un fatto diverso, normalmente preesistente. La violazione di una certa regola tecnica da parte di un imprenditore può aver aumentato un certo rischio in una certa misura: 25%, 55% oppure 75%. La condotta in questione non è indifferente, ma probabilmente l'evento dannoso si sarebbe ugualmente prodotto per un'altra causa. Nell'ultima ipotesi il costo del danno può essere accollato alla condotta umana sulla base del criterio del più probabile che no, già visto nel precedente paragrafo. Negli altri casi la soluzione è più difficile, anche perché nel nostro sistema manca una norma che consenta il risarcimento parziale, sulla scorta di un criterio che comunque consenta di attribuire rilievo causale ad una certa condotta¹⁸.

¹⁸ Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, p. 458, che cita l'art. 44, comma 2°, c.c. svizzero.

L'asserito concorso tra una causa umana e una causa fortuita, invece richiede l'impiego di un criterio diverso da quello meramente statistico. L'ambito della responsabilità professionale ha dimostrato come sia utile valutare il tipo di regola violata, per comprendere se quella avesse come scopo proprio quello di impedire l'insorgenza di un certo rischio. Quando la risposta sia affermativa, può concludersi che sussista il rapporto di causalità, diversamente deve concludersi che l'evento è dipeso dal caso fortuito¹⁹.

La regola della solidarietà dell'art. 2055 c.c. è in grado di soddisfare la questione delle cause alternative, rimettendo al regresso la funzione di ripartire il costo del danno a ciascuno. La casistica sulle infezioni da HIV, quando è mancato il controllo del sangue da parte dell'ospedale, è emblematica. Pur non essendo provato che quel sangue infetto sia stata la causa esclusiva del contagio, poiché il paziente avrebbe potuto contrarlo in altro modo, ad es. mediante un rapporto sessuale²⁰. Per la verità, in questo caso, più che di concorso di cause, sarebbe opportuno affermare che c'è un'incertezza causale, rispetto alla quale la violazione dell'obbligo di controllare il sangue da trasfondere, nulla è in grado di chiarire in termini causali. Dunque è condivisibile affermare che, fuori da questa vicenda, molto tormentata, in Italia, la soluzione che riconosce comunque la responsabilità di uno dei concorrenti non è affatto sicura²¹.

La stessa incertezza causale si ha nel caso in cui il danno sia conseguente all'assunzione di un farmaco prodotto da una pluralità di case farmaceutiche, ma non sia possibile stabilire quale. Sul piano risarcitorio potrebbe essere razionale accollare a ciascuna il risarcimento, ma non sulla base dell'art. 2055 c.c., bensì per le quote di mercato possedute. Ma questa soluzione presuppone un intervento legislativo, in mancanza del quale deve applicarsi la regola comune²².

6. Ancora su causa umana e causa fortuita

Un buon banco di prova per misurare l'utilità della nozione di evento dannoso, quale spartiacque fra il giudizio di causalità di fatto e il giudizio di causalità giuridica, è l'indagine sul risarcimento richiesto dalla persona affetta da lesioni plurime comprensive delle concause di lesione. Anticipo che anche in questo

¹⁹ Cfr. TRIMARCHI, *ibid*, cit. alla nota prec.; ampiamente sul punto, Cass., 11 novembre 2019, n. 28990, in *Foro on line*.

²⁰ Ampiamente sulla vicenda Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile – Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, 2004, p. 111.

²¹ Così TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., p. 463.

²² Così TRIMARCHI, cit. alla nota prec., p. 466 ss.

caso non si verifica un vero e proprio concorso fra una causa umana e una causa fortuita da valutare agli effetti dell'art. 1227, comma 1°, c.c., ma procediamo con ordine.

Innanzitutto occorre premettere che ricorrono lesioni plurime, allorché, da un medesimo fatto, derivino contemporaneamente lesioni all'organismo umano. A loro volta queste possono essere monocrone, se insorgono contestualmente, oppure policrone, se insorgono successivamente al sinistro e se derivano da fattori causali diversi. Ancora le lesioni possono essere concorrenti, se tutte incidono sul medesimo organo, oppure coesistenti, se incidono su organi diversi.

In questa sede ci soffermeremo sulle concause della lesione, ossia su quelle nelle quali il fatto lesivo aggrava un preesistente stato invalidante. Queste due situazioni non avrebbero nulla in comune se non fosse che nella valutazione medico-legale occorre giungere in entrambe a un unico risultato di sintesi che, pur non rappresentando una somma aritmetica, peraltro non prescinda da alcuna menomazione o causa di invalidità permanente. In tal caso, tuttavia, non si verifica un concorso di cause agli effetti dell'art. 1227, comma 1°, c.c., come se l'azione della vittima avesse concorso a cagionare unitariamente il danno: la vittima non ha concorso a causare l'evento dannoso, semmai le conseguenze immediate e dirette di quell'evento devono considerare il pregresso stato di salute della vittima, dunque il tema si pone nel funzionamento della causalità giuridica.

Nella valutazione delle lesioni plurime, non si possono stimare singolarmente le mutilazioni, giacché l'organismo umano non è composto da tanti elementi indipendenti e autonomi. Dall'unitarietà biologica dell'uomo deriva che le modificazioni peggiorative devono essere tradotte in un coefficiente unitario, che rappresenti in termini relativi le invalidità rapportate all'intero organismo umano²³. È evidente che in questo processo la maggior parte dello sforzo ermeneutico è svolto dal medico-legale, il quale solo è in grado di valutare il complessivo peggioramento sullo stato della vittima²⁴.

²³ Il tema è stata rivisto integralmente da Cass., 11 novembre 2019, n. 28986 (*Foro on line*) spec. par. 1.8.5; 1.10; Cass., 11 novembre 2019, n. 28990 (*Foro on line*) spec. par. § 1.5.

²⁴ La Cass., 11 novembre 2019, n. 28990, in *Foro on line*, ha deciso che «in caso di menomazioni preesistenti, l'accertamento del grado di invalidità biologica è compiuto dall'ausiliario medico legale e dunque a questi spetta rispondere, alla stregua delle pertinenti *leges artis* al quesito posto dal giudice, verificando quale fosse la capacità del soggetto *ante e post eventum*. In sostanza egli deve accertare la capacità biologica per così dire differenziale ponendo a confronto lo stato di validità anteriore e quello successivo, venendo a pesare in modo diverso il grado percentuale indicato nel *barème* secondo che lo stato patologico pregresso: a) risulti del tutto indifferente, rispetto alla nuova disfunzionalità residua dall'evento lesivo (ipotesi normalmente riscontrabile nel caso di menomazioni coesistenti); b) venga a peggiorare la situazione già compromessa, incrementando

La stessa logica governa l'ipotesi in cui la lesione colpisce un organo già lesionato in precedenza (lesione concorrente): qui l'intera menomazione è effetto di concause. Ai fini del calcolo del danno, la causa remota non può essere ignorata, ma neppure può sommarsi aritmeticamente a quella prossima; occorrerà invece individuare un punto di invalidità unitaria che tenga conto del complessivo peggioramento fisiologico nella sequela causale delle lesioni²⁵.

Chi è già privo del piede destro, a causa di un incidente, perde completamente la funzionalità della gamba destra. Chi è già privo di un occhio, a causa di un incidente, perde anche il secondo, cosicché si trova privato completamente della funzione visiva. I due casi vanno risolti in modo opposto, giacché diversa è l'incidenza della nuova lesione rispetto allo stato anteriore del soggetto: è diversa l'area del danno risarcibile da stimare con la causalità giuridica. Così, nel primo esempio, la percentuale di invalidità sarà inferiore a quella tabellare, giacché la completa funzionalità dell'arto era già compromessa precedentemente dalla perdita del piede. Nel secondo esempio, invece, la perdita dell'occhio avrà una valutazione in percentuale superiore a quella tabellare, poiché comporterà la perdita totale della vista. Quest'ultima sarebbe stata la soluzione da adottare anche nel primo esempio, ove la lesione avesse comportato l'amputazione della gamba sinistra, anziché di quella destra già privata del piede.

Analogo problema si presenta per le lesioni plurime: se è già difficile calcolare il danno futuro conseguente alla ridotta capacità di un organo, ancora più difficile è stabilire la perdita di capacità dell'uomo, quando le lesioni colpiscono contemporaneamente più organi.

In ogni caso lo stato preesistente della vittima ha rilievo per valutare quali siano state le conseguenze immediate e dirette dell'evento dannoso, dunque siamo nell'ambito della causalità giuridica (art. 1223 c.c.), non già per stabilire se l'even-

la disfunzionalità preesistente (ipotesi che, al massimo grado, si riscontra nelle menomazioni concorrenti). Nel primo caso il consulente tecnico d'ufficio potrà valutare autonomamente gli effetti invalidanti permanenti della nuova lesione, come se venissero riferiti a un soggetto sano. Nel secondo caso, la maggiore invalidità permanente derivata dal nuovo evento lesivo risulterà effetto dello stato preesistente, in quanto l'indebolimento di un organo già compromesso, rispetto al medesimo indebolimento di un organo sano, non si traduce in un eguale diminuzione di validità, ma nel soggetto affetto dalla preesistenza quell'indebolimento corrisponderà a un grado (ulteriore) di invalidità biologica maggiore. Accertato dall'ausiliario il grado di invalidità in relazione a un giudizio espresso in prospettiva globale alla concreta ed effettiva condizione biologica del soggetto, spetterà esclusivamente al giudice, sul piano della liquidazione del danno, individuare se e in che modo il differenziale esprimente la compromissione biologica debba essere integralmente o solo parzialmente ricondotto alle conseguenze dirette e immediate dell'evento lesivo, *ex art. 1223 c.c.* nello stesso modo Cass., 19 marzo 2014, n. 6341 (*Assicurazioni*, 2014, 318).

²⁵ Cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28990, cit.; Cass., 20 novembre 2017, n. 27524, in *Arch. circolaz.*, 2018, p. 340; Cass., 19 marzo 2014, n. 6341, in *Assicurazioni*, 2014, p. 318.

to dannoso sia stato determinato a causa del danneggiato, dunque nell'ambito della causalità di fatto (art. 1227, comma 1°, c.c.). Con qualche forzatura si può affermare che questa vicenda può essere assimilata a quello del proprietario del veicolo di vecchia costruzione che subisce un grave danno. La vittima non avrà diritto al pagamento del costo delle riparazioni, che addirittura potrebbero superare il valore del veicolo, bensì al valore della perdita patrimoniale occasionata da quell'evento dannoso, secondo le regole dell'art. 1223 c.c. Sarebbe anacronistico sostenere che, per il fatto di avere un veicolo di vecchia costruzione, questa circostanza debba essere apprezzata agli effetti dell'art. 1227, comma 1°, c.c.

7. *Chance e causalità*

Che la perdita di *chance* ponga un problema di causalità, come ogni illecito aquiliano, non ci sono dubbi; così come non ci sono dubbi che la perdita di *chance* non si risolva esclusivamente sul piano della causalità²⁶. Che nell'ambito del danno non patrimoniale occasionato dalla responsabilità sanitaria abbia posto un tema di opportunità, in un settore così fortemente stressato, ancora, non ci sono proprio dubbi; così come non ci sono dubbi che questa figura sia stata impiegata per garantire un risarcimento anche quando fosse dubbia la rilevanza della *malpractice* medica rispetto alla lesione lamentata²⁷.

Ai nostri fini, tuttavia, la questione interessa soltanto per dimostrare che la *chance* non vale a rendere "incerta" la causalità di fatto, o più lasca: richiede l'individuazione di un evento dannoso diverso da quello della perdita della vita o della salute. E che questo evento non si identifica con l'idea del pericolo di danno e neppure, conseguentemente, con il reato di pericolo. A questa conclusione possiamo con certezza approdare dopo la lettura della Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, nel cui decalogo, per la sussistenza di un danno da perdita di *chance*, figurano:

- «a) una condotta colpevole dell'agente;
- b) un evento di danno (la lesione di un diritto);
- c) un nesso di causalità tra la condotta e l'evento;
- d) una o più conseguenze dannose risarcibili, patrimoniali e non;
- e) un nesso di causalità tra l'evento e le conseguenze dannose»²⁸.

²⁶ Così anche CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contratto e impr.*, 2021, p. 23 ss.

²⁷ Ho svolto questa riflessione in FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 2021, p. 1 ss.

²⁸ Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, I, c. 197 ss., nella cui massima è ripreso il principio di diritto espresso nel § 23.

Riterrei che questo principio di diritto proceda nella direzione di chi non risolve il tema della *chance* nell'allargamento delle maglie della causalità di fatto. Mi pare che la logica del principio di diritto espresso sia di individuare con precisione un punto di inizio (la condotta colpevole dell'autore) e un punto finale (l'evento di danno, momento terminale dell'azione da qualificarsi anche come danno ingiusto). L'evento dannoso, a sua volta, diventa il punto di inizio per valutare le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento o del fatto illecito (artt. 1223 e 2056 c.c.), ossia per stimare e liquidare il danno patrimoniale o il danno non patrimoniale. Questa soluzione, forse più vicina alla c.d. tesi ontologica della *chance*²⁹, presenta il vantaggio di non mutare il *modus operandi* della causalità di fatto, poiché individua l'evento di danno non già nella perdita di un'utilità, bensì nella ragionevole probabilità di perderla e il danno ingiusto nell'aspettativa di lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Ho ben presente la critica di chi afferma che «la *chance* non è un evento, bensì un giudizio»³⁰, dunque che non può essere il punto finale di un processo causalistico che ha ad oggetto «un rapporto fra eventi del mondo fenomenico»³¹. Vi è da osservare, tuttavia, a tutto voler concedere, che ci siamo ormai abituati all'idea di un mondo fenomenico affiancato ad un mondo immateriale, nel quale esistono oggetti che non si rappresentano in cose della natura. Del resto, senza chiamare in causa *Internet*, la rete, i *data subjects*, gli stessi strumenti finanziari non sono cose che possono formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.)³². Peraltro, possono diventare ugualmente beni in senso giuridico, ancorché creati dall'autonomia contrattuale, spesso con la tecnica del collegamento contrattuale.

Ancora, da tempo l'attività degli amministratori di società è impegnata nella stima sulla rischiosità di un credito da appostare a bilancio. Anche questo rischio si palesa come giudizio e non come evento del mondo fisico, tuttavia quasi per consuetudine, ora con l'impiego di sofisticati algoritmi, è possibile stimarlo e at-

²⁹ La tesi ontologica si fonda sull'idea che la *chance* sia un bene della vita autonomo dal suo risultato finale, quello sperato e solo possibile, come ha sostenuto la Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1403; e in *Corriere giur.*, 2004, p. 1010, con nota di VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*. La tesi causalistica individua nella *chance* un *minus* rispetto al risultato finale, la soluzione è attribuita impropriamente alla Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ.*, 2008, p. 323, cit.; cfr. ampiamente PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 81 ss.

³⁰ TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., p. 576.

³¹ *Ibidem*.

³² L'esempio è ripreso dall'argomentazione di TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., p. 574,

tribuirgli un valore economico. Questo rischio si traduce in un valore numerario da iscrivere in un apposito fondo. Il valore effettivo del credito, dunque, sarà il risultato della differenza fra la sua cifra numeraria e il valore della sua svalutazione. Questo valore e il procedimento mediante il quale lo si ottiene è ciò che, da tempo, in negativo, indichiamo come perdita di *chance*. Questo ragionamento si può adoperare anche per valutare la chance nella lesione dei diritti non patrimoniali.

La questione in gioco non è “l’incertezza eventistica”, come talvolta è stata definita o l’incertezza causale tra la condotta illecita e l’evento finale, poiché la *chance* non è un “danno incerto”, ma un evento dannoso diverso da quello c.d. finale, che non sarebbe risarcibile secondo la regola dell’*“all or nothing”*³³. Vista da un’altra prospettiva, si verifica una sorta di «capovolgimento concettuale»³⁴, dal momento che il danno da perdita di *chances* non è il risultato utile futuro, bensì un danno attuale³⁵. Il realizzarsi della possibilità è un evento futuro (lucro cessante), mentre la possibilità in sé considerata è invece già “esistente” al momento del verificarsi del fatto che ne determina la scomparsa. In questo modo la *chance* diventa una “utilità” già presente nel patrimonio della vittima, sicché il suo venir meno determina una vera e propria perdita economica (danno emergente), nel modo in cui è inteso nel testo dell’art. 1223 c.c.³⁶.

³³ Cfr. anche il Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2020, fasc. 2, p. 209.

³⁴ BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 85.

³⁵ Distinguo concettualmente il danno da perdita di *chance* dal lucro cessante Cass., 13 ottobre 2016, n. 20630, in *Arch. circolaz.*, 2016, p. 946, in un caso in cui un promettente calciatore quindicenne, che aveva riportato una gravissima invalidità permanente (con conseguente impossibilità di continuare a praticare quello sport), invocava, oltre al danno patrimoniale futuro corrispondente alle retribuzioni che non avrebbe più potuto percepire, un’ulteriore voce di “danno da perdita di *chance* di successo professionale”; Cass., sez. trib., 7 febbraio 2019, n. 3632, in *Vita not.*, 2019, p. 263, «il risarcimento del danno, connesso alla perdita di *chance* non ha natura reddituale, poiché consiste nel ristoro del danno emergente dalla perdita di una possibilità attuale»; Cass., sez. trib., 12 ottobre 2018, n. 25471, in *Mass. Foro it. rv.* 650718-01.

³⁶ Fra le tante cfr. Cass., 13 aprile 2017, n. 9571, in *Dir. trasporti*, 2018, p. 485, con nota di VERMIGLIO; Cass., 30 settembre 2016, n. 19604, in *Mass. Foro it.*, 2016; Cass., 10 novembre 1998, n. 1134011340, in *Mass. Foro it.*, 1998, ha affermato, per esempio, che «la possibilità di promozione (c.d. perdita di *chance*) è già nel patrimonio del concorrente sin dalla richiesta di partecipazione al concorso e in misura maggiore man mano che il candidato proceda nelle prove di selezione».

La sostenibilità del danno da perdita di chance

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una teoria abbandonata: la perdita di chance come gradino di una scala eziologica. – 3. La teoria ontologica della perdita di chance: l'incertezza diventa danno risarcibile. – 4. Un'ammissione: la perdita di chance tempera il criterio dell'*all or nothing*. – 5 La sostenibilità del risarcimento del danno da perdita di chance: la soglia di serietà e la minaccia proporzionale.

1. Premessa

Quando parliamo, giuridicamente, di chance, ci riferiamo a una circostanza in cui si è orientati verso il conseguimento di un'utilità o di un vantaggio rispetto a un contesto precedente. Ci si trova, quindi, di fronte a un'occasione caratterizzata da una possibilità di successo, non priva di una certa consistenza¹.

Il concetto è più specifico dell'abituale traduzione letterale in possibilità, sostantivo subdolo, che si annida nelle esperienze quotidiane e che innesca meccanismi concettuali di ben più ampio respiro, coinvolgendo, ad esempio, la filosofia e la matematica (non per nulla protagoniste in non poche sentenze²). Partendo, infatti, dal presupposto che, nell'esperienza, se qualcosa succede vuol dire che era possibile, la possibilità finisce inevitabilmente a coinvolgere l'attualità e dunque l'esistente, aprendo le porte a campi, come quello delle scelte e delle previsioni, spesso difficili da governare senza il ricorso al compromesso.

Nel diritto, poi, la possibilità, nel senso di chance e dunque di opportunità di migliorare qualcosa, è ormai accolta come un bene da proteggere ed, eventualmente, da risarcire se il soggetto ne viene privato.

¹ Si veda FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1088; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 85; LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2019, 364; cfr. anche Cons. Stato, 14 settembre 2006, n. 5323, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

² Ne sono un esempio Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 841, con nota di GRECO, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, ivi, 841 ss. e Cass., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991.

Il punto di partenza è, dunque, un contesto in cui il soggetto ha un'occasione di migliorare la situazione della propria sfera giuridica (coinvolgendo beni di diversa natura, come il denaro, la salute, il successo), con l'opportunità di cimentarsi in un percorso per nulla sicuro quanto al risultato ma, possibilmente, portatore di evoluzione positiva.

Così avviene, ad esempio, per il paziente che ha l'opportunità di migliorare il proprio stato di salute, il lavoratore che ha l'occasione di crescere professionalmente ed economicamente, l'artista che s'iscrive a un concorso, l'imprenditore che partecipa a una gara di appalto, il cliente dell'avvocato che inizia un processo dall'esito tutt'altro che scontato. Da questo punto di vista, la chance si presenta in tutta la sua insicurezza e precarietà; non per nulla, significativamente, la lingua francese utilizza l'espressione *bonne chance* per augurarsi buona fortuna.

Perdere l'occasione di fare un tentativo, sia che riguardi la salute sia che riguardi il denaro o il successo, è ormai lesione accettata come voce risarcitoria e si propone storicamente come argomento provocatorio di ampie discussioni. Nel diritto questo avviene, soprattutto, quando si presentano situazioni ove, pur a fronte di una condotta da ritenersi censurabile, la mancanza di certezza circa l'esser l'attività pretendibile – ma non realizzata – *più probabilmente che non* idonea a ottenere il bene (la vita, oppure il miglioramento della salute, la vittoria del premio o del processo, l'afflusso di denaro o l'avanzamento di carriera), lascia spazio, in presenza di determinati presupposti, all'intervento di un'autonoma sorgente di risarcimento rispetto al danno da risultato mancato.

Il punto di partenza, purtroppo, di queste analisi, è che si pretende di risolvere efficacemente in diritto temi che già dal punto di vista scientifico appaiono problematici. Con riguardo alla probabilità, in particolare, se nell'ambito filosofico e logico Bertrand Russel amava ripetere che ad essa corrisponde *il concetto più importante della scienza moderna, soprattutto perché nessuno ha la più pallida idea del suo significato*, il matematico Bruno de Finetti alla domanda *che cos'è la probabilità?* era solito rispondere che *la probabilità non esiste*³. Da qui, si comprende che, per quanti sforzi vi siano in diritto nel rincorrere classificazioni e criteri, occorre non perdere di vista il fatto che stiamo trattando di una materia che tormenta per definizione⁴.

³ Interessanti gli spunti a cavallo tra matematica e diritto di ARRIGONI e PECCATI, *Diritto e matematica?*, in *uniurb.it*.

⁴ Non per nulla KIERKEGAARD, *Il concetto dell'angoscia*, 1844, collegava l'angoscia dell'essere umano proprio alla possibilità, al poter scegliere.

2. Una teoria abbandonata: la perdita di chance come gradino di una scala eziologica

Se guardiamo alle recenti decisioni in materia, a cominciare da quelle contenute nel c.d. Decalogo di San Martino⁵, vediamo che, seguendo il rinnovato orientamento della S.C., il tema della chance si ritiene debba essere affrontato sciogliendo ogni legame con il nesso di causalità diretto verso il risultato, negando la c.d. scala dei gradi di probabilità accertabile, almeno come argomentata in una delle più note sentenze in materia di causalità materiale⁶.

Come si ricorderà, in questa scala ipotetica del nesso causale, il gradino più alto, nel senso di esigenza di convincimento, era riservato all'ambito penale, con particolare riguardo ai dettami della sentenza *Franzese*⁷, attraverso un'applicazione reale dell'art. 40 c.p.

Preso, quindi, come caposaldo il fatto che un antecedente può essere configurato come condizione necessaria dell'evento solo se esso rientra tra quelli che, scientificamente, conducono al risultato verificatosi in concreto, per pervenire al giudizio affermativo della responsabilità penale il nesso eziologico tra condotta ed evento va valutato non in semplici termini di probabilità statistica⁸, bensì alla stregua della certezza processuale, abolendo il ricorso immediato all'arido concetto percentualistico⁹.

⁵ In particolare, Cass., 11 novembre 2019, n. 28893, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903, con nota di BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come "forma dell'acqua" nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*.

⁶ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, secondo cui *quasi certezza (ovvero altro grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono, dunque, in conclusione, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento*. Sul tema, può essere concesso un rinvio a LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*, ivi, 332.

⁷ Cass. pen., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, 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*, 201; CAPECCHI, *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessioni per la responsabilità civile del medico?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 257; STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767.

⁸ Si veda Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2004, n. 36805.

⁹ Si veda, però, Cass. pen., Sez. IV, 25 novembre 2004, 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"*; CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della suprema Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 2126.

In questo percorso¹⁰ sono state, alla fine, respinte sia la costruzione cosiddetta debole sia quella della certezza; si è suggerito, quindi, di non tenere in considerazione solo la legge statistica, ma di ispirarsi al criterio della probabilità logica, che tiene certamente in considerazione il dato percentuale ma, anche, tutte le particolarità del caso specifico¹¹. Il che non esclude che anche coefficienti medio-bassi, espressi in termini di probabilità statistica di un evento, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziario del necessario nesso di condizionamento; se la probabilità è di grado non elevato, l'accertamento deve avvenire a livello di altissima credibilità¹², potendo il giudice tener in considerazione le regole di esperienza, purché generalizzate¹³.

Sull'altro versante, quello civile, sappiamo bene che la S.C. ha attenuato drasticamente i criteri di ricostruzione del nesso causale in sede di imputazione della responsabilità¹⁴, partendo dal presupposto che in quest'ambito possa farsi riferimento a una diversa regola di accertamento, concludendo che se nella valutazione dell'integrazione del reato occorre la prova *oltre il ragionevole dubbio*, ai fini meramente risarcitori è sufficiente il predominio della probabilità¹⁵.

L'orientamento, ormai comunemente accettato, anche se non immune da osservazioni¹⁶, che porta alla prospettazione dell'esistenza nel campo civile di un livello

¹⁰ Alcune considerazioni di questo paragrafo sono riprese da LOCATELLI, *Le chance di risarcibilità delle chance perdute*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 904 ss.

¹¹ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32; CAPECCHI, *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, 492.

¹² 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, 14.

¹³ BRUSCO, *La causalità nella responsabilità penale del medico*, in *Danno resp.*, 2007, 1209; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, 315, secondo il quale l'evento può esser imputato all'agente solo quando l'asserzione relativa all'esistenza del nesso di condizionamento soddisfi il requisito dell'alto grado di conferma o di credibilità, tale requisito potendosi considerare soddisfatto in tutte le ipotesi in cui il giudice, dopo aver enunciato le leggi universali e statistiche pertinenti, abbia poi accertato che si sono verificate le relative condizioni iniziali, sempre che sulla base dell'evidenza disponibile, risulti improbabile che l'evento si sia realizzato per l'intervento di processi causali estranei.

¹⁴ È sempre la nota Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323.

¹⁵ Corte di Giustizia CE, 15/02/2005, n. 12, in tema di tutela della concorrenza, secondo la quale *occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili*.

¹⁶ CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 54 ss., richiama un suo lavoro antecedente alla sentenza n. 21619 del 2007, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a crite-*

di valutazione inferiore rispetto a quello che domina il percorso di credibilità razionale¹⁷, offre una soluzione di causalità che si assesta sulla probabilità relativa o variabile, caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella pretendibile nel processo penale. Siamo, dunque, di fronte a una logica secondo cui l'accertamento del nesso di causalità materiale si esprime attraverso il concetto della preponderanza dell'evidenza, che costruisce non solo la regola del *più probabile che non* ma anche quella della *prevalenza relativa della probabilità*¹⁸.

La prima regola presuppone che, per l'affermazione della verità dell'enunciato, vi siano una o più prove dirette – di cui è sicura la credibilità o l'autenticità – che confermano l'ipotesi, oppure una o più prove indirette dalle quali possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa. La seconda rileva, invece, nel caso di multifattorialità nella produzione del danno, ossia ove esistano diverse ipotesi eziologiche confermate positivamente dalle prove acquisite nel processo. In tal caso, l'affermazione della verità va ricercata nel grado relativamente maggiore di conferma di un enunciato rispetto ad un altro sulla base delle prove disponibili¹⁹.

Siamo, comprensibilmente, in un ambito di compromesso (non si potrebbe, altrimenti, parlare con una certa libertà di *certezza probabilistica*) ove la pro-

rio di limitazione del risarcimento del danno, Padova, 2003, rilevando come si dovrebbe impiegare la responsabilità per perdita di chances quale paradigma sul quale modellare la responsabilità proporzionale, dichiarata *auspicabile evoluzione dell'attuale sistema della responsabilità civile*. Si rinvia anche a LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 332.

¹⁷ Da tempo si è rivolta l'attenzione dell'interprete sia sulla diversa funzione delle regole (polarizzazione sulla pena da una parte e sul danno dall'altra, con riferimenti precisi anche al campo delle assicurazioni sociali e degli infortuni sul lavoro), sia sulla possibilità nel campo civile di rivolgersi alle persone giuridiche, sia sull'applicazione strettamente intesa del principio di legalità in campo penale nonché sul fatto che sul fronte civile si possa ricercare la responsabilità attraverso presunzioni legali o processuali, sia infine sul fatto che nell'alveo civile il nesso eziologico costituisce solo uno dei tanti criteri di imputazione dell'illecito; cfr. ZENO ZANCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1992, I, 362.

¹⁸ Ad esempio, Cass., 6 luglio 2020, n.13872.

¹⁹ Secondo ARRIGONI e PECCATI, *Diritto e matematica*, in *uniurb.it*, gli esempi a volte portati dalla giurisprudenza peccherebbero di poca dimestichezza con la matematica. Il riferimento, in particolare, è a Cass., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, secondo cui *esemplificando, se, in tema di danno da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica del 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata*. Gli Autori evidenziano che, in realtà, l'esempio non si addice in quanto la percentuale del 40% su un totale di ipotesi del 70% sarebbe comunque maggioritaria.

babilità viene intesa come relazione logica *baconiana*²⁰ – facendo riferimento a chi aveva fatto dell’esperienza il filo conduttore dei propri pensieri – preferendo tale impostazione a quella *pascaliana*, troppo connessa al calcolo delle probabilità²¹.

Ecco che, in questa situazione, la perdita di chance²² venne facilmente ad inserirsi in una sorta di terzo gradino di intensità del nesso causale, con percentuale inferiore rispetto a quelle della ragionevole certezza del processo penale e della probabilità qualificata del processo civile.

La chance, secondo questa costruzione, si rivolge bensì a qualcosa che il danneggiato avrebbe possibilmente ottenuto se non vi fosse stato il comportamento illecito; tuttavia, da un lato la sua perdita venne inquadrata come lesione di un bene diverso dal risultato (la vita, la salute, il denaro, la vittoria) specificando che ciò che andava risarcito era la perdita della possibilità di fare un tentativo per ottenere quel bene; dall’altro, la si propose come figlia di un nesso eziologico a gradiente minore, finendo nella critica di integrare un sostanziale espediente per superare le difficoltà dell’accertamento del nesso di causa in ordine ad un evento finale auspicato dal danneggiato²³.

²⁰ Si veda ad esempio Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, secondo cui lo *standard di “certezza probabilistica” in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. 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 (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l’attendibilità dell’ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni).*

²¹ Secondo il pensiero n. 234 di PASCAL, trad. Devizzi, Milano, 1949, comunque ogni sforzo argomentativo sull’incerto è positivo: *ma quante cose facciamo per l’incerto! ... Ordunque quando lavoriamo per il domani, e per l’incerto, ci comportiamo ragionevolmente.*

²² FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *La Responsabilità civile*, 2005, 447, considera la chance una privazione che si concreta comunque in una perdita presente e non futura contrariamente a quanto a volte veniva indicato in giurisprudenza, come ad esempio in Cass., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e responsabilità*, 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 *La responsabilità civile*, 2005, 750, qualifica il danno da perdita di *chance* come danno emergente e non come lucro cessante, inteso come danno futuro.

²³ Si veda PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 64; CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 46; V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urban. Appalti.*, 2018, 294.

3. La teoria ontologica della perdita di chance: l'incertezza diventa danno risarcibile?

Come sappiamo, nell'arco di un breve tempo segnato due sentenze fondamentali²⁴, la S.C. ha preso, con riguardo alla perdita di chance, una strada diversa, abbandonando ogni tipo di gerarchia che in qualche modo facesse riferimento a diversi gradienti eziologici.

Anzitutto, viene oggi postulata una distinzione tra perdita di chance patrimoniale e non patrimoniale, con differenziazioni proposte sulla base del carattere pretensivo o meno che esse mostrano²⁵. Da trattare diversamente sarebbe, infatti, il caso (pretensivo) dell'impresa con tutti i requisiti ma esclusa illegittimamente dall'appalto da quello (non pretensivo) in cui si è di fronte ad una situazione negativa del paziente in gravi condizioni e dell'erroneo, od omesso, intervento del medico che lo avrebbe potuto portare alla salvezza anziché alla morte.

Premesso che, come vedremo, concordo sui dubbi sollevati in ordine, quantomeno, agli effetti di tale distinzione²⁶ – avendo la convinzione che la chance, in qualunque forma la si voglia affrontare, non possa che emanciparsi completamente dal bene risultato, pena una degenerazione del suo concetto – va preso atto che esiste una ferma presa di posizione sul dibattito circa la natura ontologica o eziologica della chance, apertamente a favore della prima soluzione. Viene oggi, infatti, drasticamente respinta la tesi secondo cui la chance sarebbe omogenea al bene giuridico finale, la cui lesione potrebbe sussistere a fronte di un grado di probabilità inferiore al più probabile che non, con ciò prendendosi, come visto, le distanze dalla c.d. scala discendente della causalità che era stata ipotizzata nel

²⁴ Cass., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Corr. giur.*, 2018, 904, con nota di TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione in prospettiva di comparazione*. La sentenza è stata, poi, ripresa nel Decalogo da Cass., 11 novembre 2019, n. 28893 del 2019, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903, con nota di BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come "forma dell'acqua" nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*.

²⁵ VINCENTI, *I principi della causalità e la perdita di chance*, in *ridare.it*, 2019, 3. Invece, secondo FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1081, *si può distinguere tra chance patrimoniale e, in tale ambito, tra chance "pretensiva" e chance "non pretensiva", e chance a carattere non patrimoniale*.

²⁶ Che – secondo la S.C. – rilevarebbe anche sul piano degli effetti risarcitori. Mentre la liquidazione della chance patrimoniale potrebbe fare riferimento a valori oggettivi (con richiami alla giustizia amministrativa che sovente adotta un parametro percentuale al valore dell'appalto perduto da parte dell'impresa illegittimamente esclusa), il criterio da adottare per la perdita di una chance a carattere non patrimoniale giammai potrebbe essere proporzionale al risultato perduto, dovendo esclusivamente commisurarsi, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzare il risultato. Ne tratterò in seguito.

2007. Questo anche se, a ben vedere, non è che negli anni passati si fosse posto in dubbio che la chance integrasse un bene diverso e slegato da collegamenti particolari rispetto al risultato²⁷; sul piano processuale, ad esempio, se si esclude un'isolata soluzione di legittimità²⁸, la giurisprudenza aveva costantemente rilevato che la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance dovesse assolutamente proporsi in via separata rispetto a quella da perdita del bene principale²⁹, proprio preso atto della differenza ontologica tra gli oggetti della richieste.

La vera novità della perdita di chance riguarda, dunque, la modalità del suo riconoscimento nel processo: ferma la sua essenza autonoma, essa non è più concepita nel senso di conseguenza di un'insufficiente relazione causale con il danno ma quale vera e propria incertezza eventistica. Incertezza che diventa, quindi, fatto dannoso che, come tale, va sottoposto all'esame del previo accertamento di un nesso causale – da verificare con il metodo classico – con la condotta omissiva.

Ecco, dunque, che l'incerto stesso diviene protagonista del processo; quello che è stato definito un mero giudizio³⁰ si propone, alla fine, nella veste di evento di danno, aprendo le porte alla risarcibilità.

4. Un'ammissione: la perdita di chance tempera il criterio dell'*all or nothing*

Nell'ambito del percorso innovativo della S.C., non si è mancato di riconoscere che la perdita di chance, qualunque costruzione eziologica le si voglia attribuire, mira a *temperare equitativamente il criterio risarcitorio del cd. all or nothing, senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità*³¹.

²⁷ La stessa Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, riferiva che la perdita di chance doveva individuarsi come “bene”, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute.

²⁸ Cass. 14 giugno 2011, n. 12961: *può superarsi la tesi secondo cui esito positivo probabile e possibilità di tale esito costituiscono oggetto di pretese risarcitorie diverse ed accedere ad un risultato per cui probabilità di esito favorevole dell'intervento medico e la sua sola possibilità non siano che gradazioni di una stessa affermazione di pregiudizio, risentito a causa dell'omissione colposa del comportamento dovuto.*

²⁹ La questione sorge spesso sul piano processuale: se il danno da perdita di chance colpisce un bene diverso e non è contenuta, concettualmente e giuridicamente, nel danno da risultato occorrono due domande distinte con allegazioni separate e specifiche.

³⁰ Secondo TRIMARCHI, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, 576, la chance non sarebbe un evento ma solo un giudizio, così non potendo assurgere a evento finale di un pensiero eziologico. Osserva, però, FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1082, che *siamo ormai abituati all'idea di un mondo fenomenico affiancato ad un mondo immateriale.*

³¹ Cass., 11 novembre 2019, n. 28893 del 2019, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903.

È difficile, in effetti, negare che il percorso della perdita di *chance*, abbia avuto un'esplosione giudiziale proprio al fine di evitare una drastica applicazione del criterio per cui, una volta dimostrata la condotta colpevole, solo chi vince la battaglia del nesso causale con l'arma della probabilità ottiene un risultato (che è, come visto, pieno), senza spazi risarcitori per gli sconfitti.

Non ho, a dire il vero, mai trovato in questa soluzione necessità di *temperamento* né particolari situazioni da perfezionare, tantomeno sbilanciandosi a favore di una sola delle parti. Ho sempre pensato, piuttosto, che come l'imputato non è l'attore principale del processo penale – condividendo quantomeno il ruolo con l'esigenza collettiva di repressione del reato – così il danneggiato non è l'attore principale del processo civile, dovendo spartire la scena con il presunto autore dell'illecito, del quale l'ordinamento certamente non si disinteressa.

Tuttavia, è avvenuto che nei casi di mancata integrazione del nesso causale di fronte a situazioni magari borderline – in cui la negazione assoluta di risarcimento per mancanza di prova del nesso causale con il danno da risultato stonava con l'ammissione dell'esistenza di una *chance* oggettivamente spendibile – è apparso sufficiente spostare l'attenzione sull'oggetto della lesione, passando dal bene negato alla speranza negata di ottenerlo. Con questa operazione, si è alimentato un settore risarcitorio che viene oggi tenuto in doverosa considerazione da chi è chiamato, per legge o per contratto, a rispondere della condotta propria o altrui oppure a garantire il debitore dall'impoverimento dettato dal risarcimento del danno.

Si è giunti, per tal via e indipendentemente da teorie causalistiche³² od ontologiche, a costruire prospettive economiche che si propongono come tutt'altro che di consolazione se il diritto al risarcimento è accompagnato da soluzioni di liquidazione del danno in cui un settore (la perdita del risultato) contamina pericolosamente l'altro (la perdita della possibilità di effettuare un tentativo per arrivare al risultato). Il presupposto, quindi, di partenza – se si vogliono seguire gli schemi che sinora hanno sorretto il risarcimento del danno in materie naturalmente incerte nelle quali o si accetta la soluzione proporzionale³³ o si cade, come avvenuto sinora, nel compromesso – è che si devono almeno tollerare alcuni accorgimenti per non rischiare di pervenire a soluzioni pericolosamente radicali.

Abbiamo visto che il sistema attuale sconta la premessa iniziale di riconoscere un rimedio di adattamento e accettazione del limite scientifico a fronte

³² In cui, ovviamente, il percorso suggestivo è più facile.

³³ È la soluzione che prospetta CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 54 ss.

dell'incertezza di alcune materie, pena il blocco integrale delle possibilità risarcitorie³⁴. A questo punto, però, una volta accettato che il soggetto che si assume danneggiato ottiene l'integrale risarcimento della perdita del risultato attraverso un criterio probabilistico, qualunque esso sia, il contrappeso della soluzione compromissoria dovrebbe apparire ovvio: se si raggiunge il *più probabile che non* si ha diritto al bene risultato; se non si oltrepassa quella soglia, nessun risarcimento può esistere. È una situazione, questa, drastica ma equilibrata, tanto che non sono nemmeno sicuro che si tratti, con la perdita di chance, di dare un appoggio ad un sistema claudicante,³⁵ perché l'accettazione di un compromesso non fa sì che il risultato si presenti, necessariamente, sbilanciato.

È, piuttosto, difficile non ammettere che la perdita di chance ha finito per creare un temperamento a favore del solo danneggiato, proponendosi come indirizzo teso "a concedere qualcosa"³⁶ in versione unidirezionale.

5. La sostenibilità del risarcimento del danno da perdita di chance: la soglia di serietà e la minaccia proporzionale

Se la perdita di chance si deve accettare come lesione risarcibile prescindendo da soluzioni proporzionaliste, è opportuna una riflessione per comprendere in che modo la sua costruzione, soprattutto nel campo del danno non patrimoniale, possa dirsi accettabile giuridicamente, socialmente ed economicamente. Per quanti sforzi si proponano, infatti, qualche tarlo fisiologicamente è destinato a rimanere.

Il problema, a questo punto e cristallizzato in un decalogo giurisprudenziale il principio, è che occorre rendere, almeno, lo scenario sostenibile, non essendo pensabile che un allargamento delle maglie della perdita di chance porti alla soluzione della sicurezza di concedere comunque qualcosa a fronte dell'integrazione dell'elemento della colpa. Il risultato sarebbe uno sbilanciamento preoccupante verso un sistema in cui l'elemento variabile è dato solo dall'entità del risarcimento.

Il primo argine contro un perverso lasciapassare viene offerto dal grado di efficienza della chance, la quale per trovare tutela risarcitoria si dice debba essere seria e apprezzabile, non potendosi risarcire la semplice speranza o la chance infinitamente piccola.

³⁴ In fattispecie invase dalla non sicurezza della soluzione, l'accettazione del criterio della certezza controfattuale avrebbe inesorabilmente portato all'esclusione di ogni istanza risarcitoria.

³⁵ È nota la definizione della perdita di chance quale una *stampella della zoppia causale*, richiamata anche da Cass., 9 marzo 2018, n. 5641; PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 64.

³⁶ Cfr. Trib. Venezia, 25 luglio 2007, in *Danno resp.*, 2008, 51.

Qui i dubbi inesorabilmente si dilatano. Da 0 a 100, escludendo gli estremi, secondo nozioni di matematica e statistica o teorie proporzionali del risarcimento tutto potrebbe chiamarsi probabilità. Tuttavia, nel nostro spazio di riflessione la chance ha da sempre trovato un limite risarcitorio nella propria sostanza, divenendo giuridicamente rilevante solo quella che dimostri di possedere un certo valore³⁷.

Il tema è oggi, economicamente prima che giuridicamente, quasi vitale; si vuole evitare di concedere dignità risarcitoria alla mera speranza o alla possibilità remota. È un principio, questo, contrastato da chi – giustamente, essendo in conflitto con la giurisprudenza costante – anela alla regola proporzionale della responsabilità, adducendo che la misura della chance perduta sarebbe destinata a riflettersi sulla sola liquidazione del danno, non sull'esistenza del risarcimento³⁸.

Il tema della chance minore è sicuramente affascinante perché propone riflessioni che inevitabilmente toccano l'esperienza di ciascuno: matematica, sociale, filosofica prima ancora che giuridica.

Secondo il teorema della scimmia instancabile³⁹, per un quadrumane che preme a caso i tasti di una macchina da scrivere avendo a disposizione un tempo infinito esiste certamente la chance di comporre qualsiasi testo prefissato. Tuttavia, la probabilità di scrivere la sola prima lettera è 1 su 26 (numero dei tasti dell'ipotetica tastiera) che sale a 1 su 676 in relazione alle prime due. Poiché la probabilità diminuisce in maniera esponenziale con l'aumentare delle lettere da scrivere, facendo riferimento a sole 20 lettere la chance sarebbe di 1 su 10²⁹ circa, prossima a quella di comprare quattro biglietti della lotteria consecutivamente

³⁷ Questo avviene sin da Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207, ove si rilevò che spettava al richiedente il risarcimento del danno da perdita di chance provare che la possibilità perduta era superiore al 50%. Ci si trovava, però e all'evidenza, in altra epoca, non ancora segnata dall'approccio al principio del *più probabile che non*.

³⁸ Per CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 1, 50, *a fronte di una chance di ridotta entità, avremo un risarcimento di modesto importo, mentre avremo importi crescenti al variare della consistenza della chance perduta fino ad una somma prossima al risarcimento del danno rappresentato dall'avvenimento sperato*. L'autore si concentra sul fatto che nel nostro ordinamento non esisterebbe un principio in forza del quale non si debba accogliere una domanda avente ad oggetto un danno minimo.

³⁹ Il teorema divenne famoso grazie alla reinterpretazione data da EDDINGTON nel suo *The Nature of the Physical World*, 1929: *Se lascio che le mie dita vaghino sui tasti di una macchina da scrivere, potrebbe succedere che la sequenza generi una frase comprensibile. Un esercito di scimmie che battesse per un tempo sufficientemente lungo sui tasti di macchine da scrivere riprodurrebbe prima o poi tutti i libri del British Museum*".

e vincere ogni volta il primo premio; siamo di fronte, pertanto, ad una chance immeritevole di esser presa in considerazione.

Se il teorema è ben comprensibile e accettabile, è vero anche che siamo abituati a sperimentare che le cose meno attese capitano, che i pazienti peggiori guariscono, che le cause apparentemente scontate hanno un esito diverso e che un allenatore di calcio⁴⁰ vince la Premier League quando il successo era dato 5.000 ad 1; con meno probabilità – dunque e secondo i bookmakers dell'epoca – di un imminente sbarco alieno o di Elvis Presley ancora in vita. Chiaro però che il nostro tecnico, nel caso di lesioni a seguito di un ipotetico incidente stradale occorso poco prima della firma del contratto, non avrebbe mai potuto reclamare di esser stato privato della chance di vincere il campionato inglese o di finire nella hall of fame.

Il punto è che la *spes contra spem* non ha ragione di accesso all'ambito risarcitorio⁴¹, perché si è deciso esser degna di considerazione la sola possibilità concreta di pervenire al risultato sperato. La soluzione potrà scontentare i proporzionalisti, ma sicuramente la nostra esperienza ci ha abituati a selezionare i danni che meritano risarcimento dagli altri. Con riguardo ai danni non patrimoniali, ad esempio, è accettato il principio⁴² che la risarcibilità del pregiudizio presuppone che la lesione superi la soglia minima di tollerabilità, imposta dai doveri di solidarietà sociale, con esclusione dei danni futili, consistenti in meri disagi o fastidi⁴³.

Il secondo – e forse ancor più fondamentale – punto di sbarramento a un'illimitata e iniqua ammissione del danno da perdita di chance è che essa deve trovare liquidazione in un valore che non è nemmeno proporzionalmente riconducibile al risultato, pena lo stravolgimento dell'intero sistema.

⁴⁰ Claudio Ranieri, nel 2016, con il Leicester, conquistò contro ogni previsione un successo che gli valse, oltretutto, il premio come allenatore dell'anno da parte della FIFA, oltre all'inserimento nella Hall of fame del calcio italiano.

⁴¹ Paolo di Tarso nella sua *Lettera ai Romani*, 4, 18, con riguardo ad Abramo che *credette, saldo nella speranza contro ogni speranza*.

⁴² Cass., S.U, 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, con nota di POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, ivi, 76.

⁴³ Più problematico, forse, il progetto nel campo della perdita di chance patrimoniale, ove tuttavia è indiscutibilmente ammesso il criterio risarcitorio equitativo. Si veda Cass, ord., 17 novembre 2020, n. 26051, che applica l'art. 1226 c.c. al danno patrimoniale con il limite che il giudice abbia previamente accertato che un danno esista, indicando le ragioni del proprio convincimento. Il ricorso alla liquidazione equitativa è quindi ammissibile solo se sia certo (per essere stato debitamente provato da chi si afferma danneggiato) che il bene venuto meno avesse un concreto valore oggettivo, e non meramente ipotetico.

La giurisprudenza più recente, come abbiamo visto, ha suddiviso, con un'operazione tagliente, la chance in patrimoniale a carattere pretensivo⁴⁴ e in non patrimoniale a carattere non pretensivo⁴⁵; questo, avviene sulla base del presupposto che la prima presenterebbe un *quid* preesistente su cui va ad incidere in modo negativo la condotta colpevole impedendo una situazione migliorativa, mentre la seconda – pur rappresentando un'aspettativa di miglioramento – sarebbe morfologicamente diversa rispetto alla prima.

Ora, al di là delle differenze strutturali, la distinzione è stata dichiarata rilevare sul piano degli effetti risarcitori. Se la chance è patrimoniale, infatti, sarebbe possibile fare riferimento a valori oggettivi adottando parametri percentuali⁴⁶; se, invece, la chance perduta è non patrimoniale, la liquidazione dovrebbe risultare esclusivamente dall'applicazione del criterio equitativo.

Il punto è che se si accetta che la chance sia un bene ontologicamente diverso dal risultato, l'operazione di liquidazione della prima attraverso un criterio proporzionale al secondo appare non solo illogica ma pericolosa. Partendo dal presupposto⁴⁷ che la perdita di chance si risolve nel sacrificio di un'opportunità di raggiungere il bene sperato e che è stata respinta ogni teoria proporzionale o causalistica, non si può concettualmente concedere che la sua liquidazione avvenga con il ricorso a un rapporto percentuale al bene fondamentale.

È assolutamente innegabile che il risultato (si pensi alla salute in un caso di responsabilità sanitaria) rimanga sullo sfondo di ogni analisi, ma non è abdicabile il punto di partenza del ragionamento, che lo vede come bene ontologicamente diverso dall'occasione perduta. Questo dovrebbe valere per qualsiasi modello di chance perduta e il principio dovrebbe emergere nel proprio rigore per giungere a distanziare l'interprete dalla tentazione di assumere, nel procedimento mentale teso a una soluzione, che sarebbe solo fittiziamente equitativa, un approccio di rapporto tra occasione mancata e risultato.

⁴⁴ Che presuppone una situazione preesistente positiva che non trova il suo sviluppo naturale a causa di un evento negativo, imputabile al danneggiante.

⁴⁵ Che presuppone la presenza di una situazione negativa il cui naturale decorso non viene impedito dal danneggiante.

⁴⁶ Secondo Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, *in sede di accertamento del valore di una chance patrimoniale è spesso possibile il riferimento a valori oggettivi e il giudice amministrativo, in alcune sue decisioni, ha adottato il parametro del 10% del valore dell'appalto all'atto del riconoscimento di una perdita di chance di vittoria da parte dell'impresa illegittimamente esclusa.*

⁴⁷ Come visto, separata dal risultato e strutturata in via risarcitoria con la verifica dell'esistenza di un nesso causale tra la condotta dell'autore dell'illecito e una situazione di incertezza: Cass., 11 novembre 2019, n. 28893 del 2019, in *Foro it.*, 2020, I, 197 e in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1903.

Lo stesso utilizzo del criterio dell'equità non può prescindere dalla considerazione, fondamentale, che se stiamo parlando di beni diversi una liquidazione, pur dichiaratamente equitativa, del danno da perdita di chance corrispondente o anche solo prossima alla percentuale di chance perdute rispetto al valore del risultato dissesterebbe la costruzione creata. Se non ci si distanzia concretamente da quei valori, si finirà col creare un sistema risarcitorio non solo concettualmente difficile ma autodistruttivo, perché un approccio di questo genere sarebbe difficilmente sostenibile per chi è chiamato a gestire – in un progetto sempre più attuale di distribuzione dei rischi e dei costi sociali⁴⁸ – il debito di prestazione e le sue conseguenze⁴⁹.

⁴⁸ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, ad esempio, richiama il tema della complessa distribuzione dei rischi, cogliendo l'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).

⁴⁹ LOCATELLI, *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2360.

Il rapporto di causalità in medicina legale^{1,2,3}

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'occasione. – 3. La criteriologia medico-legale nell'accertamento del nesso di causalità. – 3.1. Il criterio della idoneità lesiva. – 3.2. Il criterio cronologico. – 3.3. Il criterio topografico. – 3.4. Il criterio della continuità fenomenica. – 3.5. Il criterio della esclusione delle altre cause. – 3.6. Il criterio della ammissibilità o possibilità scientifica. – 3.7. Il criterio statistico-epidemiologico. – 3.8. Il criterio anatomo-patologico.

1. Premessa

Scrivono i Puccini⁴: “nello studio di qualsiasi fenomeno che abbia attinenza con le scienze positive, si debbono ricercarne le cause. Questa indagine ha un valore generale e domina ogni campo del sapere perché non è possibile pensare né agire senza collegare gli avvenimenti secondo le connessioni naturali, ossia secondo il rapporto di causalità. Ciò si rende necessario per comprendere i fatti che cadono sotto l'osservazione (di ogni cosa ci domandiamo: perché è così? a causa di che?) e per dare una interpretazione logica alla realtà che ci circonda”.

Questo principio, che rappresenta dunque l'impulso primario della conoscenza e della ricerca, è stato da sempre oggetto di studio e di elaborazione in molti campi della scienza e, come è stato evidenziato più di recente⁵, le definizioni date in passato non solo hanno un rilievo storico, ma hanno anche contri-

* Pasquale Malandrino, medico-legale.

¹ L. MASTROBERTO, *La valutazione del nesso causale in medicina legale*. In *Micropermanenti: dalla soggettività alla obiettività*, Milano, 2011, 49-71.

² M. ROSSETTI, G. CANNAVÒ, L. MANCINI, L. MASTROBERTO, *La prova del danno biologico*, Milano, 2014, 122-134.

³ L. MASTROBERTO, A. SERRA, *Il danno da perdita di chances nella responsabilità civile sanitaria: dall'evoluzione giurisprudenziale alla valutazione medico legale*, Milano, 2019, 5 ss.

⁴ C. PUCCINI, *Istituzioni di medicina legale*, Milano, 1993, 47.

⁵ L. MACCHIARELLI, P. ARBARELLO, N.M. DI LUCA, T. FEOLA, *Medicina Legale*, 2005, 43-44.

buito ed ancora oggi contribuiscono al perfezionamento del pensiero scientifico su questo argomento, anche laddove lo stesso si è evoluto al punto da proporre, per la sua soluzione, dei modelli matematici⁶.

Secondo Aristotele⁷, al cui pensiero si rifece il Borri agli inizi del '900⁸, "... ciò che diviene, nel senso di ciò che si modifica o meglio viene modificato, ha sempre una causa; questo è il punto di partenza ed il principio del divenire". Più elaborato è il concetto espresso da Cicerone nel *De Fato*, dove definisce sì la causa come "ciò che produce l'effetto", ma già ponendo dei limiti al concetto di consequenzialità ["... non si deve però intendere la parola causa così largamente da includervi ogni antecedente, ma fra essi solo quello che si dimostri efficace a determinare quell'effetto"].

Lo studio della causalità è dunque antico e complesso ed anche la dottrina medico-legale se ne è lungamente occupata, ponendolo bene in evidenza fra i fondamenti stessi della disciplina. In particolare, poiché il rapporto di causalità rappresenta in ultima analisi il collegamento che intercorre fra due fenomeni, al primo dei quali va data la qualifica della causa ed al secondo quella dell'effetto, la dottrina medico-legale, la cui evoluzione su questo argomento nei decenni scorsi ha avuto un particolare impulso, si è occupata di analizzare nei dettagli tutte le varie possibilità attraverso cui si può realizzare questo collegamento, proponendo definizioni, classificazioni e modalità di indagine atte a fornire uno strumento metodologico applicabile nella pratica e, dunque, anche nel campo della valutazione del danno alla persona.

Schematicamente: i principi di questa metodologia sono rivolti da un lato ad analizzare come debba essere inteso il concetto di causa e dall'altro a fornire una serie di requisiti che questa deve possedere affinché alla fine si possa affermare che essa è realmente stata responsabile dell'effetto da analizzare.

Nella concezione storica, ma per certi versi ancora prevalente, della medicina legale la causa è definita come l'antecedente necessario e sufficiente a produrre l'effetto, idonea cioè in senso qualitativo, quantitativo e modale.

La causa dunque deve essere:

- antecedente;
- necessaria;
- sufficiente.

⁶ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *The framing of decisions and the psychology of choice*. In *Behavioral decision making*, New York, 1985; P. VINEIS, *Modelli di rischio: Epidemiologia e causalità*, Torino, 1990; A. MANTOVANI, *Atti del convegno di Volterra. Tra scienza e diritto: la causalità nella infortunistica stradale – La tecnologia nell'attività di giudizio*, in *The Coroner*, 1993, 4, 10-14.

⁷ ARISTOTELE, *II I principi primi (dalla metafisica, libri VII-IX, XII)* traduzione con note e commento filosofico a cura di A. Carlini, Bari, 1924.

⁸ L. BORRI, *Trattato di medicina legale*, Milano, 1922.

I requisiti della antecedenza e della necessarietà, quando riferiti ad un determinato evento, come i termini stessi indicano, sono implicitamente ovvi. Una causa, perché sia responsabile di un determinato effetto, deve precedere cronologicamente quest'ultimo. Nessuna lesione alla integrità psico-fisica di una persona può evidentemente essere ascritta ad un determinato fatto lesivo se questo si è verificato quando la lesione era già biologicamente presente. Al pari, la causa stessa deve essere necessaria a produrre la stessa lesione ed è esplicativa in tal senso la definizione di questo attributo data dal Puccini⁹ con una formula in negativo: "è necessario tutto ciò che non può essere eliminato senza l'eliminazione parziale o totale del risultato e non è causa l'antecedente che può essere eliminato senza che l'effetto manchi o sia diverso". Principio questo che nella responsabilità sanitaria assume particolare importanza se si pensa che il soggetto leso è in genere già portatore di una o più patologie.

Il criterio della sufficienza è stato riferito dalla dottrina a quell'antecedente che, per sue caratteristiche, possiede la idoneità a produrre un determinato effetto, una determinata lesione alla integrità psico-fisica o ad evitare che l'effetto pregiudizievole si realizzi, in maniera autonoma, da solo.

Secondo questa interpretazione, la causa sufficiente è dunque quella che consente la riproducibilità dell'effetto, indipendentemente dal soggetto che colpisce.

Sempre il Puccini, nella sua sistematica trattazione dell'argomento, propone a questo punto una distinzione fra i termini *causalità* e *causazione*. Col primo termine intende "l'attitudine potenziale o astratta a causare" che "... si desume in base ad un giudizio di probabilità fondato sulla regolarità statistica: allorquando l'esperienza dimostra che un rapporto fra due fenomeni è costante si deve ammettere che tra essi corra un nesso causale"; col secondo, invece, si riferisce specificamente al "rapporto concreto realmente esistito tra due fenomeni". La differenza fra questi due termini è dunque tutta incentrata sul tipo di analisi che viene effettuata nella verifica del rapporto fra un determinato antecedente ed un determinato possibile suo effetto, laddove nello studio della causalità viene posto ad oggetto della verifica esclusivamente il fatto, mentre lo studio della causazione parte dalla conoscenza dell'accaduto per cercare di risalire alle sue cause.

Questo tipo di distinzione, che può in apparenza sembrare un mero esercizio di semantica, propone invece alla discussione un fenomeno complesso, nel quale risiede la maggior parte della elaborazione dottrinarica sul principio del nesso di causa.

⁹ C. PUCCINI, *Istituzioni di medicina legale*, cit., 1993.

La *causalità*, come appena detto, propone alla osservazione, per giungere al giudizio, esclusivamente la valutazione dell'antecedente. Si tratta dunque di una verifica effettuata con criterio *ex ante*, che analizza il fatto lesivo o il comportamento omissivo e, in base alle sue caratteristiche qualitative, quantitative e modali, porta a stabilire se esso ha la idoneità o meno a produrre quella determinata lesione. Ed è evidente che, secondo questo tipo di analisi, si giunge ad affermare la idoneità di un fatto a produrre quella determinata lesione allorché il fatto stesso risponde ai tre requisiti di antecedenza, necessarietà e sufficienza. Nel caso di un intervento di isterectomia durante il quale il chirurgo accidentalmente seziona un uretere, l'analisi della *causalità*, quella cioè basata sul solo studio dell'antecedente (ossia l'errore del sanitario), riconoscendo in quest'ultimo la piena rispondenza dei tre requisiti, riconoscendo in particolare la sufficienza dell'evento a produrre la sezione dell'uretere (nel senso che lo stesso evento, secondo statistica ed esperienza, avrebbe potuto avere la stessa conseguenza su qualunque altro soggetto investito) è da sola in grado a dirimere ogni dubbio sul nesso causale.

Lo studio della *causazione* si basa invece su di un criterio di analisi *a ritroso*, che parte dallo studio della lesione e ne va a ricercare l'etiologia. È evidente che, nell'esempio sopra proposto, anche questo tipo di studio porta agevolmente alle stesse conclusioni, essendo la lesione stata generata da un evento antecedente, necessario e, soprattutto, da solo sufficiente, senza che vi sia la necessità di ricercare altri fattori causali.

Se però, continuando con lo stesso esempio, rilevassimo nel decorso di quella stessa lesione iatrogena, a distanza di qualche giorno dall'intervento, di una massiva embolia polmonare che porta il soggetto a morte, ci renderemmo conto che, analizzando soltanto l'evento (ossia la lesione iatrogena), pur ritenendo lo stesso certamente sufficiente a determinare lo spandimento di urina in addome, non saremmo però in grado di stabilire se esso sia realmente responsabile anche dell'evento finale, ossia del decesso. L'evento in questione, secondo il principio della regolarità statistica, è da solo sufficiente e necessario a determinare l'effetto lesione dell'uretere, ma non può affermarsi lo stesso nei rispetti dell'effetto morte.

Evidentemente, dunque, fra l'antecedente (lesione iatrogena), il suo effetto immediato (spandimento di urina in addome) e l'evento ultimo (morte) si è verificato un ulteriore fenomeno che non può essere spiegato con la sola analisi dell'antecedente. Occorre dunque ricostruire *a posteriori* la *causazione* della morte, per capire perché ed attraverso quali ulteriori e diversi meccanismi questa si è realizzata.

In questo procedimento di ricostruzione della *diagnosi causale* va dunque ricercato quale ulteriore fenomeno o quale serie di ulteriori fenomeni si è "inserito" fra l'antecedente (lesione dell'uretere), il suo primo effetto (uroperitoneo) e

l'evento ultimo (la morte). Tale studio, ovviamente indispensabile per comprendere la consequenzialità di ciò che è accaduto, deve dunque basarsi su di una ricostruzione medico-legale della causazione della morte, analizzare cioè nei dettagli, sulla base dei vari dati che l'accertamento ha consentito di acquisire, i processi biologici e/o naturali che si sono realizzati e succeduti, alla ricerca di quello di quei fattori che, in qualche modo, come si diceva prima, si sono verificati al punto da produrre alla fine un effetto diverso da quello realizzatosi inizialmente.

Per tale tipo di verifica del nesso causale, la dottrina medico-legale propone una sorta di classificazione delle varie possibilità che lo studio della causazione potrebbe prospettare, classificazione che, anche se da alcuni criticata nel suo eccessivo schematismo^{10,11} e ritenuta giustamente a volte fuorviante ai fini del giudizio ultimo sul rapporto di dipendenza causale, resta comunque utile per un generale inquadramento dell'argomento.

La dottrina distingue anzitutto, nella analisi di un antecedente e di un effetto che da esso potrebbe essere disceso, la distinzione fra:

- causalità immediata;
- causalità mediata.

Nel primo caso, intuitivamente, l'effetto da analizzare si collega direttamente alla causa, così come, nell'esempio sopra proposto, si collega la l'errore del sanitario con la sezione iatrogena dell'uretere.

Si parla invece di causalità mediata quando fra l'antecedente e l'effetto ultimo si inseriscono le cosiddette *cause intermedie*.

Il principio generale che regola la verifica della concatenazione di queste cause intermedie, attraverso la quale giungere alla fine ad esprimere il giudizio sul nesso di causalità, è quello secondo cui *causa causae est causa causati*, laddove un determinato antecedente è alla fine da ritenere comunque responsabile di un determinato effetto, quando la serie di fenomeni frappostisi (appunto le cause intermedie) mantiene una sua concatenazione, anche se l'effetto finale è distante nel tempo dall'antecedente da esaminare.

Nella formulazione del giudizio occorre dunque identificare tutti questi fattori intermedi, analizzarli singolarmente e verificare se ed in che modo essi si colleghino fra di loro in un rapporto ininterrotto di cause ed effetti, considerando che queste cause intermedie vanno distinte in:

- cause endogene (ossia particolari condizioni del soggetto leso);
- cause esogene (ossia fattori nocivi esterni, tali comunque da agire sul soggetto e produrre alterazioni fisiche o psichiche).

¹⁰ M. BARNI, *Il rapporto di causalità materiale in medicina legale*, Milano, 1991.

¹¹ P. ZANGANI *Medicina Legale e delle Assicurazioni*, Napoli, 1990.

Di questo tipo di cause intermedie, nella responsabilità civile sanitaria, rilevano prevalentemente per frequenza quelle endogene e questo introduce l'argomento della *concausalità*.

A differenza della causalità unica, quella cioè che, come si è detto, è da sola sufficiente e necessaria a produrre l'effetto (azione del bisturi che seziona l'uretere), si intende per concausalità quell'effetto che riconosce più cause, che agiscono simultaneamente o in tempi diversi, ciascuna delle quali, se presa singolarmente, non è *sufficiente* a produrre quel determinato effetto, ma che, agendo con le altre, esplica una azione sinergica idonea a produrlo, dovendo però risultare alla fine comunque *necessaria*, ossia tale che, in sua assenza, l'effetto non si sarebbe verificato. Ed è di tutta evidenza come questo concatenarsi di fattori "potenzialmente" causali abbia, più che in ogni altro campo di studio del danno alla persona in responsabilità civile, la sua maggiore frequenza proprio nella casistica della responsabilità sanitaria, dove l'agire dell'ipotetico responsabile è rivolto ad un soggetto che quasi sempre ha già delle alterazioni del suo stato di salute che potrebbero teoricamente avere avuto un ruolo concausale nel determinare l'effetto finale.

Proseguendo in uno schematismo che, ripetiamo, è stato da più parti criticato ma che mantiene comunque, se non altro per guidare il ragionamento analitico, la sua piena utilità, le concause, in linea generale ed in particolare per quanto attiene il danno alla persona, sono distinte in rapporto ad un *criterio cronologico* (concause preesistenti, simultanee, sopravvenute), in base alle loro *caratteristiche anatomo-cliniche* (concause anatomiche, fisiologiche, patologiche) e in relazione al *tipo di effetto* che loro esplicano (concause di evento, di lesione, di inabilità e/o di menomazione-invalidità, di morte).

Le *concause preesistenti* sono rappresentate in sostanza da particolari condizioni di salute del soggetto leso, già in essere prima dell'antecedente causale in esame, ma che con questo concorrono a realizzare l'effetto. L'esempio classico è quello di un aneurisma aortico che, a seguito di un urto, si rompe, determinando la morte del soggetto: l'effetto morte deriva dalla indispensabile sinergia fra l'antecedente (urto) e la concausa preesistente (aneurisma) atteso che entrambi, agendo l'uno in assenza dell'altro, non sarebbero stati in grado, almeno in quel preciso momento, di provocare la lesione fatale.

Le *concause simultanee* si realizzano quando due fattori causali agiscono contemporaneamente e determinano un danno maggiore di quello che entrambe, prese singolarmente, avrebbero potuto determinare, ovvero un danno che, senza questa sinergia, non si sarebbe potuto realizzare. Anche in questo caso richiamiamo un esempio classico, che ricorre con estrema frequenza nella casistica della responsabilità civile sanitaria, ossia le infezioni del sito chirurgico: l'incisione della cute ad opera del chirurgo per trattare la patologia da curare, determina l'introduzione di un agente infettivo, che poi determina uno stato di

malattia, se non addirittura la morte, effetti questi che la sola incisione della cute non sarebbe stata in grado, da sola, di realizzare, così come, senza la ferita, non vi sarebbe stata nemmeno l'infezione.

Per *concause sopravvenute* si intendono, infine, quegli eventi che, verificandosi in epoca successiva, modificano l'evoluzione della lesione inizialmente prodottasi e, dunque, le conseguenze che la stessa, da sola, avrebbe comportato: ed è questo, ad esempio, il caso delle infezioni tardive del campo chirurgico, che pure possono pregiudicare la guarigione della patologia o addirittura determinare complicanze settiche maggiori, fino al decesso del paziente.

La distinzione delle concause endogene in *anatomiche*, *fisiologiche*, e *patologiche*, che pure va riportata per completezza di richiamo alla dottrina, serve per far comprendere che non necessariamente le concause debbano fare riferimento a condizioni patologiche del soggetto, ma possono anche essere rappresentate semplicemente da particolari aspetti costituzionali (rileva ad esempio, come causa di maggior danno articolare, un trauma ad un ginocchio costituzionalmente valgo o varo rispetto a ciò che lo stesso evento lesivo avrebbe potuto produrre in un soggetto con morfotipo normale di questa articolazione, oppure, continuando negli esempi, la maggiore suscettibilità alle sollecitazioni indirette di un collo lungo, rispetto a quanto si potrebbe verificare in un soggetto con collo tozzo), ovvero da situazioni del tutto fisiologiche, ma che in quel momento rappresentano elementi di maggiore "fragilità" di un determinato organo (ad es. il caso di un trauma addominale non particolarmente rilevante, che agisce però in una donna in fase avanzata di gravidanza, provocando la rottura dell'utero).

Più articolata e per certi versi complessa è la disamina delle concause in funzione del tipo di conseguenza che hanno determinato.

Le prime di queste, ossia le *concause di evento*, si riferiscono a quelle cause, estranee all'antecedente di cui occorre analizzarne le conseguenze, che hanno concorso a determinare l'antecedente stesso. Esplicativo è l'esempio di una emorragia di un campo operatorio in un soggetto che, vuoi per l'assunzione di una particolare terapia (antiaggregante/anticoagulante), vuoi perché affetto da una specifica patologia dei fattori della coagulazione, durante un intervento chirurgico presenta un copioso sanguinamento. Ed anche se l'emorragia risultasse alla fine ininfluente nei rispetti delle eventuali conseguenze non volute e non attese di quell'intervento, essa comunque rappresenterebbe un elemento di rilevanza medico-legale, avendo importanza nell'accertamento delle eventuali responsabilità del chirurgo o del personale sanitario che ha gestito quel paziente.

Più specificamente attinenti allo studio delle conseguenze dell'antecedente sono invece le altre forme di concause su elencate.

Si intende per *concause di lesione* quell'insieme di fattori che, ancorché da soli non sufficienti a produrre una determinata lesione o patologia, lo diventano

quando agiscono in concorso fra loro. Si considerano invece *concause di inabilità e/o menomazione-invalidità* e *concause di morte* quelle condizioni che, agendo in concorso con la lesione iniziale determinata direttamente dall'antecedente, ne aggravano le conseguenze o ne prolungano il decorso, ovvero determinano alla fine un danno permanente maggiore di quello che in loro assenza vi sarebbe stato ovvero ancora contribuiscono addirittura a determinare la morte del soggetto (laddove ovviamente la stessa non possa essere considerata conseguenza diretta ed esclusiva del fatto lesivo).

Nel primo caso (concause di lesione) discutiamo ad esempio di un banale prelievo di sangue venoso, effettuato però in un soggetto con predisposizione alle crisi vaso-vagali. Il banale prelievo, che nella grande maggioranza dei casi rappresenta un evento quasi ordinario e comunque privo di affetti dannosi, può causare in quel soggetto l'attivazione di quei meccanismi vagali che determinano una sincope con caduta del paziente, lesioni traumatiche e, a volte, alterazioni del ritmo cardiaco fino all'arresto.

Parleremo invece di concause di inabilità e/o menomazione-invalidità quando ad esempio una piccola ustione da elettrobisturi in corso di intervento chirurgico ad un arto inferiore, agendo in un soggetto diabetico e affetto da una importante vasculopatia, causa una lesione ulcerosa che non guarisce o che addirittura si complica con fatti settici e, come abbiamo avuto modo di osservare direttamente, comporta alla fine l'amputazione dell'arto.

Parleremo, infine, di concause di morte quando un tale epilogo si raggiunge per il sommarsi di eventi che, concatenati fra loro, aggravano progressivamente la lesione iniziale, anche se di per sé non particolarmente grave se non addirittura banale, fino alle estreme conseguenze.

Menzione a parte meritano alcune altre circostanze che pure rientrano nella esposizione delle concause, ma che, nei rispetti della successiva fase del giudizio, quello cioè che attiene la vera e propria valutazione medico-legale, hanno un diverso rilievo, in particolare, ancora una volta, nell'ambito della responsabilità civile sanitaria, atteso che eventuali errori sanitari agiscono spesso su patologie che comunque hanno una loro evoluzione naturale.

Una di queste è la concausa che esplica la sua azione non già contribuendo a determinare una lesione o ad aggravarne le conseguenze, ma solo rendendosi responsabile della più rapida comparsa o di un più rapido decorso di una patologia che, anche in assenza del fatto lesivo, si sarebbe comunque manifestata, sia pur in tempi diversi. Tale evenienza, che va sotto il nome di *momento acceleratore*, è ad esempio ravvisabile in un soggetto portatore di una patologia neoplastica, in uno stadio avanzato e non più suscettibile di guarigione, nel corso della quale una tardiva diagnosi o una errata decisione clinica, impedisce l'attuazione di terapie che avrebbero rallentato il decorso, consentendo una maggiore sopravvivenza del paziente.

Un'altra è quella che va sotto il nome di *momento rivelatore* e fa riferimento a quelle conseguenze del fatto lesivo che hanno la particolarità di far emergere clinicamente o sintomatologicamente una malattia che già esisteva, ma che in quel momento non dava alcuna manifestazione di sé. Esso poi sarà rilevante ai fini del danno da valutare se in qualche modo modificherà, anche solo come momento acceleratore, il decorso di questa patologia già in essere quando si è verificato l'evento, mentre risulterà del tutto irrilevante qualora la stessa patologia, anche se "emersa" dopo il fatto e per motivi strettamente legati ad esso, non avrà però sul suo decorso alcuna influenza. Si pensi ad esempio ad un soggetto degente in ospedale, che cade per una sincope indotta da un prelievo di sangue effettuato senza le dovute cautele e riporta un trauma cranico non particolarmente rilevante. Alcuni sintomi però inducono ad effettuare una TAC cerebrale che evidenzia un aneurisma cavernoso fino ad allora sconosciuto; è evidente che, in assenza di ripercussioni del trauma sulla evoluzione naturale di questa malformazione vascolare, nessun ruolo causale potrà essere attribuito al fatto lesivo nei confronti di quanto poi comporterà il trattamento dell'aneurisma.

2. L'occasione

È questo un argomento che, nel corso degli ultimi anni, è stato oggetto di ampia discussione dottrina, il cui risultato è stato quello di far emergere opinioni divergenti, che hanno riguardato sia la sua definizione, sia il suo rilievo nella valutazione del nesso causale.

In linea generale ci si riferisce, con questo termine, a quell'antecedente che, nel complessivo evolversi dei processi che hanno poi portato ad un determinato effetto, riveste un ruolo solo marginale, rappresentando più che altro una circostanza presente nella genesi di quell'effetto, ma che, se analizzata singolarmente, appare di efficacia del tutto esigua e non possiede il requisito della necessità (nel senso che, come si è scritto nel commentare quest'ultimo termine, l'effetto si sarebbe potuto realizzare anche in sua assenza).

Le definizioni che sono state date nella dottrina medico legale sono molte e, anche se tutte esprimono questo concetto generale, alcune di esse si differenziano però fra loro in maniera tale da far assumere alla fine un significato in qualche modo diverso.

Limitandoci a citare solo alcune di queste definizioni ricordiamo quella di Borri e Leoncini¹²: la "occasione è, di regola, un fatto annoverabile fra le comuni

¹² L. BORRI, A. CEVIDALLI, F. LEONCINI, *Trattato di medicina legale*, Milano, 1922.

normali consuetudinarie evenienze della vita vegetativa o di relazione, che viene a sommarsi ad una condizione anormale preesistente, la quale ... ha in sé i requisiti della causa ... L'occasione non è quindi una *condicio sine qua non*: la sua necessarietà è sì integrale, ma la sua sostituibilità è così d'ampio margine che va esclusa ad ogni modo una inerenza di necessarietà specifica"; quella data dal Chiodi¹³ (anche se discutendo della causalità negli infortuni sul lavoro): "Quando la causa accidentale ... non possessa un autentico potenziale lesivo, sia in altri termini nient'altro che una di quelle azioni esterne proprie delle condizioni comuni della vita di relazione ed alle quali l'organismo è fisiologicamente abituato, non vi è causa violenta e quindi non vi è infortunio... all'azione esterna verificatasi sul lavoro spetta nulla più che il significato di occasione e non quello di causa efficiente dell'evento dannoso... classico esempio di occasione è il modesto urto, privo di vere e proprie caratteristiche traumatiche, in coincidenza del quale si verifica la frattura patologica di una parte scheletrica"; quella di Puccini¹⁴: "L'occasione è soltanto una circostanza favorevole, ma sostituibile con altri momenti simili ed è assolutamente incapace di produrre effetti... Gli antecedenti occasionali, quando sono rappresentati da atti ordinari e fisiologici della vita, sfumano nella semplice coincidenza ed escludono pertanto il rapporto di causalità. L'antecedente coincide con l'occasione quando presenta i seguenti caratteri: l'esiguità rispetto all'evento, la sostituibilità con altro antecedente, la inefficacia lesiva sull'individuo normale, l'essere ultimo e non indispensabile anello di una serie patogenetica venuta ormai a maturazione e prossima a concludersi in qualsiasi momento e anche in modo spontaneo, come la goccia che fa traboccare il vaso già colmo"; quello di Palmieri e Zangani¹⁵: "L'occasione... rappresenta la circostanza o il complesso delle circostanze, che hanno favorito l'entrata in azione della causa; l'occasione non è quindi indifferente nella produzione dell'evento, ma partecipa chiaramente, seppur subordinatamente a promuoverla... L'occasione si identifica, in conclusione, in un fattore complementare del nucleo etiologico, non avente però il valore di quella *condicio sine qua non* nella quale solitamente si riconosce la concausa; anzi ciò può servire a differenziarla da quest'ultima e dunque anche dal momento sciogliente o liberatore della causa, ossia dall'antecedente dotato di minima efficienza causale, ma come s'è detto, sempre necessario al determinismo dell'evento".

Queste definizioni ed altre ancora che pure sono state date, ben evidenziano la complessità del problema. Ben evidenziano soprattutto la difficoltà di inter-

¹³ V. CHIODI, R. GILLI, C. PUCCINI, M. PORTIGLIATTI-BARBOS, M. FALLANI, A. DE BERNARDI, *Manuale di medicina legale*, Milano, 1976, 1203.

¹⁴ C. PUCCINI, *Istituzioni di medicina legale*, cit., 52.

¹⁵ P. ZANGANI *Medicina Legale e delle Assicurazioni*, cit.

pretare il ruolo di questi “eventi marginali”, anzitutto ai fini dell'accertamento della responsabilità di un antecedente a realizzare un determinato effetto e poi, cosa ancora più complessa, ai fini di stabilire quale sia concretamente l'effetto da collegare a quell'antecedente, quando questo stesso antecedente, come appunto emerso dalle definizioni, ha una potenzialità lesiva del tutto irrilevante in soggetti diversi da quello da esaminare, rappresenta un fattore agevolmente sostituibile con molti altri che pure fanno parte della vita quotidiana e che si avvicina più al concetto di coincidenza che di vero e proprio fattore etiologico.

E non a caso autorevoli autori¹⁶ hanno con forza proposto di abbandonare il termine occasione inteso come una varietà di causa, utilizzandolo solo nel suo “... significato corrente, che toglie ad esso ogni forza causale” e concentrando invece l'attenzione sulla analisi di ciò che si collega a questa circostanza-coincidenza. Propone infatti il Gerin di distinguere, quando ci si trovi di fronte ad un caso concreto, ciò che rappresenta un *momento liberatore*, ossia un fatto che, per quanto irrilevante, ha comunque rappresentato l'ultimo anello di una catena che ha portato al manifestarsi della patologia, e ciò che rappresenta invece un *momento rivelatore*, ossia una mera circostanza che ha semplicemente consentito o favorito l'evidenza di una patologia già esistente: nel primo caso la circostanza, per quanto di per sé irrilevante, rappresenta comunque un antecedente causale, nel secondo invece no, atteso che, come scrive l'autore, “ciò che rivela non causa”.

Si è già detto che nei rispetti di queste definizioni alcuni autori hanno manifestato perplessità e vere e proprie critiche, suggerendo alla fine di affrontare queste così complesse problematiche in maniera diversa.

Scriva il Barni, “... le aggettivazioni non spostano mai il problema del nesso che c'è o non c'è: questa è la sola distinzione che conta, sicché, abbandonando l'inutile ed inane sforzo definitorio, si deve, ad un certo punto, tentare il terreno metodologico”.

3. La criteriologia medico-legale nell'accertamento del nesso di causalità

Al di là, dunque, della pur necessaria conoscenza della classificazione dottrinale delle cause e concause, ai fini del giudizio del nesso causale ciò che effettivamente può aiutare il medico-legale nel capire quali realmente sono state le

¹⁶ C. GERIN *Osservazioni sull'interruzione del nesso causale* in G. BATTAGLINI, *L'interruzione del nesso causale*, Milano, 1954; M. BARNI, *Il rapporto di causalità materiale in medicina legale*, cit.; F. ANTONIOTTI, O. DE TULLIO, N.M. DI LUCA, *La causa di servizio, l'equo indennizzo e l'azione di risarcimento dei pubblici dipendenti*, Milano, 1985.

conseguenze di un determinato evento, quale sia stato cioè il danno da valutare come conseguenza risarcibile di quel determinato fatto che si sta analizzando è, e deve essere, essenzialmente il metodo che si segue nel verificare, sulla base di tutti gli elementi acquisiti, se, in che modo ed in che misura l'antecedente si collega al danno che emerge dall'accertamento medico legale finale.

In questo paragrafo verranno pertanto illustrati nei dettagli i vari parametri da considerare ai fini di questo giudizio. Prima però, è indispensabile ricordare due principi fondamentali che regolano la valutazione del rapporto di causalità:

- in tema di valutazione del danno alla persona in responsabilità civile – e questo vale a buon diritto anche nella casistica della responsabilità civile sanitaria – essendo compito del medico-legale quello di stabilire quali siano state le effettive conseguenze della condotta del responsabile, il giudizio sul nesso causale è sempre *duplice*: il giudizio primario è rivolto ad accertare il nesso fra evento e pregiudizio iniziale; ad esso però deve sempre seguire il non meno importante giudizio sul nesso causale fra pregiudizio iniziale e conseguenze finali, siano esse una condizione di menomazione permanente o la morte. Facendo riferimento alla più vasta e frequente casistica del ritardo diagnostico in oncologia in particolare in tema di neoplasie della mammella, da un lato vi è la errata interpretazione di un esame strumentale, una ecografia o una mammografia o una semplice radiografia, che ha come conseguenza immediata l'impossibilità di diagnosticare più precocemente una patologia; dall'altro però l'indagine non può arrestarsi a questa prima verifica, ma deve continuare cercando di stabilire il secondo nesso di causalità, ossia se ed in che misura il ritardo di diagnosi ha comportato una diversa e più pregiudizievole evoluzione della malattia;
- il secondo principio fondamentale da rispettare è che, poiché non sempre, nonostante la più scrupolosa applicazione della metodologia suggerita dalla dottrina, è possibile alla fine ricostruire esattamente cosa è accaduto, occorre che il medico legale abbia ben presente che, proprio per i limiti intrinseci della sua professione, il giudizio finale deve sempre essere frutto di una ponderata valutazione degli elementi disponibili e, laddove questi non consentano di giungere a conclusioni di *certezza* in un senso o nell'altro (nel senso cioè di ammettere o escludere il nesso causale), è necessario che il parere venga completato indicando se, dal bilancio complessivo, l'identificazione del rapporto causale possa essere qualificato come *probabile* ovvero solo come teoricamente *possibile*.

Ciò premesso, quello che segue è il capitolo della medicina legale che, nei rispetti del metodo da seguire per verificare su quali elementi fondare il giudizio, indica una serie di criteri che, analizzati caso per caso, consentono alla fine di indirizzare la valutazione verso la ammissione o la esclusione del nesso causale.

Anche in questo caso autorevoli autori già citati (il Barni in particolare) hanno sottolineato come sia errata, pericolosa e non raramente fuorviante una pedissequa e semplicistica analisi di questi criteri per affermare alla fine un nesso di causalità, solo perché la maggioranza di essi prevale su quelli che invece non sono rispondenti al caso in esame.

Concordando pienamente con questa critica e mettendo anche noi in guardia chi deve esprimere un giudizio sul nesso di causalità dal farne un uso acritico, perdendo di vista la concretezza della fattispecie che si sta analizzando, ci sembra tuttavia utile ricordarli e commentarli in quanto comunque rappresentano criteri di indagine tutti volti allo stesso fine, cercare cioè di collegare l'antecedente alla conseguenza che da esso si vuole far discendere.

Questi criteri fanno riferimento a particolari aspetti dei vari elementi acquisiti nel corso della indagine medico-legale, rappresentando dei veri e propri requisiti che l'antecedente dovrebbe avere per potersi ritenere effettivamente responsabile del danno da valutare.

Nella più antica tradizione, la dottrina medico-legale ne contempla cinque:

- a) il criterio della idoneità lesiva;
- b) il criterio cronologico;
- c) il criterio topografico;
- d) il criterio della continuità fenomenica;
- e) il criterio della esclusione delle altre cause.

Più recentemente¹⁷ ne sono stati proposti altri, alcuni dei quali trovano applicazione prevalentemente in altri campi della medicina legale, ma che pure vanno presi in considerazione, non essendo raro il contributo che la loro verifica può dare anche in tema di accertamento del nesso causale del danno alla persona in responsabilità civile e, in particolare, in responsabilità civile sanitaria:

- f) il criterio della ammissibilità o possibilità scientifica;
- g) il criterio statistico-epidemiologico;
- h) il criterio anatomico-patologico.

Come vedremo, analizzando singolarmente il significato e la rilevanza ai fini del giudizio di ciascuno di questi criteri, nessuno di essi, preso singolarmente, ha nella grande maggioranza dei casi un valore assoluto ai fini del giudizio, che dunque deve derivare dalla loro complessiva valutazione, in particolare dalla loro concordanza e convergenza verso una conclusione di *certezza* o di *alta probabilità* nell'ammettere o escludere un nesso causale, atteso che un giudizio di mera *possibilità teorica* non ha alcun valore, così come non ne ha quello basato

¹⁷ A. FIORI, *Un discorso sul metodo*, in *Riv. it. medicina legale*, 1985, 7, 67; L. MACCHIARELLI, P. ARBARELLO, N.M. DI LUCA, T. FEOLA, *Medicina Legale*, cit., 75-84.

sul semplicistico criterio del “... *non si può escludere che*”, che pure troppo spesso viene erroneamente seguito.

3.1. Il criterio della idoneità lesiva

Il criterio della idoneità lesiva si riferisce allo studio dell'antecedente e ne valuta le sue caratteristiche per stabilire in definitiva se esso sia o meno compatibile col meccanismo di produzione della lesione che è stata accertata.

In ambito traumatologico e, dunque, nella prevalente casistica della responsabilità civile auto, questa verifica della compatibilità deve riguardare le caratteristiche non solo qualitative, ma anche quantitative dell'evento, tenendo conto che una determinata lesione è sempre il frutto di due diversi parametri: da un lato la quantità di energia dell'agente lesivo, dall'altro la quantità di resistenza del distretto anatomico colpito da quell'agente.

Per verificare dunque la idoneità lesiva di un determinato antecedente, il giudizio non può e non deve basarsi esclusivamente sull'analisi dell'antecedente in sé considerato, sulla verifica cioè della sua capacità “in generale” di produrre l'effetto che si sta analizzando. Il giudizio deve invece necessariamente tener conto anche delle caratteristiche specifiche del soggetto su cui l'evento si è realizzato, essendo evidente che, a seconda delle sue peculiarità biologiche, della quantità cioè di resistenza che l'organismo oppone alla forza che lo colpisce, le conseguenze di questa forza possono essere diverse.

Se infatti ci si trova di fronte ad un soggetto investito da un'auto, nel quale viene poi evidenziata una frattura vertebrale, per verificare l'idoneità di quel determinato investimento e produrre quella determinata frattura in quel determinato soggetto, occorre non solo acquisire tutti gli elementi indispensabili per ben identificare la forza dell'urto con cui il veicolo ha investito il soggetto, ma occorrerà acquisire anche tutti gli elementi utili per verificare quale fosse la condizione antecedente di quella colonna vertebrale, essendo evidente la differenza maggiore o minore suscettibilità della stessa ad un determinato urto, a seconda che siano o meno presenti ad esempio, nello stato anteriore del soggetto, fenomeni di osteoporosi.

E dunque, sempre in relazione alla verifica congiunta della quantità di energia che colpisce il soggetto e delle caratteristiche anatomo-cliniche di quest'ultimo, la valutazione del criterio della idoneità lesiva dovrà scaturire dallo studio della *efficienza* o della *coefficientenza* del trauma (quando questo agisca col concorso di concause preesistenti), della sua *proporzionalità* con il danno che si sta analizzando (proporzionalità che anche qualora si identifichino delle concause di lesione, deve comunque esservi) e della sua *compatibilità* a produrre, da solo o col concorso di altre cause, quella determinata lesione.

Lo studio della idoneità lesiva è un argomento che a volte risulta particolarmente complesso, basandosi in taluni casi sulla verifica di aspetti tecnici dell'evento la cui conoscenza esorbita dal normale patrimonio culturale del medico-legale.

E non sfugge da questa complessità la verifica di questo criterio anche in ambito di responsabilità civile sanitaria dove, ad esempio, non raramente il medico legale è chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità di un fisiatra o di un fisioterapista nel determinismo di fratture scheletriche attribuite a manovre riabilitative, o in caso di fratture di femore imputate a manovre di mobilitazione in narcosi di un ginocchio rigido per artrofibrosi post-chirurgica.

Ed il riferimento a questo criterio può trovare la sua applicazione anche nella verifica del nesso causale in tema di ritardo diagnostico in oncologia, casistica prevalente quando si parla di danno da perdita di chance. È chiaro che l'idoneità lesiva non va ricercata nel fatto omissivo censurato, ma va ricondotta alla quantità temporale (in termini di mesi o anni) di ritardo diagnostico che quella omissione ha determinato, essendo forse superfluo far presente che una mancata diagnosi di una neoplasia mammaria ad esempio ad una prima mammografia di screening e individuata poi in modo incidentale due settimane dopo, ad una successiva radiografia del torace eseguita per diversi motivi non ai fini di prevenzione, priva del tutto di idoneità lesiva la condotta censurabile del sanitario rispetto alle conseguenze della neoplasia.

3.2. Il criterio cronologico

Il criterio cronologico è volto ad accertare se vi sia compatibilità fra l'evento e la lesione, in funzione del tempo che intercorre fra il fatto da responsabilità di terzi ed il momento in cui si manifesta la patologia che da esso si vuole far discendere.

Abbiamo già detto che la causa deve essere *antecedente*, con ciò esprimendo l'ovvio concetto che la lesione da analizzare deve essere successiva all'evento, in quanto, se essa risultasse già in essere al momento del fatto censurato, non potrebbe certo essere ascritta causalmente a questo, trattandosi eventualmente solo di stabilire se l'evento in qualche modo ne ha modificato la naturale evoluzione.

Nella traumatologia è intuitivo comprendere che, nel caso di un comune trauma indiretto del collo, se lo studio clinico rivela, al primo controllo radiografico, una artrosi della colonna cervicale, è di tutta evidenza che la causa della artrosi, richiedendo tale alterazione un lungo tempo per realizzarsi, è cronologicamente incompatibile con il trauma; così come, continuando negli esempi, lo sono le calcificazioni para-articolari che pure vengono osservate nella immediatezza di un trauma ad esempio ad una spalla, le evidenze di una pseudoartrosi di scafoide accertata pochi giorni dopo un trauma contusivo di polso... e via elencando.

Ma questo è altrettanto comprensibile anche nella responsabilità sanitaria. Vale infatti anche per questo criterio il caso citato a proposito del precedente parametro: in caso di ritardo diagnostico in oncologia è cruciale, ai fini della identificazione del danno che l'omissione diagnostica iniziale ha comportato, proprio il criterio cronologico, accertare cioè il periodo di tempo trascorso prima che la malattia venisse identificata e curata, per comprendere quanta parte della sua ulteriore evoluzione poteva essere evitata.

Di contro, perché vi sia compatibilità cronologica fra un evento colposo ed una determinata patologia, non è indispensabile che la stessa sia rilevata *immediatamente* dopo il trauma.

Si è già scritto che la causalità può essere non solo *immediata*, ma anche *mediata*, facendo riferimento, con quest'ultimo termine, anche a tutte quelle lesioni che, pur essendo etiologicamente collegate con l'antecedente lesivo, si producono a distanza di tempo da esso per l'intervento di altri fattori.

Occorre poi anche ricordare che non sempre una lesione, ancorché prodottasi direttamente a seguito del trauma, dà immediatamente manifestazione di sé e non sempre le circostanze con cui vengono effettuati i primi accertamenti clinici consentono di evidenziare subito tutte le lesioni derivanti dal trauma. La comune esperienza è ricca di casi che propongono situazioni del genere, andando da quelli più noti e per certi versi più semplici (ad esempio, nella traumatologia, gli ematomi intracranici ad effetto compressivo che si manifestano a distanza di tempo da un trauma cranico anche apparentemente banale oppure piccole fratture in un politraumatizzato grave che vengono identificate solo settimane o mesi dopo il trauma), fino a quelli più complessi, quali ad esempio, nell'ambito delle malattie professionali, il correlare un mesotelioma al periodo in cui il soggetto è stato esposto professionalmente all'amianto o, ancora, alle lesioni da radioterapia... e via elencando nella illustrazione di patologie che, pur risultando alla fine da attribuire a quel determinato antecedente traumatico o a quella determinata prestazione sanitaria, si manifestano a distanza di molto tempo, a volte anche decenni.

La valutazione del criterio cronologico non si basa quindi solo ed esclusivamente sulla verifica a sé stante del tempo con cui, rispetto all'antecedente causale, si rende evidente la lesione, ma si basa anch'essa su di un'analisi che deve tener conto di tutti gli elementi propri della medicina, trattandosi di stabilire se quella patologia (sia che venga evidenziata subito, sia che compaia a distanza di tempo), in base alle sue caratteristiche cliniche, radiografiche, anatomo-patologiche ecc., è compatibile con la data con cui si è verificato il fatto in discussione. Di fronte quindi ad una frattura che viene diagnosticata settimane o mesi dopo un determinato evento lesivo, per accertare la rispondenza o meno del criterio cronologico occorrerà studiare la frattura sulle radiografie effettuate nel momen-

to in cui è stata rilevata e su altre effettuate successivamente, in maniera tale da verificare se i fenomeni riparativi che necessariamente si siano sviluppati in questo lasso di tempo sono per loro quantità, caratteristiche ed ulteriore evoluzione, compatibili cronologicamente con la data dell'evento.

Allo stesso modo, di fronte ad una discite diagnosticata mesi dopo un intervento di ernia del disco, occorre studiarne le caratteristiche e capire perché, se davvero vi è una connessione causale fra essa e l'intervento, sia trascorso questo tempo prima che la patologia si manifestasse e venisse diagnosticata.

3.3. Il criterio topografico

Il criterio topografico consiste nel verificare se vi è corrispondenza fra la sede di applicazione del trauma sul corpo del soggetto e le lesioni accertate.

Premettendo che anche in questo caso l'analisi deve essere condotta considerando non solo le caratteristiche dell'evento, ma anche quelle proprie del soggetto, nonché quelle anatomo-cliniche della patologia in esame, nella traumatogenesi *diretta*, quando cioè la lesione è localizzata nel punto in cui il soggetto è stato colpito dall'azione lesiva, il giudizio di rispondenza di questo criterio è evidente. Nella traumatologia della strada è di tutta evidenza la connessione topografica fra un urto dell'auto investitrice a livello degli arti inferiori e la frattura di una gamba; in responsabilità sanitaria è evidente il rapporto topografico fra un intervento di protesizzazione di anca ed una lesione del nervo ischiatico.

Il giudizio di rispondenza del criterio topografico è di solito agevole anche nei casi in cui, pur essendovi una applicazione diretta della forza lesiva in un distretto diverso da quello che poi risulta leso, la semplice analisi del meccanismo traumatogenetico rende agevolmente ragione di ciò: è il caso ad esempio delle fratture-lussazioni dell'anca che si verificano, negli scontri automobilistici frontali, per trasmissione della vis lesiva dal ginocchio direttamente traumatizzato, le lesioni della spalla per urti diretti sul gomito, le distorsioni di ginocchio per urti sulla caviglia. Al pari, relativamente agevole è lo stesso giudizio quando lo studio delle manifestazioni anatomo-cliniche correlate alla lesività iniziale consente di identificare i meccanismi etiopatogenetici che hanno prodotto lesioni in distretti anatomici diversi e distanti (classico è l'esempio del trauma ad un arto inferiore che genera una trombosi venosa dalla quale poi origina una tromboembolia polmonare).

Classico è anche il caso in cui, nell'ambito della responsabilità civile sanitaria, a fronte della stessa frattura, i sanitari, nel trattamento della lesione, omettano o sotto dosino la profilassi antitromboembolica, e si generi poi la stessa tromboembolia polmonare.

3.4. Il criterio della continuità fenomenica

Il criterio della continuità fenomenica si basa sullo studio delle manifestazioni cliniche del quadro lesivo iniziale e della sua evoluzione successiva e parte dal presupposto che ogni evento patologico deve presentare un decorso congruente con la natura che gli si attribuisce. Questo criterio è volto dunque alla verifica di quegli elementi anamnestici, documentali e scientifici in base ai quali stabilire se, in funzione del decorso che la patologia ha avuto, essa è compatibile con l'evento dal quale si assume essere derivata.

Esso attiene sia allo studio del nesso di causalità fra l'evento e la lesione, sia a quello fra lesione e menomazione. In entrambi i casi la verifica di questo parametro deve essere particolarmente attenta quando, come non raramente accade, lo studio del caso evidenzia un *intervallo libero* fra il fatto e la lesione o fra questa e le sue manifestazioni tardive, un periodo di tempo cioè durante il quale, apparentemente, non emergono manifestazioni chiare che colleghino l'una con le altre.

Ovviamente la sola rilevazione di questo intervallo libero non è sufficiente per affermare la non rispondenza di questo criterio, essendo ben note ad esempio le rotture in due tempi di organi parenchimatosi quali la milza e il fegato, la comparsa a distanza di giorni, settimane o addirittura mesi da un trauma cranico di manifestazioni di compressione cerebrale per raccolte ematiche intracraniche, le epilessie che insorgono tardivamente (anche dopo anni da un trauma cranico) oppure la comparsa di lesioni attiniche dopo trattamenti radioterapici. In questi casi occorre dunque non solo vagliare attentamente tutti gli elementi documentali ed anamnestici acquisiti durante l'accertamento peritale, ma anche avere una precisa conoscenza degli aspetti anatomico-patologici e clinici della lesione o della menomazione che si sta analizzando, unico modo per stabilire se e per quali motivi sia giustificabile o meno questo intervallo libero.

3.5. Il criterio della esclusione delle altre cause

Con la locuzione "criterio della esclusione delle altre cause" si intende quella fase dello studio di un caso in cui, per contribuire alla verifica del nesso causale fra l'evento e le lesioni iniziali o fra queste e le conseguenze finali, si procede ad una analisi dei dati anamnestici, documentali e clinici per accertare che lo stesso soggetto non abbia altre patologie precedenti o sopravvenute al fatto lesivo in esame che possano, da sole, giustificare le lesioni, i sintomi o i reperti clinici che si stanno analizzando.

In un soggetto anziano, degente in una RSA per una riabilitazione cardiologica dopo intervento di rivascolarizzazione cardiaca mediante by-pass, che cade nella struttura e si frattura un femore e che decede alcune settimane dopo per

un re-infarto del miocardio, ecco che, rispetto all'evento morte occorre studiare accuratamente il quadro clinico precedente l'evento da responsabilità di terzi (la caduta) prima di verificare i rapporti con l'evento traumatico, unico modo per poter ammettere un nesso di causalità o, meglio, di concausalità escludendo che sia stata la cardiopatia la sola causa dell'evento terminale, evento che dunque si sarebbe comunque manifestato a prescindere dal verificarsi della frattura.

3.6. Il criterio della ammissibilità o possibilità scientifica

Il criterio della ammissibilità o possibilità scientifica, la cui importanza è stata sottolineata in dottrina soprattutto negli ultimi decenni¹⁸, è un parametro che, al fine di maturare il convincimento finale sulla ammissibilità o meno di un determinato nesso causale, esamina più in generale la specifica problematica che il caso pone, sulla base di una verifica scientifica dello specifico argomento. Si propone cioè di analizzare la questione attraverso lo studio della letteratura per cercar di capire, al di là dei singoli elementi che l'accertamento medico-legale ha messo in evidenza e dell'analisi ponderata degli altri criteri, se il fatto in sé, in base alla esperienza ed alla osservazione scientifica, alle eventuali considerazioni che sull'argomento sono state espresse, sia concretamente ammissibile o meno.

È questo un parametro che di solito trova la sua principale applicazione in casi particolari nei quali, ad esempio, emerge a distanza di tempo una patologia che non sembra avere, in base agli altri criteri, nessuna connessione col fatto in discussione, ovvero quando l'evento che si sta studiando appare del tutto sproporzionato rispetto alla entità della lesione stessa.

Un esempio esplicativo, per altro oggetto di una pronuncia relativamente recente della Cassazione Civile¹⁹, è quello di un paziente ricoverato per una patologia prostatica, sottoposto a TURP (*Trans Urethral Resection of the Prostate*) e che presenta un sanguinamento localizzato post-chirurgico controllato dai sanitari. Alcuni giorni dopo decede improvvisamente, senza che si fosse riusciti, durante il giudizio, ad avere notizia certa della causa di morte, come del resto avviene nella maggioranza delle morti improvvise avvenute in condizione di sostanziale stabilità clinica. In questo caso, al di là del problema giuridico che si è posto circa la ripartizione dell'onere della prova, questo criterio di verifica del nesso causale, portando il medico legale ad affermare, in base allo studio della letteratura e con lo spirito di un giudizio basato sulla evidenza scientifica, che un evento del genere non rientra nella ordinaria casistica degli interventi per via

¹⁸ A. FIORI, *Un discorso sul metodo*, in *Riv. it. medicina legale*, cit.

¹⁹ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392.

endoscopica e nemmeno in quelli complicati da un sanguinamento locale, può senz'altro contribuire alla migliore comprensione da parte del giudice di cosa potrebbe essere accaduto o, meglio, di quale ruolo potrebbe (non) aver avuto il trattamento sanitario all'origine del decesso.

3.7. Il criterio statistico-epidemiologico

Il criterio statistico-epidemiologico, applicato nella verifica del nesso causale in quel settore della medicina legale che si occupa specificamente dell'accertamento del danno alla persona in responsabilità civile, è in buona sostanza una derivazione del criterio precedentemente illustrato e, soprattutto attraverso lo studio della letteratura scientifica, si propone di verificare se ed eventualmente con che frequenza un determinato effetto può riconoscere, come suo fattore etiologico, una determinata causa.

In ambito traumatologico è ricorrente la casistica, ad esempio, delle manifestazioni epilettiche o dei distacchi di retina che insorgono a distanza di tempo da un trauma cranico. Ed in questi casi lo studio dei dati sulla ricorrenza delle forme post-traumatiche può dare ad esempio informazioni, a volte dirimenti, sul periodo massimo di tempo fra evento e prima manifestazione della malattia in cui si può ritenere ancora statisticamente ammissibile la dipendenza causale fra l'uno e l'altra.

Al contrario, essendo noto che l'esposizione all'amianto può causare il mesotelioma, ma essendo noto anche che perché ciò possa accadere occorrono determinati tempi di esposizione e un determinato periodo di tempo minimo perché le fibre possano indurre la trasformazione neoplastica del tessuto pleurico, ecco che lo studio della letteratura diviene determinante per stabilire, ad esempio, in quale fase della vita lavorativa del soggetto si è realizzata l'esposizione (maggiormente) responsabile del tumore.

Ma questo criterio è di fondamentale importanza soprattutto nella particolare casistica della responsabilità sanitaria, quella in cui si discute di responsabilità omissiva e, in particolare, delle conseguenze di ritardi di diagnosi dovuti a comportamenti sanitari non adeguati. Dovendosi infatti stabilire cosa di diverso sarebbe accaduto se la diagnosi fosse stata raggiunta all'epoca della prestazione sanitaria censurata, è fondamentale anzitutto verificare la letteratura per stabilire, proprio sulla base del dato statistico, quale era lo stadio della malattia all'epoca della prestazione che non è stata in grado di diagnosticarla e, allo stesso modo, per verificare la misura e la diffusione che può avere avuto quella stessa malattia nel periodo che va da quel momento al giorno in cui la diagnosi è stata raggiunta.

Ed è sempre il criterio statistico-epidemiologico il sistema per stabilire, ad esempio ed in sequenza, di quali diversi trattamenti avrebbe potuto beneficiare

la malattia se fosse stata individuata a tempo debito e con quali risultati diversi da quelli raggiunti con le cure praticate dopo la (tardiva) diagnosi. Ancora, una volta ricostruito a ritroso nel tempo lo stadio che la malattia aveva al momento del primo esame refertato come negativo, il criterio statistico-epidemiologico finisce per essere il solo che ci permette di affermare con quale percentuale di probabilità la diagnosi ottenuta in quel momento avrebbe evitato la morte del paziente.

3.8. Il criterio anatomico-patologico

Il criterio anatomico-patologico trova la sua principale applicazione al tavolo anatomico, essendo evidente che il riscontro diagnostico o l'autopsia giudiziaria, proprio perché hanno la finalità di accertare la causa della morte, forniscono di solito le migliori informazioni anche per dirimere dubbi sul nesso causale. Questo criterio però è spesso utile anche nell'accertamento sul vivente, soprattutto quando ci si trova di fronte a quadri clinici di dubbia origine.

Nella pratica medico-legale nel campo della responsabilità sanitaria, non sono rari i casi in cui ad oggetto della vertenza ci sia una contestazione sulla interpretazione, ad esempio, di un preparato ottenuto da una biopsia tissutale o da un prelievo di materiale cellulare. Qualora in tempi successivi al prelievo ed alla lettura di questo materiale istologico o citologico emerga l'evidenza di una patologia diversa da quella che il primo esaminatore aveva ritenuto esservi, solo una revisione di questo materiale anatomico-patologico può dire se vi è stato inizialmente un errore di lettura dei preparati o se la diversa diagnosi posta successivamente non poteva essere raggiunta nel momento iniziale pur a fronte di una raccolta, preparazione e disamina corrette di quel materiale.

Il nesso di causalità alla prova del processo penale: il tentativo di smentita come “metodo del dubbio”

*If we begin with certainties, we shall end in doubts;
but if we begin with doubts, and are patient in them,
we shall end in certainties*

(F. BACON (1605) *The Advancement of Learning* , Book 1, V, 8)

SOMMARIO: 1. I nuovi paradigmi della sentenza Franzese. – 2. Il ragionevole dubbio come metodo: induzione eliminativa, tentativo di falsificazione e metodo avversativo della confutazione. – 3. Il decalogo della giurisprudenza illuminata. – 4. Le aporie dell’oggi. – 5. Il giudice tra ragione e sentimento: l’aiuto della logica e della psicologia cognitiva.

1. I nuovi paradigmi della sentenza Franzese

Nel processo penale l’accertamento del rapporto di causalità ha costituito un banco di prova fondamentale per l’evoluzione dell’epistemologia giudiziaria. Dalla sentenza delle Sezioni unite Franzese ad oggi, in vent’anni, si sono scritte nuove pagine nel pensiero giuridico moderno¹: è ormai acclarato come uno dei più alti meriti del famoso arresto sia consistito nell’aver individuato un punto di saldatura inedito tra principi e regole processuali mai in precedenza collegati in questo modo.

L’elemento del reato più complesso da accertare, anzitutto, ha imposto al processo penale di misurarsi con la prova scientifica: da quando con Karl Engisch e con Federico Stella si è recepito il modello nomologico-deduttivo della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, la causalità è divenuta terreno elettivo del sapere “esperto”².

In secondo luogo, la necessità di imbrigliare la discrezionalità insita nell’accertamento del rapporto causale ha determinato una fortissima spinta verso la

¹ Cass., SS.UU., 11 settembre 2002, Franzese, in *CED* 222138.

² K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931; F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.

“giuridicizzazione” del concetto di ragionevole dubbio. Vestendo i panni dello storico del diritto, è possibile affermare che, al di là delle ragioni contingenti della riforma del 2006 – con la quale tale criterio è stato codificato nell’art. 533 c.p.p. a margine di un nuovo sistema delle impugnazioni –, la αἰτία tucididea si deve ravvisare nella maturazione di nuovi paradigmi concettuali dei quali il ragionevole dubbio ha costituito la ipostatizzazione. Non a caso, il testo novellato dell’art. 533 c.p.p. ha una propria vita feconda che è andata ben oltre quella della c.d. legge Pecorella, quasi completamente demolita dalla Corte costituzionale e dal legislatore. Sotto questo profilo, è importante sottolineare come la sentenza Franzese non abbia costituito un fortunato intervento estemporaneo, bensì abbia rappresentato il frutto maturo di un movimento culturale profondamente innovativo ma anche saldamente radicato a vari livelli³.

Ancora, la ricerca di un appiglio sul pendio scivoloso del rapporto di causalità ha indotto a cogliere la centralità epistemologica del tentativo di smentita, che non è appannaggio esclusivo del mondo scientifico – il riferimento scontato è alle intuizioni di Karl Popper che hanno, peraltro, formidabili assonanze con la c.d. induzione eliminativa prospettata da Francis Bacon nel 1620 – ma costituisce una vera e propria sintesi delle regole probatorie e di giudizio del processo penale⁴.

³ Successivamente, si ricordano le sentenze Cass., SS.UU., 24 novembre 2003, Andreotti, in *CED* 226094; Cass., SS.UU., 20 settembre 2005, Mannino, in *CED* 231674; Cass., SS.UU., 6 luglio 2016, Dasgupta, in *CED* 267486; Cass., SS.UU., 14 aprile 2017, Patalano, in *CED* 269787; Cass., SS.UU., 13 aprile 2018, Troise, in *CED* 272430; Cass., SS.UU., 2 aprile 2019, Pavan, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 822; Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini e altri, in *Cass. pen.*, 2011, 1701; Cass., Sez. V, 7 settembre 2015, Sollecito e altra, in *Foro it.*, 2016, 447 ss.

⁴ Sulle formidabili vicinanze tra il metodo dell’induzione eliminativa di Bacon e del tentativo di smentita di Popper, M.L. DONALDSON, *Francis Bacon’s comments on the power of negative observations in his Novum Organum, first published in 1620*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, vol. 109, 12: pp. 459-460: “Bacon’s contention might be seen as an adumbration of Popper’s claim – though Bacon’s contention is weaker than Popper’s – that the basis of belief in the truth of some statement about the world should depend on the possibility of refuting the statement – that is, of showing it to be false – and not directly on evidence which supports it. That is to say, a well-formulated proposition is to be believable until it has been refuted. The business of scientific enquiry is to set up hypotheses that are capable of refutation and then, if experiment does not refute them, to hold the hypotheses as credible only as long as they remain unrefuted. Hypotheses that are not capable of refutation are not well-formulated and are of no value unless or until methods are developed to make them refutable”. In particolare, Bacone sottolineava che “an error ever present in, and peculiar to, human understanding is that it is more moved and excited by an affirmative than a negative; whereas, by all that is proper, each of these should have equal weight. But, on the contrary, in determining the truth of any axiom, the force of the negative has the greater influence”. Nel *Novum organum*, II.15, Bacone sottolineava che “now if the mind tries to proceed by affirmative instances from the start (which it always does when left to itself) the result

A tal proposito, si potrebbe affermare che la sentenza Franzese ha fatto della prova per esclusione una *componente strutturale* del ragionamento causale, prospettando un metodo processuale idoneo a superare le aporie del principio di sottodeterminazione⁵. Come è noto, nel mondo della scienza tale principio significa che i dati osservati non determinano in maniera decisiva la teoria esplicativa, perché sono compatibili con più spiegazioni. Ebbene, al netto delle conclusioni scettiche che tale principio nella sua originaria formulazione potrebbe produrre sulla portata euristica del tentativo di falsificazione⁶, occorre ragionare in modo costruttivo, concentrando l'attenzione sulle potenzialità insite nell'applicazione di simili intuizioni al processo penale. Se è vero che la rosa delle ipotesi ricostruttive può essere ridotta ampliando il campo di osservazione ed escludendo quelle che divengono incompatibili con i nuovi dati raccolti, una volta calato nel processo penale, questo *modus procedendi* induce a concludere come siano le prove a consentire l'individuazione della legge scientifica applicabile permettendo di articolare il tentativo di smentita. Allo stesso modo, *ça va sans dire*, sono le evidenze disponibili a consentire l'individuazione delle massime di esperienza idonee a fornire la spiegazione del caso concreto.

Dal punto di vista dell'epistemologia in senso stretto, le spinose questioni collegate alla causalità hanno consentito di individuare il *file rouge* che corre tra contraddittorio, processo di parti, presunzione di innocenza, onere della prova: il tentativo di smentita, calato all'interno del sistema accusatorio, ne costituisce l'essenza. La sentenza Franzese ha scolpito il concetto di probabilità logica quale criterio accertativo specifico del processo penale che costituisce la *summa* di tutti i cennati profili e si caratterizza per la sua caratura qualitativa e non quantitativa,

will be phantasms, mere opinions, ill-defined and notional conclusions, and axioms altered daily, unless we want to follow the schoolmen's fashion and fight for falsehoods. These will no doubt be better or worse according to the capacity and strength of the intellect working on them. But only to God (the creator and implanter of forms), or perhaps to the Angels and Intelligences, does immediate knowledge of forms by affirmation belong as soon as they begin thinking about them. But this is certainly beyond men who are allowed only to proceed by Negatives at first, and then to finish up with Affirmatives after making every sort of exclusion". Sul pensiero di Bacone e sul modo in cui si incrocia il principio di sottodeterminazione, si veda D. SCHWARTS, *Crucial Instances and Francis Bacon's Quest for Certainty*, in https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/691131#1st_rf5R.

⁵ Sul principio di sottodeterminazione, si veda *Underdetermination of Scientific Theory*, (First published Wed Aug 12, 2009; substantive revision Thu Oct 12, 2017), in Stanford Encyclopedia of Philosophy (<https://plato.stanford.edu/entries/scientific-underdetermination/>), ove con ampiezza di richiami a partire dagli studi di Dunham e Quine si esamina anche il legame tra principio di sottodeterminazione e metodo induttivo.

⁶ Si è rilevato, infatti, che la scelta dei dati di partenza può giungere al limite di legittimare qualunque teoria.

per la sua natura di metodo, di “percorso di verità” che si basa su “procedure intersoggettive di verifica e falsificazione”, riprendendo felici espressioni di Giovanni Canzio⁷.

L'ulteriore passaggio – da sottolineare perché tutt'altro che scontato – è dato dalla biunivocità del rapporto tra causalità e teoria generale della prova. Per un verso, è stata la modernità del “diritto delle prove”, ampiamente inteso, a consentire l'eliminazione di quella sorta di *black-out* che in alcuni casi si era ravvisato con riferimento all'accertamento della causalità, talora scivolando nell'intuizionismo del giudice, talaltra profilando vere e proprie fattispecie “a perizia vincolante” fino a scontrarsi con l'*impasse* della percentuale di validità statistica della legge scientifica. Per un altro verso, la necessità di confrontarsi con la causalità e con la prova scientifica ha determinato un'evoluzione in materia di teoria generale della prova che pone l'Italia all'avanguardia nel panorama internazionale. Le acquisizioni raggiunte vanno oltre la scienza ed investono ogni ragionamento inferenziale, ancorché basato su massime di esperienza (e a tal proposito è banale rilevare come non venga in questione soltanto la prova indiziaria ma anche la prova rappresentativa che, inevitabilmente, nel giudizio sulla credibilità della fonte e sull'attendibilità della dichiarazione non può prescindere da ragionamenti inferenziali basati su massime di esperienza e leggi scientifiche).

2. Il ragionevole dubbio come metodo: induzione eliminativa, tentativo di falsificazione e metodo avversativo della confutazione

In definitiva l'epistemologia processuale della modernità ci consegna il ragionevole dubbio alla stregua di un metodo di formazione e di valutazione della prova. Non si tratta di un salto logico: parlare di conoscenza giudiziaria, di come il giudice ricostruisce il fatto storico significa discutere di metodi. Si è dinanzi al significato autentico del concetto di “gnoseologia”, termine filosofico equivalente a “teoria della conoscenza”: compito della gnoseologia è fornire una definizione di conoscenza, individuare i suoi possibili oggetti e soprattutto studiare i modi in cui è acquisibile dal soggetto conoscente, accertandone la validità. Il ragionevole dubbio, dunque, *ex ante* impone che la prova si debba formare in un determinato modo ed *ex post* richiede la previsione di regole che governino la valutazione delle evidenze disponibili, accreditando la validità della conoscenza acquisita.

⁷ A differenza di ogni altra attività statuale, nel caso della giurisdizione penale non è dai risultati che si può giudicare l'accettabilità di un metodo, ma dal metodo che si può stabilire l'accettabilità dei risultati (G. GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Riv. dir. media*, 2018, n. 3, p. 24).

La valutazione della prova non appartiene al foro interno dell'*intime conviction*, incontrollabile ed inaccessibile: nel nostro sistema il libero convincimento è *controllabile* attraverso il metodo che lo governa e *deve essere controllato* in virtù del valore precettivo del ragionevole dubbio. Non si tratta di sindacare *cosa* il giudice decide ma *come* egli arrivi ad un simile risultato: in quest'ottica, anzi, la distinzione tra il "come" e il "cosa" finisce per scolorare. Se viene ripudiata l'idea della "prova legale", in cui un legislatore paternalistico fornisce al giudice direttamente il risultato probatorio, può senz'altro dirsi che il nostro sistema accoglie una "legalizzazione del convincimento", sia pure tendenziale. Si tratta di una elaborazione molto complessa ed ancora in corso: evoluzioni siffatte possono essere colte appieno soltanto nel lungo periodo e da un angolo di osservazione adeguato e sufficientemente distante. Senz'altro il codice del 1988 ha posto le premesse per un simile approccio indicando la strada con norme preziose, ma negli anni successivi si è verificato un cambio di paradigmi che ha coperto l'arco di un trentennio e non è ancora compiuto. In questo quadro, un passaggio indispensabile è senz'altro consistito nella rinnovata attenzione per la qualità della motivazione: da tempo immemore Giovanni Canzio ha coniato il sintagma della "motivazione legale e razionale" prendendo le mosse da norme come gli artt. 192 e 546, lett. e), c.p.p.; oggi si sta lavorando a livello di *soft law* sulla qualità dell'apparato giustificativo affermando i principi della chiarezza, esaustività, sinteticità e concisione dello stesso ed immaginando anche alcuni steps necessari del percorso espositivo che si ripercuotono a ritroso imponendo anche un percorso conoscitivo. È proprio la redazione dei motivi che permette di esternare il metodo di valutazione utilizzato, avviando un cammino di comprensione e condivisione dello stesso anche grazie all'esistenza del sistema dei controlli.

Di nuovo la chiave è il tentativo di smentita che, oltre ad articolare la *struttura* del processo penale, deve abitualmente costituire il *modo di ragionare* del giudice. Il tentativo di falsificazione, attuato a livello di metodo probatorio attraverso la dialettica processuale, si rispecchia, da sempre, nella c.d. struttura dialogica della motivazione che – oggi nel rispetto del canone della chiarezza – deve spiegare il motivo per il quale il giudice si è formato un determinato convincimento basandosi su determinate prove (il perché sì) e le ragioni per le quali ha escluso le conclusioni che si sarebbero tratte dalle altre prove (il perché no). È proprio questa seconda la parte più ardua, croce e delizia delle garanzie: il metodo popperiano, oltre ad informare l'intera attività processuale – il pubblico ministero formula la migliore ipotesi ricostruttiva, l'urto del contraddittorio dibattimentale la passa al vaglio della falsificazione – è anche articolazione necessaria del ragionamento del giudice che deve poi rispecchiarsi nell'apparato motivazionale. Si può, dunque, affermare che, già da trent'anni, il codice recepisce un modello di motivazione con una struttura riconoscibile ed informata ad una ben chiara impostazione epistemologica.

Un simile meccanismo – che finisce per lambire l’idea della “giustizia procedurale perfetta”⁸ – risulta estremamente consentaneo al ragionamento che porta ad individuare la massima di esperienza più adeguata al caso concreto, dimostrando contestualmente le ragioni che inducono ad escludere l’applicabilità di massime differenti alla circostanza indiziante presa in esame. Ebbene, verso la vera e propria “necessità giuridica” che la motivazione dialogica attraversa anche la scelta delle massime di esperienza spinge oggi il rinnovato tenore dell’art. 546, lett. e), c.p.p. che, sotto tale aspetto, mostra la sua vera natura di norma precettiva. Nella veste novellata la norma prevede una “struttura dialogica rinforzata” per la motivazione: laddove precisa che l’apparato giustificativo deve indicare «i risultati acquisiti e i criteri di valutazione della prova adottati enunciando le ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie» la disposizione di recente conio impone il tentativo di smentita per ogni inferenza. La parabola appare compiuta: valorizzato per contenere i rischi connessi alla prova scientifica – a sua volta legata a doppio filo con l’accertamento del rapporto di causalità – il ragionevole dubbio ha determinato il formarsi di una vera e propria «scienza delle prove».

Una conferma di conclusioni siffatte si coglie in una recente sentenza in materia di responsabilità per malattie professionali derivanti da esposizione ad amianto nella quale, riprendendo peraltro un indirizzo consolidato, – si afferma con particolare chiarezza che la causalità può essere provata anche con massime di esperienza, purché sia raggiunta lo *standard* della probabilità logica. Il che, dal punto di vista del metodo, impone la necessità di sottoporre la massima di esperienza a tentativo di smentita⁹.

La decisione appena ricordata offre il destro per un’ultima notazione anch’essa di sapore “storico-giuridico”. La centralità dell’accertamento della causalità nella evoluzione dei paradigmi processuali non è ancora venuta meno: oggi il più acceso dibattito giurisprudenziale verte sulla questione della responsabilità da esposizione ad amianto, ove si raggiungono in alcuni casi aporie concettuali tali da portare fino al punto di massima torsione la potenzialità accertativa delle categorie fin qui esaminate. Se proviamo – ancora una volta – a porci in un’ottica di lungo periodo, appare evidente come stiamo vivendo un passaggio destinato ad evolversi ulteriormente.

3. Il decalogo della giurisprudenza illuminata

È ormai noto come la giurisprudenza più illuminata successiva alla sentenza Franzese abbia svolto un «discorso sul metodo» creando un vero e proprio me-

⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971. Si veda M. Rosenfeld, voce *Giustizia, Teorie della*, in *Enciclopedia Treccani delle Scienze Sociali*, I Supplemento, 2001.

⁹ Cass., Sez. III, 6 settembre 2021, Cirocco e altri, est. Reynaud, ined.

tasapere che ha ad oggetto il modo in cui si gestisce il sapere, scientifico e non, nel processo penale. Come sempre accade, vi sono acquisizioni consolidate e questioni irrisolte.

Sotto il primo profilo, alcune pronunce hanno portato avanti le Sezioni unite del 2002. Si può tentare di stilare un decalogo, con telegrafica sintesi.

Anzitutto, è ormai chiaro che la prova scientifica non è uno strumento gnoseologico *sui generis* ma è prova come tutte le altre: essa passa attraverso il contraddittorio, il processo di parti, il principio parzialmente dispositivo, il ragionevole dubbio¹⁰. Basti pensare alle Sezioni unite Pavan che hanno configurato un vero e proprio contraddittorio per la prova scientifica, considerando perizia e consulenza tecnica prove dichiarative in ragione del valore “formante” del contraddittorio¹¹.

Ancora, il motto del «giudice *peritus peritorum*» esprime «un modello culturale non più attuale e, anzi, decisamente anacronistico, quanto meno nella misura in cui pretenda di assegnare al giudice reale capacità di governare il flusso di conoscenze scientifiche che le parti riversino nel processo»¹². Oggi è possibile affermare, invece, che il risultato di una prova scientifica può essere ritenuto attendibile solo ove sia controllato dal giudice, quantomeno con riferimento all’attendibilità soggettiva di chi lo sostenga, alla scientificità del metodo adoperato, al margine di errore più o meno accettabile ed all’obiettiva valenza ed attendibilità del risultato conseguito. Naturalmente, l’autorità giurisdizionale è messa in grado di effettuare tale controllo soltanto se viene svolto un pieno contraddittorio. Questi princìpi trovano formidabile riscontro nel falsificazionismo popperiano, che, con la sua forza espansiva, rappresenta il senso stesso del processo penale. Con vera e propria *nonchalance* le Sezioni unite Pavan hanno considerato il metodo di Popper come un’acquisizione epistemologica ormai assodata.

Con specifico riferimento alla prova scientifica, è stato poi affermato che l’onere della prova sulla corretta acquisizione dei dati e sul fondamento della teoria posta a base della ricostruzione incombe sulla parte che introduce il dato scientifico¹³. Ancora, la giurisprudenza ha affermato che la perizia non è prova

¹⁰ Cass., SS.UU., 11 settembre 2002, Franzese, cit.; Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini e altri, in *Cass. pen.*, 2011, 1701; Cass., Sez. V, 7 settembre 2015, Sollecito e altra, cit.

¹¹ Cass., SS.UU., 2 aprile 2019, Pavan, cit. Sulle acquisizioni epistemologiche che caratterizzano la decisione in esame, C. BONZANO, *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all’efficientismo emergenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1415.

¹² Cass., Sez. V, 7 settembre 2015, Sollecito e altra, cit.

¹³ Corte di assise di appello di Perugia, 15 dicembre 2011, Knox e Sollecito, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 575 e Cass., Sez. IV, 16 aprile 2018, Cirocco, est. Dovere, in *CED Cass.* n. 273095. V. anche Cass., Sez. III, 6 settembre 2021, Cirocco e altri, est. Reynaud, ined. Sulla centralità del concetto di onere della prova nel sistema probatorio, P. Tonini-C. Conti, *Manuale di procedura penale*, 23^a ed., 2022, pp. 243-246.

neutra perché nessuno scienziato è neutro e perché nel processo penale essa si inserisce nelle dinamiche dell'onere della prova¹⁴. L'attributo della neutralità può, al massimo, essere riferito all'indipendenza e alla correttezza dell'esperto nominato dal giudice, ma non certo al sapere scientifico che inevitabilmente si forma e progredisce attraverso il confronto tra esperti che sostengono tesi talora in conflitto. In questo cruciale snodo processuale «si evidenzia il ruolo decisivo, che, nell'ambito della dialettica processuale, assume il contraddittorio orale attraverso il quale si verifica, nel dibattimento, 1) l'attendibilità del perito, 2) l'affidabilità del metodo scientifico utilizzato e 3) la sua corretta applicazione alla concreta fattispecie processuale [...] operazioni tutte che consentono anche di distinguere le irrilevanti o false opinioni del perito (c.d. *junk science*) dai pareri motivati sulla base di leggi e metodiche scientificamente sperimentate ed accreditate dalla comunità scientifica».

Nella medesima ottica, la giurisprudenza ha precisato che in tema di prova scientifica occorre garantire nella misura più ampia il diritto alla prova contraria. In arresti recenti la giurisprudenza sta affermando con sempre maggior vigore che, in caso di contrasto tra esperti, scatta il diritto alla prova peritale purché il contrasto sia effettivo e documentato. Altrimenti verrebbe smentito il principio consolidato in base al quale il giudice si può basare anche sulla sola consulenza di parte (C. cost. 33/1999)¹⁵.

Ancora, si sta affermando con fatica l'idea che non vi sia una prevalenza del perito sul consulente, né del consulente dell'accusa su quello della difesa: l'esperto è attendibile in ragione della sua posizione nel mondo scientifico e della qualità della teoria che prospetta¹⁶. Anche se, su questo punto, non si può fare a meno di ricordare un recente arresto giurisprudenziale che ha considerato il consulente tecnico del pubblico ministero come una figura teleologicamente orientata verso l'accertamento della verità, nel prisma di una peculiare lettura

¹⁴ Cass., SS.UU., 2 aprile 2019, Pavan, cit. In precedenza, per una critica, si veda P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in Aa.Vv., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Milano, 2011, pp. 10 ss.; P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, 2^a ed. aggiornata, Giuffrè, 2014, pp. 325 ss.

¹⁵ Cass., sez. I, 12 ottobre 2018 (dep. 23 novembre 2018), n. 52872, Bossetti; Cass., sez. IV, 16 novembre 2018 (dep. 8 gennaio 2019), n. 412, De Santis; Cass., sez. IV, 3 ottobre 2017 (dep. 17 gennaio 2018), n. 1886, Cappel. Cass., sez. IV, 499884 depositata 2 novembre 2018, Pinto.

¹⁶ Lo si ricava dalla sentenza Cozzini. Successivamente, la Cassazione si è espressa nel senso che il giudice possa trarre il proprio convincimento dalla consulenza tecnica di parte senza nominare il perito, purché sia in grado di stilare congrua motivazione (Cass., Sez. IV, 13 febbraio 2015 (dep. 25 febbraio 2015), n. 8527, Sartori; Cass., Sez., 25 ottobre 2017 (dep. 26 marzo 2018), n. 13997, P.).

dell'art. 358 c.p.p.¹⁷. Argomentazioni siffatte costituiscono il segno della persistente incertezza sull'*ubi consistam* degli esperti, sui loro obblighi e oneri¹⁸.

Al fondo della evoluzione qui sinteticamente rappresentata, si coglie la piena consapevolezza del fatto che il ragionevole dubbio è alfa e omega di ogni ragionamento in tema di prova. L'intuizione del giudice non può colmare eventuali lacune dimostrative. Il modo corretto di ragionare non è la convergenza del molteplici, ma il vaglio di precisione e gravità che – prima di procedere oltre – deve effettuarsi su ogni circostanza indiziante singolarmente considerata¹⁹. Anche le massime di esperienza devono essere sottoposte a tentativo di smentita²⁰ pure laddove esse debbano essere utilizzate all'interno della prova rappresentativa nella valutazione sulla credibilità del dichiarante e sulla attendibilità di quanto affermato²¹.

¹⁷ Cass., Sez. III, sent. 18 febbraio 2020 (dep. 29 maggio 2020), n. 16458, in *Sist. pen.*, 25 settembre 2020, con nota di R.E. Kistoris, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*. V. anche Cass., sez. I, 18 maggio 2018 (dep. 18 marzo 2019), n. 11897, Palleschi, che richiama il «consolidato orientamento di legittimità» secondo cui «il giudice di merito che intenda discostarsi dalle conclusioni del perito d'ufficio è tenuto ad un più penetrante onere motivazionale». La stessa sentenza Pavan rileva «la diversità del ruolo svolto dal perito (nominato dal giudice e, quindi «terzo», soggetto a conseguenze anche penali) e dal consulente (nominato dalla parte e, portato, fisiologicamente a parteggiare per essa, senza peraltro che possa temere conseguenze penali dal suo operato) e, quindi, dalla maggiore «oggettività della perizia rispetto alla consulenza».

¹⁸ Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, Guidi, in *CED*, 261187: il consulente tecnico del pubblico ministero riveste il ruolo di testimone. L'offerta o la promessa di denaro o di altra utilità al consulente tecnico del pubblico ministero finalizzata ad influire sul contenuto della consulenza integra il delitto di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.) in quanto l'esperto riveste la qualifica di testimone e tale qualifica, anche se non ancora formalmente assunta, può ritenersi immanente fin dalle indagini preliminari. L'obbligo di verità riguarda sia la descrizione di meri fatti percepiti nel corso dell'attività di consulenza, sia i giudizi di natura squisitamente tecnico-scientifica, «in relazione ai quali può essere svolta una valutazione in termini di verità-falsità». Ma quest'ultima affermazione è stata trasversalmente criticata.

¹⁹ Cass., sez. V, 7 settembre 2015, Sollecito e altra, cit.

²⁰ Corte di assise di appello di Perugia, 15 dicembre 2011, Knox e Sollecito, cit. La necessità di applicare il tentativo di falsificazione delle massime di esperienza è prospettata da P. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1346.

²¹ Corte di assise di appello di Perugia, 15 dicembre 2011, Knox e Sollecito, cit. Anche laddove l'accertamento con giudizio controfattuale del nesso di causalità tra condotta ed evento non sia fondato su una legge scientifica universale o statistica dovuta all'assenza di una rilevazione di frequenza dei casi esaminati, saranno utilizzabili – sempre che si superi la soglia del ragionevole dubbio – anche generalizzate massime di esperienza e del senso comune che consentano di dare un giudizio attendibile e secondo criteri di elevata credibilità razionale, fondati sulla verifica, anche

4. Le aporie dell'oggi

Così colte le luci potenti dell'affresco, è il momento di posare lo sguardo sull'inquietudine delle ombre, in una emozionante atmosfera di sapore caravaggesco.

Una prima questione concerne il problema della gestione processuale della scienza controversa. La riflessione si è formata sul terreno della responsabilità da esposizione ad amianto (ove la controversia si appunta sull'incerto statuto della teoria dell'effetto acceleratore)²². Ebbene, come è noto, la giurisprudenza ha individuato i criteri utili a sciogliere il contrasto tra teorie contrapposte – quello soggettivo, sintetizzabile con la “qualità dello studioso” e quello oggettivo rappresentato dalla “qualità della scienza”²³ – ma vi sono ancora difficoltà nel declinare compiutamente i singoli sotto-criteri, nel dare ad essi un ordine e nell'applicarli in concreto, scolpendone preliminarmente il contenuto specifico rispetto ad altri profili, limitrofi ma non coincidenti²⁴.

La problematica intreccia le questioni legate al vaglio di ammissibilità della scienza nuova, giacché i parametri individuati per l'ipotesi di irrisolto conflitto sono formidabili anche per effettuare il controllo sulla gestione processuale di teorie *lato sensu* innovative. Sul punto è appena il caso di ricordare la sentenza Spallanzani che (esprimendosi ancora una volta sul tema della esposizione ad amianto) ha affermato come non debba considerarsi nuova una teoria quando

empirica ma scientificamente condotta, di tutti gli elementi di giudizio disponibili, criticamente esaminati, così come potrà utilizzarsi anche un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto. Così Cass., sez. III, 9 settembre 2021, *Cirocco*, cit. In termini, Cass., sez. IV, 5 aprile 2013, n. 29889, De Florentis, in *CED* 257073; Cass., sez. IV, 24 febbraio 2021, Suarez Cardenas, in *CED* 281074; Cass., sez. IV, 4 maggio 2017, Ghelfi, in *CED* 271052. Il giudizio controfattuale può non essere fondato su una legge scientifica di spiegazione di natura universale o meramente statistica – per l'assenza di una rilevazione di frequenza dei casi esaminati –, risultando quindi debitore di generalizzate massime di esperienza e del senso comune. In tal caso il giudizio deve risultare attendibile secondo criteri di elevata credibilità razionale, in quanto fondato sulla verifica, anche empirica, ma scientificamente condotta, di tutti gli elementi di giudizio disponibili, criticamente esaminati. Come si ricorderà, una delle prime pronunce successive alla sentenza Franzese in cui si impiegano massime di esperienza nel giudizio causale è la sentenza Loi relativa agli incidenti paracadutistici (Cass., sez. IV, 12 febbraio 2003, Loi, in *Foro it.*, 2003, II, 406).

²² S. ZIRULLA, *Contrasti reali e contrasti apparenti nella giurisprudenza post-Cozzini su causalità e amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1308.

²³ Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, Cozzini e altri, est. Blaiotta, in *Cass. pen.*, 2011, 1701; Cass., Sez. IV, 9 aprile 2013, Cantore, est. Blaiotta, in *Giust. pen.*, 2013, II, 695.

²⁴ Si veda D. CANALE, *Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice*, in *Sist. pen.*, 27 luglio 2020.

ciascuna delle assunzioni poste a base della stessa sia verificabile e verificata dalla comunità scientifica²⁵. L'affermazione è senz'altro meritevole di cauto approfondimento, con l'accortezza di rammentare come in agguato vi sia il rischio di incorrere nella c.d. "fallacia della composizione": si tratta di quell'errore del ragionamento che consiste nell'attribuire al tutto le proprietà delle sue parti, mentre non è affatto detto che le singole parti, combinandosi tra di loro, mantengano inalterate le proprie caratteristiche.

Una seconda questione riguarda il profilarsi del pericolo di una "fuga dal merito" del giudice di fronte alla scienza laddove il giudice interpreti in modo troppo rigoroso il proprio ruolo di *gatekeeper* evitando di cimentarsi con i contenuti della ricostruzione scientifica. Occorre tenere presente, infatti, che ove interpretata senza temperamenti, l'affermazione circa la totale irrilevanza del merito della teoria potrebbe giungere ad escludere proprio il valore di teorie nuove o controverse – ancora prive di un accreditamento che possa dirsi maggioritario nella comunità scientifica – precludendo la possibilità di dimostrare la scientificità e la fondatezza contenutistica delle stesse. È evidente, peraltro, come in casi del genere la necessità di superare il criterio dell'al di là del ragionevole dubbio imponga di condurre con il massimo rigore la valutazione di "qualità", richiedendo un apparato motivazionale ancor più forte e idoneo a resistere ad ogni tentativo di smentita, specie quando la teoria medesima sia posta a base della ricostruzione accolta dalla sentenza di condanna.

Più in generale, se si dovesse addivenire all'affermazione che il giudice di merito è chiamato a valutare per così dire "dall'esterno" la legge scientifica, occorre prestare la massima attenzione: infatti, è sempre più concreto il pericolo che ci si accontenti di una valutazione esteriore sull'identità dello scienziato e sul metodo di formazione della teoria che applica, senza poi stabilire se la teoria scientifica sia convincente nel suo contenuto conoscitivo e soprattutto se essa, applicata al caso di specie, produca risultati affidabili. Eppure, già dal 1997 la ricordata sentenza Joiner ha introdotto il c.d. *analytical gap test*, meno noto del *Daubert test* ma altrettanto importante: occorre evitare il c.d. *analytical gap between the data and the opinion proffered*. Pur mantenendo la

²⁵ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2019, Spallanzani e altri, est. Dovere, in *CED Cass.* n. 277869-01, con nota di S. Zirulia, *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della scienza nuova*. Qualcosa di simile lo aveva già affermato la Cassazione nel Caso Cogne con riferimento alla BPA: quasi in applicazione della proprietà transitiva, si esclude allora la natura di prova scientifica nuova della BPA giacché essa comporta l'impiego combinato di scienze tradizionali (Cass., Sez. I, 29 luglio 2008, Franzoni, est. Gironi, in *CED Cass.*, n. 240764).

sua veste di *gatekeeper*, il giudice deve controllare se la tesi scientifica si adatta (si usa il verbo *to fit*) al fatto affermando che «*conclusions and methodology are not entirely distinct from one another*». Altrimenti si delinea il pericolo di una fuga non più solo dal merito, ma dalla stessa sentenza Franzese: finirebbe, infatti, per svanire la fase *ex post* del metodo di giudizio delineato da tale fondamentale decisione. In definitiva, il giudice di merito non può rinunciare a cimentarsi – per quanto possibile – anche con il profilo relativo ai “contenuti” della scienza ed agli esiti probatori cui essa conduce una volta applicata al fatto, pena il profilarsi di un ritorno al vecchio paradigma della perizia prova legale.

Sul fronte contrapposto, concentrando l'attenzione sulla gestione processuale della scienza da parte dei giudici di legittimità, vi è invece il rischio di una “fuga dal metodo”: dinanzi alla prova scientifica la Cassazione potrebbe non si arrestarsi al proprio ruolo di giudice di legittimità, di giudice del metodo di valutazione, finendo per sconfinare nel merito della ricostruzione processuale²⁶. Naturalmente, da entrambe le cennate prospettive, oggi il problema è costituito ancora una volta dal “dosaggio” delle incursioni giurisdizionali sui contenuti della ricostruzione scientifica e dalla innegabile difficoltà di distinguere metodo e merito quando si parla di scienza, oltre che dalla necessità di far applicare al giudice di merito criteri costruiti dalla Corte di cassazione all'interno dei limiti del proprio sindacato sulla motivazione.

Ci sono, poi, alcune problematiche in relazione alle quali sembra si sia addivenuti ad una situazione di *impasse*, in cui si sente il bisogno del colpo d'ala di intuizioni geniali, come accadde quando, con la sentenza Franzese, si superò d'un balzo lo stallo esegetico determinato dalla *querelle* sulla percentuale di probabilità statistica della legge scientifica di copertura, introducendo l'innovativo concetto di probabilità logica.

Un primo aspetto riguarda l'individuazione dell'accreditamento della legge scientifica che si può porre a base della sentenza di condanna. In alcune pronunce, infatti, pare profilarsi una vera e propria equazione tra il criterio dell'al

²⁶ Un simile slittamento è stato criticato anche con riferimento alla stessa sentenza Cozzini che, alla fine, sconfinerebbe valutazione di merito sulla non fondatezza della teoria dell'effetto acceleratore. Così, ancora, C. Brusco, *La scienza davanti ai giudici: il mesotelioma e le conseguenze delle esposizioni all'amianto dopo l'iniziazione della malattia*, in *Quest. giust.*, 2019, 4, 17. Sul punto, si vedano Romano e D'Alessandro, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1143.

di là del ragionevole dubbio e la generale accettazione della teoria nel mondo scientifico, con un pericoloso ritorno al *Frye test* degli anni '20 dello scorso secolo, in netta controtendenza rispetto alle acquisizioni del *Daubert test* che aveva reso quello della generale accettazione un criterio meramente residuale nel vaglio di scientificità²⁷. Sarebbe dunque utile meditare sull'incrocio tra lo *standard* della probabilità logica, la regola di giudizio imposta dal criterio BARD ed i parametri di scientificità della teoria. Si tratta, all'evidenza, di una conseguenza necessitata del rilievo in forza del quale, nel nostro ordinamento, questi ultimi criteri trovano il proprio luogo sistematico di elezione non tanto nella fase di ammissione della prova quanto nella fase della valutazione della stessa e, dunque, debbono necessariamente confrontarsi con le regole probatorie e di giudizio che operano in tale fase. Nulla di più complesso per chi sia chiamato a farne applicazione. Vi è il rischio che sia tagliata fuori la nuova scienza che per definizione non gode della larga condivisione della comunità scientifica creando una scienza a due velocità. In realtà, il ragionamento risente della peculiarità della materia dell'amianto, in cui la teoria dell'effetto acceleratore non riesce a chiarire l'efficacia causale delle singole condotte di esposizione durante il periodo di latenza c.d. vera. (nel quale l'innescò del meccanismo patogenetico che determinerà il mesotelioma maligno è ormai irreversibile).

Nel medesimo solco ermeneutico, in un rapporto di specularità, si riscontra incertezza anche con riferimento alla legge scientifica che può porsi a base dell'esistenza di un ragionevole dubbio sulla ricostruzione dell'accusa e che, di conseguenza, può giustificare l'assoluzione. Su questo fronte, il rischio è quello di fondare il ragionevole dubbio sul terreno paludoso delle leggi scientifiche opinabili o addirittura pseudoscientifiche, mentre è importante tenere presente che l'attributo della "ragionevolezza" appare addirittura incompatibile con la ricostruzione di un fatto basata su di una scienza non affidabile. È, dunque, importante individuare la linea di confine tra dubbio ragionevole e "dubbio pseudoscientifico", che corre su di un crinale davvero sottile e difficile da individuare già a livello concettuale: la questione, tutt'altro che semplice, merita

²⁷ Si fa riferimento a Cass., Sez. IV, 12 ottobre 2018, Beduschi e altri, est. Menichetti, in *CED Cass.* n. 274272-02 e Cass., Sez. IV, 7 dicembre 2017, Pesenti, est. Pezzella, *CED Cass.* n. 271718: «il ragionamento sulla prova deve trovare il proprio aggancio e la propria motivazione in un sapere scientifico largamente accreditato tra gli studiosi. La generalizzazione scientifica, in altri termini, porterà alla condanna oltre ogni ragionevole dubbio, solo quando sia ampiamente condivisa dalla comunità degli esperti». Le ricordate sentenze della Corte Suprema sono *Frye v. United States*, 293 F. 1013, D.C. Circ. 1923 e *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993).

senz'altro di essere scandagliata. Il ragionevole dubbio, *primum movens* della scienza delle prove, non potrebbe fondarsi su prove non scientifiche o – ecco la vera insidia – “poco” scientifiche²⁸.

Un ulteriore aspetto problematico, con il quale è necessario oggi confrontarsi, concerne un'affermazione spesso contenuta all'interno di quelle sentenze che accolgono l'orientamento consolidato ed espresso dalla massima ormai tralazia secondo cui il processo non è il luogo ove si forma il sapere scientifico ed il giudice non deve vagliare i contenuti scientifici, bensì i criteri di scientificità. In tali decisioni si legge, infatti, anche che, nello scegliere tra due ricostruzioni, il giudice non deve motivare su ogni singolo passaggio della teoria che non accoglie²⁹. Anche stavolta si è dinanzi ad un problema di dosaggio: occorre fare attenzione a non avallare motivazioni troppo sintetiche che, al limite, potrebbero giungere a non rispettare quella struttura dialogica che, come si è accennato in apertura, è addirittura “rinforzata” dalla versione attuale dell'art. 546, lett. e c.p.p.

Il profilo appena accennato offre il destro per ricordare l'ultimo e forse il più subdolo dei pericoli. Il tema del momento – istituzionalizzato a vari livelli – è quello della chiarezza, concisione e sinteticità dell'apparato giustificativo della decisione. Il che poi significa prospettare in alcuni settori “sensibili” una motivazione rafforzata, che deve affrontare e risolvere alcuni passaggi necessitati. Ebbene, la motivazione rafforzata sulla scienza – come in ogni altra materia d'altronde – funziona se e nella misura in cui costringe il giudice a porsi delle domande ed a dare delle risposte, mentre il valore di tale concetto si perde nel momento in cui le domande hanno risposte retoriche e vuote di contenuti. È noto, infatti, che la motivazione rafforzata non è immune dal vizio di motivazione apparente ed anche il tentativo di confutazione può essere solo di facciata. E qui davvero l'apparenza può ordire sottili e insidiosi inganni: molte sentenze ripetono come un “mantra” i principi introdotti dalle decisioni Franzese e Cozzini ma, nella sostanza, non ap-

²⁸ In un caso in cui occorre stabilire il nesso causale tra una lesione cerebrale da incidente stradale ed il successivo comportamento sessuale distruttivo, la Cassazione ha fondato la riduzione della pena dall'ergastolo a venti anni su prove scientifiche piuttosto problematiche, affermando che nelle valutazioni condotte *pro reo* opera il criterio del “più probabile che non” (Cass., Sez. I, 18 marzo 2019, Palleschi, est. Tardio, in *CED Cass.* n. 276170-04).

²⁹ Così Cass., Sez. I, 29 settembre 2020, H.P., est. Boni, in *CED*, 279582-01; Cass., Sez. I, 28 agosto 2020, S., est. Magi, inedita; Cass., Sez. IV, 12 giugno 2012, S. e altri, est. Romis, inedita; Cass., Sez. IV, 20 giugno 2011, M. e altri, est. Piccialli, in *Giur. it.*, 2012, 1130; Cass., Sez. V, 20 aprile 2017, C., est. Scotti, in *CED*, 269909; Cass., Sez. IV, 14 aprile 2016, B. e altri, est. Montagni, in *CED*, 266787; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2014, L., est. Conti, inedita.

plicano il metodo ivi prospettato³⁰. Viene alla mente la bella espressione utilizzata ad altro proposito da Massimo Nobili per stigmatizzare il tradimento più grave delle garanzie: “l'accusatorio sulle labbra e l'inquisitorio nel cuore”³¹.

Occorre, dunque, evitare che la probabilità logica diventi un *post hoc, propter hoc* mascherato. Lo evidenzia bene Francesco Mauro Iacoviello a proposito della necessità di mantenere autentica la generalità della massima di esperienza, mettendo in guardia dal rischio che si finisca per costruire una massima di esperienza che non è altro che una ripetizione del caso concreto in esame³².

5. Il giudice tra ragione e sentimento: l'aiuto della logica e della psicologia cognitiva

A valle delle considerazioni sin qui svolte si pone la decisione del giudice che deve essere «razionale» ed è proprio scolpire i contorni di questo aggettivo che costituisce la missione del giurista di oggi.

Si tratta di un problema centrale. Da un lato, occorre guardarsi dalla tentazione dell'intelligenza artificiale, ontologicamente inidonea a sostituire il giudizio umano, pena un esiziale riduzionismo aritmetico che schiude un fantascientifico quadro di “ribellione delle macchine”. Da un altro lato, acclarato come la decisione del giudice costituisca un *mixtum compositum* di ragione ed emozione, è fondamentale legalizzare il convincimento e, a tal proposito, si è formata una pregevole letteratura³³. L'imperativo, oggi, consiste nell'attrezzarsi per riconosce-

³⁰ I principi posti dalla sentenza Cozzini sono ormai del tutto introiettati, sino a divenire un mantra sempre ripetuto; salvo *defaillance*, forzature e incongruenze nel passaggio dall'enunciazione all'applicazione». Così, Cass., Sez. IV, 14 marzo 2017, Bordogna, in CED, 270385, est. Dovere, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2017.

³¹ M. NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.* 1992, IV-V, 11 ss.

³² F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 328, nota 30: in questo si nota una profonda diversità tra leggi scientifiche e regole sull'agire umano. Una legge scientifica del tipo: se vi sono le condizioni x1, x2, x3 ... e mancano le condizioni y1, y2, y3 ... si verifica l'effetto z" è valida dal punto di vista logico e conserva i caratteri della generalità ed universalità anche se aumenta il numero delle condizioni iniziali. Se invece consideriamo una regola sull'agire umano, osserviamo che più aggiungi condizioni iniziali positive e negative, più la massima perde progressivamente quota: diventi sempre meno massima, fino al punto da rispecchiare solo quello specifico accadimento umano nella sua singolarità e irripetibilità.

³³ A. FORZA, G. MENEGON, RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017 con prefazione di Ennio Amodio. È d'uopo un cenno al volume di Kahneman, Sibony e Sunstein intitolato Rumore (*Noise*) come difetto del ragionamento umano. D. Kahneman, O. Sibony, Cass R. Sunstein, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Milano, 2021 spec. 259, che ci mette di fronte a decisioni diverse e non prevedibili basate sugli stessi elementi e che prospetta

re gli errori e le storture che possono insidiare il ragionamento del giudice al fine di evitarli e su questo esistono discipline “extragiuridiche” in grado di fornire un prezioso ausilio.

Per arginare le degenerazioni emotive si schiude il campo della psicologia cognitiva che studia le distorsioni sistematiche della conoscenza (si pensi alla c.d. visione a tunnel o *confirmation bias* e alla c.d. *Prosecutor fallacy* o regola dell'inusualità). Sul fronte dell'ortopedia del ragionamento, può venire in soccorso la logica e la filosofia del linguaggio ove si evidenziano le c.d. fallacie del ragionamento (distinguendo tra le fallacie da illogicità dell'argomentazione e le fallacie del ragionamento induttivo o probabilistico). Ed è bene considerare che – a dimostrazione della natura composita del ragionamento umano – vi sono terreni in cui le cennate discipline rivelano sovrapposizioni³⁴. Si tratta di profili che meriterebbero un approfondimento *ad hoc* attraverso l'applicazione specifica al ragionamento giuridico, anche perché gli aspetti di sovrapposizione andrebbero scandagliati con adeguati strumenti cognitivi. Al netto di queste ultime considerazioni, la chiarezza circa le tipologie di errori, nei quali si può incorrere, *ex ante* può evitare che vi si cada ed *ex post* può permettere a chi è chiamato a controllare il ragionamento di identificarli e di porvi rimedio³⁵.

Le considerazioni appena svolte lasciano, dunque, intravedere un possibile ancoraggio per vincere la vertigine del vuoto che atterrisce chi abbia raggiunto le vette: «*car enfin, soit que nous veillions, soit que nous dormions, nous ne nous devons jamais laisser persuader qu'à l'évidence de notre raison*»³⁶. Questo appare oggi l'unico sentiero rassicurante da percorrere in ogni campo.

possibili soluzioni di “igiene decisionale” basate su protocolli correttivi. Si veda R. Blaiotta, *L'educazione sentimentale del giudice. A proposito di giustizia, amianto, vittime diffuse*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2021, 1 ss. che prende in esame i rischi collegati all'influenza della sfera emotiva in presenza di leggi scientifiche inidonee ad eliminare il dubbio

³⁴ È per l'appunto il caso di alcune fallacie del ragionamento probabilistico che vengono studiate anche nell'ambito delle distorsioni sistematiche della conoscenza.

³⁵ Volendo C. CONTI, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzioni aritmetici*, cit., 836.

³⁶ R. DESCARTES, *Discours de la méthode* (1637), in R. Descartes, *Œuvres de Descartes*, (publiées par) V. Cousin, 1824, t. I, 166.

Causalità e processo civile

SOMMARIO: 1. La causalità nella prospettiva processuale. – 2. L'onere della prova del nesso causale. – 2.1. I “regimi probatori” dell’elemento causale nel processo civile. – 2.2. Le “presunzioni giurisprudenziali” sul nesso di causalità materiale e giuridica. – 2.3. Il c.d. principio di vicinanza della prova. – 2.4. La prova presuntiva della causalità materiale. – 2.5. Prova della causalità giuridica e danno *in re ipsa*. – 3. L'accertamento del nesso causale nel processo civile. – 3.1. Il ruolo dello *standard* probatorio nel giudizio di fatto sulla causalità. – 3.2. Leggi scientifiche e leggi statistiche. – 3.3. Le massime di esperienza. – 3.4. Il criterio del “più probabile che non” nella giurisprudenza di legittimità. – 4. L'oggetto della prova sul nesso di causalità e la rilevanza delle spiegazioni alternative.

1. La causalità nella prospettiva processuale

Tra le più recenti tendenze metodologiche della dottrina civilistica si registra una certa propensione a scorgere nel processo il centro propulsore dell'intero ordinamento civile, sul presupposto che il diritto sostanziale trovi in esso il proprio necessario completamento e che l'esatta ricostruzione degli istituti non possa prescindere dall'osservazione della loro *trasformazione* nella dimensione processuale.

Nella *prospettiva processuale* del diritto¹, il processo non si risolve, quindi, in una pura e semplice applicazione della legge generale ed astratta alla fattispecie concreta, ma tende all'individuazione della regola del caso particolare e, così operando, diventa il necessario completamento dell'opera del legislatore: «*il processo è processo: appunto un procedere per arrivare a questa trasformazione, di qualcosa che più non esiste e farla esistere di nuovo, e di una legge che è generale, e farla diventare concreta*»².

Su tale linea ermeneutica sembra essersi attestata la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 4135 del 2019, secondo la quale l'interpretazione giudiziale, pur

¹ A. CARRATTA, *La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo*, *Diritto & questioni pubbliche*, XIX, 2019, 1 (giugno), 11-35.

² G. CAPOGRASSI, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1959, 131, e ss.

essendo uno «strumento percettivo e recettivo, non correttivo e/o sostitutivo della *voluntas legis*», consente alla disposizione legislativa di divenire “norma” e di assumere il significato attribuitole dall’interprete tra i diversi e plausibili significati ritraibili dal testo, secondo le variabili dello spazio e del tempo, nel quale il momento esegetico si realizza. La “norma” non è, dunque, «il presupposto o l’oggetto ma il risultato dell’interpretazione che si alimenta di tecniche discorsive di tipo argomentativo e persuasivo ispirate al principio di ragionevolezza».

La prospettiva processuale dell’interpretazione giuridica offre spunti di notevole interesse anche in merito al tema – che solo in tempi recenti ha suscitato l’attenzione degli studiosi – dell’incidenza delle regole processuali sulla definizione del regime sostanziale realmente applicato in sede giudiziale.

Tra gli istituti che hanno maggiormente risentito l’influenza dell’applicazione giudiziale delle norme sostanziali si iscrive, senza dubbio, il nesso di causalità nella responsabilità civile.

È, infatti, da più parti riconosciuto che tra la teoria della prova civile – e, in particolare, delle prove critiche – e lo statuto della causalità intercorra un legame di reciproco condizionamento e arricchimento, e altrettanto innegabile è l’influenza che sulla configurazione del nesso eziologico ha sortito la riflessione sulle regole di distribuzione dei carichi probatori³.

³ Per l’inquadramento processuale della regola, V. ANDRIOLI, *Prova (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 260 e ss., spec. 269; M. BOVE, *L’istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 961 e ss. spec. 995; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 675; G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l’efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I (1894-1937), Ristampa Milano, 1993, 241. Secondo una diversa impostazione non si tratta di un principio processuale in senso proprio, né di una regola sostanziale, ma, piuttosto, di una regola *ausiliare* o *operativa*, finalizzata a superare l’incertezza probatoria senza incorrere nella violazione del divieto di *non liquet*, la cui funzione precipua è quella di distribuire tra le parti il rischio o le conseguenze della mancata prova dei fatti rilevanti per la decisione. Per G. VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 112 ss. si è al cospetto di un *principio logico elementare*, secondo il quale chi agisce in giudizio è tenuto a dimostrare i fatti costitutivi del diritto azionato. Secondo altra prospettiva, la regola in esame è una regola “ponte”, perché, pur operando proprio nei casi in cui non è possibile applicare la norma sostanziale di riferimento, consente di tenerne comunque conto al fine di stabilire quali fatti avrebbero dovuto essere provati e da chi. Nei sistemi di *common law* non vi sono regole generali che individuino questo criterio e tale compito è lasciato alla giurisprudenza. In altri ordinamenti, come quello tedesco, esistono molteplici norme che regolano l’onere della prova in relazione a specifiche fattispecie. Non essendo, tuttavia, tali disposizioni esaustive e mancando una norma generale, è lasciato all’interprete individuare un principio non scritto che regoli la distribuzione dell’onere della prova nei casi non codificati. Nel nostro sistema il problema viene risolto con norme di portata speciale e con una clausola generale. Viene, innanzitutto, in rilievo l’art. 2697 c.c., a mente del quale chi vuol far valere in giudizio un diritto deve provare i fatti

D'altronde, la ripartizione dell'onere della prova costituisce «*uno degli snodi fondamentali*» nello studio del diritto civile – e, in particolare, della teoria dell'obbligazione –, essendo il suo diverso modo di atteggiarsi capace di conformare in modo altrettanto diversificato i singoli rapporti giuridici⁴.

In tale contesto si inserisce l'auspicio, manifestato dalla più recente dottrina, che la giurisprudenza di legittimità, persistendo nel meritorio impegno dialogico con la riflessione scientifica, che sempre più nitidamente traspare dalle sue pronunce, costruisca un assetto degli oneri della prova nelle azioni intese a far valere la responsabilità da inadempimento, quanto più possibile modulato sulla specificità della prestazione oggetto dell'obbligazione. Esigenza, questa, avvertita soprattutto in materia di responsabilità medica contrattuale, dove la conformazione dell'onere della prova del nesso di causalità non può prescindere dalle peculiarità delle prestazioni sanitarie che vengono di volta in volta in rilievo⁵.

2. L'onere della prova del nesso causale

Secondo il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità⁶, il nesso di causalità materiale che intercorre tra la condotta illecita, o l'inadempimento, e l'evento lesivo – così come il nesso di causalità giuridica che annette a quest'ultimo le conseguenze pregiudizievoli (di carattere patrimoniale e non patrimoniale) – integra un elemento strutturale indefettibile tanto nella responsabilità contrattuale, quanto in quella extracontrattuale e per tale ragione deve ricevere identica dislocazione nel riparto dell'onere della prova nelle due fattispecie⁷.

che ne costituiscono il fondamento e chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda. La disposizione positivizza un principio conosciuto in tutti gli ordinamenti, ma la sua particolarità risiede proprio nella sua esistenza, nel fatto, cioè, che il legislatore abbia inteso recepire detto principio in una norma espressa.

⁴ In questi termini si esprime C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corr. giur.*, 2020, 3, 304 e ss.

⁵ In particolare, l'esigenza riguarda le prestazioni mediche ad alta vincolatività (su cui v. *infra* il § 2.1.). In tal senso v., ancora, C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., 304 e ss.

⁶ Inaugurato dalla sentenza della Terza Sezione civile della Corte di Cassazione n. 18392 del 2017.

⁷ Per quanto concerne la responsabilità medica, terreno di elezione per lo studio del nesso di causalità, occorre ricordare che il legislatore, prima con la legge Balduzzi [legge 8 novembre 2012, n. 189 del 2012 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012,

Nell'esplicitare tale allocazione dell'onere probatorio, e del correlato rischio dell'incertezza causale, la Corte di Cassazione non ha inteso contraddire, ma soltanto sviluppare la regola di distribuzione dei temi di prova delineata *in subiecta materia* dalla sentenza delle Sezioni Unite civili n. 577 dell'11 gennaio 2008, la quale, in linea con il principio enunciato dalla celebre pronuncia nomofilattica n. 13533 del 30 ottobre 2001 sulla ripartizione dell'onere probatorio in materia di inadempimento, aveva affermato che nelle cause di responsabilità professionale medica il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, qualificata e, cioè, astrattamente efficiente alla produzione del danno; con la con-

n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute) e poi con la legge Gelli Bianco [legge Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie] (art. 7, comma 3) ha inteso assoggettare alla disciplina aquiliana la posizione del medico e la sua responsabilità nei confronti del paziente, in difetto di un contratto d'opera professionale, fermo restando che la responsabilità contrattuale del sanitario continua ad assumere rilevanza, oltre che nei casi in cui questi abbia assunto l'obbligazione di cura sulla base di un contratto, anche in relazione ai fatti verificatisi fino al 1° aprile 2017 (data di entrata in vigore della legge Gelli-Bianco), posto che, come chiarito dalla S.C. (sentenza n. 28994 del 2019) tale ultima legge non ha portata retroattiva e quindi non può applicarsi a fatti antecedenti alla sua entrata in vigore, mentre sono di immediata applicazione e riguardano anche i fatti pregressi le norme relative alla liquidazione del danno conseguenza alla stregua dei criteri di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. priv. Per quanto riguarda, poi, la struttura nella quale il medico risulti inserito, l'art. 7 comma 1 della legge Gelli Bianco dispone che «la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 c.c., delle loro condotte dolose o colpose». La fonte del rapporto che si instaura con l'accettazione del paziente nel luogo di cura (in vista del ricovero o di una visita ambulatoriale) in un contratto atipico preordinato alla tutela della salute e alla sorveglianza del degente laddove non sia pienamente capace di intendere e di volere (il c.d. contratto di assistenza sanitaria o di ospitalità). Da tale contratto sorgono, oltre alle obbligazioni principali aventi ad oggetto prestazioni sanitarie in senso proprio, siano esse diagnostiche, terapeutiche o cliniche, obblighi di protezione aventi ad oggetto la messa a disposizione di personale medico e infermieristico qualificato, nonché la dotazione di attrezzature necessarie, i quali sono regolati dall'art. 1176, secondo comma, c.c. perché sono riconducibili nell'attività di impresa e postulano un'organizzazione idonea ai fini dell'esercizio in condizioni di sicurezza di multiformi servizi coinvolgenti la salute dell'uomo. Nell'ambito di tali variegate prestazioni è possibile procedere ad una distinzione tipologica tra la responsabilità 'propria' della struttura, conseguente all'inadempimento degli obblighi assunti in forza del contratto di ospitalità, e la responsabilità della medesima struttura ai sensi dell'art. 1228 c.c. conseguente alla negligenza o imperizia del medico dipendente – da valutarsi alla stregua del paradigma del contratto d'opera intellettuale ex artt. 2229 e ss. c.c. e, quindi, degli artt. 1176 e 2236 c.c. – di natura vicaria perché fondata su un legame di occasionalità necessaria.

sequenza che, solo quando lo sforzo probatorio dell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto o contatto sociale e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, sorge l'onere probatorio del convenuto di dimostrare: a) che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso; o b) che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno.

Il più recente corso della giurisprudenza di legittimità – inaugurato dalla sentenza della Terza Sezione civile n. 18392 del 2017, che ne ha individuato le coordinate argomentative di fondo, successivamente rielaborate dalle sentenze n. 28991 e 28992 del 2019, facenti parte delle dieci pronunce pubblicate l'11 novembre 2019, riferibili al c.d. "Progetto sanità" della stessa Sezione – si è, invece, attestato sul principio per il quale, in materia di responsabilità medica, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura sanitaria dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile e inevitabile con l'ordinaria diligenza⁸.

Con la sentenza n. 18392 del 2017, la Corte di legittimità, muovendo dalla premessa che la causalità relativa all'evento e al danno consequenziale è «*comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, e caratterizza negli stessi termini sia in ambito contrattuale che extracontrattuale gli oneri di allegazione e di prova del danneggiato*», chiarisce, innanzitutto, che il contrasto tra il principio enunciato e quello espresso dalla giurisprudenza successiva al *dictum* nomofilattico del 2008 è soltanto apparente, in quanto la causa che viene in rilievo in detta pronuncia non è quella della fattispecie costitutiva della responsabilità risarcitoria dedotta dal danneggiato, ma quella della fattispecie estintiva dell'obbligazione opposta dal danneggiante (ex artt. 1256 e 1218 c.c.).

⁸ In applicazione di tale principio, Cass., n. 18392 del 2017 ha confermato la sentenza di merito, che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno proposta dalla vedova di un paziente deceduto, per arresto cardiaco, in seguito ad un intervento chirurgico di asportazione della prostata cui era seguita un'emorragia, sul rilievo che la mancata dimostrazione, da parte dell'attrice, della riconducibilità eziologica dell'arresto cardiaco all'intervento chirurgico e all'emorragia insorta, escludeva in radice la configurabilità di un onere probatorio in capo alla struttura. In senso conforme Cass., n. 3693 del 2018; n. 13752 del 2018; n. 13766 del 2018; n. 19199 del 2018; n. 20905 del 2018 n. 27606 del 2019.

Infatti, soggiunge la Terza Sezione civile, occorre distinguere tra causalità relativa all'evento (causalità materiale) e al consequenziale danno (causalità giuridica), e causalità concernente l'impossibilità della prestazione.

La prima è comune ad ogni fattispecie di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e caratterizza negli stessi termini l'onere di allegazione e prova del danneggiato. Infatti, se il danno è un elemento strutturale della fattispecie dedotta in giudizio, anche l'eziologia del danno fa parte del fatto costitutivo che spetta all'attore provare.

Data questa premessa comune, l'onere probatorio si diversifica a seconda che ricorra un'ipotesi di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, posto che il danneggiato, nella prima deve provare, oltre al nesso causale, la fonte dell'obbligo, mentre, nella seconda, deve dimostrare anche i criteri di imputazione ovvero il dolo o la colpa.

Grava, invece, sul debitore la prova delle cause di estinzione dell'obbligazione e tra queste quella dell'impossibilità della prestazione non imputabile al debitore ai sensi dell'art. 1256 c.c., dalla quale deriva un effetto liberatorio sul piano del risarcimento del danno da inadempimento.

Spetta, in particolare, al danneggiante l'onere di dimostrare la causa imprevedibile e inevitabile che ha reso impossibile la prestazione (il caso fortuito)⁹.

La ricostruzione messa a punto dalla sentenza n. 18392 del 2017 ha raccolto significative conferme nella giurisprudenza successiva¹⁰.

Con la sentenza del n. 29315 del 2017, la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione ha affermato che nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere del paziente provare l'esistenza del nesso causale, dimostrando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile

⁹ La sentenza n. 18392 del 2017 ha offerto spunti di notevole interesse anche con riferimento alla colpa, chiarendo che la diligenza non attiene all'adempimento, ma alla conservazione della possibilità di adempiere consistendo nell'impiego delle cautele necessarie per evitare che la prestazione professionale divenga impossibile.

La diligenza è, infatti, disciplinata dal primo comma – e non dal secondo – dell'art. 1176 c.c., posto che, al fine di evitare l'impossibilità della prestazione, il debitore deve impiegare non tanto la perizia, quanto la comune diligenza. In altre parole, ad avviso della pronuncia in parola, al fine di verificare l'imputabilità dell'impossibilità della prestazione occorre avere riguardo alla diligenza ordinaria, mentre per valutare se c'è stato adempimento, occorre fare riferimento alla diligenza professionale che costituisce, altresì, la misura del contenuto dell'obbligazione (diligenza determinativa del contenuto della prestazione). Nel primo caso la diligenza mira a procurare un risultato utile, nel secondo a prevenire il danno ovvero a conservare la possibilità di adempiere. La causa è non imputabile se non è prevedibile ed evitabile.

¹⁰ In senso conforme Cass., n. 25288 del 2020; Cass., n. 26905 del 2020; Cass., n. 17808 del 2020; Cass., n. 5632 del 2023.

che non”, causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata.

In termini non dissimili si è espressa l’ordinanza n. 20812 del 2018 della medesima sezione, secondo cui, in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l’onere di provare il nesso di causalità tra l’evento di danno (aggravamento della patologia preesistente ovvero insorgenza di una nuova patologia) e l’azione o l’omissione dei sanitari, non potendosi predicare, rispetto a tale elemento della fattispecie, il principio della maggiore vicinanza della prova al debitore, in virtù del quale, invece, incombe su quest’ultimo l’onere della prova contraria solo relativamente alla colpa ex art. 1218 c.c.

Con la sentenza del 15 febbraio 2018, n. 3704, la Corte di legittimità ha, poi, ribadito che, quanto alla distribuzione degli oneri probatori, *«la previsione dell’art. 1218 cod. civ. solleva il creditore dell’obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall’onere di provare la colpa del debitore, ma non dall’onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento»*, precisando che detta disposizione, che attribuisce al debitore l’onere di provare che *«l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»*, trova giustificazione nell’opportunità di far gravare sulla parte che si assume inadempiente tale onere, in base al principio secondo il quale la prova va posta a carico della parte che può agevolmente formularla. Tuttavia, tale maggiore vicinanza del debitore non sussiste – evidentemente – in relazione al nesso causale fra la condotta dell’obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale *«non ha dunque ragion d’essere l’inversione dell’onere previsto dall’art. 1218 c.c. e non può che valere – quindi – il principio generale sancito dall’art. 2697 cod. civ., che onera l’attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa»*.

Infatti, osserva la Cassazione, sia il nesso causale materiale, sia quello giuridico sono elementi, *«egualmente distaccati da entrambe le parti»*. Né potrebbe valere, in senso contrario, il riferimento operato dall’art. 1218 c.c. alla causa (non imputabile al debitore), giacché la causa in questione attiene alla non imputabilità dell’impossibilità di adempiere, che si colloca nell’ambito delle cause estintive dell’obbligazione (costituenti tema di prova della parte debitrice) e concerne un ciclo causale che è del tutto distinto da quello relativo all’evento di danno conseguente all’adempimento mancato o inesatto».

Ancora più esplicita è stata la sentenza n. 4928 del 2018, laddove ha chiarito che *«la prova liberatoria compete ai convenuti per responsabilità professionale medica soltanto se il danneggiato abbia assolto alla prova: 1 – della esistenza del rapporto contrattuale (o da contatto sociale); 2 – dell’evento dannoso (persistenza o aggravamento della patologia preesistente; insorgenza di una nuova patologia*

prima assente); 3 – della relazione eziologica tra la condotta (commissiva od omisiva) tenuta dai sanitari nella esecuzione della prestazione l'evento dannoso»¹¹.

Su questa linea, la Corte di Cassazione ha anche osservato che nel nostro ordinamento se, per un verso, si rinvengono diverse norme che sollevano l'attore dall'onere di provare la colpa del convenuto – sia in materia di contratti (come ad esempio, gli art. 1218 e 1681 c.c.), sia in materia di fatti illeciti (significativa è la fattispecie di cui all'art. 2048 e ss.) –, non è individuabile analoga disposizione che esoneri dalla prova del nesso di causa, o più correttamente, dei fatti materiali sui quali fondare il giudizio di causalità¹².

Una parte della dottrina¹³ scorge nell'ispirazione concettuale del nuovo orientamento un travisamento del principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite nel 2008, il quale aveva istituito una presunzione giurisprudenziale di causalità destinata a sorgere in presenza di un'allegazione di un inadempimento che si presenti, secondo un giudizio di tipicità sociale, idoneo a produrre il pregiudizio lamentato dal creditore¹⁴.

Per contro, le più recenti pronunce, pur dichiarando di porsi in continuità con l'orientamento nomofilattico, di fatto se ne distaccherebbero, posto che la sentenza n. 577 del 2008 fa riferimento al fattore causale alternativo all'inadempimento, mentre le decisioni più recenti si riferiscono al fattore causale che ha reso impossibile la prestazione.

È stato, inoltre, evidenziato che le ipotesi in cui il medico è in grado di assolvere il proprio onere probatorio in ordine ai fatti estintivi della propria obbligazione appaiono marginali¹⁵.

¹¹ Argomentazioni analoghe si rinvengono nelle ordinanze della Terza Sezione civile del 13 luglio 2018, n. 18540, del 19 luglio 2018, n. 19240; del 22 agosto 2018, n. 20905 e nella sentenza del 29 ottobre del 2019, n. 27606.

¹² Cass., 31 maggio 2018, n. 13752. Il nuovo orientamento rinviene una conferma dogmatica nell'elaborazione di una parte della dottrina C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità civile*, Milano, 2012, 149-150) e di R. PUCCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 2016, 822 e ss.

¹³ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709 e ss.

¹⁴ In tal senso R. PUCCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, cit., 821 e ss.

¹⁵ Esse potrebbero, in tesi, riguardare il guasto dell'impianto elettrico che abbia impedito l'uso delle strumentazioni necessarie in sala operatoria, la prova di fatti straordinari e imprevedibili (terremoto, inondazione) che abbiano reso impossibili o estremamente difficoltose per un tempo apprezzabile le cure che si sarebbero dovute prestare a determinati malati, la temporanea indisponibilità di un farmaco essenziale o di una attrezzatura dovuta ad un evento catastrofico o a una richiesta eccezionalmente elevata.

In ogni caso, ad avviso della dottrina in esame, il nuovo orientamento trasformerebbe in una causa sopravvenuta che ha reso impossibile la prestazione quella che, secondo le Sezioni Unite, rappresentava un'eccezione in senso proprio e stretto del sanitario, avente ad oggetto l'introduzione di una «*causa alternativa reale ovvero una concausa prevalente sul piano eziologico sulla base di quelle valutazioni squisitamente giuridiche presupposte dall'art. 41, 2° comma, c.p.*»¹⁶.

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, soggiunge l'opinione in parola, non avrebbe nulla a che vedere con la causalità, la quale intercorre necessariamente tra la condotta di inadempimento del debitore e l'evento di danno. Ciò in quanto il fatto sopravvenuto non imputabile si inscriverebbe tra gli impedimenti all'esatto svolgimento del rapporto obbligatorio che ne decretano l'estinzione complessiva, e quindi il suo venir meno, tanto con riferimento all'obbligazione originaria, quanto con riferimento a quella risarcitoria.

Inquadrare l'estinzione nella causalità sarebbe, quindi, erroneo, posto che, in caso di accertato inadempimento del debitore, altro è confutare il nesso eziologico deducendo una causa alternativa reale o una concausa prevalente, altro è dedurre una causa sopravvenuta che ha reso impossibile la prestazione.

Si evidenzia, ancora, che «*in entrambi i casi la responsabilità viene esclusa, ma nella prima ipotesi l'obbligazione sopravvive e rimane possibile domandare al debitore la correzione della prestazione inesatta, mentre nella seconda ipotesi essa si estingue*»¹⁷.

¹⁶ COSÌ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 735.

¹⁷ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 715. La medesima dottrina assume una posizione critica in merito all'assunto per il quale, poiché l'eziologia è un elemento del danno e il danno è un elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio, grava sul danneggiato attore provare il nesso causale. Si sottolinea, al riguardo, che il danno non è un elemento indefettibile della responsabilità, essendo ciò dimostrato dalle fattispecie di pericolo che trovano tutela nell'azione inibitoria. Inoltre, l'equiparazione della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sul piano dell'accertamento causale non è corretta perché non tiene conto delle differenze strutturali tra le due forme di responsabilità. Alla diversa struttura data dalla preesistenza o meno di un rapporto obbligatorio corrisponde, infatti, una diversa incidenza del giudizio causale (F. PIRAINO, op. ult. cit., 717). Il giudizio causale serve essenzialmente a ricondurre il danno alla sfera giuridica del presunto autore ovvero ad accertare l'imputazione oggettiva del danno. Esso ha un'importanza centrale nella fattispecie della responsabilità extracontrattuale, la quale presenta una struttura non relazionale, cioè caratterizzata dall'assenza di un preesistente rapporto giuridico tra danneggiante e danneggiato che consenta di individuare *ex ante* il danneggiante. Analogo problema non si pone, invece, nella responsabilità contrattuale, in cui la struttura relazionale e la programmazione di un'attività attenuano la funzione della causalità. Infatti, a) la particolare natura del danno contrattuale tale per cui esso si presenta come il

Un ulteriore sviluppo delle enunciazioni della sentenza n. 18392 del 2017 della Terza sezione civile si coglie nella sentenza n. 28991 dell'11 novembre 2019¹⁸, con la quale la medesima sezione ha affermato che *«In tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "leges artis" nella cura dell'interesse del creditore), ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione»*.

La Corte di Cassazione, ribadito l'assunto per il quale la causalità relativa all'evento di danno e al danno consequenziale è comune ad ogni fattispecie di responsabilità contrattuale *«quale portato della distinzione tra causalità ed imputazione»*, traccia gli elementi connotanti tali categorie giuridiche, evidenziando come la prima si diversifichi dalla seconda poiché riguarda il collegamento naturalistico tra fatti accertato sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo, ovvero sulla base di ragionamenti logico-inferenziali.

valore economico dell'interesse patrimoniale e non del creditore che il vincolo è destinato a soddisfare e che l'inadempimento ha precluso; b) la preventiva identificazione del soggetto chiamato a rispondere di tali pregiudizi, determinano una sorta di incorporazione della causalità nel rapporto obbligatorio, di tal che la prova dell'inadempimento è al contempo la prova del danno e del nesso causale. Come precisato da L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072-1073, prosegue l'opinione in esame, l'obbligazione originaria e l'obbligazione risarcitoria costituiscono epifanie del medesimo rapporto giuridico. Il rapporto obbligatorio continua ad esistere identico a sé anche in caso di inadempimento e l'obbligo di risarcimento del danno è intrinseco e «consustanziale della prestazione originaria». Pur avendo un oggetto diverso da quello del dovere primario di prestazione rimasto inadempito, l'obbligo risarcitorio è pur sempre volto al regolamento della medesima situazione di interessi. Per tale ragione nel rapporto obbligatorio in caso di inadempimento dannoso non vi è spazio per l'imputazione soggettiva ed oggettiva del danno. In sintesi, secondo la tesi in parola, *«L'inadempimento esibisce un'intrinseca connotazione eziologica che rende superflua una specifica ed autonoma indagine sulla causalità materiale posta a carico del creditore»* con la conseguenza che nell'accertamento di un inadempimento dannoso è assorbita la verifica del nesso causale (F. PIRAINO, op. ult. cit., 718).

¹⁸ I principi espressi dalla pronuncia in esame sono stati confermati dalla giurisprudenza successiva, per la quale si vedano Cass., n. 18102 del 2020; Cass., n. 26907 del 2020.

La relazione causale, chiarisce la Terza Sezione, è di tipo probabilistico e, pertanto, è svincolata da qualsiasi riferimento alla prevedibilità soggettiva tra condotta ed evento di danno e fra quest'ultimo e le conseguenze risarcibili e va ricostruita alla stregua di un criterio di regolarità causale, eventualmente integrato dai criteri dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata, come chiarito dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 576 del 2008. Diversa è, per contro, l'imputazione, che corrisponde all'«*effetto giuridico che la norma ricollega ad un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore rappresentato dall'inadempimento nella responsabilità contrattuale e dalla colpa o dal dolo nella responsabilità aquiliana*».

Ogni forma di responsabilità, aggiunge la Corte, è connotata dalla congiunzione di causalità e imputazione e la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale risiede nel fatto che nella prima il danno che deriva dall'inadempimento non richiede la qualifica dell'ingiustizia – che, invece, è necessaria nella responsabilità aquiliana –, perché l'interesse leso è rilevante e meritevole di tutela in forza della fonte contrattuale.

Nel rapporto obbligatorio il soddisfacimento dell'interesse del creditore avviene attraverso l'adempimento della prestazione dedotta in obbligazione.

Ne deriva che nella responsabilità contrattuale la lesione dell'interesse in cui si concretizza l'evento di danno coincide con l'inadempimento ed è per tale ragione che la relazione di causalità materiale, pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento, «*non è praticamente separabile*» da esso, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento. In questo caso la causalità giuridica, quale criterio di delimitazione del danno risarcibile (danno-conseguenza), conserva, invece, la propria autonomia.

Ulteriore conseguenza di tale configurazione è, secondo la pronuncia in esame, quella per cui l'assorbimento pratico del nesso causale nell'inadempimento comporta che tema di prova per il creditore sia soltanto quello della causalità giuridica. L'assunto è coerente con il principio di diritto enunciato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 13533 del 2001, secondo il quale è onere del debitore provare l'adempimento o la causa non imputabile che ha reso possibile la prestazione, mentre l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere soltanto allegato dal creditore. Pertanto, allegare l'inadempimento significa anche allegare la causalità materiale.

La Terza Sezione civile precisa, tuttavia, che anche nell'ambito della responsabilità contrattuale la causalità materiale torna ad essere oggetto di specifico accertamento e, quindi, di specifico onere assertorio e probatorio, laddove venga in rilievo un'obbligazione di *facere* professionale. Qui l'interesse dedotto *in obligatione*, coincidente con il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interes-

se del creditore – e non certo nella guarigione o nella vittoria in giudizio – non è un interesse *finale*, come nelle obbligazioni di dare e di fare codicistiche, ma strumentale.

Infatti, le obbligazioni professionali sono caratterizzate dalla presenza di un interesse strumentale affidato alla cura della prestazione oggetto di obbligazione e di un interesse primario corrispondente al diritto alla salute. La prestazione dedotta nell'obbligazione professionale non ha ad oggetto la guarigione, ma l'esecuzione di un *facere* professionale conforme alle *leges artis*.

Ma la particolarità delle obbligazioni in esame risiede nel fatto che l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione incide su un interesse (salute, difesa ecc.) del creditore che, pur non essendo dedotto in contratto, è tipicamente connesso all'interesse con esso regolato, perché il suo soddisfacimento passa attraverso «*i mutamenti intermedi nello stato di fatto determinati dalla prestazione professionale*». Infatti, precisa la Corte, la guarigione o la vittoria in giudizio non sono motivi esterni al contratto, ma finalità connesse all'interesse in esso regolato, la cui strumentalità rispetto all'interesse primario presupposto si coglie già a livello di programmazione contrattuale, nel senso che il risultato della guarigione o della vittoria in giudizio è perseguito tanto dal creditore, quanto dal professionista.

La Corte individua, dunque, un interesse primario o presupposto (ad es. la salute del creditore) che non attiene al soddisfacimento di un contingente od occasionale bisogno soggettivo, ma integra motivo comune rilevante sul piano della causa del contratto.

Orbene, nelle obbligazioni in esame l'inadempimento attinge l'interesse strumentale al rispetto delle *leges artis*, la cui offesa non coincide con la lesione dell'interesse presupposto, perché la violazione delle regole della diligenza professionale non ha una intrinseca attitudine causale alla produzione del danno evento. Ne deriva che l'allegazione dell'inadempimento non implica l'allegazione del danno evento, il quale, per riguardare un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione, non è necessariamente collegabile al mancato rispetto delle *leges artis*, ma potrebbe essere riconducibile ad una causa diversa dall'inadempimento medesimo.

È per tale ragione che il nesso di causalità materiale tra inadempimento e lesione dell'interesse primario assume rilevanza, oltre che dal punto di vista concettuale, sotto il profilo funzionale divenendo oggetto di autonoma allegazione e prova il cui onere grava sul creditore che agisce per l'accertamento della responsabilità e per il risarcimento del danno.

La Terza Sezione giunge, così, alla conclusione che la causalità materiale nella disciplina delle obbligazioni non è soltanto causa di esonero da responsabilità del debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c., e perciò materia dell'onere probatorio di

quest'ultimo, ma, nelle obbligazioni di diligenza professionale, è anche elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ove risulti allegato il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie.

Ne derivano le seguenti regole di riparto dell'onere della prova:

- A) sul creditore della prestazione professionale che lamenti un danno alla salute grava l'onere di allegare l'inadempimento del medico e di provare, eventualmente avvalendosi di presunzioni, il nesso di causalità tra questo e l'evento dannoso;
- B) lo stesso creditore deve allegare e provare i pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali che ne costituiscono conseguenza immediata e diretta (causalità giuridica);
- C) una volta che il creditore abbia assolto gli oneri suddetti, spetta al debitore dimostrare l'adempimento o che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile.

Viene, così, a configurarsi un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle.

Ne discende che, ove la prova del nesso di causalità sia rimasta, pur all'esito dell'accertamento a mezzo di c.t.u.¹⁹, ignota, deve trovare applicazione il principio, generale e residuale, secondo cui la mancanza, in seno alle risultanze istruttorie, di elementi idonei all'accertamento, anche in via presuntiva, della sus-

¹⁹ È appena il caso di ricordare che, secondo una soluzione che riceve ampio credito in giurisprudenza, la consulenza tecnica d'ufficio è un atto processuale che può svolgere funzione di ausilio del giudice nella valutazione dei fatti e degli elementi acquisiti (consulenza c.d. deducente) ovvero, in determinati casi (come in ambito di responsabilità sanitaria), può assurgere a fonte di prova per l'accertamento dei fatti (consulenza c.d. percipiente) e che dunque è possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio e alle correlate indagini peritali funzione "percipiente" quando essa verta su elementi già allegati dalla parte, ma che soltanto un tecnico sia in grado di accertare per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone (*ex aliis*, Cass., 3 luglio 2020, n. 13736). La Corte di Cassazione ha, tuttavia, precisato che in tema di consulenza tecnica di ufficio, in virtù del principio dispositivo e dell'operare nel processo civile di preclusioni, assertive ed istruttorie, l'ausiliare del giudice, nello svolgimento delle proprie attività, non può – nemmeno in presenza di ordine del giudice o di acquiescenza delle parti – indagare d'ufficio su fatti mai ritualmente allegati dalle parti, né acquisire di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi delle domande o delle eccezioni proposte e nemmeno procurarsi, dalle parti o dai terzi, documenti che forniscano tale prova. A tale regola può derogarsi soltanto quando la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione non possa essere oggettivamente fornita dalle parti con i mezzi di prova tradizionali, postulando il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche, oppure per la prova di fatti tecnici accessori o secondari e di elementi di riscontro della veridicità delle prove già prodotte dalle parti (Cass., n. 31886 del 2019).

sistenza o insussistenza del diritto in contestazione determina la soccombenza della parte onerata della dimostrazione, rispettivamente dei relativi fatti costitutivi o di quelli modificativi o estintivi²⁰.

2.1. I “regimi probatori” dell’elemento causale nel processo civile

Alla stregua dell’assetto regolatorio disegnato dal nuovo orientamento giurisprudenziale, il creditore danneggiato viene a trovarsi in una condizione più gravosa rispetto a quella riservatagli dalla precedente interpretazione.

Occorre, tuttavia, considerare che, non solo, ai fini della dimostrazione dei “nessi di causa”, il danneggiato può avvalersi ampiamente della prova per presunzioni, ma la stessa regola di ripartizione dell’onere della prova risulta talora significativamente attenuata in ragione dell’impiego argomentativo, da parte del giudice, dello stesso meccanismo inferenziale che è alla base della prova critica, per confermare, in presenza di determinate situazioni di fatto, l’ipotesi causale attorea. Si tratta delle c.d. presunzioni giurisprudenziali e della categoria del danno *in re ipsa*, in forza delle quali la prova dell’evento di danno o del danno conseguenza – e dei rispettivi nessi di causa – viene ricavata dalle stesse modalità della condotta illecita ovvero dalla sola sussistenza dell’evento.

Non è, dunque, possibile discorrere di un unitario statuto della prova del nesso di causalità, ma piuttosto di una pluralità di regimi probatori ritagliati in via pretoria sulla specificità di singole fattispecie di responsabilità.

La giurisprudenza ritiene, ad esempio, sussistente il nesso causale, pur in difetto di una specifica prova:

- a) negli interventi di *routine*, il cui parziale insuccesso fa presumere la sussistenza del rapporto di causalità²¹;

²⁰ Per un’affermazione generale del principio v. Cass., n. 5980 del 1998; Cass., n. 8195 del 2000; Cass., n. 11911 del 2002; n. 4126 del 2003.

²¹ Cass., n. 24074 del 2017, secondo cui, in caso di prestazione professionale medico-chirurgica di *routine*, spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate dalla sua responsabilità, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento impreveduto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento; ne consegue che il giudice, al fine di escludere la responsabilità del medico nella suddetta ipotesi, non può limitarsi a rilevare l’accertata insorgenza di “complicanze intraoperatorie”, ma deve, altresì, verificare la loro eventuale imprevedibilità ed inevitabilità, nonché l’insussistenza del nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e l’insorgenza delle predette complicanze, unitamente all’adeguatezza delle tecniche scelte dal chirurgo per porvi rimedio; v. anche Cass., n. 12516 del 2016; n. 17694 del 2010; n. 20806 del 2009; n. 975 del 2009, secondo la quale *«l’insuccesso o il parziale successo dell’intervento, nei casi in cui si tratta di intervento con alte possibilità di*

b) nelle ipotesi in cui all'accertamento dell'inadempimento del medico si associ l'incompletezza della cartella clinica²².

Un altro ambito in cui l'impiego delle presunzioni giurisprudenziali comporta, di fatto, un'inversione dell'onere della prova del nesso causale è quello dell'accertamento del danno risarcibile, in cui il meccanismo presuntivo impiegato dal giudice si basa sulla considerazione che da determinati fatti scaturiscono di norma determinate conseguenze dannose²³. Basta, pertanto, la dimostrazione dell'evento dannoso perché il danno conseguenza possa ritenersene una conseguenza alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*²⁴.

A tale riguardo, la Cassazione ha recentemente affermato che *«il fatto illecito costituito dalla uccisione di uno stretto congiunto appartenente al ristretto nucleo familiare (genitore, coniuge, fratello) dà luogo ad un danno non patrimoniale presunto, consistente nella sofferenza morale che solitamente*

esito favorevole, implica di per sé la prova del [...] rapporto di causalità in considerazione del fatto che 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”; Cass., n. 14759 del 2007.

²² Cass., n. 11316 del 2003; Cass., n. 10060 del 2010; Cass., n. 12686 del 2011; Cass., n. 6209 del 2016, secondo cui in tema di responsabilità medica, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito, che aveva escluso la responsabilità dei sanitari nonostante non risultassero per sei ore annotazioni sulla cartella clinica di una neonata, nata poi con grave insufficienza mentale causata da asfissia perinatale, così da rendere incomprensibile se poteva essere più appropriata la rilevazione del tracciato cardiocografico rispetto alla mera auscultazione del battito cardiaco del feto); Cass., n. 27561 del 2017; Cass. n. 29498 del 2019; Cass., n. 26428 del 2020; Cass., n. 18567 del 2018). In dottrina v. E. BACCIARDI, *La (in)completezza della cartella clinica fra causalità materiale e diligenza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2021, 966 e ss.; M. FACCIOLI, *“Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2014, 1, 79 e ss.; V. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1253; F. BOCCHINI, *Le cartelle cliniche. Funzioni, documento, prova*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 51 ss.

²³ Lo evidenzia S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2020, 891 e ss.

²⁴ Ad esempio, poiché dalla morte di un familiare scaturisce un danno non patrimoniale consistente nella sofferenza morale che solitamente si accompagna alla perdita di una persona cara, è sufficiente, per l'attore, allegare la sofferenza interiore e il fatto della normale e pacifica convivenza del proprio nucleo familiare per ritenere sussistente non solo il danno conseguenza non patrimoniale ma anche la sua riconducibilità al fatto illecito o all'inadempimento.

si accompagna alla morte di una persona cara e nella perdita del rapporto, parentale e conseguente lesione del diritto all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che ordinariamente caratterizza la vita familiare. Si tratta, pertanto, di un danno presunto, dovendosi ordinariamente ritenere sussistente tra detti stretti congiunti un intenso vincolo affettivo ed un progetto di vita in comune; nella normalità dei casi, pertanto, in virtù di detta presunzione, il soggetto danneggiato non ha l'onere di provare di avere effettivamente subito il dedotto danno non patrimoniale. Siffatta presunzione semplice può tuttavia, come tale, essere superata da elementi di segno contrario, quali la separazione legale o (come nel caso di specie) l'esistenza di una relazione extraconiugale con conseguente nascita di un figlio tre mesi prima della morte del coniuge (relazione extraconiugale che costituisce evidente inadempimento all'obbligo di fedeltà tra coniugi di cui all'art. 143 c.c.). Detti elementi non comportano, di per sé, l'insussistenza del danno non patrimoniale in capo al coniuge superstite, ma impongono a quest'ultimo, in base agli ordinari criteri di ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. (essendo stata, come detto, superata la presunzione), di provare di avere effettivamente subito, per la persistenza del vincolo affettivo, il domandato danno non patrimoniale²⁵.

Secondo la sentenza della Sezione Terza civile n. 2788 del 2019, il danno non patrimoniale, consistente nella sofferenza morale patita dal prossimo congiunto di persona lesa in modo non lieve dall'altrui illecito, può essere dimostrato con ricorso alla prova presuntiva ed in riferimento a quanto ragionevolmente riferibile alla realtà dei rapporti di convivenza ed alla gravità delle ricadute della condotta. In applicazione del principio, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto non provato il danno non patrimoniale patito dal marito per le lesioni subite dalla moglie a seguito di un intervento chirurgico, senza considerare in particolare, l'entità non lieve delle lesioni personali riportate dalla danneggiata, quantificate al 30%, in conseguenza delle quali le era stato riconosciuto un danno alla vita di relazione, in specie sessuale²⁶.

In termini non dissimili si è espressa l'ordinanza della Sezione Sesta Terza n. 1640 del 2020, per la quale la prova del danno non patrimoniale, patito dai prossimi congiunti di persona resa invalida dall'altrui illecito, può essere desunta anche soltanto dalla gravità delle lesioni, sempre che l'esistenza del danno non patrimoniale sia stata debitamente allegata nell'atto introduttivo del giudizio. In applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza di merito, la quale

²⁵ Cass., n. 31950 del 2018.

²⁶ Nello stesso senso v. Cass., 24 aprile 2019, n. 11212.

aveva ritenuto non provato il danno non patrimoniale patito dai genitori di un bambino, nato col braccio destro paralizzato a causa della lesione del plesso brachiale avvenuta durante il parto²⁷.

2.2. Le “presunzioni giurisprudenziali” sul nesso di causalità materiale e giuridica

Con l’espressione “presunzione giurisprudenziale” si indica una presunzione *iuris tantum* che non è prevista dalla legge, ma è espressione del diritto vivente.

Tale meccanismo decisorio si avvicina, sotto il profilo strutturale, alla presunzione legale, perché consiste nell’attribuzione pretoria di efficacia probante a circostanze di fatto che, in determinate fattispecie, si mostrano idonee a consentire il ragionamento inferenziale che conduce alla prova del fatto ignoto.

Come le presunzioni legali, le presunzioni giurisprudenziali postulano, dunque, la previa individuazione del fatto base dal quale dedurre la conoscenza del fatto ignoto, laddove nelle presunzioni semplici l’inferenza avviene sulla scorta dei fatti secondari provati dalla parte e valutati dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento.

Deve, pertanto, escludersene la riconducibilità nel paradigma dell’art. 2729 c.c., poiché nella fattispecie in esame il giudice argomenta in ragione dei caratteri tipologici del caso concreto e suscettibili di ripetizione per tutti i casi che li presentino²⁸. Si tratta, quindi, di schemi di ragionamento che trascendono le particolarità della fattispecie concreta perché presentano i caratteri della generalità e dell’astrattezza²⁹.

Proprio in ragione di tali connotati, le presunzioni giurisprudenziali, come quelle legali, producono effetti rilevanti sul piano della distribuzione degli oneri probatori tra le parti. Si pensi alle fattispecie di responsabilità per colpa medica per prestazioni routinarie o ad alta vincolatività, di cui si è detto, nelle quali allegare l’inadempimento significa allegare il danno. Tale presunzione poggia sulla constatazione che nelle situazioni indicate il risultato positivo consegue con elevata frequenza alla prestazione diligente e perita, per cui l’inadempimento è ritenuto *ex se* un fatto eziologicamente determinante.

²⁷ Osserva S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., 891 e ss. come in questi casi la prova contraria – e più in generale l’assolvimento dell’onere di contestazione – gravante sulla controparte risulti complessa da reperire, avuto riguardo al carattere chiuso delle relazioni familiari.

²⁸ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2010, 8, richiamato da M. FACCIOLI, “Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria, in *Contratto e impresa*, 2014, 1, 79 e ss., spec. nota 6.

²⁹ In questi termini, M. FACCIOLI, “Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria, in *Contratto e impresa*, 2014, 1, 79 e ss.

A tale ricostruzione è stato obiettato che la presunzione giurisprudenziale comporta un'inversione dell'onere della prova delineato dalle norme di diritto sostanziale, senza che il giudice risulti normativamente abilitato a modificarne il regime e senza che sia praticabile l'estensione in via analogica delle presunzioni legali codificate, posto che le disposizioni che le istituiscono esprimono norme eccezionali³⁰.

Ma l'aspetto che ha destato maggiore attenzione in dottrina è quello della compatibilità delle presunzioni in esame con il principio del contraddittorio.

Si è, infatti, osservato che se la presunzione legale, proprio per la sua pre-determinazione normativa consente alla parte interessata di attivarsi per offrire in giudizio la prova contraria, analoga garanzia non offre la presunzione giurisprudenziale, la quale viene formulata dal giudice in sede di decisione e sulla base della situazione dedotta in giudizio.

La parte potrebbe, dunque, trovarsi al cospetto di una sentenza "a sorpresa", perché, pur avendo fatto affidamento sul mancato assolvimento, ad opera della controparte, dell'onere della prova ricavabile dalle norme positive, potrebbe vedersi dichiarare soccombente sulla base dell'elaborazione giudiziale di un diverso riparto dei carichi probatori.

A tale "decisione della terza via" potrebbe avviarsi se il giudice sottoponesse al contraddittorio la propria intenzione di avvalersi delle presunzioni in esame, così da consentire alla parte interessata di approntare un'adeguata attività difensiva e di introdurre la prova contraria.

Una parte della dottrina ha, tuttavia, rilevato che l'elaborazione di una presunzione giudiziale non rientra, a rigore, tra le "questioni rilevabili d'ufficio" che il giudice è tenuto a sottoporre al contraddittorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 101 e 183, quarto comma, c.p.c.³¹.

Altra opinione ritiene, invece, che l'obbligo di sottoposizione al previo contraddittorio delle parti riguardi soltanto le questioni preliminari e pregiudiziali, idonee ad essere decise con sentenza non definitiva, perché «*un problema di contraddittorio si pone in quanto il giudice "decide", non in quanto il giudice semplicemente "conosce" di una questione; si pone, cioè, per le sole questioni pregiudiziali in senso tecnico, la cui soluzione è idonea a definire il giudizio*»³².

Per converso, per le mere questioni di fatto rilevabili d'ufficio, ma che, dal punto di vista concettuale e applicativo, non costituiscono questioni prelimi-

³⁰ G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 e ss.

³¹ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 237.

³² V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 225.

nari o pregiudiziali, l'indicazione alle parti costituirebbe per il giudice soltanto un'opportunità e non una necessità³³.

Altri autori hanno, invece, dilatato la portata applicativa della nozione di "questione rilevabile d'ufficio", ricomprendendovi l'interpretazione e l'applicazione della norma di diritto, il rilievo di "fatti avventizi", nonché la formazione degli argomenti di prova, nozione in cui inscrivono le «prove raccolte altrove», la qualificazione di fatti come pacifici o notori, l'attribuzione di pubblica fede a documentazioni compiute da pubblici ufficiali senza la cooperazione delle parti³⁴.

I fatti avventizi sono quei fatti che, pur risultando dagli atti, sono *silenti*, in quanto non risultano invocati dalle parti e, pertanto, sono destinati a rimanere *inerti* nel processo, salvo che il giudice li consideri rilevanti per la decisione.

Ci si è, quindi, interrogati sulla possibilità che un fatto storico rimasto inerte nel processo integri un'attività *innovativa* e che, dunque, possa essere valorizzato, ai fini della decisione, solo a condizione che non pregiudichi il diritto di difesa di una delle parti (o di entrambe, se la relativa considerazione proviene dall'iniziativa officiosa del giudice).

Secondo una prospettiva interpretativa, ciò che rileva è la "*proiezione dinamica del fatto*", una volta qualificato giuridicamente, in rapporto all'effetto giuridico richiesto. Quando il fatto, sia esso principale o secondario, viene *colorato* giuridicamente e diventa rilevante per l'attribuzione o negazione della tutela richiesta, si attualizza l'esigenza di difesa della controparte e il rispetto del principio del contraddittorio³⁵.

Altra impostazione esclude, invece, che la ricostruzione probatoria del fatto rientri nell'ambito applicativo dell'art. 101, secondo comma, c.p.c.³⁶ D'altronde, l'inclusione dei fatti secondari da valorizzare, ai fini del ragionamento presuntivo, tra le questioni da presentare al contraddittorio imporrebbe al giudice di sottoporre alle parti, prima di adottare la decisione, una sorta di "*progetto di*

³³ Per C. CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corriere giur.*, 2006, 509, la violazione del contraddittorio si ha soltanto quando la questione è di fatto o mista di fatto e di diritto. In tale prospettiva, per le questioni di puro diritto, la mancata segnalazione alle parti comporta soltanto una violazione deontologica e disciplinare di comportamento del giudice e non anche del principio del contraddittorio.

³⁴ Così M. TARUFFO, *Certezze e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 107 e ss.

³⁵ Così D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *www.Judicium.it*.

³⁶ M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *www.Judicium.it*.

sentenza”, «e poi magari ancora uno successivo, e così via, chissà quante volte, laddove, sulla base delle repliche ogni volta prospettate dalle parti medesime, il giudice ritenga di modificare qualcosa»³⁷.

È interessante notare come il dovere di suscitare il contraddittorio su un meccanismo come quello in esame trovi riscontro nell’esperienza giuridica tedesca, dove il giudice è tenuto ad esprimere il proprio convincimento provvisorio, dal quale ben può emergere il ragionamento presuntivo posto in essere dal giudice a svantaggio della parte che, a fronte di essa, potrebbe fornire la prova contraria.

Il ricorso alle “presunzioni giurisprudenziali” risulta, invece, accreditato presso un’altra parte della dottrina, la quale vi intravede un metodo probatorio capace di soccorrere la parte debole del rapporto e, soprattutto, in grado di dare attuazione al principio di *vicinanza della prova*.

Tale assunto muove dalla considerazione secondo la quale l’art. 2697 c.c. costituisce una norma in bianco, che, di per sé sola, non è in grado di realizzare ad un’adeguata e soddisfacente distribuzione dell’onere probatorio, dovendo essere integrata, per un verso, mediante le altre disposizioni che contengono indicazioni sul riparto probatorio, e, per l’altro, dalla stessa esperienza del giudice³⁸.

2.3. Il c.d. principio di vicinanza della prova

Una tesi, che in tempi recenti sta raccogliendo diffusi consensi in dottrina, ha posto in evidenza come, in alcune fattispecie come quella della responsabilità civile, l’applicazione della regola di giudizio dettata dall’art. 2697 c.c. possa rivelarsi in concreto inidonea a garantire il risultato più *giusto*, ossia più rispondente agli interessi sostanziali delle parti coinvolte³⁹.

La stessa opinione riconduce le manipolazioni dell’onere della prova operate dal legislatore e dalla stessa giurisprudenza all’esigenza di mitigare il rigore della regola in questione e individua proprio nelle presunzioni giurisprudenziali di cui si è detto la conseguenza più evidente di tale tendenza. Alla base dell’adattamento della regola probatoria generale risiederebbe, in particolare, l’esigenza di un corretto bilanciamento degli interessi pubblici e privati in contesa, nella prospettiva di una compiuta attuazione delle garanzie del giusto processo e del diritto di azione e di difesa.

³⁷ M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, cit.

³⁸ Le presunzioni giurisprudenziali implicano il ricorso alle massime di esperienza.

³⁹ L’osservazione è di S. PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2015, 233.

Tale impostazione fa leva sull'assunto per il quale l'assolvimento dell'onere della prova costituisce una condizione imprescindibile per lo svolgimento dei diritti di azione e difesa⁴⁰.

In tale prospettiva, le presunzioni giurisprudenziali vengono considerate un espediente per ovviare alle iniquità che una rigida applicazione del criterio ex art. 2697 c.c. potrebbe generare, specie quando l'inosservanza dell'onere probatorio dipende dal fatto che la prova si trova nella disponibilità della parte avversaria.

Di qui il *favor* per un'interpretazione elastica della regola espressa dall'art. 2697 c.c. e maggiormente rispondente all'art. 24 Cost. e all'art. 6 della CEDU, che conduca alla modulazione giurisprudenziale della stessa, in rapporto agli interessi delle parti coinvolte ed al criterio della "vicinanza della prova"⁴¹.

Alla stregua di tale impostazione⁴², al giudice andrebbe riconosciuto il potere di verificare caso per caso la concreta capacità della parte onerata della prova di dimostrare i fatti rilevanti rispetto alla propria posizione processuale⁴³.

La stessa giurisprudenza di legittimità sembra mostrare attenzione all'esigenza segnalata dalla prospettiva interpretativa in questione.

Se ne ha traccia nel lessico utilizzato in alcune recenti pronunce, anche in tema di causalità nella responsabilità civile, in cui ricorrono i termini «vicinanza» o «riferibilità» o «prossimità» o «facilità» della prova.

Esemplare di tale tendenza è l'ordinanza della Sezione Sesta Terza n. 8018 del 2021, per la quale l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, tanto più se l'applicazione di tale regola dia luogo ad un risultato coerente con quello derivante dal principio della riferibilità

⁴⁰ Si invoca, a tal fine, la giurisprudenza costituzionale in materia e, in particolare, la sentenza n. 248 del 1974, in cui viene affermato il «diritto a difendersi provando».

⁴¹ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; Id., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 106 ss., muovendo da un'interpretazione restrittiva del principio dispositivo, afferma che la nozione di "giusto processo" postuli il riconoscimento di un potere sussidiario di ammissione *ex officio* dei mezzi di prova, volto a consentire l'eliminazione delle incertezze che affliggono la ricostruzione dei fatti, dovute soprattutto alle lacune nelle richieste istruttorie delle parti. V. anche Cass., Sez.n. 12910 del 2022.

⁴² In argomento, C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 e ss.

⁴³ Analogamente a quanto previsto nel sistema processualciviltistico spagnolo, in cui all'art. 217, ultimo comma, del codice di rito è previsto che nell'applicare la regola dell'onere della prova il giudice «*deve considerare la disponibilità e la facilità della prova di ciascuna parte della lite*».

o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio. Tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. In applicazione del principio, la Corte ha confermato la sentenza che aveva posto a carico del vettore la prova della mancata stipulazione di polizza assicurativa, quale condizione, contrattualmente stabilita, di rinuncia al diritto di rivalsa da parte della società assicuratrice che aveva risarcito, all'avente diritto assicurato, il danno derivante dal furto delle cose trasportate.

In materia di nesso di causalità, significativa è l'ordinanza della Sezione Lavoro n. 12490 del 2020, secondo la quale il criterio di vicinanza della prova, quale mezzo di definizione della regola finale di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., non può operare allorché l'interessato abbia la possibilità, secondo le regole di cui al diritto di accesso agli atti della P.A. o eventualmente sulla base degli strumenti processuali a tal fine predisposti dall'ordinamento, di acquisire la documentazione necessaria a suffragare le proprie ragioni; in ogni caso, il criterio di vicinanza neppure può essere richiamato qualora il fatto rimasto ignoto e destinato ad integrare uno degli elementi costitutivi del diritto azionato, quale è, in ambito di responsabilità contrattuale, il nesso causale tra inadempimento e danno, risulti integrato da più possibili evenienze concrete che risultino, anche solo per taluna di esse, estranee alla sfera di conoscenza della parte di cui si prospetta la prossimità rispetto alle circostanze rilevanti.

Per l'ordinanza della Terza Sezione civile n. 8811 del 2020, la responsabilità ex art. 2051 c.c. impone al custode, presunto responsabile, di fornire la prova liberatoria del fortuito e ciò in ragione sia degli obblighi di vigilanza, controllo e diligenza, in base ai quali è tenuto ad adottare tutte le misure idonee a prevenire e impedire la produzione dei danni a terzi, «sia in ossequio al principio cd. della vicinanza della prova», in modo da dimostrare che il danno si è verificato in maniera né prevedibile né superabile con lo sforzo diligente adeguato alle concrete circostanze del caso. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che aveva escluso la responsabilità dell'istituto scolastico per la lesione ad un occhio subita da una alunna minore – che era stata colpita con il coperchio in metallo di un contenitore della spazzatura da un altro allievo, che già aveva provocato in passato danni, mentre era all'interno del cortile della scuola, durante l'attività ricreativa affidata, successivamente al pranzo, agli educatori – senza spiegare le ragioni per le quali era stata ritenuta imprevedibile la condotta del danneggiante e sussistente il caso fortuito sull'assunto che, comunque, seppure il cestino fosse stato di tipo diverso ed altrimenti allocato e sorvegliato, l'evento si sarebbe ugualmente verificato.

Ancora, merita di essere segnalata l'ordinanza della Terza Sezione civile n. 20812 del 2018, la quale, in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, ha chiarito che incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'evento di danno (aggravamento della patologia preesistente ovvero insorgenza di una nuova patologia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, non potendosi predicare, rispetto a tale elemento della fattispecie, il principio della maggiore vicinanza della prova al debitore, in virtù del quale, invece, incombe su quest'ultimo l'onere della prova contraria solo relativamente alla colpa ex art. 1218 c.c.

Va, infine, segnalata la sentenza della Terza Sezione civile n. 28985 del 2019, per la quale le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatesi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della c.d. vicinanza della prova), essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'*id quod plerumque accidit*; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile *in re ipsa* derivante esclusivamente dall'omessa informazione.

Non può, tuttavia, non evidenziarsi come il principio di vicinanza della prova non rinvenga una conferma positiva nel sistema ordinamentale, nel quale, al contrario, la regolamentazione del riparto dell'onere della prova rinviene il proprio fondamento nei criteri generali espressi dall'art. 2697 c.c. e nelle disposizioni che, in relazione a specifiche fattispecie, indicano una diversa distribuzione dei temi di prova.

Pertanto, il predetto meccanismo di modulazione dell'onere probatorio, se venisse stabilmente recepito dalla giurisprudenza, verrebbe a costituire – specie con riferimento al già di per sé complesso accertamento del nesso di causalità – un significativo fattore di complicazione, in contrasto, peraltro, con l'esigenza di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali quale declinazione del principio di certezza dei rapporti giuridici, che rappresenta un «*elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*»⁴⁴ connaturato tanto all'ordinamento nazionale, quanto al sistema giuridico sovranazionale⁴⁵.

⁴⁴ Corte cost., sentenza n. 16 del 2017.

⁴⁵ Corte cost., sentenze n. 154 e n. 267 del 2017. V. da ultimo la sentenza n. 13 del 2022.

2.4. La prova presuntiva della causalità materiale

Le presunzioni semplici, che assumono una rilevanza fondamentale nell'accertamento del nesso di causalità e, più in generale, della responsabilità civile, si differenziano nettamente rispetto alle presunzioni legali *iuris tantum*, posto che, a differenza di queste ultime – alla stregua delle quali la parte onerata deve provare il fatto presunto indicato dalla legge –, postulano la dimostrazione dei fatti secondari con portata probatoria idonei a fondare il ragionamento inferenziale attraverso il quale si perviene alla conoscenza del fatto ignorato.

La tecnica di normazione che caratterizza le presunzioni legali tende, invece, ad agevolare la parte, dal momento che la prova del fatto da cui la legge fa scaturire l'efficacia probatoria è evidentemente più semplice della prova presuntiva del fatto costitutivo, modificativo o estintivo.

Si parla, infatti, di presunzioni *improprie* in quanto generatrici di verità *interinali*, ossia valide sino a prova contraria, e, quindi, in definitiva di semplificazioni probatorie.

Per quanto riguarda le presunzioni semplici, ai sensi dell'art. 2729 c.c., al giudice è consentito ammettere solo quelle presunzioni che siano «*gravi, precise e concordanti*»⁴⁶.

Il requisito della gravità attiene al grado di convincimento che la presunzione suscita nel giudice, ossia al livello di attendibilità che il ragionamento presuntivo attribuisce alla conclusione sul fatto da provare.

La precisione indica la necessità che il fatto ignoto sia conseguenza *non equivoca* del fatto noto.

Quanto, infine, alla concordanza, in dottrina si valorizza la formulazione dell'art. 2729 c.c., che si esprime al plurale («concordanti»), per sostenere che il ragionamento del giudice debba essere necessariamente fondato su molteplici elementi indiziari o fatti noti.

⁴⁶ In dottrina (S. PATTI, op. ult. cit., 891 e ss.) è stato proposto un accostamento tra le presunzioni semplici e la c.d. prova *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) dell'esperienza tedesca, sul presupposto che entrambi gli istituti si baserebbero su regole di esperienza che consentono la formazione del convincimento del giudice e, quindi, il conseguimento della prova del fatto. Occorre, tuttavia, rilevare che la prova *prima facie* non si determina una inversione dell'onere della prova, ma un abbassamento del livello probatorio, nel senso che la parte può dimostrare il fatto ignoto attraverso la dimostrazione di «circostanze tipiche» idonee a determinare l'apparenza del fatto, salva sempre la prova contraria. Tale meccanismo probatorio trova applicazione soprattutto in tema di prova del nesso causale, poiché – si afferma – il collegamento tra il comportamento dell'agente e l'evento dannoso deve ammettersi in base alla tipicità dello svolgimento dei fatti secondo regole di esperienza. Appare, invece, evidente l'assonanza di questo istituto con le presunzioni giurisprudenziali di cui si è detto.

La giurisprudenza di legittimità ritiene, invece, che non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, essendo sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit*, sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché siano dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza⁴⁷.

La Corte di Cassazione ha, inoltre, chiarito che la "precisione" va riferita al fatto noto (indizio) che costituisce il punto di partenza dell'inferenza e postula che esso non sia vago, ma ben determinato nella sua realtà storica; la "gravità" va ricollegata al grado di probabilità della sussistenza del fatto ignoto che, sulla base della regola d'esperienza adottata, è possibile desumere da quello noto; la "concordanza" richiede che il fatto ignoto sia, di regola, desunto da una pluralità di indizi gravi e precisi, univocamente convergenti nella dimostrazione della sua sussistenza, dovendosi, tuttavia, precisare, al riguardo, che tale ultimo requisito è prescritto esclusivamente nell'ipotesi di un eventuale, ma non necessario, concorso di più elementi presuntivi⁴⁸.

Occorre precisare che, sebbene la problematica delle presunzioni semplici appaia in vario modo connessa con la nozione di indizio, i due termini non possono ritenersi fungibili.

L'indizio è il fatto noto, ossia la fonte che rappresenta la premessa del ragionamento presuntivo. Si tratta, cioè, di una circostanza certa, idonea a dedurre, come conseguenza logica possibile, l'esistenza del fatto da accertare. La presunzione indica, invece, l'inferenza, ossia il risultato ottenuto attraverso il ragionamento logico, rimesso alla prudenza dell'organo giudicante.

Non è consentito fare ricorso alle presunzioni semplici per desumere, ai sensi dell'art. 2729 c.c., dal fatto noto il fatto ignorato, quando quest'ultimo ha costituito oggetto di prova diretta, in quanto, da un lato, ciò esclude che il fatto possa considerarsi "ignoto" e, dall'altro, lo stesso contrasto fra le risultanze di una prova diretta (nella specie, una testimonianza oculare) e le presunzioni semplici priva queste dei caratteri di gravità e precisione, con la conseguenza che il giudice di merito, il quale intenda basare la ricostruzione del fatto su presunzioni semplici,

⁴⁷ Così Cass., n. 21403 del 2021. Nel ribadire il principio, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva correttamente accertato la maggiore responsabilità nella causazione del sinistro del conducente di un autoveicolo per aver violato l'obbligo di dare la precedenza e quella concorrente e minore dell'altro, per l'elevata velocità del motoveicolo condotto, al momento dello scontro.

⁴⁸ Cass., 29 gennaio 2019, n. 2482.

ha prima l'obbligo di illustrare le ragioni per cui ritiene inattendibili le prove dirette che depongono in senso contrario, non potendosi limitare ad una generica valutazione di maggiore persuasività delle dette presunzioni⁴⁹.

Secondo la sentenza della Terza Sezione civile n. 1163 del 2020, nella prova per presunzioni ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, essendo sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit*, sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché questi ultimi siano dotati dei requisiti legali della gravità, della precisione e della concordanza. In applicazione di tale principio, la Cassazione ha escluso che rispondesse ai requisiti di cui all'art. 2729 c.c. la decisione di merito secondo la quale, ai fini dell'accertamento del danno da perdita della capacità di produrre reddito, l'intenzione dell'attore di astenersi dalla ricerca di un'occupazione per il resto della propria vita potesse desumersi dal mancato inserimento, nella richiesta di iscrizione nelle liste di collocamento, della dichiarazione di disponibilità a svolgere attività lavorativa, circostanza verificatasi quando egli aveva appena ventitré anni.

Secondo una parte della dottrina, anche l'utilizzo della prova per presunzioni semplici potrebbe comportare una violazione del principio del contraddittorio, posto che la sentenza che applica le risultanze di un ragionamento inferenziale basato su fatti risultanti dagli atti, ma non espressamente valorizzati dalle parti, potrebbe rivelarsi una pronuncia a sorpresa⁵⁰.

Di contrario avviso è, invece, la giurisprudenza di legittimità, la quale ritiene, invece, che la prova dei fatti dedotti in giudizio possa essere desunta da tutti gli elementi obiettivi acquisiti al compendio probatorio.

In tal senso si esprime la sentenza della Terza Sezione civile della Corte di Cassazione n. 29830 del 2018, la quale – in applicazione del principio così massimato: «*Il danno patrimoniale da mancato guadagno derivante al congiunto dalla perdita della fonte di reddito collegata all'attività lavorativa della vittima configura un danno futuro, da valutarsi con criteri probabilistici, in via presuntiva e con equo apprezzamento del caso concreto e da liquidarsi in via necessariamente equitativa*» – ha cassato con rinvio la decisione di merito la quale, aveva negato la pretesa risarcitoria ritenendo non sufficientemente provato che la vittima, in assenza di fatto illecito, avrebbe destinato una percentuale

⁴⁹ Cass., 12 maggio 2020, n. 8814.

⁵⁰ S. PATTI, op. ult. cit., 891 e ss.

del proprio reddito agli investimenti, sebbene dalla allegata documentazione relativa al decennio precedente l'evento di danno fosse emerso, da un lato, l'esponentiale aumento dei proventi ritratti dalla vittima dalla sua attività professionale di avvocato e, dall'altro, la costante destinazione di una quota parte del reddito complessivo – stimata dalla C.T.U. in quota percentuale pari al 20 per cento – agli investimenti.

Resta, tuttavia, fermo, con l'ordinanza n. 20342 del 2020, la Corte di Cassazione ha chiarito che il potere-dovere del giudice di valutare l'efficacia probatoria degli elementi presuntivi, sulla base di fatti secondari certi apprezzati alla stregua delle massime di esperienza o dell'*id quod plerumque accidit*, e non da mere supposizioni che si ricavano da fatti incerti.

Un'interessante applicazione dei principi in tema di prova per presunzioni all'accertamento del nesso di causalità materiale si rinviene nell'ordinanza n. 26907 del 2020, con la quale la Suprema Corte ha affermato che, in tema di responsabilità sanitaria, il paziente è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale tra condotta del medico in violazione delle regole di diligenza ed evento dannoso, consistente nella lesione della salute (ovvero nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di una nuova malattia), non essendo sufficiente la semplice allegazione dell'inadempimento del professionista; è, invece, onere della controparte, ove il detto paziente abbia dimostrato tale nesso di causalità materiale, provare o di avere agito con la diligenza richiesta o che il suo inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. In applicazione del principio, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza di appello la quale, dando atto che la documentazione esaminata non consentiva di dimostrare direttamente che l'intervento eseguito fosse diretto a rimuovere una vite metallica rimasta per errore nell'arto del paziente, non aveva valutato la rilevanza della stessa documentazione ai fini della prova presuntiva.

2.5. Prova della causalità giuridica e danno *in re ipsa*

La nozione di danno *in re ipsa*, postulando l'identificazione del pregiudizio risarcibile con l'evento di danno risultante dalla lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, appare distonica rispetto al modello teorico, da tempo condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, che configura il danno come conseguenza, ossia come perdita, patrimoniale o non patrimoniale, ontologicamente distinta dall'evento dannoso e, pertanto, necessitante di specifica allegazione e dimostrazione⁵¹.

⁵¹ Cass., S.U., n. 26972 del 2008.

Tale schema concettuale rappresenta, al contempo, un meccanismo di semplificazione dell'onere probatorio, posto che, ove ne ricorrano i presupposti, il giudice deve ritenere la dimostrazione dell'evento di danno assorba la prova del danno conseguenza e la stessa indagine sulla causalità giuridica.

Non di meno, la nozione di danno *in re ipsa* continua ad affiorare in alcune pronunce della Corte di Cassazione, specie in materia di danno da lesione del diritto di proprietà, anche intellettuale, e dei diritti della personalità, anche se non sempre l'affermazione della sua configurabilità sottende un reale dissidio interpretativo, trovando, per contro, spiegazione nell'impiego improprio di quest'ultima espressione linguistica. Infatti, in alcune decisioni tale formula viene utilizzata in modo atecnico – e, quindi, senza una preventiva ricognizione dei suoi specifici presupposti concettuali – per indicare situazioni alle quali, secondo massime di comune esperienza, normalmente si associa un pregiudizio, con conseguente sgravio probatorio, ma non assertorio, per il danneggiato.

La tesi che intravede nel danno risarcibile un automatico corollario della lesione dell'interesse giuridicamente protetto sembra, dunque, divergere dalla più accreditata ricostruzione, proposta dalla teoria cd. causale⁵² e mutuata da una parte cospicua della giurisprudenza dell'ultimo decennio, che, invece, tende a collocare la lesione dell'interesse in un momento distinto e logicamente antecedente rispetto alle (soltanto) eventuali conseguenze dannose.

La nozione di danno *in re ipsa* risulta, per contro, coerente con la teoria normativa del danno, mentre il concetto di danno conseguenza collima con la connotazione compensativa propria dell'approccio causale.

Le due ricostruzioni appena richiamate divergono sia sotto il profilo dell'individuazione dell'oggetto del danno, sia con riferimento alla stessa struttura della fattispecie generatrice del pregiudizio risarcibile.

Per la teoria normativa, elaborata dalla dottrina tedesca⁵³, ma recepita anche da alcuni autori italiani⁵⁴, l'oggetto del danno si identifica con l'oggetto della tutela giuridica e, quindi, coincide con l'interesse protetto dall'ordinamento.

Secondo la definizione più accreditata, l'interesse indica la tensione tra un soggetto e un determinato bene idoneo a soddisfare un bisogno, ovvero a far conseguire un'utilità e, più precisamente, la possibilità che un bisogno venga

⁵² Per la quale si vedano, tra gli altri, G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 e più recentemente M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010.

⁵³ R. NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden*, in *Arch. civ. pr.*, CXXXIII, 1931, 277 e ss.

⁵⁴ A. DE CUPIS, *Danno*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962; G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, Milano, 1999.

appagato attraverso un determinato bene⁵⁵. L'interesse può riferirsi tanto ad un bene patrimoniale – e, dunque, ad un bene esteriore rispetto al soggetto ed idoneo a soddisfare un bisogno economico ed economicamente valutabile –, quanto ad un bene non patrimoniale.

La lesione del primo dà luogo al danno patrimoniale, la lesione del secondo al danno non patrimoniale.

La concezione normativa mira a superare tanto la teoria reale di tradizione romanistica, quanto la teoria differenziale di matrice tedesca, rivelatesi nel tempo inidonee ad offrire un fondamento dogmatico valido per tutte le forme di pregiudizio suscettibili di riparazione, ivi compreso il danno non patrimoniale.

Infatti, alla stregua del modello reale, la tutela risarcitoria era limitata alle ipotesi di distruzione o alterazione della realtà materiale, mentre per la teoria differenziale il danno risarcibile poteva essere identificato esclusivamente con la differenza tra l'ammontare del patrimonio in un certo momento e l'ammontare che il patrimonio avrebbe avuto senza il verificarsi dell'evento dannoso (cd. *differenzehypothese*)⁵⁶.

La concezione normativa contrappone a tali teoriche una nozione di danno esclusivamente giuridica, in forza della quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria non è più la distruzione del bene o la diminuzione del patrimonio, ma la stessa lesione dell'interesse protetto dalla norma giuridica.

Sulla dematerializzazione e depatrimonializzazione del danno implicate da tale ricostruzione si sono, tuttavia, appuntate le critiche dei sostenitori della teoria causale, secondo la quale l'evento di danno, risultante dalla violazione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, deve, invece, essere considerato autonomamente rispetto al danno vero e proprio (cd. danno conseguenza), da individuarsi nelle perdite patrimoniali o non patrimoniali ad esso conseguenti.

La tesi causale muove, infatti, dall'interpretazione sistematica degli artt. 1223 e 2043 c.c., per delineare una scomposizione dell'accertamento del danno risarcibile in due autonomi e consecutivi segmenti, il primo dei quali volto a identificare il nesso di causalità materiale che avvince la condotta all'evento di danno, e il secondo diretto a verificare il nesso di causalità giuridica che lega tale evento alle conseguenze dannose.

Tale ricostruzione trova fondamento nel principio di integrale riparazione del danno, secondo il quale il risarcimento deve porre il danneggiato nella medesima situazione in cui si trovava prima dell'inadempimento – e, quindi, sul più ge-

⁵⁵ E. BETTI, *Id quod interest*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962.

⁵⁶ F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855.

nerale canone privatistico in forza del quale ogni attribuzione patrimoniale deve avere una causa in grado di giustificarla – e rappresenta la fase più matura del processo di secolarizzazione della responsabilità civile di cui sono espressioni significative la sempre più netta emancipazione dell'illecito civile dall'illecito penale, il dissolvimento della connotazione sanzionatoria della responsabilità civile e la configurazione della tutela risarcitoria in termini di pura reazione al danno.

La distinzione ontologica dell'evento rispetto al danno conseguenza è, invece, rifiutata dalla dottrina che esclude che il danno possa rappresentare un'entità materialmente percepibile e ulteriore rispetto all'evento, individuandovi semplicemente una valutazione economica dell'evento stesso⁵⁷.

A tale impostazione è stato, tuttavia, obiettato che l'evento, per quanto ingiusto, non è mai di per sé dannoso, dovendo il danno risarcibile essere individuato nella situazione determinata dall'evento, in ossequio al tenore dell'art. 2043 c.c., a mente del quale il danno risarcibile è quello 'causato' da un fatto illecito.

Il danno costituisce, dunque, un elemento eventuale del fatto illecito, ben potendo la condotta dolosa o colposa determinare un evento di danno ingiusto, senza che ad esso consegua un pregiudizio, mentre la tutela risarcitoria risulta predisposta dall'ordinamento quale specifica reazione ad un effettivo depauperamento patrimoniale o non patrimoniale.

In definitiva, gli studi riferibili alla teoria causale restituiscono una nozione di pregiudizio risarcibile significativamente dissonante rispetto a quella di danno *in re ipsa*, perché fondata sul presupposto indefettibile della perdita o della diminuzione di un'utilità ottenuta attraverso il bene-interesse oggetto della situazione giuridica soggettiva lesa, e riconducibile, in ragione di un nesso di causalità giuridica, all'evento di danno.

Tale perdita può conseguire alla soppressione o alla modificazione peggiorativa del bene, ovvero derivare dall'impedimento, sia pure temporaneo, dell'esercizio delle facoltà di cui si sostanzia il contenuto della situazione giuridica soggettiva, considerate non nella loro dimensione astratta, ma alla stregua delle concrete modalità del loro svolgimento al tempo della lesione.

Oggetto della tutela risarcitoria non è, quindi, la situazione giuridica soggettiva in sé considerata, né il bene che ne formano oggetto, né le facoltà che ne costituiscono il contenuto, ma la possibilità che, attraverso il bene e le facoltà, un bisogno venga soddisfatto o un'utilità venga conseguita.

Nell'evoluzione giurisprudenziale sulla nozione di danno risarcibile uno snodo decisivo è rappresentato, come noto, dalla sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008, la quale ha disatteso l'impostazione che identificava il pregiudizio risar-

⁵⁷ F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.

cibile con l'evento lesivo ed ha espressamente respinto la nozione di danno *in re ipsa*, reputandola capace di snaturare la funzione del risarcimento «*che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo*».

Tale enunciazione non è valsa, tuttavia, a ricondurre ad unità la successiva elaborazione giurisprudenziale, tanto che continuano a coesistere tanto la tesi che – sulla scorta della segmentazione del processo dannoso nel duplice nesso di causalità, giuridica e materiale – ripudia l'identificazione del danno con la lesione del diritto, quanto la tesi che, invece, ammette tale sovrapposizione.

Il primo orientamento, che ha ricevuto largo credito nelle pronunce della Terza Sezione civile, muove dalla premessa secondo la quale il sistema del risarcimento del danno delineato dal codice civile, nella responsabilità civile, esclude in modo irrevocabile l'ipotesi di una configurabilità del danno patrimoniale *in re ipsa*, in quanto l'obbligazione risarcitoria non insorge in seguito alla mera colpa o dolosa violazione del diritto (antigiuridicità della condotta), ma soltanto a causa delle “conseguenze” pregiudizievoli eventualmente prodottesi come effetto di tale violazione, conseguenze che, riguardate sul piano degli accadimenti fenomenici implicano un evento ulteriore ed ontologicamente apprezzabile rispetto a quello determinativo della violazione del diritto⁵⁸.

Con specifico riferimento ai danni da lesione dei diritti reali, sui quali si concentra con particolare evidenza la segnalata discontinuità interpretativa, una parte della giurisprudenza di legittimità⁵⁹, dando seguito ad una tendenza sempre più nettamente delineatasi nell'ultimo ventennio⁶⁰, ha avvertito che occorre distinguere tra la compressione della facoltà di godimento del bene, intesa quale

⁵⁸ Cass., n. 11203 del 2019; in senso conforme v. Cass., n. 7280 del 2021; Cass., n. 14268 del 2021; Cass., n. 26331 del 2021; Cass., n. 27126 del 2021, secondo la quale nel caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sentenza n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.; ne consegue che il danno da occupazione *sine titulo*, in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dall'allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto.

⁵⁹ Per la quale è esemplare Cass., n. 11203 del 2019, cit.

⁶⁰ Si veda, per tutte, Cass., n. 16202 del 2002.

violazione del diritto spettante al proprietario o al titolare di altro diritto reale parziario, che integra l'elemento della fattispecie illecita costituito dalla condotta *contra ius*, dalle conseguenze negative di natura patrimoniale che da tale violazione possono derivare, conseguenze delle quali deve essere dimostrata, da chi agisce per il risarcimento del danno, sia l'esistenza, intesa come accadimento fenomenico eziologicamente legato alla condotta violativa del diritto, che la consistenza, ossia l'entità dimensionale del pregiudizio arrecato al patrimonio del soggetto leso, di norma espressa secondo un valore corrispondente all'equivalente monetario.

La sentenza della Terza Sezione civile n. 11203 del 2019 precisa, altresì, che la massima tratlazia⁶¹ secondo la quale, in caso di spossessamento illecito del bene immobile, il danno subito dal proprietario deve ritenersi *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla sua natura normalmente fruttifera, può ritenersi valida nella sola misura in cui con la stessa si intenda affermare il raggiungimento nel caso concreto della prova presuntiva della conseguenza patrimoniale pregiudizievole, presunzione *iuris tantum* da ritenersi superata ove emerga che il proprietario si fosse intenzionalmente disinteressato dell'immobile. In altre parole, affinché possa ritenersi operante la presunzione suddetta, l'impedito sfruttamento del bene deve essere accertato come effettivamente probabile in relazione alle specifiche circostanze concrete.

Ne discende, secondo la Terza Sezione civile, che chi allega di aver subito un danno è tenuto a provare di non aver potuto locallo o utilizzarlo direttamente ovvero di aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o di aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, mentre un danno patrimoniale non è neppure astrattamente configurabile ove emerga che il bene era stato lasciato dal proprietario in stato di abbandono o, comunque, che il proprietario si era disinteressato del suo impiego a scopo remunerativo.

In quest'ottica si palesa illogico l'assunto secondo il quale la lesione della facoltà di godimento dell'immobile integra *ex se* un danno valutabile in relazione al valore locativo del bene (cd. danno figurativo), posto che, se al momento della lesione l'immobile era direttamente destinato dal proprietario ad uso abitativo, il danno conseguenza che viene a prodursi consiste unicamente negli oneri cui il proprietario deve far fronte per soddisfare l'esigenza abitativa e, dunque, nelle spese che deve sostenere per procurarsi un altro immobile dove abitare.

Un'altra parte della giurisprudenza di legittimità sembra, invece, orientata ad ammettere la configurabilità del danno *in re ipsa*.

⁶¹ Cass., n. 20823 del 2015.

Secondo tale orientamento, in caso di occupazione senza titolo, il danno subito dal proprietario è *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dall'impossibilità di conseguire l'utilità da esso «*anche solo potenzialmente ricavabile*»⁶².

In una posizione intermedia si collocano alcune decisioni che, pur non identificando – come quelle appena richiamate – il danno risarcibile con l'evento di danno, in determinate fattispecie, tra le quali va ancora una volta annoverata l'occupazione senza titolo, sollevano il danneggiato dall'onere della prova ritenendo operante una presunzione di sussistenza del pregiudizio risarcibile.

Il danno subito dal proprietario per l'indisponibilità del bene, precisa l'indirizzo in esame, può definirsi *in re ipsa* solo in senso descrittivo, «*cioè di normale inerenza del pregiudizio all'impossibilità stessa di disporre del bene, senza comunque far venir meno l'onere per l'attore quanto meno di allegare, e anche di provare, con l'ausilio delle presunzioni, il fatto da cui discende il lamentato pregiudizio, ossia che se egli avesse immediatamente recuperato la disponibilità dell'immobile, l'avrebbe subito impiegato per finalità produttive, quali il suo godimento diretto o la sua locazione*»⁶³. Il contrasto è stato recentemente composto dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 33645 del 2022, secondo la quale, nella fattispecie in esame, il proprietario è tenuto ad allegare, quanto al danno emergente, la concreta possibilità di godimento perduta, e, quanto al lucro cessante, lo specifico pregiudizio subito, di cui, a fronte della specifica contestazione del convenuto, è tenuto a fornire la prova anche mediante presunzioni o ricorrendo alle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza.

Per quanto concerne la prova del danno non patrimoniale, la regola generale che impone, anche *in subiecta materia*, una rigorosa applicazione del criterio di ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., subisce un temperamento attraverso l'ampia ammissione, da parte dei giudici di legittimità, del ricorso alla prova presuntiva⁶⁴.

Tra le fattispecie in cui ricorre più frequentemente la questione dell'ambito di operatività del ragionamento presuntivo ai fini della prova del danno non patrimoniale, vi è quella dei pregiudizi derivanti dalla perdita o dalla compromissione del rapporto parentale.

⁶² In tal senso si vedano, tra le altre, Cass., n. 6589 del 2023; Cass., n. 25887 del 2022; Cass., n. 20708 del 2019; Cass., n. 12630 del 2019; Cass., n. 21501 del 2018; Cass., n. 20545 del 2018; Cass., n. 21239 del 2018; Cass., n. 17460 del 2018; Cass., n. 29990 del 2018; Cass., n. 22815 del 2017.

⁶³ Cass., n. 25898 del 2016; in senso conforme, Cass., n. 20856 del 2017; Cass., n. 16670 del 2016; Cass., n. 13224 del 2016; Cass., n. 20823 del 2015; Cass., n. 5058 del 2012.

⁶⁴ In tal senso si vedano, tra le altre, Cass., n. 17554 del 2020; Cass., n. 28989 del 2019; Cass., n. 14392 del 2019; Cass., sez. lav, n. 29784 del 2018; Cass., n. 11754 del 2018.

La Corte di Cassazione ha, a più riprese, ribadito che, in caso di perdita definitiva del rapporto matrimoniale e parentale, ciascuno dei familiari superstiti ha diritto ad una liquidazione comprensiva di tutto il danno non patrimoniale subito, in proporzione alla durata e all'intensità del vissuto, nonché alla composizione del restante nucleo familiare in grado di prestare assistenza morale e materiale, avuto riguardo all'età della vittima e a quella dei familiari danneggiati, alla personalità individuale di costoro, alla loro capacità di reazione e sopportazione del trauma e ad ogni altra circostanza del caso concreto, da allegare e provare (anche presuntivamente, secondo nozioni di comune esperienza) da parte di chi agisce in giudizio, spettando alla controparte la prova contraria di situazioni che compromettono l'unità, la continuità e l'intensità del rapporto familiare⁶⁵.

L'essenzialità del compiuto assolvimento dell'onere assertorio è sottolineata con particolare rigore dalla sentenza n. 10527 del 2011 della Terza Sezione civile della Corte di Cassazione, secondo la quale, nel caso di morte di un prossimo congiunto, un danno non patrimoniale diverso ed ulteriore rispetto alla sofferenza morale (c.d. danno da rottura del rapporto parentale) non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstite lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, ma esige la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, che è onere dell'attore allegare e provare. Tale onere di allegazione, peraltro, va adempiuto in modo circostanziato, non potendo risolversi in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche⁶⁶.

Secondo altre pronunce, ai fini della delimitazione dell'estensione dell'onere della prova gravante sul familiare superstite, assume, invece, rilevanza il grado di parentela, perché il soggetto che abbia patito un danno per l'uccisione di un membro della famiglia nucleare viene a trovarsi in posizione di vantaggio, potendo lo stretto vincolo di parentela costituire il fatto noto attraverso il quale risalire al fatto ignorato dell'esistenza di un danno ai sensi dell'art. 2727 c.c. Trattandosi, tuttavia, di *preaesumptio hominis* spetta al convenuto l'onere di dimostrare che, nonostante lo stretto rapporto di parentela, la vittima primaria e la vittima secondaria non erano legati da alcun vincolo affettivo.

⁶⁵ Cass., n. 11212 del 2019; v. anche Cass., n. 2788 del 2019; Cass., n. 14655 del 2017. V. anche Cass., n. 22397 del 2022.

⁶⁶ In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto non adeguatamente adempiuto il suddetto onere di allegazione da parte dei genitori di persona deceduta in un sinistro stradale che avevano domandato il ristoro – in aggiunta al danno morale – anche del danno c.d. esistenziale, allegando a fondamento di tale pretesa la perdita “del piacere di condividere gioie e dolori col figlio” e dei “riti del vivere quotidiano, quali potevano essere il cinema assieme alla sera, l'alternarsi alla guida della macchina, le vacanze, le telefonate durante la giornata, il caffè appena svegli, il pranzo, la cena, i regali inattesi”. In tal senso v. anche Cass., n. 11269 del 2018; Cass., n. 28989 del 2019.

In tale prospettiva la presunzione non opera, invece, in caso di uccisione o grave menomazione di un parente non stretto (quale potrebbe essere il cugino, il nipote *ex fratre*, ecc.), gravando sull'attore l'onere di dimostrare che era legato alla vittima da un intenso rapporto affettivo, la cui rottura ha provocato conseguenze pregiudizievoli in termini di sofferenza morale e di alterazione dell'esistenza.

In questo caso la prova deve vertere non solo sullo stato di afflizione in cui è venuto a trovarsi il superstite dopo la scomparsa del congiunto, ma anche sulla natura e sul concreto svolgimento del rapporto interpersonale con quest'ultimo. Potranno, a tale fine, essere dedotti quali fatti secondari utili al ragionamento presuntivo, la stretta frequentazione con la vittima, la vicinanza di affetti o di interessi, un'intesa amichevole, la risalente e prolungata convivenza e comunque qualunque altro elemento concreto da cui desumere l'assimilabilità di quel rapporto ad una relazione filiale, genitoriale o fraterna.

Su questa linea, le pronunce della Sezione lavoro n. 29784 del 2018 e n. 26614 del 2019, hanno affermato che la prova del danno da sofferenza interiore per la perdita del familiare può essere fornita mediante presunzione fondata sull'esistenza dello stretto legame di parentela riconducibile all'interno della famiglia nucleare, superabile dalla prova contraria, gravante sul danneggiante, imperniata non sulla mera mancanza di convivenza (che, in tali casi, può rilevare al solo fine di ridurre il risarcimento rispetto a quello spettante secondo gli ordinari criteri di liquidazione), bensì sull'assenza di legame affettivo tra i superstiti e la vittima, nonostante il rapporto di parentela.

In termini non dissimili si è espressa l'ordinanza n. 3767 del 2018 della Sesta Sezione civile (sottosezione terza), secondo la quale l'uccisione di una persona fa presumere da sola, ex art. 2727 c.c., una conseguente sofferenza morale in capo ai genitori, al coniuge, ai figli o ai fratelli della vittima, a nulla rilevando né che la vittima e il superstite non convivessero, né che fossero distanti (circostanze, queste ultime, le quali potranno essere valutate ai fini del *quantum debeatur*). Nei casi suddetti è, pertanto, onere del convenuto provare che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio, e che, di conseguenza, la morte della prima non abbia causato pregiudizi non patrimoniali di sorta al secondo⁶⁷.

La sentenza n. 11269 del 2018 della Terza Sezione civile ha chiarito che le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa

⁶⁷ In tale direzione v., altresì, Cass., n. 12146 del 2016.

i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della cd. vicinanza della prova), essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'*id quod plerumque accidit*; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile *in re ipsa* derivante esclusivamente dall'omessa informazione.

3. L'accertamento del nesso causale nel processo civile

Nel processo civile l'accertamento del nesso causale, quale momento del giudizio di fatto, è governato dal principio del libero convincimento espresso dall'art. 116 c.p.c., a mente del quale il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.

In forza di tale canone generale, al di fuori delle prove legali, al giudice è demandato di stabilire l'efficacia probatoria dei fatti dimostrativi introdotti in giudizio dalle parti.

Una conferma di tale assunto si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite n. 20867 del 2020, con la quale è stato affermato che *«in tema di ricorso per cassazione, per dedurre la violazione dell'art. 115 c.p.c., occorre denunciare che il giudice, in contraddizione espressa o implicita con la prescrizione della norma, abbia posto a fondamento della decisione prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli (salvo il dovere di considerare i fatti non contestati e la possibilità di ricorrere al notorio), mentre è inammissibile la diversa doglianza che egli, nel valutare le prove proposte dalle parti, abbia attribuito maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività valutativa consentita dall'art. 116 c.p.c.»*.

Siffatto potere di valutazione non può, tuttavia, ritenersi libero, essendo rinvenibili, già a livello codicistico, regole di giudizio riconducibili alla logica ed alla ragionevolezza. Si allude, in particolare, alle massime di esperienza di cui all'art. 115, secondo comma, c.p.c. ed ai criteri logici che guidano il ragionamento inferenziale nella prova presuntiva (art. 2729 c.c.).

L'esigenza di ricondurre il giudizio sulle prove entro parametri di razionalità e di verificabilità *ab externo* ha indotto la dottrina e la stessa giurisprudenza ad integrare, in via interpretativa, gli scarni spunti normativi mediante l'elaborazione di parametri di valutazione della prova oggettivi e generalizzabili.

Tra questi, primaria importanza rivestono gli *standard* probatori, i quali indicano il livello di prova necessario affinché un determinato enunciato di fatto possa ritenersi dimostrato⁶⁸.

Occorre, tuttavia, considerare che la verità accertata nel giudizio civile non coincide con quella aristotelica, in quanto, per un verso, sconta le limitate possibilità di conoscenza umane e la relatività delle stesse spiegazioni che la scienza è in grado di offrire e, per l'altro, si affida, per lo più, alla logica del giudice, la quale è essenzialmente induttiva, o retorico-argomentativa e non formale-dimostrativa⁶⁹, perché, appunto, riconducibile al principio del libero convincimento di cui all'art. 116 c.p.c.

Di qui la preoccupazione, avvertita da una parte della dottrina, che l'accertamento fattuale sia supportato da solide basi razionali esplicitate attraverso la motivazione.

In tale prospettiva, la certezza processuale dell'enunciazione giudiziale della verità di un fatto può ritenersi raggiunta quando l'apparato argomentativo del provvedimento giurisdizionale risulti completo, attendibile, plausibile, coerente e, quindi, in definitiva, razionalmente credibile⁷⁰.

3.1. Il ruolo dello standard probatorio nel giudizio di fatto sulla causalità

Si è già detto della funzione dello *standard* probatorio nel percorso logico attraverso il quale il giudice pone la prova a fondamento della verità dell'enunciato relativo al fatto ignoto o controverso⁷¹.

Lo *standard* di prova misura, quindi, il grado di capacità dimostrativa delle prove nel caso concreto e consente al giudice di rispondere ai seguenti interrogativi:

- a) vi sono agli atti prove o elementi di prova che consentono di affermare, con riguardo al caso concreto nella sua unicità ed irripetibilità, ed attraverso inferenze razionali, che un determinato enunciato fattuale sia vero?
- b) qual è il grado di probabilità logica necessario e sufficiente per poter affermare provato e quindi vero l'enunciato fattuale?

La giurisprudenza di legittimità, in linea con il principio nomofilattico enunciato dalla sentenza n. 576 del 2008, afferma, con orientamento consolidato, che

⁶⁸ È appena il caso di ricordare che nel processo civile il giudizio di fatto investe non tanto l'esistenza o l'inesistenza dei fatti dedotti dalle parti a fondamento delle rispettive pretese, ma la verità o la falsità delle enunciazioni fattuali dalle stesse allegate.

⁶⁹ Così R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, 11, 2516 e ss.

⁷⁰ In questi termini, ancora, R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, cit., 2516 e ss.

⁷¹ Secondo R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, cit., 2516 e ss. lo *standard* di prova è la soglia di convincimento raggiunta la quale il giudice può ritenere pienamente provato il fatto e portare lo stesso a fondamento della decisione.

nella responsabilità civile il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerarsi causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – ad una valutazione *ex ante* – del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del “più probabile che non”, mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”.

Peraltro, lo *standard* della preponderanza dell'evidenza, nonostante sia stato elaborato ai fini della verifica del nesso causale, è ritenuto utilizzabile quale parametro tendenzialmente generale per l'accertamento dei fatti nel processo civile⁷².

È stato, tuttavia, rilevato come all'enunciazione di tale criterio non sia seguita, da parte della giurisprudenza, una precisazione delle sue specifiche modalità applicative e, quindi, la definizione di un criterio rigoroso, chiaro, determinato nei suoi elementi strutturali e funzionali, applicabile in modo almeno tendenzialmente uniforme e suscettibile di adeguato controllo in sede d'impugnazione⁷³.

⁷² Per una recente affermazione della portata generale del principio, v. Cass., 6 febbraio 2019, n. 3487, secondo la quale *«In tema di usucapione, l'assolvimento dell'onere probatorio gravante su chi invoca l'acquisto a titolo originario della proprietà, pur dovendo essere apprezzato con particolare rigore, è comunque soggetto alla regola della “preponderanza dell'evidenza” o “del più probabile che non” propria del processo civile e non a quella della prova “oltre il ragionevole dubbio” propria del processo penale, stante l'equivalenza dei valori in gioco tra le due parti contendenti nel processo civile e la diversità di quelli in gioco tra accusa e difesa in quello penale. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata in quanto il giudice del merito aveva rigettato la domanda di usucapione, ritenendo che in questa materia trovasse applicazione il criterio del processo penale della prova oltre ogni ragionevole dubbio e fosse, viceversa, insufficiente il canone civilistico del “più probabile che non”)»*.

⁷³ Così R. POLI, *Logica del giudice, standard di prova e controllo in cassazione*, in *www.Judicium.it*, il quale, richiamando FERRER BELTRAN, aggiunge che i requisiti metodologici per formulare uno *standard* di prova sono: *«a) che siano relativi alla capacità giustificativa del quadro probatorio rispetto alle conclusioni raggiunte, intersoggettivamente controllabili e quindi con esclusione di criteri soggettivi del giudice; b) che assolvano la funzione di stabilire una soglia, la più precisa possibile, a partire dalla quale una ipotesi di fatto possa considerarsi sufficientemente corroborata ai fini della decisione che deve essere presa; c) considerato che il ragionamento probatorio si fonda sulla probabilità logica o induttiva, e non matematica, la soglia di sufficienza probatoria non può essere stabilita mediante numeri o formule matematiche, ma attraverso l'adozione di criteri qualitativi; d) gli standard di prova necessari per le distinte fasi del procedimento devono essere ordinati secondo livelli di esigenza progressiva»*.

Una posizione più radicale ha, invece, proposto di integrare le indicazioni della giurisprudenza di legittimità suggerendo, quale *standard* di valutazione della prova, il criterio della “probabilità logica prevalente”, «*come criterio al quale il giudice deve attenersi nel determinare se un enunciato di fatto ha o non ha ricevuto sufficiente conferma probatoria, e quindi nello stabilire se tale enunciato può o non può considerarsi come “vero” ai fini della decisione*»⁷⁴. Tale canone, sottolinea l’opinione in parola, consiste nella combinazione di due regole: la regola del più “probabile che non” e la regola della “probabilità relativa”.

Si è, tuttavia, da altra parte, rimarcato come neppure i suddetti parametri consentano di stabilire *ex ante* quando un enunciato di fatto abbia ricevuto sufficiente conferma probatoria per poter essere considerato vero, o prevalentemente vero, rispetto ad un altro enunciato; né, per la loro eccessiva semplificazione, consentono di soddisfare l’obbligo di motivazione, il quale richiede l’indicazione delle specifiche ragioni del convincimento del giudice alla luce della razionale valutazione delle prove disponibili nel caso concreto; ragioni che devono essere espresse in forme tali da garantirne la sindacabilità in sede d’impugnazione⁷⁵.

3.2. Leggi scientifiche e leggi statistiche

La complessità della ricostruzione giuridica della causalità è dovuta principalmente al fatto che il diritto non ha elaborato una propria teoria dei rapporti tra causa ed effetto, così che l’accertamento processuale del nesso causale non può prescindere dalle conoscenze tratte da settori scientifici extragiuridici⁷⁶.

A ciò deve aggiungersi che la più moderna concezione epistemologica – anche in conseguenza della rivoluzione attuata dalla teoria della relatività di Einstein – esclude il carattere certo del sapere scientifico, nel senso della corrispondenza della scienza a leggi universali immutabili sulla cui base si possano costruire processi di derivazione rigidamente deterministici. La stessa meccanica quantistica concepisce ogni asserzione scientifica come probabile, anche in ragione del carattere finito e limitato delle sperimentazioni alle quali un determinato asserto può essere sottoposto.

Se le leggi scientifiche non sono, dunque, certe, ma dotate di un grado significativo di probabilità, la loro utilizzazione nella valutazione giuridica della causalità comporta la trasposizione del modello probabilistico nel processo.

⁷⁴ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 101 ss.

⁷⁵ Ancora, in questi termini si esprime R. POLI, *op. ult. cit.*, 18.

⁷⁶ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 399.

Tale modello epistemologico assume rilevanza in due essenziali momenti della verifica del nesso causale:

- 1) quello, governato dal modello nomologico-deduttivo, che mira a ricondurre la sequenza tra condotta lesiva ed evento dannoso sotto una legge scientifica di copertura che consenta, ancorché in termini, appunto, di probabilità, di istituire tra fatto antecedente e fatto successivo un rapporto di condizionamento necessario in termini che non possono che essere generali;
- 2) quello dell'applicazione degli esiti di tale accertamento al caso concreto ed individuale, nel quale assumono fondamentale rilievo:
 - a) la norma giuridica violata;
 - b) le risultanze probatorie emerse nel corso del giudizio⁷⁷.

Il primo momento dell'indagine è volto ad individuare una legge di copertura che sia in grado di rendere plausibile l'ipotesi ricostruttiva per la quale la condotta oggetto di indagine ha costituito la *condicio sine qua non* di quel determinato evento. In questo segmento del processo conoscitivo del giudice la probabilità assume rilevanza ai fini della credibilità interna della legge di copertura, nel senso che dipende dal grado di conferma che quella determinata ipotesi causale ottiene nel settore scientifico di riferimento.

In tale ambito il giudice non ha, in linea di massima, margini di valutazione, essendo, di norma, la ricerca e l'identificazione della legge scientifica di copertura demandata al c.t.u.

Nel secondo momento dell'accertamento giudiziale la probabilità assume una rilevanza, per così dire, *esterna*, nel senso che costituisce la misura della persuasività in concreto della legge di copertura alla luce delle conferme ricavate sul piano probatorio e della maggiore credibilità logica di tale ipotesi rispetto a quelle alternative ipotizzabili⁷⁸.

È in questa fase dell'accertamento che viene in rilievo il criterio del "più probabile che non", quale misura del convincimento del giudice in ordine alla sussistenza del nesso causale sufficiente per ritenere processualmente vera l'ipotesi causale prospettata dall'attore.

Come evidenziato nella sentenza Franzese⁷⁹, il livello di credibilità razionale (che nel sistema penale è espresso dalla regola della prova "al di là di ogni ragionevole dubbio"), non riguarda il parametro nomologico utilizzato per spiegare l'ipotesi causale concreta e indicante una «*mera relazione quantitativa entro*

⁷⁷ In questi termini si esprime F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 399 e ss.

⁷⁸ In tal senso, ancora, F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 399 e ss.

⁷⁹ Cass. pen., S.U., n. 30328 del 2002.

generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità», bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto, non essendo possibile dedurre automaticamente e proporzionalmente dal solo coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità.

È, dunque, possibile distinguere tra:

- a) probabilità statistica, che attiene al problema astratto della verifica empirica dell'ipotesi esplicativa causale alla luce della misura della frequenza che connota la successione di tipi di evento e dalla quale dipende o meno il carattere di scientificità;
- b) probabilità logica, la quale concerne il problema concreto dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica con riferimento al singolo evento oggetto di esame e della persuasività o credibilità razionale del relativo accertamento giudiziale alla luce del ragionamento induttivo rispetto al quadro probatorio⁸⁰.

È in tale schema ricostruttivo che va collocata la distinzione tra la probabilità quantitativa, frequentista, statistica o pascaliana, e la probabilità logica o baconiana.

La prima si fonda sulle leggi statistiche *«che mostrano una mera regolarità statistica di tipo frequentista fra il presentarsi di un evento di tipo "A" e uno di tipo "B", affermando che il verificarsi di un certo evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi (ad es. "nove su dieci A sono seguite da B")»*⁸¹.

La probabilità statistica esprime, invece, la frequenza con cui l'evento si verifica durante l'osservazione⁸².

Le leggi statistiche non si rivelano utili all'accertamento della sussistenza del nesso causale nel caso singolo, in quanto affermano che determinate classi di eventi si susseguono secondo un dato rapporto di proporzione tra loro, ossia secondo una data regola di frequenza⁸³.

⁸⁰ V.F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 399 e ss.

⁸¹ Così L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 35 ss., cit. in R. POLI, op. ult. cit., 12, spec. nota 47.

⁸² In questi termini, R. POLI, op. ult. cit., 12, il quale chiarisce che se n rappresenta il numero degli esperimenti ed m il numero di volte con cui l'evento si verifica, la probabilità-frequenza è data dal rapporto tra il numero delle volte in cui l'evento si è verificato con il numero degli esperimenti m/n .

⁸³ Così R. POLI, op. ult. cit., 12.

La c.d. probabilità logica o baconiana descrive, invece, il rapporto tra un'ipotesi fattuale e il c.d. *grado di conferma* che la stessa riceve dagli elementi di prova disponibili nel caso concreto. Essa si riferisce, in particolare, alla probabilità che un'affermazione sia o meno veritiera attraverso il ragionamento logico fondato sugli elementi di prova⁸⁴.

La dottrina ha, inoltre, evidenziato che il giudice raggiunge il convincimento in ordine alla verità di un determinato fatto (X) attraverso il ragionamento inferenziale che tiene conto degli elementi conoscitivi ricavabili dai fatti secondari Y, J e K, provati o comunque incontrovertibili. Ne deriva che il grado o la misura della probabilità logica dipende «*dalla solidità della regola di associazione dei fatti Y, J, K rispetto a X applicata dal giudice al ragionamento inferenziale di cui si tratta. E la solidità di tale regola dipende sia dalla gravità, precisione e concordanza delle prove e degli elementi di prova (Y, J e K), sia dalla forza intrinseca della generalizzazione adottata (astrattamente considerata), sia dalla presenza delle c.d. variabili rilevanti, ovvero circostanze del caso concreto che possono, a seconda dei casi, rafforzare, oppure al contrario attenuare, significativamente ridurre e perfino eliminare la forza della generalizzazione stessa (fermo restando che, come già ricordato, anche la forza della generalizzazione non può essere misurata in termini precisi ed assoluti – e ancor meno in termini numerici – perché essa dipende dalla “struttura culturale di riferimento” di colui che la applica)*»⁸⁵.

Secondo tale prospettiva, per poter essere posta a fondamento di un giudizio di verità di un fatto, la frequenza riportata nella legge statistica dovrà essere tale da rappresentare, alla luce degli altri elementi di prova, che la verità del fatto ignoto da provare è normalmente associata, almeno secondo *l'id quod plerumque accidit*, alla verità del fatto provato, e che non sussistono elementi di prova contrari, in grado di contraddire tale spiegazione⁸⁶.

3.3. Le massime di esperienza

Il ragionamento inferenziale in cui si sostanzia la prova presuntiva può trovare copertura non soltanto in leggi scientifico-statistiche, ma anche in regole tratte dalla comune esperienza, della cui utilizzabilità da parte del giudice si ha riscontro positivo nell'art. 115, secondo comma, c.p.c., a mente del quale «*Il giudice può, tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*».

⁸⁴ V., ancora, R. POLI, op. ult. cit., 12-13.

⁸⁵ R. POLI, *Logica del giudice, standard di prova e controllo in cassazione*, cit., 13 e 14.

⁸⁶ In tal senso si veda, ancora, R. POLI, *Logica del giudice, standard di prova e controllo in cassazione*, cit., 13 e 14.

Per massima di esperienza si intende una regola, ricavata mediante la generalizzazione di fatti che si verificano nell'esperienza, utilizzabile dal giudice per formulare inferenze e valutazioni in seno al giudizio di fatto⁸⁷.

Secondo la migliore dottrina, si tratta di «*criteri di valutazione di fatti accertati, e non già mezzi di accertamento di fatti*» da tenere distinti dai fatti notori, i quali, invece, identificano circostanze concrete, che non solo non sono soggette a prova, ma, sono sottratte allo stesso onere di allegazione⁸⁸, ove assumano rilevanza quali fatti secondari o probatori⁸⁹.

In particolare, il fatto notorio è un fatto realmente accaduto la cui emergenza processuale è sottratta alla disponibilità delle parti e che, nella sua realtà storica, non è soggetto ad alcuna valutazione e non implica alcun ragionamento di tipo inferenziale, perché rientra nelle conoscenze dell'uomo di media cultura in un dato tempo e in un determinato luogo.

La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che «*Il fatto notorio, derogando al principio dispositivo ed a quello del contraddittorio e dando luogo a prove non fornite dalle parti e relative a fatti da esse non vagliati e controllati, dev'essere inteso in senso rigoroso, cioè come fatto acquisito con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile, e non quale evento o situazione oggetto della mera conoscenza del singolo giudice. Conseguentemente, per aversi fatto notorio occorre, in primo luogo, che si tratti di un fatto che si imponga all'osservazione ed alla percezione della collettività, di modo che questa possa compiere per suo conto la valutazione critica necessaria per riscontrarlo, sicché al giudice non resti che constatarne gli effetti e valutarlo soltanto ai fini delle conseguenze giuridiche che ne derivano; in secondo luogo, occorre che si tratti di un fatto di comune conoscenza, anche se limitatamente al luogo ove esso è invocato, o perché appartiene alla cultura media della collettività, ivi stanziata, o perché le sue ripercussioni sono tanto ampie ed immediate che la collettività ne faccia esperienza comune anche in vista della sua incidenza sull'interesse pubblico che spinge ciascuno dei componenti della collettività stessa a conoscerlo*»⁹⁰.

Per contro, le massime di esperienza, non operano sul terreno dell'accadimento storico, bensì su quello della valutazione dei fatti, dal momento che sono regole di giudizio basate su leggi, naturali, statistiche o di mera esperienza, comunemente e pacificamente accettate in un determinato ambiente.

⁸⁷ M. TARUFFO, *Liberio convincimento del giudice*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990.

⁸⁸ S. SATTÀ, *Commentario al c.p.c.*, I, Milano, 1966, 462.

⁸⁹ L. MONTESANO, *Osservazione sui fatti notori*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, 227.

⁹⁰ Cass., 16 dicembre 2019, n. 33154; in senso conforme v. anche Cass., 19 marzo 2014, n. 6299.

Il limite di applicazione delle massime di esperienza si determina in negativo, attraverso ciò che non può entrare nel ragionamento probatorio senza viziare la logicità e, in particolare, non sono utilizzabili:

- a) le massime appartenenti, non alla generalità di un ambiente sociale, ma a minoranze di qualsiasi tipo;
- b) le massime contraddette da regole scientifiche;
- c) le massime contraddette da altre massime di senso comune.

La massima di comune esperienza è il risultato del processo di generalizzazione dei caratteri comuni di una serie di fatti passati che, pur essendo estranei al processo, vengono assunti come dati di partenza. Pertanto, la sua forza esplicativa è pari a quella posseduta dai casi precedenti⁹¹.

Una dottrina ha proposto una classificazione delle massime di esperienza in ragione dei campi del sapere cui appartengono⁹², identificando regole di sapere comune (ad es. «il terzo disinteressato dice il vero»; «il terzo interessato è inattendibile»; «la dichiarazione della parte sfavorevole ai propri interessi e favorevole a quelli della controparte è vera»); regole di sapere medico («la persona sotto turbamento psichico percepisce male»); regole di sapere tecnico (es. «l'acqua bolle a 100 gradi»).

Altra dottrina⁹³ ha ampliato l'ambito di operatività delle regole in questione distinguendo tra:

- a) funzione euristica (la massima di esperienza viene utilizzata dal giudice per formulare una ipotesi ricostruttiva dei fatti di causa);
- b) funzione epistemica (la massima di esperienza serve per la formulazione del ragionamento presuntivo, ovvero per trarre dai fatti noti la conoscenza dei fatti ignorati);
- c) funzione giustificativa (la massima di esperienza si manifesta nel contesto della motivazione della decisione sui fatti di causa per formulare inferenze che rendano giustificato l'accertamento dei fatti).

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «*Le massime o nozioni di comune esperienza costituiscono regole di giudizio di carattere generale, derivanti dall'osservazione reiterata di fenomeni naturali e socioeconomici di cui il giudice è tenuto ad avvalersi, in base all'art. 115 cod. proc. civ., come*

⁹¹ Come chiarito da M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 553, tali regole non vanno, quindi, confuse con le regole della logica e dell'argomentazione razionale, le quali non esprimono pretese «conoscenze» su fatti e comportamenti, ma contengono i criteri che devono essere seguiti per costruire un ragionamento logicamente corretto

⁹² A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 417 e ss.

⁹³ M. TARUFFO, in CARRATTA-TARUFFO, *Poteri del giudice*, Bologna, 2011, 501.

regola di giudizio destinata a governare sia la valutazione delle prove che l'argomentazione di tipo presuntivo. Equità ed esperienza, tuttavia, costituiscono tecniche di apprezzamento dei fatti che, per quanto omogenee, non sono tra loro sovrapponibili; ne consegue che la quantificazione di una somma (nella specie, concernente le prestazioni extra-contratto di un appalto) può logicamente ascrivere a regole di esperienza solo quando abbia ad oggetto una prestazione di carattere usuale suscettibile di oscillazioni minime da caso a caso, oppure quando tale determinazione costituisca la risultante concreta di fatti notori e di nozioni di pratica comune»⁹⁴.

Ancora, la sentenza n. 22022 del 28 ottobre 2010 della Terza Sezione civile ha affermato che il giudice è tenuto ad avvalersi, come regola di giudizio destinata a governare sia la valutazione delle prove, che l'argomentazione di tipo presuntivo, delle massime d'esperienza (o nozioni di comune esperienza), da intendersi come proposizioni di ordine generale tratte dalla reiterata osservazione dei fenomeni naturali o socioeconomici. Ne consegue che il mancato ricorso, da parte del giudice del merito, a dette massime, in quanto interferente sulla valutazione del fatto, è suscettibile di essere apprezzato sotto il profilo del vizio della motivazione, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c. In applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza di merito che, omettendo di applicare la massima d'esperienza secondo cui il consumo di un prodotto farmaceutico tende, a parità di condizioni, a diminuire a fronte del suo aumento di prezzo, aveva rigettato il motivo d'appello con il quale la Presidenza del Consiglio dei ministri ed il CIPE chiedevano la riduzione del risarcimento liquidato in primo grado in favore di una casa farmaceutica per l'omessa pubblicazione in Gazzetta ufficiale dell'aumento del prezzo di un farmaco già commercializzato, non avendo il giudice del gravame neppure considerato che il creditore – onerato della relativa prova, giacché attinente alle conseguenze patrimoniali da lucro cessante – non aveva provato l'assenza sul mercato di farmaci di analoga efficacia terapeutica ovvero che il nuovo prezzo del farmaco in questione si allineava, comunque, a quelli medi di altri farmaci analoghi.

3.4. Il criterio del “più probabile che non” nella giurisprudenza di legittimità

Nella definizione giurisprudenziale dello statuto della prova del nesso causale nella responsabilità civile, primaria importanza rivestono le indicazioni ermeneutiche offerte dalla sentenza delle Sezioni Unite civili dell'11 gennaio 2008 n. 576.

⁹⁴ Cass., 4 ottobre 2011, n. 20313.

La pronuncia prende le mosse dall'affermazione dell'«*insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale*», emersa dalle «*concezioni moderne della responsabilità civile*», che calibrano la responsabilità civile sul danno – e quindi non sul “*fatto in quanto tale*” – laddove il fatto-reato è al centro dell'accertamento finalizzato a irrogare la sanzione penale. E il danno, che deve comunque rapportarsi a un fatto, rileva sotto «*due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, retto il primo dalla causalità materiale ed il secondo da quella giuridica*». La causalità materiale è quella che «*presenta rilevanti analogie con quella penale, artt. 40 e 41 c.p.*», mentre «*la determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria*» è regolata dagli articoli 1223 e 2056 c.c., così che il risarcimento deve comprendere le perdite «*che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo (c.d. causalità giuridica), per cui esattamente si è dubitato che la norma attenga al nesso causale e non piuttosto alla determinazione del quantum del risarcimento, selezionando le conseguenze dannose risarcibili*».

Quindi, secondo le Sezioni Unite, per la causalità materiale si applicano i principi di cui agli articoli 40 e 41 c.p. – nel senso che «*un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della condicio sine qua non)*»; e il rigore del principio dell'equivalenza delle cause per cui, «*se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale*», evinto dall'articolo 41, primo comma, c.p., «*trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41 c.p., comma 2, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto*».

Peraltro, precisano le Sezioni Unite, «*non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quella simile della c.d. regolarità causale*» (*l'id quod plerumque accidit*). E, allora, in forza di quest'ultimo principio «*ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili*».

Privilegiando, quanto alle modalità del giudizio di adeguatezza, un'impostazione della prevedibilità oggettiva ed *ex ante* e precisando che tale “prognosi

postuma” va effettuata in astratto, e non in concreto, e che il parametro valutativo «non è quello della conoscenza dell'uomo medio ma delle migliori conoscenze scientifiche del momento (poiché non si tratta di accertare l'elemento soggettivo, ma il nesso causale)», la pronuncia nomofilattica afferma che «ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento». In tal modo il principio della regolarità causale assume la funzione di misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito.

Ma la novità più significativa introdotta dalla pronuncia del 2008 risiede nell'individuazione nella regola probatoria della più rilevante differenza tra il giudizio civile e penale sul nesso causale. Infatti, nel primo vige la regola della prova “*oltre il ragionevole dubbio*”, mentre nel secondo si applica 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.

Peraltro, avvertono le Sezioni Unite, lo *standard* di certezza probabilistica che regola l'accertamento civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. 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 (c.d. probabilità logica o baconiana); e quindi, impostata la probabilità come relazione logica, l'attendibilità dell'ipotesi deve essere valutata proprio sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. *evidence and inference* nei sistemi anglosassoni).

Una significativa conferma dei richiamati principi nomofilattici si rinviene nella sentenza della Terza Sezione civile n. 15991 del 2011, per cui «*la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del “più probabile che non”), che si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del “50% plus unum”*».

Applicando tale principio, la Corte ha precisato che nell'ipotesi in cui vi siano varie concause, di cui una sola giunga al 40% mentre altre dieci in totale raggiungano un'incidenza probabilistica del 30%, «non per questo la domanda risarcitoria sarà per solo rigettata – o geneticamente trasmutata in risarcimento da chance perduta –, dovendo viceversa il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento che trova la sua fonte nell'art. 116 c.p.c., valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto e addivenire, all'esito di tale giudizio comparativo, alla più corretta delle soluzioni possibili».

La giurisprudenza successiva, attestandosi su tali direttrici ermeneutiche, ha confermato che la verifica del nesso causale tra condotta omissiva e fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità positiva o negativa del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio controfattuale, che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto. Tale giudizio, osserva l'ordinanza della Terza Sezione civile n. 23197 del 27 settembre 2018, deve essere effettuato sulla scorta del criterio del "più probabile che non", conformandosi ad uno standard di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale 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 nel caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana). Nel dare applicazione al principio, in un caso in cui alla omessa diagnosi di appendicite acuta era comunque seguita la risoluzione della patologia mediante intervento chirurgico, all'esito del quale era peraltro insorto uno stato di coma con pericolo di vita, la Corte di Cassazione ha affermato che, sostituendo alla omessa diagnosi la corretta rilevazione della patologia, sarebbe rimasto immutato, nella sequenza sopra indicata, il segmento causale successivo, posto che l'intervento chirurgico aveva trovato il diretto antecedente causale nella malattia non altrimenti trattabile e il successivo stato di coma aveva costituito un evento del tutto anomalo ed eccezionale, la cui genesi eziologica era stata assorbita nella efficienza deterministica esclusiva della condotta gravemente imperita dell'anestesista nel corso dell'intervento⁹⁵.

⁹⁵ V. anche, in tema di responsabilità per cose in custodia, Cass., 1° febbraio 2018, n. 2482, secondo cui «la verifica del nesso causale tra condotta omissiva e fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità positiva o negativa del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio controfattuale, che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto. Tale giudizio deve essere

Il graduale affinamento dei principi dettati dall'arresto nomofilattico del 2008 si coglie nella recente sentenza della Terza Sezione civile n. 26304 del 29 settembre 2021 così massimata: *«In tema di responsabilità civile, il criterio del “più probabile che non” costituisce il modello di ricostruzione del solo nesso di causalità – regolante cioè l'indagine sullo statuto epistemologico di un determinato rapporto tra fatti o eventi – mentre la valutazione del compendio probatorio (nella specie, con riferimento ad un determinato comportamento in tema di responsabilità medico-sanitaria) è informata al criterio della attendibilità – ovvero della più elevata idoneità rappresentativa e congruità logica degli elementi di prova assunti – ed è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice di merito, insindacabile, ove motivato e non abnorme, in sede di legittimità»*. La pronuncia assume particolare interesse perché, per un verso, offre utili precisazioni sull'operatività dello *standard* probatorio del “più probabile che non” nei due momenti dell'accertamento sul nesso di causa (la ricostruzione della relazione causale tra classi di fatti e l'impiego funzionale del criterio probabilistico baconiano sul terreno della valutazione delle prove), e, per l'altro, traccia una distinzione tra tale *standard* e il criterio che regola la valutazione del compendio probatorio ai fini della verifica della colpa⁹⁶.

effettuato sulla scorta del criterio del “più probabile che non”, conformandosi ad uno standard di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale 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 nel caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana)». Per una recente applicazione della regola causale, v. Cass., n. 25844 del 2022.

⁹⁶ Nel giudizio di merito, i congiunti di una donna deceduta a causa della terapia radiologica e della chemioterapia necessitati dal carcinoma mammario dalla stessa sofferto, tardivamente diagnosticato, avevano agito per l'accertamento del medico che aveva eseguito gli accertamenti ecografici. La Corte d'appello aveva accertato la responsabilità dell'ecografista ritenendo che dall'indagine ecografica disposta sulla paziente in sede diagnostica fosse emersa «la piena rilevabilità, “con ottima affidabilità”, dell'alterazione neoplastica di 1,5-2,0 centimetri sofferta dalla Milano, con il conseguente riconoscimento della responsabilità dell'ecografista, in ragione della piena visibilità ecografica del tumore, tenuto conto che l'indagine era stata condotta ben conoscendo la sede e il dubbio clinico in relazione ai quali era stato sollecitato l'esame da parte dell'oncologo, e senza che fosse emersa alcuna necessità di risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà, ai sensi dell'art. 2236 c.c.».

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione l'ecografista lamentando la falsa applicazione dell'art. 1176, secondo comma, c.c. in relazione all'art 360, primo comma, n. 3, c.p.c. per avere la corte territoriale erroneamente sussunto la fattispecie nel paradigma della colpa per violazione della diligenza professionale, considerato che il c.t.u. aveva escluso la possibilità di esprimere pareri categorici “al di là di ogni dubbio” in ordine alla valutazione ecografica, con la conseguenza che la propria responsabilità sarebbe stata esclusa se il giudice di merito avesse fatto applicazione del criterio della prova “oltre ogni ragionevole dubbio”, in luogo del criterio del “più probabile che non”.

Merita di essere menzionata anche l'ordinanza n. 16581 del 2019, con la quale la Terza Sezione civile, in fattispecie in cui l'attore aveva dedotto che il fallimento di due società, delle quali egli era socio accomandatario e garante, era da imputare all'avvenuta escussione di una fideiussione dovuta all'illegittima revoca di un finanziamento pubblico e all'inadempimento di alcune obbligazioni cui, ha affermato che *«in tema di illecito civile, il nesso di causalità materiale va accertato secondo il criterio del “più probabile che non”, indicando esso la misura della relazione probabilistica concreta tra condotta ed evento dannoso, con apprezzamento non isolato bensì complessivo ed organico dei singoli elementi indiziari o presuntivi a disposizione»*.

La Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile evidenziando, in primo luogo, come la Corte d'appello avesse escluso l'operatività dell'art. 2236 c.c. per non avere il convenuto dimostrato che la vicenda diagnostica sottoposta al suo esame presentasse problemi di speciale difficoltà. Si è, inoltre, rilevato come la Corte di merito avesse posto in luce che il c.t.u. aveva affermato che le apparecchiature in uso all'epoca dei fatti garantivano la visibilità delle lesioni sovracentimetriche con "ottima affidabilità"; che con forte probabilità il tumore all'epoca dell'indagine diagnostica avesse dimensioni non inferiori a 15-20 mm e che quindi rientrasse nel *range* di visibilità ecografica in tutte le tipologie di mammelle, con conseguente piena visibilità ecografica della lesione tumorale quantomeno alla stregua del criterio del più "probabile che non". Inoltre, dalle evidenze istruttorie era emerso che il medico ecografista era stato reso edotto della sede in cui vi era un dubbio clinico e che la sua indagine era stata effettuata proprio a seguito della sollecitazione proveniente dall'oncologo.

La Terza Sezione civile ha evidenziato che il ricorrente ha confuso la prospettiva della valutazione concernente l'accertamento del nesso di causalità tra l'operato del sanitario e l'evento lesivo e l'accertamento della colpa dello stesso sanitario. La prima indagine si basa sullo standard probatorio del "più probabile che non", mentre l'accertamento induttivo della colpa si basa sulla correttezza dell'inferenza critica la quale può ritenersi sussistente quando il compendio probatorio presenta una elevata attendibilità rappresentativa rispetto al fatto ignoto della visibilità della lesione tumorale. La Corte ha, quindi, ricordato la particolarità dell'impiego funzionale del "più probabile che non" sul terreno dell'accertamento causale, distinguendo tra il momento di ricostruzione della relazione causale tra fatti (che richiede necessariamente il riferimento a leggi scientifiche o a massime di esperienza costruite su basi probabilistiche) e l'impiego funzionale del "più probabile che non" sul terreno della valutazione delle prove che, viceversa, attiene all'intrinseca qualità rappresentativa di un determinato fatto rispetto al *thema probandum*, secondo una relazione probabilistica tra 'fatto probante' e 'fatto probando' che non guarda all'osservazione scientifica di uno stato di cose come nell'ambito della relazione causale, quanto, piuttosto, all'intrinseca intensità espressiva in termini rappresentativi.

Dopo aver ribadito che il criterio della preponderanza dell'evidenza si usa nel giudizio sul nesso causale, la Corte ha affermato che la valutazione degli elementi indiziari attestanti la colpa alla stregua dello standard probatorio in questione non intercetta un vizio di legittimità suscettibile di essere sindacato dalla Corte, ove il giudice di merito abbia comunque tratto inferenze critiche non illogiche e, dunque, censurabili in sede di legittimità sotto il profilo della motivazione (ovvero nei termini del vizio del ragionamento integrante abnormità rilevante ai sensi dell'art. 132, n. 4, c.p.c.).

Un'altra interessante applicazione del nuovo statuto sullo standard probatorio del nesso di causa si rinviene nella sentenza della Terza Sezione civile n. 21530 del 27 luglio 2021, secondo la quale in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale in caso di diagnosi tardiva – da compiersi secondo la regola del “più probabile che non” ovvero della “evidenza del probabile”, come pure delineata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 21 giugno 2017 in causa C-621/15 in tema di responsabilità da prodotto difettoso, in coerenza con il principio eurounitario della effettività della tutela giurisdizionale – si sostanzia nella verifica dell'eziologia dell'omissione, per cui occorre stabilire se il comportamento doveroso che l'agente avrebbe dovuto tenere sarebbe stato in grado di impedire o meno, l'evento lesivo, tenuto conto di tutte le risultanze del caso concreto nella loro irripetibile singolarità, giudizio da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma anche all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica).

La Corte ha ritenuto immune da vizi la decisione di merito che, facendo corretta applicazione dell'enunciato principio, aveva fondato la responsabilità di una struttura sanitaria, per colpa dei medici ivi operanti, in relazione al decesso di una paziente derivato dal ritardo di un solo giorno con cui le era stata diagnosticata la cd. “sindrome di Lyell” non soltanto sul dato statistico delle percentuali di sopravvivenza dei pazienti affetti da detta sindrome, oltre che sul giudizio controfattuale a fronte di una condotta omissiva, ma anche sulla scorta degli elementi concreti risultanti dalle espletate c.t.u. e dalle prove acquisite riguardo alla superficialità dell'anamnesi effettuata sin dal ricovero, da cui era derivata l'errata diagnosi e le conseguenti dimissioni della paziente, nonostante l'elevata temperatura corporea, per di più, previa somministrazione di un farmaco tale da abbatte il 70% le probabilità di sopravvivenza.

4. L'oggetto della prova sul nesso di causalità e la rilevanza delle spiegazioni alternative

Un elemento di complicazione della ricostruzione giudiziale del nesso causale è dato dalla multifattorialità che sovente caratterizza la produzione degli eventi lesivi o dannosi.

Infatti, se all'ipotesi causale prospettata dall'attore si contrappone una complementare ipotesi negativa, la maggiore probabilità di una delle due supposizioni ne assicura la prevalenza⁹⁷.

⁹⁷ Così R.M. DE ANGELIS, *Sulla prova del nesso causale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 2, 587 e ss.

Ma l'ipotesi causale formulata dall'attore, nella quale la condotta del convenuto viene individuata come *condicio sine qua non* dell'evento lesivo coperta da una determinata legge scientifica, può non presentarsi come l'unico processo eziologico in grado di fornire una spiegazione al verificarsi dell'evento. Potrebbero, infatti, profilarsi, in alternativa, altre possibili spiegazioni al decorso causale che ha condotto all'evento lesivo, anch'esse sorrette da una legge scientifica di copertura, in base alle quali è possibile risalire ad un antecedente causale diverso rispetto a quello prospettato in giudizio come vero.

È bene evidenziare che in tal caso siamo al di fuori del concorso di cause convergenti, dal momento che lo scenario è quello di ipotesi di derivazione causale che si escludono a vicenda, perché in astratto idonee ad istituire un processo eziologico autonomo ed esaustivo⁹⁸.

In presenza di alternative causali, il problema della probabilità assume una configurazione diversa, in quanto non si tratta di individuare una spiegazione universale o statistica dei rapporti di derivazione tra eventi (c.d. legge scientifica di copertura), perché tale spiegazione non sarebbe sufficiente a risolvere il problema della selezione del fattore causale dell'evento.

Viene, invece, in rilievo una probabilità di tipo relazionale, che impone al giudice di assumere come antecedente causale soltanto quell'evento che, sulla base di una legge scientifico-statistica di copertura, si presenti come il fattore che, con un alto tasso di probabilità o in misura "più probabile che non", si sia in concreto imposto quale condizione necessaria dell'evento lesivo rispetto alle possibili alternative causali.

La regola della prevalenza relativa si riferisce, dunque, ad una fattispecie causale in cui si prospettino più ipotesi ricostruttive e ognuna di queste risulti corroborata da un certo grado di conferma sulla base delle prove disponibili. In tale contesto probatorio, trattandosi di stabilire quale delle ipotesi positive concorrenti il giudice possa prescegliere al fine di formulare il giudizio causale, si pongono i seguenti interrogativi:

- a) è sufficiente che un'ipotesi causale, affinché venga scelta, sia la più probabile tra tutte?
- b) oppure è necessario che sia sorretta da un grado di probabilità minimo?

In dottrina è stato evidenziato che non qualunque grado di probabilità di un'ipotesi fattuale, benché prevalente sui gradi di probabilità di altre ipotesi, è sufficiente a giustificare l'accettazione, occorrendo, altresì, che la probabilità relativamente prevalente sia anche sufficiente a far considerare come vero, invece che come falso, l'enunciato in questione⁹⁹.

⁹⁸ In questi termini F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, cit., 399 e ss., spec. § 3.

⁹⁹ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2005, 1079 e ss.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità (ordinanza della Sesta Sezione civile, sottosezione terza, n. 19033 del 6 luglio 2021) ha, invece, affermato che, in tema di responsabilità civile, non si può negare il nesso eziologico fra condotta e danno solo perché vi sono più cause possibili ed alternative, ma il giudice deve stabilire quale tra esse sia “più probabile che non”, in concreto ed in relazione alle altre, e, quindi, idonea a determinare in via autonoma il danno evento.

Qualora tale accertamento non sia possibile, il problema trova soluzione nell’art. 41 c.p., in virtù del quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall’azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l’evento, essendo quest’ultimo riconducibile a tutte, tranne che si verifichi l’esclusiva efficienza causale di una di esse. In applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza di merito che, in relazione ad un sinistro tra una bicicletta e un’autovettura, aveva escluso la responsabilità del conducente di tale ultimo mezzo sul presupposto che il danno lamentato dal ciclista – una demenza post-traumatica – fosse riconducibile a più cause possibili ed alternative, fra le quali poteva annoverarsi il trauma cranico provocato dal sinistro.

Ancora, con l’ordinanza n. 4024 del 2018, la Corte di Cassazione ha evidenziato che, in presenza di più possibili e diverse concause di un medesimo fatto, nessuna delle quali appaia né del tutto inverosimile, né risulti con evidenza avere avuto efficacia esclusiva rispetto all’evento, è compito del giudice valutare quale di esse appaia “più probabile che non” rispetto alle altre nella determinazione dell’evento, e non già negare l’esistenza della prova del nesso causale, per il solo fatto che il danno sia teoricamente ascrivibile a varie ipotesi alternative.

Si pone, infine, la questione se il giudice debba porsi, anche “d’ufficio”, il problema di una spiegazione alternativa, nel senso che, per affermare l’esistenza del nesso causale debba sussistere, oltre ad un antecedente causale confermato dalla statistica, alla presenza nel caso concreto di peculiarità che lo rendano coerente con la legge scientifica o statistica, anche la mancanza di altre possibili cause che giustificano l’evento.

Sembrano deporre in tal senso i principi enunciati dalla Terza Sezione civile nella sentenza n. 11789 del 2016, secondo cui l’affermazione della responsabilità del medico per i danni cerebrali da ipossia patiti da un neonato, ed asseritamente causati dalla ritardata esecuzione del parto, esige la prova – che deve essere fornita dal danneggiato – della sussistenza di un valido nesso causale tra l’omissione dei sanitari ed il danno, prova da ritenere sussistente quando, da un lato, non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche e, dall’altro, appaia più probabile che non che un tempestivo o diverso intervento da parte del medico avrebbe evitato il danno

al neonato; una volta fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta¹⁰⁰.

Anche la scienza giuridica si è interrogata sul ruolo del decorso alternativo nell'accertamento causale e, in particolare, sulla sua riconducibilità tra i fatti costitutivi o impeditivi.

Una dottrina – che, tuttavia, non sembra trovare ulteriori conferme tra gli studiosi – rileva che, laddove la legge scientifica sia univoca, è sufficiente che l'attore dimostri che ricorrono tutte le circostanze perché quella legge scientifica si riveli utilizzabile nel caso concreto. Per contro, in presenza di una legge scientifica biunivoca o plurivoca, l'attore deve individuare e provare, sia le circostanze che rendono applicabile la legge “imperfetta”, sia quelle che rendono inapplicabili le leggi scientifiche antagoniste¹⁰¹.

La stessa opinione suggerisce l'esempio per cui, data una patologia polmonare che può essere dovuta o alla somministrazione di un farmaco in particolari condizioni del corpo, o al fumo, o all'esposizione di agenti atmosferici di un certo tipo, l'attore dovrà dimostrare l'esistenza della legge scientifica che collega la somministrazione del farmaco a quella patologia e la somministrazione in concreto del farmaco, nonché il fatto che il paziente non ha mai fumato (o non ha fumato tanto da poter imputare al fumo il proprio stato morboso) e che non è stato esposto agli agenti atmosferici in astratto responsabili della patologia¹⁰².

¹⁰⁰ In senso conforme Cass., n. 12686 del 2011.

¹⁰¹ G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2019, 1341 e ss.

¹⁰² G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit. 1341 e ss.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria

Quaderno 18 – Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 19 – Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 20 – Il giudizio civile di cassazione

Quaderno 21 – Scienza e diritto penale

Quaderno 22 – Il diritto dell'immigrazione

Quaderno 23 – Composizione negoziata della crisi di impresa e concordato
semplificato

Quaderno 24 – Contratto, contratti e mercati

Quaderno 25 – Le criticità del sistema giustizia: dall'irragionevole durata del
processo all'ingiusta detenzione

Quaderno 26 – Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio
di legalità

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Finito di stampare nel mese di giugno 2023
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

