

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CASSINO E DEL LAZIO
MERIDIONALE**

DIPARTIMENTO DI ECONOMIA E GIURISPRUDENZA



**DOTTORATO DI RICERCA IN IMPRESE, ISTITUZIONI E
COMPORAMENTI – XXIV CICLO**

CURRICULUM: ISTITUZIONI E AZIENDA

LA PROVA DEL NESSO CAUSALE

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

COORDINATORE DEL CORSO

CHIARM.MA PROF.SSA ROSELLA TOMASSONI

SUPERVISORE

CHIARM.MO PROF. ROBERTO POLI

DOTTORANDA

ROBERTA MARIA DE ANGESLIS

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

CAPITOLO I - NOZIONI INTRODUTTIVE.....	6
1. Il nesso di causalità: generalità.....	6
2. Distinzioni preliminari in tema di causalità.....	12
2.1. Causalità materiale e causalità giuridica.....	12
2.2. Causalità attiva e causalità omissiva.....	17
2.3. Causalità generale e causalità particolare (o singolare). Rinvio.....	22
2.4. Causalità penale e causalità civile. Cenni alla (pretesa) diversità della misura probabilistica nell'accertamento del nesso causale....	29
CAPITOLO II – LE TEORIE CAUSALI.....	34
1. Le teorie sull'accertamento della ricostruzione del nesso di causalità materiale.....	34
1.1. La teoria condizionalistica.....	35
1.2. La teoria della causalità adeguata (o della regolarità causale)...	41
1.3. La teoria della causalità umana o della signoria dell'uomo sul fatto.....	49
1.4. Le teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento.....	55
1.4.1. La teoria del rischio.....	57
1.4.2. La teoria dello scopo della norma violata.....	59

CAPITOLO III - CAUSALITÀ E ONERE DELLA PROVA...	63
1. Profili generali in tema di onere della prova.....	63
2. L'onere della prova nella responsabilità sanitaria in una prospettiva evolutiva.....	66
2.1. La responsabilità extracontrattuale del medico alla luce della distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato.....	66
2.1.1. La distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione...	75
2.2. La responsabilità contrattuale del medico e l'affermazione della teoria del contatto sociale qualificato ad opera di Cass. n. 589/1999.....	82
2.3. Il regime probatorio elaborato dalle sezioni unite civili del 2001 e i suoi riflessi in ambito sanitario.....	90
2.4. Le sezioni unite del 2008 e l'allegazione dell'inadempimento qualificato. Riflessi sulla tenuta del sistema probatorio.....	97
2.5. L'impatto della l. 189/2012 sulla natura della responsabilità sanitaria.....	108
2.6. La l. 24/2017 e il superamento della teoria del contatto sociale.....	114
2.7. Il riparto probatorio con riguardo al c.d. "doppio ciclo causale".....	123
3. La causalità nelle malattie professionali. La presunzione di eziologia professionale delle malattie c.d. tabellate.....	153

**CAPITOLO IV – RAGIONAMENTO PROBATORIO E
TEORIA DELLA DECISIONE GIUDIZIARIA IN TEMA DI
CAUSALITÀ.....164**

Sezione I – Gli orientamenti giurisprudenziali sul rapporto di
causalità.....164

1. L'accertamento del rapporto di causalità nella sentenza "Franzese"
delle sezioni unite penali.....164

2. Gli arresti della giurisprudenza civile all'indomani della sentenza
Franzese..... 177

2.1. Gli approdi intermedi della giurisprudenza civile.....187

2.2. Prime applicazioni della regola del "più probabile che non": i
principi espressi da Cass. n. 21619/2007.....191

3. L'accertamento del rapporto di causalità nel decalogo delle sezioni
unite civili.....200

4. Gli assetti della giurisprudenza civile alla luce degli insegnamenti
delle Sezioni Unite.....210

Sezione II - Struttura e metodo dell'accertamento del nesso
causale.....221

1. La struttura dell'accertamento del nesso causale.....221

1.1. Il modello nomologico-deduttivo: limiti alla sussunzione della
causalità nel modello nomologico di spiegazione.....222

1.2. Il ragionamento induttivo e la logica delle relazioni tra causa ed
effetto.....227

1.3. L'abduzione e la fluidità delle conclusioni in un necessario
sguardo d'insieme.....231

2. L'accertamento causale alla luce della logica della probabilità: i metodi di valutazione del grado di fondatezza delle spiegazioni causali.....	238
2.1. La probabilità statistica e la probabilità logica.....	241

CAPITOLO V - STANDARD DI PROVA.....251

1. Una riflessione preliminare.....	251
2. Libero convincimento e standard di prova nell'accertamento del nesso causale.....	252
3. Il più probabile che non nella teoria dell'accertamento del nesso causale.....	256
4. Il principio di attendibilità.....	261
5. Quale sufficienza?.....	264

<i>Bibliografia</i>	268
---------------------------	-----

CAPITOLO I

NOZIONI INTRODUTTIVE

1. Il nesso di causalità: generalità

L'indagine sul rapporto di causalità ha, in linea generale, l'obiettivo di determinare quali tra gli antecedenti di un evento dannoso possano considerarsi sua causa, esclusiva o concorrente. Il nesso causale viene infatti tradizionalmente definito come quella relazione tra due eventi che identifica l'uno come conseguenza dell'altro e che rappresenta un elemento costitutivo dell'illecito civile ⁽¹⁾.

Sebbene esuli dai limiti del presente lavoro la riflessione attorno al significato del concetto di causa, oggetto di ampie ricerche soprattutto in campo

⁽¹⁾ Sul tema del rapporto di causalità nella responsabilità civile la bibliografia è molto vasta: v. per tutti, senza pretesa di completezza, B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione dell'onere della prova del nesso*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 14 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018, p. 199 ss.; L. BERTI, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, Milano, 2013, p. 29 ss.; G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milanofiori Assago, 2012, *passim*; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2002, *passim*; R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 43 ss.; ID., *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 150 ss.; D. NICOTRA, B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli di accertamento del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 325 ss.; R. BORDON, *Il nesso di causalità*, Torino, 2006, p. 153 ss.; M. BONA, *(Itinerari della giurisprudenza) "Nesso di causa"*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 395 ss.; P.G. MONATERI, M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in AA. VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, 2005, *passim*; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario cod. civ.* Scialoja e Branca, Roma, 2004, p. 22 ss.; G. FACCI, *Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 144 ss.; R. DE MATTEIS, *Causalità e danno nella responsabilità professionale*, in AA. VV., *I fatti illeciti. Causalità e danno*, Padova, 1999, p. 634 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 589 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 144 ss.; V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 51 ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, *passim*; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, *passim*; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, *passim*.

filosofico e scientifico ⁽²⁾, la causalità nel suo essere ontologico viene implicitamente in rilievo ogniqualvolta si tratti di andare alla ricerca del “perché” un determinato evento si sia verificato; di individuare quali siano state esattamente le cause; di comprendere se l’evento dannoso sia stato causato da un “accadimento” naturale o se sia riconducibile alla condotta dell’uomo, sia essa attiva oppure omissiva. E spesso volte rispondere a queste domande è estremamente difficile, essendo molti i profili di complessità che l’accertamento del nesso causale pone.

Si è efficacemente sostenuto che nessuno dei concetti causali può essere fatto coincidere con una nozione “pura”, “esatta” di causalità, per il semplice fatto che il significato del termine “causa” non è univoco, essendo esso destinato a mutare col variare del settore della scienza (fisica, psicologica, storica, ecc.) e del linguaggio (comune o scientifico) presi in considerazione ⁽³⁾. Basti per ora rilevare che dall’analisi del formante legislativo emerge che nel sistema delineato nel codice civile, sebbene tutte le ipotesi di responsabilità extracontrattuale presuppongono la sussistenza di un nesso eziologico, alcune di esse, come quelle delineate dall’art. 2043 e dall’art. 2050 c.c., stabiliscono che esso debba intercorrere tra la condotta attiva od omissiva del presunto responsabile e l’evento di danno, mentre il resto delle norme contenute nel titolo IX del codice civile richiedono che sussista qualcosa in più rispetto alla mera condotta del convenuto danneggiante. Sicché, anche tale constatazione porta

⁽²⁾ Si vedano E. AGAZZI, *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in AA. VV., *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 379; ID., *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 393 ss.; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie ‘fatto illecito’ a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, cit., p. 211 ss.; F. LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Roma, 1999, *passim*.

⁽³⁾ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, p. 69. Nello stesso senso si veda R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l’inferenza causale*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 147, il quale afferma che «non esiste un’idea universale ed ontologica di causa; che, al fondo, parlare di causalità significa spiegare un accadimento; e che il tipo di spiegazione dipende dal contesto, dal punto di vista da cui l’accadimento viene riguardato». Si veda, altresì, G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 30, ove si sostiene che non esiste una nozione “genuina” di causalità, in quanto il suo significato muta a seconda del contesto, «onde ciascuna disciplina forgia il concetto che di nesso etiologico che maggiormente risponde alle sue esigenze e alle sue finalità».

evidentemente a ritenere che il nesso causale, trasposto nel mondo del giuridicamente rilevante, non sia sempre uguale a sé stesso, richiedendosi, di volta in volta, l'accertamento del particolare tipo di nesso richiesto dalla puntuale fattispecie legislativa che viene in considerazione.

Nella pratica, i reali problemi che derivano dalla questione di causalità sembrano però lasciare in ombra gli aspetti filosofico-scientifici di principio. Nella dimensione della logica e delle scienze naturalistiche l'analisi del fenomeno eziologico importa la necessità di mettere in relazione un singolo evento a determinate classi di eventi sulla scorta di una successione regolata da una determinata legge o da un determinato principio, in grado di spiegare i vari collegamenti che caratterizzano gli accadimenti naturali. Nel campo del diritto invece i fenomeni naturali assumono rilevanza nella misura in cui entrano in relazione con l'agire umano; cosicché l'accertamento del nesso eziologico assume uno scopo diverso, che a sua volta influenza anche il modo di intendere le leggi di spiegazione della causalità. In tale contesto l'atto umano viene in rilievo nella misura in cui assume il ruolo di causa scatenante di una serie di accadimenti ed interessa al diritto proprio nella misura in cui l'azione compiuta costituisce l'attualizzazione di un evento dannoso giuridicamente rilevante. Il diritto ha quindi lo scopo di spiegare singole sequenze di fatti, ove un evento dannoso viene imputato alla condotta attiva od omissiva di un determinato soggetto, cosicché ben si comprende come l'universo giuridico sia per lo più interessato a creare giudizi di rilevanza normativa o quantomeno qualificativi in termini giuridici dello specifico giudizio eziologico. Il tal modo, il nesso di causalità costituisce il fattore determinante per cui un evento di danno viene imputato alla condotta di un uomo. La ricerca delle cause di un evento adempie, dunque, non solo alla funzione di *spiegare* perché un determinato evento si è verificato ⁽⁴⁾, ma in special modo a quella di instaurare un "giudizio di

⁽⁴⁾ Parte della dottrina ritiene che il giurista non crea la causalità ma soltanto elabora criteri di rilevanza e di valutazione giuridica del fatto causale in vista degli scopi normativi tipici del diritto: v., in questo senso, P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit., p. 9. Diversa invece è l'opinione di chi sostiene che l'individuazione di un nesso eziologico implichi piuttosto un giudizio qualificativo e non meramente descrittivo, in quanto la relazione

attribuzione” tra evento dannoso e condotta umana, sia essa attiva oppure omissiva: solo in questo modo sarà possibile attribuire ad una persona l’obbligo di risarcimento, in relazione ai danni riconducibili all’illecito commesso ⁽⁵⁾).

Così, all’interno della complessa fenomenologia che caratterizza il rapporto di causalità, il giudice dovrebbe poter disporre di un metodo e di parametri certi cui legare il rapporto causa-effetto tra comportamenti umani ed eventi pregiudizievoli dell’altrui integrità.

Tuttavia il nostro legislatore sul punto è rimasto silente, non avendo egli provveduto a fornire alcuna disciplina organica del nesso di causalità e delle relative modalità di accertamento. Come correttamente afferma la Suprema Corte «una prima significativa (ed inquietante) rivelazione ermeneutica è quella per cui nulla di definito emerge dalle fonti legislative, penali e civili, sul tema della causalità in sé considerata (l’art. 40 c.p. del codice penale fissa l’equivalenza fra il non fare ed il cagionare; il successivo art. 41 si occupa, con apparente salto logico, dell’interruzione del nesso causale senza punto definirne la portata concettuale, l’art. 2043 del codice civile descrive il rapporto tra fatto doloso o colposo e danno in termini di “cagionare”, senza ulteriori specificazioni)» ⁽⁶⁾.

È allora corretto affermare che il codice civile non contiene una disciplina generale sul nesso causale analoga a quella che si rinviene nel codice penale, nonostante esso costituisca un elemento della fattispecie della responsabilità civile, il cui accertamento è necessario affinché essa possa dirsi sussistente ⁽⁷⁾.

causale non appartiene, come ben sanno gli assertori della causalità c.d. giuridica, al mondo degli eventi bensì a quello dei giudizi: R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 3.

⁽⁵⁾ V. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., il quale sostiene che i giudici, sia penali che civili, sono chiamati a stabilire se l’evento lesivo possa essere considerato un accadimento dell’uomo; di qui, l’esigenza del ricorso ad un criterio di imputazione, dell’uso di un concetto che consenta di attribuire all’uomo le conseguenze penalmente o civilmente rilevanti.

⁽⁶⁾ Così Cass. 18 aprile 2005, n. 7997.

⁽⁷⁾ Si vedano le considerazioni di C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, p. 5, il quale sostiene che il fatto che il legislatore abbia rinunciato a disciplinare un elemento fondamentale della responsabilità potrebbe certamente sembrare una scelta singolare (essendo il nesso causale uno dei suoi elementi costitutivi), ma non del tutto incomprensibile, e ciò in considerazione dell’ovvia constatazione che vuole che un soggetto

Questo primo importante segnale di “vuoto legislativo” anticipa un medesimo atteggiamento di astensione normativa riguardo il tema dei criteri secondo i quali il giudice deve stabilire se un enunciato causale ha o meno raggiunto un’adeguata conferma probatoria sulla base degli elementi di prova che riguardano l’enunciato relativo all’esistenza del nesso causale. La posta in gioco è molto alta, se solo si consideri che l’accertamento del nesso di causalità costituisce, nella maggior parte delle fattispecie portate all’attenzione dei giudici, il vero e proprio punto nodale dell’indagine o comunque il solo discrimine tra ritenere sussistente o meno la responsabilità del danneggiante. Tale vuoto normativo ha condotto dottrina e giurisprudenza ad adottare attualmente un criterio a cui parametrare le risultanze del giudizio, quale quello del “più probabile che non” ⁽⁸⁾; criterio, questo, applicato dalla maggioranza degli operatori del diritto e secondo il quale, ed alquanto semplicisticamente, è la misura della probabilità con cui il giudice ritiene che un certo fatto sia stato causato da un altro che porta a ritenere dimostrato o meno il suo apporto causale nella verifica dell’evento. Riservandoci di analizzare la concreta operatività di tale criterio nei prossimi capitoli, basti per ora osservare quanto segue. Il punto sulla causalità riferita all’accertamento dei danni che possono ritenersi cagionati da un fatto o atto illecito e, in special modo, sulla diversità del regime probatorio applicabile al nesso di causalità nell’illecito civile e nell’illecito penale, tema questo su cui negli ultimi anni si è a lungo dibattuto tanto all’interno della riflessione penalistica quanto di quella civilistica, è stato chiarito a più riprese dalla cassazione civile; in particolare si afferma che ciò che muta tra giudizio penale e giudizio civile è la regola probatoria: mentre nel giudizio penale può essere sintetizzata nella regola della prova “oltre il

non possa rispondere della causazione di un dato evento se, con la sua condotta, non ha contribuito a cagionarlo. Trattasi di una valutazione basata sul senso comune, implicita in una regola di civiltà di qualsivoglia sistema giuridico.

⁽⁸⁾ Il criterio del “più probabile che non” fa il suo debutto a partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, ed è stato poi avallato dalle sezioni unite civili con le decisioni dell’11 gennaio 2008, nn. 576-584, e ormai costantemente in uso nella giurisprudenza di merito e di legittimità.

ragionevole dubbio”, in quello civile può essere riassunta, come detto, nel criterio del “più probabile che non” ⁽⁹⁾.

Le problematiche che il giurista si trova ad affrontare sono così facilmente tracciabili: uno degli interessi principali dell’analisi volta all’accertamento del nesso eziologico è indirizzato all’individuazione di quelle sequenze causali che possano dirsi cagionate dalla condotta di uno specifico soggetto giuridico; vi è la necessità di formulare leggi di spiegazione dell’eziologia in base al particolare contesto in cui si inserisce la specifica fattispecie considerata, nella piena consapevolezza che con il progredire della conoscenza scientifica e la sempre maggior fiducia che la società vi ripone, non è più possibile pensare che il diritto possa prescindere da leggi scientifiche, rispetto alle quali si renderà necessario operare una previa distinzione tra leggi statistico-causali e leggi statistico-individuali; altra esigenza è quella di comprendere quale sia il grado di libertà che può essere lasciato al giudice nello stabilire se l’enunciato causale ha ricevuto o meno conferma probatoria, stante, da un lato, la latitanza del legislatore nel fornire una qualche indicazione in proposito (quantomeno nel sistema civilistico) e, dall’altro, la necessità di permeare di certezza ed oggettività le difficoltà causali attraverso criteri generali di prova, in grado di arginare le valutazioni soggettive del giudice nell’ambito del giudizio di rilevanza probatoria ed evitare l’ingresso nel processo di concezioni personalizzate di certezza causale e dei livelli di prova asseritamente in grado di concretarli ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Basti citare il passaggio contenuto in Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 581, poi richiamato all’unanimità dalla successiva giurisprudenza di legittimità, in cui si afferma che «ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”, mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l’equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l’identità di tali *standards* delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale».

⁽¹⁰⁾ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 13.

2. Distinzioni preliminari in tema di causalità

La prova del nesso causale è una tematica scossa da profonde perplessità. La particolare delicatezza dell'indagine, che sovente consegue alla complessità dell'argomento, non è altro che il riflesso del fatto che la tematica dell'accertamento del nesso causale nel contesto della responsabilità civile si presenta come un campo minato su vari fronti, (non solo giuridico ma anche esperienziale, scientifico ed epistemologico) e specchio, a sua volta, di tutta la complessità di cui la realtà si fa portatrice nel processo. Nel tentativo di circoscrivere e razionalizzare lo studio del tema in esame sarà necessario procedere per gradi, fornendo anzitutto talune premesse conoscitive le quali, concretandosi nelle distinzioni che seguono, esplicano attualmente il ruolo di linee guida dell'accertamento eziologico.

2.1. Causalità materiale e causalità giuridica

Al fine di confinare in maniera esatta l'analisi della distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica in vista del fine che in questa sede ci si propone, quale quello di esaminare le problematiche che l'accertamento del nesso causale pone dal punto di vista "probatorio", è anzitutto necessario specificare che il problema dell'oggetto della prova del nesso causale emerge in questa sede come ricostruzione del rapporto fattuale che lega la condotta del presunto responsabile al danno in concreto verificatosi. È questa la nozione di causalità materiale, da intendersi come legame naturalistico tra fatto illecito ed evento dannoso, e che si distingue dalla nozione di causalità giuridica, quale relazione tra l'evento di danno e le conseguenze risarcibili. Nel primo caso (causalità materiale) il danno rileva come evento lesivo, in quanto ciò che si prende in considerazione è il collegamento tra la condotta e la modificazione della realtà apportata dal comportamento umano, così come richiesto dalla fattispecie normativa che viene in rilievo; nel secondo caso (causalità giuridica)

il danno rileva come insieme delle conseguenze risarcibili, prendendosi in considerazione il collegamento tra l'illecito posto in essere ed il concreto danno economico da esso scaturito. È questa l'impostazione tradizionale, che predica, per l'appunto, una duplicità di nessi causali ⁽¹¹⁾.

In consonanza con la suddetta impostazione, l'accertamento del nesso causale si articola in due distinti momenti: il primo è volto alla ricostruzione del fatto, inteso come evento da cui deriva la responsabilità e al quale vengono tradizionalmente riferite le regole di cui agli artt. 40 e 41 c.p. (giudizio di causalità materiale); il secondo momento è invece preordinato alla determinazione dell'intero danno cagionato alla luce del paradigma dell'art.

⁽¹¹⁾ Sulla distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica si vedano: M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, cit., p. 18 ss.; G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 411; L. CORSARO, *Colpa e responsabilità civile: l'evoluzione del sistema italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 270 ss.; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., p. 33 ss.; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., p. 191 ss.; P. VALENTE, *Appunti in tema di fatto, nesso causale e danno*, in *Dir. e giust.*, 1955, p. 372 ss.; G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 405 ss. Nella giurisprudenza civile di legittimità, una delle prime pronunce a prendere in considerazione il problema della possibile frammentazione del rapporto causale, propendendo tuttavia per una concezione unitaria dello stesso sulla scorta del solo art. 1223 c.c. è stata Cass. Sez. Un. 26 gennaio 1971, n. 174. In tempi più recenti, tuttavia, le riflessioni in ordine alla differenza concettuale tra causalità materiale e causalità giuridica si son fatte sempre più articolate ed oggi vi è ormai convergenza della giurisprudenza sul punto: si vedano, *ex multis*, Cass. 7 giugno 2019, n. 10812; Cass. 15 maggio 2019, n. 5484; Cass. 6 luglio 2018, n. 24559; Cass. 23 aprile 2018, n. 27720; Cass. 23 aprile 2018, n. 16828; Cass. 17 ottobre 2017, n. 28656; Cass. 5 luglio 2017, n. 18392; Cass. 13 novembre 2014, n. 24204; Cass. 17 settembre 2013, n. 21255; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4043; Cass. 21 luglio 2011, n. 15991; Cass. 11 febbraio 2009, n. 3357; Cass. 6 aprile 2006, n. 8096; Cass. 31 maggio 2005, n. 11609; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997. Una diversa presa di posizione in ordine alla distinzione in parola, secondo la definizione prospettata nel testo, si rinviene in Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, ove in motivazione si afferma che «il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato, o anche solo contribuito a generare, tale obiettiva relazione col fatto deve considerarsi "causa" dell'evento stesso, mentre il nesso di causalità giuridica è, per converso, relazione eziologica per cui i fatti sopravvenuti, di per sé soli idonei a determinare l'evento, interrompono il nesso con il fatto di tutti gli antecedenti causali precedenti». In tal senso la sentenza sembra intendere la causalità giuridica come una sorta di giudizio di secondo livello, un giudizio cioè che interverrebbe dopo l'accertamento della causalità materiale e che verrebbe a porre un argine o, per meglio dire, un correttivo al suo accertamento, sulla base dell'affermazione dell'esistenza di un fattore da solo idoneo a cagionare l'evento, così escludendo ogni rilievo causale della condotta: in dottrina, in proposito, si veda F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la cassazione alla ricerca di un modello unitario*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 257 ss.

1223 c.c., per il quale il risarcimento deve comprendere le perdite che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo (giudizio di causalità giuridica).

La fase dell'accertamento del nesso di causalità materiale si dipana dunque tra norme giuridiche non civilistiche, come d'altro canto emerge dall'analisi della giurisprudenza di legittimità che, a tal proposito, fa sovente appello alle norme contenute negli artt. 40 e 41 c.p. ⁽¹²⁾; disposizioni, queste, che si fanno portatrici delle innumerevoli teorie tradizionalmente impiegate per l'accertamento del nesso di causalità materiale ⁽¹³⁾. Si sostiene così che un evento può dirsi causalmente collegato ad un altro se, in tale relazione causa-effetto e ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo; l'evento dannoso è quindi il risultato dell'insieme degli antecedenti senza i quali lo stesso non si sarebbe verificato, dovendosi considerare equivalenti, agli effetti del diritto, tutte le condizioni (c.d. teoria della *condicio sine qua non*).

⁽¹²⁾ In giurisprudenza v. Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, nn. 576-584, ove si afferma che «i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p., e della “regolarità causale”, in assenza di altre norme dell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza», dovendosi poi specificare che «l'applicazione dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., temperati della “regolarità causale”, ai fini della ricostruzione del nesso eziologico va adeguata alle peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile». Sulla scia tale ultima affermazione, e prendendo atto del fatto che nella responsabilità civile extracontrattuale il nesso causale potrebbe essere ricostruito come concatenazione causale tra la condotta di altri rispetto a colui che ha concretamente “agito” (ad es. art. 2049 c.c.) e l'evento, ovvero tra fatti di altra natura considerati dalla specifica norma (ad es. artt. 2051, 2052 e 2054 c.c.), i giudici di legittimità hanno affermato che in tali ipotesi, ferma restando l'applicazione degli artt. 40 e 41 c.p., «il nesso eziologico andrà valutato non tra la condotta del soggetto chiamato a rispondere, ma tra l'elemento individuato dal criterio di imputazione e l'evento dannoso». In altri termini, si afferma che nella responsabilità penale il punto iniziale della concatenazione causale giuridicamente rilevante è sempre dato dalla condotta del soggetto agente, mentre nella responsabilità civile extracontrattuale il punto di riferimento iniziale può essere anche altro, a seconda di quanto dispone la norma che fissa il criterio di imputazione ma, nonostante ciò, le norme che regolano il rapporto di causalità materiale rimangono quelle di cui agli artt. 40 e 41 c.p. V. altresì, *ex multis* Cass. 18 giugno 2018, n. 23197; Cass. 10 maggio 2018, n. 19190; Cass. 9 aprile 2018, n. 24170; Cass. 12 ottobre 2017, n. 23940; Cass. 6 ottobre 2017, n. 23410; Cass. 24 maggio 2017, n. 13096; Cass. 9 marzo 2017, n. 6030; Cass. 11 aprile 2016, n. 6975; Cass. 19 ottobre 2015, n. 21086; Cass. 19 giugno 2015, n. 12725; Cass. 10 aprile 2015, n. 7197; Cass. 20 maggio 2014, n. 11079; Cass. 22 ottobre 2013, n. 23915; Cass. 20 novembre 2012, n. 21117; Cass. 14 giugno 2011, n. 12961; Cass. 22 aprile 2010, n. 9613; Cass. 15 gennaio 1996, n. 269.

⁽¹³⁾ V., in senso critico, G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 51 ss., il quale afferma che, in realtà, dal combinato disposto degli artt. 40 e 41 non è dato ricavare alcuna regola sulla causalità.

In verità, anche il primo comma dell'art. 41 c.p., che sanziona il principio secondo cui il concorso di circostanze di fatto estranee all'operato del soggetto, siano esse antecedenti, contemporanee o posteriori, di regola non esclude il rapporto di causalità tra l'azione od omissione e l'evento dannoso, non fa altro che concretare la teoria della *condicio sine qua non*, rivelando così tutto il rigore del principio dell'equivalenza delle cause.

Tuttavia, se tale approccio ricostruttivo del nesso causale pare rappresentare il fondamento di qualsivoglia spiegazione eziologica, dottrina e giurisprudenza hanno provveduto ad adottare talune modifiche alla teoria ricostruttiva appena esposta. L'adozione di correttivi volti ad assumere un ruolo volutamente limitativo del principio condizionalistico, nonché del rigore della sua applicazione, ha contribuito a configurare un certo modello di causalità materiale, delineando restrittivamente lo schema attraverso cui ricostruire l'eziologia giuridicamente rilevante e valorizzando, come presto vedremo, un certo modello di tipicità causale, espresso dalla teoria dell'adeguatezza. In tal senso, un primo correttivo è espresso dal principio della "causalità efficiente", desumibile dal secondo comma dell'art. 41 c.p., ed in base al quale le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. Pertanto, in ipotesi di decorso causale atipico, il sopravvenire di un avvenimento eccezionale ed imprevedibile qualifica il fattore antecedente come semplice occasione anziché come causa dell'evento in concreto verificatosi, e ciò proprio in ragione dell'assorbente sufficienza causale del fattore sopravvenuto che, in quanto tale, non potrebbe non implicare l'irrelevanza eziologica degli altri ⁽¹⁴⁾.

Il perimetro della causalità materiale non può dirsi tuttavia ancora tracciato. Segue, infatti, nella prospettiva di un opportuno completamento del quadro dei criteri che consentono di individuare il fattore dotato di forza causale,

⁽¹⁴⁾ Per una concreta applicazione di tale principio si vedano, *ex multis* Cass. 31 luglio 2017 n. 18969; Cass. 24 ottobre 2017, n. 25113; Cass. 7 marzo 2017, n. 5704; Cass. 10 gennaio 2017, n. 243; Cass. 19 ottobre 2015, n. 21086; Cass. 19 giugno 2015, n. 21086; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27168; Cass. 8 settembre 2006, n. 19297; Cass. 10 marzo 2006, n. 5254; Cass. 15 gennaio 1996, n. 268.

il principio della “causalità adeguata” o quello simile della “regolarità causale”. Secondo questa teoria, stabilito che sussiste un ampio novero di elementi che concretano tutti cause della conseguenza verificatasi, è necessario accordare rilevanza causale soltanto ad alcuni di essi e, in special modo, soltanto a quelli che paiono essere, nella maggior parte dei casi, idonei a cagionare l’evento dannoso ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. Sicché, la causalità giuridicamente rilevante risulta essere quella che si instaura nella maggior parte dei casi, dovendosi valutare se una certa condotta sia stata o meno in grado di attualizzare l’evento di danno, secondo il principio *dell’id quod plerumque accidit*.

Sebbene la teoria ora esposta rappresenti senza dubbio uno dei migliori sforzi ermeneutici che siano stati fatti dalla dottrina, soprattutto penalistica, e dalla giurisprudenza che ad essa si è ispirata, per risolvere il problema di individuare che cosa effettivamente occorra affinché la condotta di un uomo possa considerarsi causa di un evento, essa, al contempo, non sembra potersi ritenere pienamente soddisfacente; infatti, il richiedere di volta in volta l’accertamento dell’adeguatezza dell’azione non sembrerebbe rispondere pienamente a quelle esigenze di certezza che il diritto è tenuto a soddisfare, trattandosi di porre in essere giudizio che potrebbe dare luogo a molte incertezze. Inoltre, tale approccio ricostruttivo sembra presentare il difetto opposto rispetto a quello della teoria della *condicio sine qua non*, in quanto l’affermazione dell’irresponsabilità per il fatto che l’azione che ha recato l’evento non è idonea a cagionarlo, mette al riparo dall’imputazione causale il presunto responsabile che riesca in qualche modo a maneggiare fattori eziologici atipici, così estendendo eccessivamente il campo della non “imputabilità” causale.

⁽¹⁵⁾ Molte sono state le pronunce di legittimità che hanno adoperato la teoria della c.d. causalità adeguata, tra le quali, si vedano: Cass. 24 maggio 2017, n. 13096; Cass. 19 febbraio 2016, n. 3260; Cass. 19 ottobre 2015, n. 21086; Cass. 20 maggio 2015, n. 10291; Cass. 12 aprile 2011, n. 8430; Cass. 14 aprile 2010, n. 8885; Cass. 7 luglio 2009, n. 15895; Cass. 6 aprile 2009, n. 8096; Cass. 19 luglio 2005, n. 15183; Cass. 10 maggio 2004, n. 8842.

⁽¹⁶⁾ Il problema della commistione e sovrapposizione tra l’accertamento dell’elemento soggettivo (nella specie, la colpa) e l’accertamento del nesso causale verrà puntualmente esaminato allorquando si procederà specificamente all’analisi della teoria della causalità adeguata (o della regolarità causale). Si rimanda pertanto al Cap. II, § 1.2.

In conclusione, il positivo accertamento della causalità materiale, prodromico a qualsiasi altra considerazione, permette di valutare la capacità di una condotta di determinare una certa conseguenza dannosa e, conseguentemente, di imputare la responsabilità ad uno specifico soggetto, così consentendo all'interprete di valutare l'esatta estensione dei danni risarcibili derivanti dal positivo accertamento della responsabilità.

2.2. Causalità attiva e causalità omissiva

Un aspetto che denota la complessità del meccanismo di ricostruzione di sequenze eziologiche naturalistiche emerge alla luce della distinzione tra causalità attiva e causalità omissiva, sovente invocata dalla giurisprudenza di legittimità al fine di giustificare la diversità dell'accertamento causale a seconda che l'illecito si concreti in un'azione o in un'omissione ⁽¹⁷⁾.

La prima caratteristica che emerge approcciando la distinzione tra causalità attiva e causalità omissiva è anzitutto una duplicità ricostruttiva del nesso eziologico materiale, quantomeno da un punto di vista ontologico. Così, la causalità attiva si caratterizza per il fatto che il ruolo causale dell'azione che viene in rilievo è immediatamente percepibile nella realtà fenomenica, in quanto l'evento dannoso è l'effetto, in senso proprio, della condotta che vi ha dato causa; la causalità omissiva, per converso, è contrassegnata dall'assenza di una condotta naturalistica "reale" e dalla non immediata tangibilità del fattore causale nella realtà fenomenica ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Si vedano, tra le tante, Cass. 29 gennaio, 2019, n. 2359; Cass. 17 gennaio 2019, n. 1070; Cass. 27 settembre 2018, n. 23197; Cass. 21 maggio 2013, n. 12401; Cass. 14 febbraio 2012, n. 2085; Cass. 5 maggio 2009, n. 10285; Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, nn. 576- 584; Cass. 20 settembre 2006, n. 20328.

⁽¹⁸⁾ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., pp. 222-223.

La tesi secondo cui vi sarebbe una diversità strutturale tra la causalità attiva e la causalità omissiva non è tuttavia pacifica in dottrina. Si sostiene che il rapporto di causalità, tanto nel caso in cui colleghi un'azione all'evento di danno, quanto nel caso in cui colleghi un'omissione ed un evento, avrebbe la medesima natura; ciò sul presupposto che tra il comportamento commissivo e quello omissivo non vi sarebbe alcuna diversità concettuale: tanto il fare quanto il non fare costituiscono il modo di essere dell'uomo, sicché anche

Uno dei principali problemi sorge proprio allorché si va a considerare che il nesso tra condotta omissiva ed evento dannoso non pare possa intendersi, da un punto di vista naturalistico, in maniera analoga a come si intende il rapporto allorché si è in presenza di una condotta attiva. Sembrerebbe difficile concepire un rapporto causale di tipo naturalistico “in senso stretto” tra una “non azione” ed un accadimento successivo. Tuttavia dall’analisi dell’art. 40 c.p. sembrerebbe emergere che la ricostruzione della causalità omissiva possa avvenire sia attraverso un giudizio inteso in senso naturalistico tradizionale, sia in senso normativo. A tal proposito, nella pressoché unanime giurisprudenza civile di legittimità, nonché nella prevalente dottrina, si sostiene che allorché si tratta di accertare il nesso di causalità tra un’omissione ed un evento dannoso non sarebbe sufficiente compiere un’indagine meramente naturalistica, in quanto l’omissione può essere considerata causa di un evento soltanto nella misura in cui è possibile individuare, a monte, un obbligo giuridico la cui violazione è sanzionata dall’ordinamento. La causalità omissiva si concretirebbe così in un giudizio di tipo essenzialmente normativo ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾.

Dunque, benché la distinzione tra le due forme di causalità postula anzitutto una diversità strutturale dell’indagine di fatto volta a ricostruire le sequenze eziologiche naturalistiche di una data fattispecie, il giudizio relativo alla sussistenza del nesso eziologico omissivo non può basarsi sulla mera

l’omissione costituisce una condotta, qualificabile anch’essa come comportamento umano. Dà conto di questa tesi dottrinale M. CAPECCHI, *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell’omissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 492 ss.

⁽¹⁹⁾ Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali v. *retro*, all’interno della nota 14. Nella dottrina, soprattutto penalistica, si vedano: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2011, p. 435 ss.; S. MATTEINI CHIARI, *Note in tema di imputazione causale dell’evento nella causalità attiva e nella causalità omissiva e obbligo giuridico di impedire l’evento*, in *Giur. mer.*, 1994, p. 317 ss.; F. GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 12 ss.; G. GUARNIERI, *Causalità dell’omissione*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1934, XII, p. 19 ss.

⁽²⁰⁾ Sotto l’aspetto della realtà fattuale la causalità omissiva è fonte di numerosi problemi pratici, in quanto spesse volte risulta poco agevole individuare situazioni nelle quali si è effettivamente in presenza di condotte radicalmente omissive essendo anche molti i dubbi sui connotati di tale configurazione della causalità e, come accennato nel testo, sulla sua autonomia rispetto a quella attiva; senza contare il fatto che l’interazione di vari fattori all’interno del medesimo processo causale rende talvolta assai arduo rispondere alla domanda sull’attitudine della condotta omissiva ad evitare l’evento lesivo. V. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 249 ss.

valutazione della realtà fattuale, essendo necessaria un'indagine c.d. normativa, volta cioè ad individuare il dovere (generico o specifico) che impone al soggetto cui viene addebitata la responsabilità di porre in essere il comportamento omissivo. La tesi della causalità normativa, peraltro sostenuta dalla più accreditata dottrina penalistica ⁽²¹⁾, si fonda sull'ovvia considerazione che l'omissione non può individuarsi mediante l'analisi di fatti accaduti nella realtà fenomenica, essendo necessario fare riferimento a parametri diversi cui rapportarsi, e che nel caso di specie sono costituiti proprio dalla legge ⁽²²⁾.

Nello specifico si sostiene che l'omissione di un certo comportamento rileva soltanto quando il presunto responsabile non abbia tenuto una condotta imposta da una norma giuridica (omissione specifica), oppure allorquando, in relazione al configurarsi della posizione del presunto responsabile, egli abbia omissivo di ottemperare obblighi di generica "prevenzione" dell'evento dannoso in concreto verificatosi (omissione generica) ⁽²³⁾. Si ritiene così che il giudizio di causalità nella omissione presuppone la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico che impone di porre in essere una determinata condotta in capo al soggetto cui si addebita la responsabilità; con la conseguenza che il rilievo causale dell'omissione, a differenza di quello del fatto commissivo, non presuppone unicamente la mancanza della condotta umana, e ciò in ragione del fatto che al giudizio di tipo naturalistico deve seguire un giudizio di tipo

⁽²¹⁾ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., p. 441 ss.; F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, p. 156 ss.; A. GUARNIERI, *Causalità dell'omissione*, in *Annali*, 1934, p. 19 ss.

⁽²²⁾ Sebbene tale impostazione risulti essere quella prevalente, sono state avanzate critiche a tale ricostruzione, sulla base essenzialmente di due argomenti. È stato anzitutto rilevata la parziale sovrapposizione tra il piano dell'accertamento del nesso eziologico con quello dell'antigiuridicità, in quanto una data condotta rileverebbe causalmente soltanto nella misura in cui sia possibile accertarne la contrarietà ad una norma giuridica; in secondo luogo si è detto che, così impostati i termini dell'accertamento della causalità omissiva, non si riuscirebbe comunque ad individuare un criterio valido cui attenersi per accertare l'eziologia, e si finirebbe così per dover ricorrere nuovamente ai parametri valevoli per l'accertamento della causalità materiale attiva. In questo senso si vedano: F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., p. 70 ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 143 ss.

⁽²³⁾ V. Cass. 21 maggio 2013, n. 12401, ove in motivazione si precisa che «la responsabilità civile per omissione può scaturire dalla violazione di un preciso obbligo giuridico di impedire l'evento dannoso ovvero, anche, dalla violazione di regole di comune prudenza, le quali impongono il compimento di una determinata attività a tutela di un diritto altrui [...]».

normativo, volto, in quanto tale, ad evidenziare che la condotta non verificatasi era dovuta specificamente o genericamente dal soggetto che l'ha omessa. Pertanto, l'individuazione dell'obbligo specifico o generico, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, si connota come preliminare per l'apprezzamento dell'omissione sul piano causale.

Per completezza, è necessario dare conto di una diversa impostazione teorica, secondo la quale anche una condotta omissiva sarebbe in grado di avere una rilevanza naturalistica del tutto analoga a quella che notoriamente appartiene ad una condotta attiva. Ciò sul presupposto che tanto le condizioni positive quanto quelle negative rappresentano un modo di essere del comportamento umano, che si concretizza nel tempo e nello spazio attualizzando, in entrambi i casi, una condotta *positivamente* apprezzabile ⁽²⁴⁾.

Tanto premesso, deve ora considerarsi che un altro punto di divergenza tra le due forme di causalità sembra rinvenirsi sotto un profilo più squisitamente processuale, essendo il giudice tenuto a tramutare la prospettata diversità strutturale delle due forme di causalità in un diverso modo di procedere al loro concreto accertamento. A tal proposito, giova prendere le mosse dalle argomentazioni della giurisprudenza di legittimità, ove sembra profilarsi la seguente distinzione: l'accertamento della causalità attiva presuppone la spiegazione di quanto si è verificato nella realtà dei fatti, secondo un ragionamento strettamente "naturalistico"; diversa natura avrebbe invece l'accertamento della causalità omissiva, il quale assumerebbe valore essenzialmente ipotetico, trattandosi di accertare se l'azione ipotizzata, ma

⁽²⁴⁾ Tale teoria è stata sostenuta da F. REALMONTE, *op. ult. cit.*, p. 58 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 35; F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali*, 1933, p. 1 ss. Non v'è tuttavia concordanza sul concreto meccanismo attraverso il quale è possibile apprezzare una condotta omissiva da un punto di vista eziologico naturale. Secondo taluni, il soggetto che avrebbe omesso di tenere un certo comportamento avrebbe posto in essere un qualcosa di diverso da quanto ci si attendeva, cosicché il suo non fare si concretizzerebbe in un'inerzia: si veda A. GUARNIERI, *Causalità nell'omissione*, cit., p. 11 ss. Secondo altri invece il soggetto sarebbe responsabile di tutte le cause antecedenti all'evento e concorrenti con la sua omissione; ciò in forza di un atto di scelta del soggetto "agente", volto ad escludere proprio la condotta che, se posta in essere, avrebbe evitato l'evento dannoso: si veda F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 145 ss.

omessa, avrebbe impedito l'evento⁽²⁵⁾. Si tratta, in altri termini, di verificare se il compimento dell'azione omessa avrebbe modificato la sequenza causale poi sfociata nell'evento dannoso. In tal caso l'accertamento del nesso causale non avrebbe ad oggetto la spiegazione di avvenimenti del passato, né tantomeno la previsione di accadimenti futuri, proprio in ragione del carattere ipotetico dell'accertamento dell'enunciato omissivo. E tale modo di intendere il giudizio accredita la posizione che tradizionalmente ha assunto la dottrina penalistica in *subiecta materia*⁽²⁶⁾, poi mutuata, come visto, dalla giurisprudenza e dottrina civilistica.

Così, dandosi atto della peculiarità concettuale che caratterizza la causalità omissiva, è di immediata percezione la maggiore complessità del giudizio implicato, la cui laboriosità ha portato la dottrina, soprattutto penalistica, ad assumere posizioni volte a giustificare un'attenuazione del grado di certezza probatoria rispetto a quello richiesto in sede di accertamento della causalità commissiva⁽²⁷⁾. Ed il versante civilistico ha così potuto conclamare,

⁽²⁵⁾ V. Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, nn. 576-584, ove si afferma che il giudice è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

⁽²⁶⁾ Cfr. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 255 ss., l' A., dopo aver dato conto della tesi della natura normativa ed ipotetica della causalità omissiva, rileva come il suo accertamento assume un valore essenzialmente prognostico, trattandosi di verificare in che modo l'eventuale compimento dell'azione doverosa avrebbe influito sul corso degli avvenimenti ed in particolare se essa avrebbe impedito la realizzazione dell'evento dannoso. Per converso, nella causalità attiva si indica invece un rapporto tra due entità reali, quali l'azione e l'evento, ed il cui accertamento presuppone la spiegazione di quanto accaduto; in tale caso l'elemento sul quale si impernia la struttura della fattispecie è proprio la causalità, in quanto l'azione conforme alla fattispecie è quella che risulta all'evento dannoso dal nesso causale. Nella causalità omissiva invece, non potendosi rilevare, secondo una certa impostazione, una condotta avente una dimensione "fisica", l'elemento sul quale si impernia la struttura della fattispecie non può essere rappresentato dalla causalità bensì dalla situazione di garanzia che consente di individuare il comportamento che avrebbe potuto impedire l'evento tra quanti, in astratto, avrebbero potuto impedirlo. Per cui, il giudizio ipotetico sull'idoneità della condotta doverosa non costituisce soltanto criterio di accertamento del nesso eziologico, bensì vero e proprio criterio costitutivo della causalità.

⁽²⁷⁾ V., in proposito, R. BLAIOTTA, *op. ult. cit.*, p. 258 ss., ove l'A. evidenzia come la dottrina penalistica che pone l'accento sul carattere ipotetico del giudizio di causalità omissiva ritiene altresì che in sede di accertamento di tale modello eziologico non sia possibile approdare al medesimo livello di certezza e di rigore raggiungibile nella causalità in senso stretto e ciò proprio in ragione dell'inevitabile margine di incertezza insito nei giudizi ipotetici. Tuttavia l'A. dà conto, a ragione, anche delle obiezioni che sono state avanzate nei riguardi di tale

ma non a ragione, una verifica della relazione causale in termini di aumento o diminuzione del rischio di lesione del bene protetto o, di diminuzione di *chances* di salvezza dell'interesse della vita che è stato leso.

2.3. Causalità generale e causalità particolare (o singolare). Rinvio

Allorquando si parla di causalità è quasi tautologico dire che si fa riferimento ad un evento singolo di cui si intende individuare la causa che ha scatenato la sua origine. Tuttavia, un ulteriore problema dell'accertamento del nesso causale è quello di tenere distinti i due piani della causalità materiale, quello generale e quello individuale. Tale distinzione, infatti, accredita anzitutto l'idea che ci si trovi in due distinti contesti d'indagine causale, necessitanti entrambi di diverse regole d'inferenza ⁽²⁸⁾.

È generalmente noto che la nozione di causalità generale segnala l'attitudine di un dato fattore o di una data condotta a provocare un determinato evento dannoso, ad esempio l'idoneità di una data sostanza nociva a provocare un certo tipo di malattia (si pensi alla rilevanza causale dell'esposizione ad amianto rispetto ai decessi da mesotelioma pleurico o peritoneale). Tale concetto esprime una vera e propria generalizzazione della relazione eziologica, enunciando una correlazione di astrattezza nomica tra causa ed effetto. In altri termini, la causalità generale si fa portatrice di un collegamento tra un evento antecedente ed un evento successivo nell'ambito di una fenomenologia

impostazione. Parte della dottrina penalistica sostiene infatti che allorquando si tratta di apprezzare causalmente una condotta di tipo omissivo sarebbe necessario un più alto rigore nel perseguimento del livello di certezza giuridica, e ciò per la fondamentale ragione che la causalità omissiva si farebbe portatrice di un alto grado di problematicità in sede di accertamento giudiziale, risultando ampiamente problematico valutare in via d'ipotesi quale ruolo avrebbe avuto il comportamento non tenuto sulla concreta dinamica causale. Altra impostazione di cui l'A. dà ampiamente conto è quella volta a sostenere che tra causalità attiva ed omissiva non vi sarebbe alcuna differenza, sia da un punto di vista strutturale, sia in relazione al momento dell'accertamento, in quanto il giudizio controfattuale non sarebbe un connotato specifico dell'accertamento dell'eziologia omissiva, bensì dell'intera struttura logica dell'imputazione causale.

⁽²⁸⁾ R. BLAIOTTA, *op. ult. cit.*, p. 9.

eziologica che mostra null'altro che l'astratta idoneità del primo alla produzione del secondo nell'ambito di una popolazione di riferimento ⁽²⁹⁾.

Il concetto di causalità particolare (o individuale) ha invece come punto di riferimento l'esame della specifica fattispecie portata in giudizio, evidenziando la relazione causale intercorrente tra esposizione e singolo evento lesivo.

Il primo concetto di causalità non è tuttavia sufficiente a sostenere l'efficacia giuridica di uno specifico rapporto eziologico, posto che atterrebbe, a seconda dei casi, all'aumento o alla mancata diminuzione del rischio, ossia alla mera possibilità o all'inadeguatezza di coefficienti di probabilità salvifica del comportamento doveroso. Infatti, la causalità generale, proprio perché ha ad oggetto una spiegazione empirico-fattuale, prevalentemente fondata su conoscenze nomologico-scientifiche, è solo in grado di fornire degli indicatori circa, ad esempio, la portata nociva di una certa sostanza su gruppi di popolazioni e, quindi, l'aumento dell'incidenza di una patologia in una popolazione di esposti; ciò, tuttavia, nell'ottica del *singolo*, non basta per affermare una relazione eziologica giuridicamente rilevante, non potendo per definizione condurre a quell'accertamento individuale in cui si sostanzia l'indagine normo-valutativa del giudice. Nel contesto dell'accertamento del nesso causale, ove il ruolo delle conoscenze epidemiologiche (per definizione mute rispetto all'attribuzione di eventi singoli) risulta particolarmente importante, se non indispensabile, il concetto di causalità individuale rappresenta lo "strumento concettuale" a disposizione del giudice per non arrestarsi di fronte alla difficoltà di accertare un nesso eziologico nei confronti del singolo evento lesivo. Ciò consente di accertare la causalità nel caso concreto senza discostarsi dalle proposizioni prescrittive proprie della causalità generale

⁽²⁹⁾ C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit., p. 205 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 9 ss.; R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, p. 301 ss.; M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 106 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 291 ss. Le prime riflessioni in tema di causalità generale sono sorte in occasione di processi in tema di danni da prodotto: si vedano, in particolare, il caso delle macchie blu in Trib. Roveto, 17 gennaio 1969 in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1021 ss. e, nella giurisprudenza straniera, il caso dell'olio di colza in Trib. Supremo spagnolo, 23 aprile 1992.

e senza snaturare il fondamento veritativo della verifica causale, imprescindibile per approdare ad una decisione giusta. D'altro canto, il concetto di causalità individuale sottende un tipo di accertamento che, in quanto volto ad analizzare un evento particolare che riguarda specifici soggetti, non è certo valido soltanto per l'indagine del nesso eziologico.

In sostanza, quando si discorre di causalità individuale ci si riferisce ad un particolare evento della vita che interessa uno specifico soggetto, e non a classi di eventi che si verificano in una data popolazione, non essendo consentito ipotizzare, allorquando ci si muove sul piano della sola causalità individuale, né una generale correlazione tra due tipi di eventi (causa ed effetto), né una relazione di aumento del rischio, nel senso che il verificarsi di un evento rende più probabile il verificarsi di un altro evento ⁽³⁰⁾. Come è stato correttamente osservato, il concetto di individuo non può essere sussunto sotto quello di popolazione ed i singoli eventi dannosi non sono sussumibili sotto il concetto di eccesso di rischio cui sono esposti i gruppi monitorati, sicché la causalità individuale non è sussumibile sotto il concetto di causa intesa come differenza tra casi attesi e casi osservati ⁽³¹⁾.

La distinzione tra causalità generale e causalità particolare ha un grande rilevanza nella prassi giudiziaria e viene sovente invocata nelle argomentazioni dei giudici chiamati ad accertare il nesso causale in relazione, tra gli altri, ad eventi costituiti da patologie insorte durante lo svolgimento di un'attività lavorativa oppure da malattie non professionali provocate dall'esposizione a sostanze nocive; si pensi, ad esempio, alla rilevanza causale dell'esposizione ad amianto presente negli stabilimenti lavorativi come materiale di coibentazione degli impianti, rispetto ai decessi da mesotelioma o, ancora, all'esposizione a immissioni elettromagnetiche potenzialmente nocive provenienti da elettrodi collocati in prossimità di centri abitati. Anche nel settore della responsabilità medica la distinzione tra le due forme di causalità viene sovente in rilievo,

⁽³⁰⁾ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, op. ult. cit., p. 107.

⁽³¹⁾ Così F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, op. ult. cit., p. 296.

allorquando si tratta di accertare se la condotta del sanitario sia stata astrattamente idonea a provocare l'evento di danno costituito dalla morte del paziente, nel caso, ad esempio, di somministrazione di una eccessiva dose di anestetico, oppure dall'insorgenza di gravi danni cerebrali a seguito della sospensione della respirazione per un certo lasso temporale.

Riservandoci di analizzare nei prossimi capitoli le conclusioni cui la giurisprudenza italiana è pervenuta in relazione alla distinzione tra causalità generale e causalità particolare, un'interessante prospettiva di analisi in ordine al rapporto tra le due forme di eziologia potrebbe aprirsi prendendo in considerazione, senza pretesa di completezza, le osservazioni che si rinvergono nelle argomentazioni dei giudici nordamericani, ove la distinzione in esame si rivela foriera di rilevanti ricadute applicative ⁽³²⁾. Ad esempio, nella decisione relativa al caso *Thompson v. Sun City Community Hops. Inc.*, ove si trattava di stabilire se l'esposizione a diossina del presunto danneggiato gli avesse causato la porfiria, i giudici hanno escluso il diritto ad ottenere il risarcimento del danno per non avere l'attore fornito la prova della causalità individuale, così mancando di soddisfare il suo onere probatorio; il problema non era infatti quello di stabilire se l'esposizione alla diossina potesse essere in grado, in generale, di provocare l'insorgenza della malattia, bensì quello di stabilire se la sostanza nociva avesse effettivamente causato la patologia lamentata dall'attore ⁽³³⁾.

Allo stesso modo, nella decisione *Raynor v. Merrell Down Pharmaceuticals Inc.*, relativa al caso di malformazioni asseritamente legate al farmaco Bendectin (un medicinale utilizzato dalle donne in gravidanza per attenuare le nausee mattutine e i correlati disturbi), i giudici hanno ritenuto non dimostrata l'esistenza del nesso di causalità tra l'assunzione del medicinale e la presenza di malformazioni nel neonato. Nel caso di specie, nonostante l'attore avesse tentato di fornire la prova particolaristica della relazione causale tra

⁽³²⁾ Per un'attenta analisi della giurisprudenza nordamericana si vedano: S. HAACK, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, 2015, p. 302 ss.; F. STELLA, *op. ult. cit.*, p. 308 ss.

⁽³³⁾ *Thompson v. Southern Pacific Trans. Co.*, 809 F. 2d 1167 (1987), riportata da F. STELLA, *op. ult. cit.*, p. 308.

l'evento ed il danno attraverso la ricostruzione della sua storia familiare, genetica e tossicologica nonché dell'analisi dell'esame clinico e del decorso della gravidanza, i giudici gli hanno negato il risarcimento ritenendo che le prove fornite in giudizio, in quanto mere ipotesi di danno, non erano state in grado di dimostrare che «il Bendectin era stato la causa» della malformazione, nel senso di aver concretamente innescato il processo poi sfociato nell'evento dannoso ⁽³⁴⁾.

Lungi dal voler disconoscere l'importanza della direttiva d'indagine eziologica che vuole che la causalità generale, l'aumento del rischio e gli studi epidemiologici e statistici non sono in grado di stabilire, di per sé, la causa specifica di un evento di danno, una parte minoritaria della giurisprudenza nordamericana, nell'intento di assecondare le istanze di tutela provenienti dalla pubblica opinione, ha modulato la categoria causale in modo da rendere possibile l'imputazione eziologica in contesti in cui non è agevole, neanche da un punto di vista scientifico, l'accertamento di singole relazioni eziologiche, così prescindendo dalla *probatio diabolica* della causalità individuale. Ad esempio, nella decisione della Corte Suprema del Texas *Merrell Dow Pharmaceuticals v. Hanver* ⁽³⁵⁾, sempre in relazione ad un caso di presunte malformazioni da Bendectin, i giudici, pur consci delle ricadute applicative della distinzione tra causalità generale e causalità individuale, hanno attribuito rilevanza all'aumento del rischio, all'epidemiologia e ai dati statistici: alla causalità si è sostituito il rischio, come categoria in cui si sostanzia l'approccio del giurista nei confronti della realtà e come regime che cerca di coniugare rapporti, interessi e profili complessi ed eterogenei, che trascendono i ristretti

⁽³⁴⁾ *Raynor v. Merrell Down Pharmaceuticals Inc.*, 21. 1. 1997. Nel caso di specie i giudici non hanno ritenuto provata neanche la causalità generale, in quanto la “diagnosi differenziale” da essi posta in essere e volta ad eliminare le possibili cause alternative del difetto di nascita del bambino, non è stata in grado di enunciare alcuna teoria verificata o quantomeno verificabile in grado di spiegare, attraverso il ricorso alla storia familiare, genetica e clinica della parte attrice, l'esclusione di ogni altra potenziale causa della malformazione.

⁽³⁵⁾ *Merrel Dow Pharmaceuticals v. Hanver*, 953 S.W. 2d 706 (1997). Il principio espresso dalla sentenza in esame è stato poi ripreso da numerose pronunce. Il giudice DeMoss, della Corte d'Appello per il Quinto Circuito, nel caso *Bartley et al. V. Euclid et al.*, n. 97-40365 (1998), ha definito la sentenza Hanver come la «stella polare» per stabilire se un danneggiato ha adeguatamente provato la causalità.

ambiti del processo e che sconfinano in scelte di politica del diritto. Così, il punto di equilibrio tra l'esigenza del sistema sociale, ancor prima che legale, di risarcire i presunti danneggiati ed i limiti della scienza, che non riesce di per sé a stabilire la causa specifica del danno o la condizione dell'individuo danneggiato, è stato segnato dall'uso di studi epidemiologici scientificamente affidabili e dal requisito del più che raddoppio del rischio (³⁶). Tale impostazione, pur ammettendo che la scienza non possa dire cosa ha causato un particolare danno, trova la sua ragione d'essere in una determinazione di politica del diritto, nel senso che quando la probabilità di insorgenza di una malattia o, più in generale, di un danno è sufficientemente elevata in ragione dell'esposizione ad una certa sostanza, chiunque vi sia stato esposto e presenti la malattia asseritamente contratta in conseguenza dell'esposizione può sollevare una questione di fatto sulla causalità. E in assenza di una prova di causalità diretta, scientificamente affidabile, gli attori possono tentare di dimostrare che l'esposizione a quella determinata sostanza ha aumentato il rischio di contrarre la patologia che da essa si assume causata.

Si badi però che l'impostazione dogmatica della teoria dell'aumento del rischio, per poter operare in un dato ordinamento, presuppone che la correlazione causale possa essere espressa mediante la categoria della probabilità (³⁷); presuppone cioè che, ai fini della prova del nesso eziologico, sia

(³⁶) Nei numerosi processi relativi ai danni asseritamente provocati dal medicinale Bendectin, gli attori hanno tentato di fornire la prova del nesso causale attraverso risultati di esperimenti da cui risultava che il suddetto medicinale era capace di causare una importante riduzione degli arti negli animali in laboratorio; tali evidenze tuttavia non sono mai state ritenute dei validi indizi rilevatori dell'asserita portata lesiva del farmaco, e ciò non solo perché gli studi su animali non avrebbero potuto avere la capacità di provare la causalità nell'uomo, ma anche in ragione degli alti livelli di dosaggio utilizzati in laboratorio rispetto alle normali dosi assunte dalle donne in gravidanza. Poco convincenti sono stati poi ritenuti taluni studi concernenti la struttura chimica del medicinale; molte delle parti presunte lese hanno cercato di sostenere che il Bendectin avesse una struttura chimica simile a quella di talune altre sostanze sospette di causare difetti alla nascita. Tuttavia, nella quasi totalità dei casi, nessuna delle indagini epidemiologiche compiute per constatare gli effetti teratogeni del Bendectin furono ritenute idonee a provare il nesso di causalità.

(³⁷) V. M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 101 ss., ove si afferma che la costruzione, nel processo, di un dato enunciato fattuale può avvenire per il tramite di vari criteri e tra questi assumono particolare rilievo le c.d. "categorie". Per quel che specificatamente concerne la «costruzione categoriale» dell'enunciato causale, essa può avvenire sia sulla base della categoria della causa sia sulla base della categoria della probabilità; infatti, un conto è

giuridicamente rilevante la situazione nella quale si riesca a dimostrare che il verificarsi di un evento ha reso più probabile il verificarsi dell'altro evento, il cui rischio viene incrementato proprio quando il primo evento si verifica. Ma nei casi in cui l'ordinamento giuridico, come quello italiano, considera rilevante per la produzione di un dato effetto il verificarsi di una connessione causale tra due eventi, non sarà allora possibile avvalersi della categoria della probabilità perché così facendo non si farebbe altro che portare in giudizio una realtà che non è quella presupposta dalla norma alla quale si intende fare riferimento ⁽³⁸⁾.

Ebbene, dal punto di vista della prova, e aldilà delle riflessioni sviluppate dalla citata giurisprudenza straniera sulle funzioni del diritto civile, che talvolta impongono il "superamento" della causalità individuale, non si può non far cenno, salvo poi riprendere le fila del discorso nel prosieguo del lavoro, al problema dei limiti della scienza nonché alle condizioni di utilizzabilità dei dati statistici nel complesso contesto dell'accertamento del nesso causale, problemi questi che inevitabilmente involgono (e travolgono), come meglio vedremo, anche la teoria del c.d. aumento del rischio. Basti per ora tener conto del fatto che una nuda relazione statistica, anche se elevata, nulla dice attorno al verificarsi di un evento specifico, essendo di per sé in grado di individuare delle mere relazioni generali di natura causale ⁽³⁹⁾. E avendo il giudice a disposizione

dire che, in generale, un certo atto o fatto ha provocato *quell'*evento dannoso, altro è dire che quell'atto o fatto ha aumentato la sua probabilità di accadimento. Ebbene, nel primo caso la correlazione eziologica viene espressa mediante la categoria della causa mentre nel secondo caso è la categoria della probabilità a "costruire" la relazione causale. Sul punto si veda, altresì, R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., pp. 282-283, il quale mostra di tenere ben distinti i due piani, o, per utilizzare il linguaggio di Taruffo, le due categorie in grado di esprimere la correlazione tra due eventi, quali quella della causa e quella della probabilità. L'A. infatti ritiene che l'utilizzo della teoria dell'aumento del rischio importa l'annullamento del criterio causale (espresso secondo la categoria della causa) in quanto «come è evidente, creare una situazione che rappresenti premessa idonea per il prodursi di un danno è condizione ancor ben lontana dall'averlo causato».

⁽³⁸⁾ È ciò che accade nel caso dell'art. 2043 c.c. o dell'art. 40 c.p.: in questo senso M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 104. Tali norme giuridiche, le uniche nel nostro ordinamento che si occupano di causalità, sono per l'appunto costruite nel senso di richiedere *un nesso di causalità tra due fatti*, secondo la categoria della causa.

⁽³⁹⁾ Così R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 10. Tale impostazione presuppone che l'accertamento della causalità individuale implichi il previo accertamento della causalità generale: v., al tal proposito, C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit., p. 206, il quale, esemplificando, afferma che «quando si ricercano le cause di una patologia contratta da una persona, e si accerta che la medesima è stata sottoposta all'esposizione di un

un enunciato nomico di natura generale, si tratterà di comprendere come le leggi scientifiche e statistiche di tipo probabilistico (lasciando per ora da parte le leggi di copertura c.d. universali) possano essere correttamente inserite nel ragionamento giudiziale. Infatti, se anche il giudice disponesse di una legge di copertura statistica molto elevata, non sarebbe corretto sopravvalutare la sua forza dimostrativa, e ciò non solo perché da essa non potrebbe automaticamente e acriticamente derivarsi un'inferenza in ordine al singolo caso portato alla sua attenzione, ma anche perché nessun giudice potrebbe giungere ad affermare o a negare la sussistenza del nesso causale, e quindi ad affermare la responsabilità o meno del convenuto, asserendo che esiste la probabilità del 70, 80, o 90% che esso sussista, ferma restando la prova degli altri elementi dell'illecito⁽⁴⁰⁾.

Quale che sia l'apporto fornito da una legge statistica, essa rimane solo uno dei tanti elementi di prova che compongono l'evidenza disponibile. Affermare infatti che una generalizzazione statistica di tipo probabilistico costituisce uno "strumento" che consente di accertare la causalità generale, equivale a dire che essa rappresenta soltanto uno dei tanti elementi che caratterizzano il complesso percorso logico ed argomentativo che il giudice percorre al fine di accertare fatti singoli, già accaduti.

2.4. Causalità penale e causalità civile. Cenni alla (pretesa) diversità della misura probabilistica nell'accertamento del nesso causale

Un'esigenza generalmente sentita nei giudizi di responsabilità civile è quella di favorire "il più possibile" la tutela della vittima: una sentenza errata in favore del presunto responsabile è forse più grave di una sentenza errata in favore del presunto danneggiato? È questa una scelta fondamentale di valore

agente patogeno, se si verifica che questo agente non è neppure astrattamente idoneo a provocare "quella" patologia in concreto verificatasi, l'accertamento della causalità individuale neppure deve iniziare proprio perché non è verificata l'astratta idoneità dell'esposizione a provocare quella malattia».

⁽⁴⁰⁾ Si veda C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit., p. 145.

della nostra società, tale da giustificare l'assunto che identifica nella regola del "più probabile che non" quella più adatta a guidare l'accertamento causale in un giudizio di responsabilità civile?

Premesso che la normativa penale ha avuto l'innegabile pregio di aver fornito un maggior grado di certezza alla causalità rispetto al codice civile, se, riguardo agli aspetti strutturali del collegamento eziologico abbiamo constatato che la dottrina e la giurisprudenza dominante sembrano mutuarne i relativi principi, dei criteri probatori sembrano invece rivendicare l'autonomia.

Infatti, mentre nel processo penale la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" è radicata nel profondo della determinazione di valore per la quale "è molto peggio condannare un innocente che lasciare libero il colpevole" ⁽⁴¹⁾, nei giudizi civili aventi ad oggetto conflitti di interessi, di natura patrimoniale e non patrimoniale, la posizione delle parti nel processo ha pari rilievo giuridico: di qui la prevalenza della ricostruzione del fatto che il giudice reputi *più probabile* agli esiti dell'istruttoria.

Si è così affermata la distinzione tra lo *standard* probatorio richiesto ai fini del riconoscimento del nesso di causalità nell'accertamento della responsabilità penale secondo il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" e quello richiesto nell'accertamento della responsabilità civile secondo lo standard del "più probabile che non" o della "preponderanza dell'evidenza". All'orizzonte, il delicato problema «dell'oggettività dell'analisi e dello "scarto di verità" nella dimensione meta-fenomenica del diritto» ⁽⁴²⁾: l'immagine del giudice penale che pronuncia sentenza di assoluzione dell'imputato perché in

⁽⁴¹⁾ Basti per ora precisare che, dal punto di vista operativo, la formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio, da tempo ricorrente nella giurisprudenza nordamericana, ha iniziato diffondersi nell'ordinamento italiano ben prima che il legislatore la codificasse con l'art. 5 della l. 20 febbraio 2006 n. 46, modificativo dell'art 533 c.p., il cui primo comma, prima parte, così dispone: «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio». La dimostrazione dell'esistenza nel nostro ordinamento della regola probatoria dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" ancor prima della sua espressa codificazione, è stata messa in luce, in particolare, da F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 211 ss. Per una più approfondita analisi, soprattutto da un punto di vista operativo, dello standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio si rinvia al Cap. IV, Sezione I, § 1, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽⁴²⁾ Così G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 20.

giudizio non è stata raggiunta la prova del nesso causale “oltre ogni ragionevole dubbio”, mentre il giudice civile, chiamato a decidere sulla *medesima* vicenda storica, condanna il convenuto al risarcimento del danno perché ritiene che il nesso causale sia stato provato “più probabilmente che non”, evidenzia un’apparente disarmonia nel sistema giuridico tutt’altro che semplice da comprendere e, ancor prima, da giustificare ⁽⁴³⁾.

L’elaborazione delle regole probatorie della causalità penale e di quella civile sono state forgiate dai principi ispiratori del rispettivo sottosistema. La giustificazione di tale “disarmonia sistemica” si rinviene anzitutto sulla scorta di una oggettiva disomogeneità di interessi e di funzioni dei due settori dell’ordinamento giuridico.

A sostegno dell’autonomia delle regole probatorie in tema di eziologia, sono state evidenziate le seguenti ragioni: il processo penale pone al centro del sistema la responsabilità dell’imputato, sottoposto a giudizio per fini essenzialmente punitivi, mentre il processo civile risulta essere sempre più funzionale alla tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale e non; la responsabilità penale è individuale e tendenzialmente antropomorfa, quella civile considera come preminente la posizione del danneggiato alla luce di criteri di imputazione fondati non più soltanto sulla colpa ma sempre più spesso su valutazioni di tipo oggettivo della condotta del danneggiante; nel settore penale il principio di stretta legalità impedisce l’affermazione della responsabilità ad un soggetto per eventi a lui non direttamente e personalmente riconducibili, se troppo “distanti” dalla sua sfera d’azione, mentre nel sistema civilistico l’imputazione della responsabilità al danneggiante può essere affermata anche sulla base di presunzioni legali, semplici o anche soltanto processuali ⁽⁴⁴⁾; la teoria dell’aumento del rischio, mentre nel diritto penale sarebbe anche solo

⁽⁴³⁾ Corretto il dilemma posto da G. TRAVAGLINO, *op. ult. cit.*, il quale si chiede se è sostenibile, una volta avvenuta la prima “conversione del reale”, che un altro giudice - operante in un diverso sottosistema, sì, ma pur sempre appartenente al mondo del diritto - si renda artefice di una nuova verifica, trasformando il *non essere* (il giudice penale assolve per difetto di prova sul nesso causale) in *essere* (il giudice civile condanna perché ritiene “provato” il nesso causale), e tutto questo con riguardo *alla medesima vicenda processuale*.

⁽⁴⁴⁾ Su tali questioni v. Cap. III.

astrattamente impraticabile, in quanto trasformerebbe surrettiziamente i reati di evento in reati di pericolo, nel diritto civile potrebbe esserlo in astratto, salvo poi verificarne l'applicabilità alla luce dei principi generali in tema di nesso causale.

Sicché, in ragione della funzione riparatoria e deterrente della responsabilità civile e di prevenzione generale e speciale della responsabilità penale, nonché della diversità di struttura dei due processi, sembrerebbe ragionevole ritenere che, nel sistema civilistico, debba prevalere la parte in grado di prospettare un'ipotesi sui fatti maggiormente accreditata dalle evidenze probatorie, sulla scorta della regola del "più probabile che non". Il problema dell'accertamento del nesso causale diviene così quello di determinare il grado di probabilità da attribuire all'ipotesi che lega una condotta ad un evento, avendo consapevolezza del fatto che il rapporto di derivazione causale può essere ritenuto sussistente sulla scorta di un giudizio che poggia su basi probabilistiche, essendo l'indagine sul nesso eziologico irrimediabilmente permeata da margini d'incertezza e di relativismo ⁽⁴⁵⁾. Ciò, tuttavia, non è sinonimo di disordine o di irrazionalità ⁽⁴⁶⁾; d'altro canto è generalmente noto che i meccanismi e i criteri di accertamento della verità processuale sono meccanismi e criteri probabilistici ⁽⁴⁷⁾ e la dimensione della causalità è a tal proposito paradigmatica.

Che la logica della certezza processuale debba lasciare spazio ad altri criteri di analisi è questione nota anche alla giurisprudenza di legittimità, la quale ha avuto modo di affermare che la stessa locuzione "accertamento del nesso causale" si presenta di per sé come un vero e proprio ossimoro, sin da quando se ne predicano semplici ed insopprimibili esigenze gnoseologiche ⁽⁴⁸⁾; l'*incipit* di ogni analisi del tema della causalità ne propone costantemente l'accertamento, quando in realtà è lo stesso sintagma *accertamento del nesso*

⁽⁴⁵⁾ V. R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 1 ss.

⁽⁴⁶⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 166.

⁽⁴⁷⁾ Tale questione si inserisce nell'alveo del più complesso problema della "verità" dei fatti nel processo. Si veda, a tal proposito, M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, e a cui si rimanda per più ampie citazioni bibliografiche, spec. p. 145, note 5-6; ID., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, *passim*.

⁽⁴⁸⁾ Cass. 18 aprile 2005, n. 7997; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass. 21 luglio 2011, n. 15991.

causale a celare una sorta di intrinseca contraddizione, nella misura in cui «ogni accertamento postula e tende ad una operazione logica-deduttiva o logico-induttiva che conduca ad una conclusione, appunto, “certa”; mentre un’indagine, per quanto rigorosa, funzionale a predicarne l’esistenza sul piano del diritto, si arresta, sovente, quantomeno in sede civile sulle soglie del giudizio probabilistico» (49). Tuttavia, le riflessioni che sovente si incontrano in ordine alla diversità di standard probatori nei due settori dell’ordinamento, penale e civile, non sono supportate da un’adeguata comprensione della questione, se non altro per l’eccessiva genericità del ragionamento adottato, che non descrive analiticamente i due livelli di giudizio causale che caratterizzano i relativi criteri.

(49) Così Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in motivazione.

CAPITOLO II

LE TEORIE CAUSALI

1. Le teorie sull'accertamento della ricostruzione del nesso di causalità materiale

Il concetto di “relazione causale”, che da un punto di vista ontologico indica l’insieme delle condizioni empiriche antecedenti e contigue nello spazio e nel tempo e dalle quali dipende il verificarsi di un determinato evento di danno, ha dapprima subito un processo di elaborazione alla luce della filosofia naturale di tradizione aristotelica, quale conoscenza delle cause e dei principi ⁽⁵⁰⁾, per poi essere oggetto di sempre più raffinate concezioni di affinamento da parte delle dottrine causali dell’empirismo classico e del criticismo ⁽⁵¹⁾ che, pur avendo constatato l’impossibilità di enunciare a priori, attraverso regole generali ed astratte, la fenomenologia eziologica, non hanno certo fermato gli studi dei giuristi sul fenomeno causale nella dimensione del giuridicamente rilevante.

Il diritto ha sempre tentato di delimitare, all’interno delle possibili correlazioni causali tra fenomeni, quelle che hanno rilevanza sul piano giuridico e, in veste “contemporanea”, lo ha fatto alla luce dei criteri di cui agli artt. 40 e 41 c.p., cui pare che l’ordinamento civilistico abbia indirizzato il giudizio in tema di causalità ⁽⁵²⁾. Tuttavia, l’incertezza interpretativa derivante dalle suddette norme, stante anche la mai sopita consapevolezza del carattere

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ARISTOTELE, *Fisica*, Milano, 1999, p. 134 ss., la cui filosofia costituisce una rilevante testimonianza del procedimento logico finalizzato alla ricerca delle origini e delle conoscenze di un’azione.

⁽⁵¹⁾ V. F. LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Roma, 1999, *passim*, ove si ripercorrono le principali tappe che hanno accompagnato lo sviluppo del pensiero filosofico e scientifico in tema di nesso causale.

⁽⁵²⁾ Sul fondamento dell’applicazione degli articoli 40 e 41 c.p. alla causalità civilistica v. Cap. I, § 2.1.

indeterministico del fenomeno della eziologia degli eventi, non ha fatto altro che acuire il dibattito dottrinale in tema di ricostruzione giuridica della causalità giuridicamente rilevante, dando ampio spazio alla formulazione di teorie sull'elemento in esame.

1.1. La teoria condizionalistica

La teoria condizionalistica rappresenta uno dei primi tentativi di spiegazione razionale in termini causali del meccanismo che presiede il rapporto tra causa ed effetto, offrendo una concettualizzazione logico-naturalistica della catena degli antecedenti che hanno asseritamente concorso a produrre l'evento dannoso giuridicamente rilevante ⁽⁵³⁾.

La primazia a livello temporale della teoria della *condicio sine qua non* è strettamente correlata alla concezione della causalità di cui essa si fa portatrice: il suo schema di spiegazione è infatti di tipo strettamente naturalistico e individua la causa in ogni antecedente che abbia istituito una condizione necessaria dell'evento, secondo un criterio di selezione che costituirà il fulcro delle principali obiezioni teoriche delle successive elaborazioni dottrinali, sorte proprio al fine di ovviare gli eccessi della causalità così intesa ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ La teoria della *condicio sine qua non* è stata elaborata nel secolo XIX dal criminalista tedesco Von Buri. Per una completa esposizione della sua tesi si veda F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità del diritto penale*, Padova, 1934, p. 36. Sulle origini della teoria si veda altresì F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975, p. 1 ss. che però attribuisce questa formula a Glaser anziché a von Buri, come generalmente avviene.

⁽⁵⁴⁾ Nella tradizione penalistica si vedano G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013, p. 2 ss.; G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996; G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 120; P. NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 375 ss.; A. PECORARO ALBANI, *Caso e causalità*, in *Arch. pen.*, 1960, p. 81; M. SINISCALCO, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 639; G. AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità nel diritto penale*, Milano, 1954, *passim*; G. MUSOTTO, *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, Milano, 1952, *passim*; F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità del diritto penale*, cit., *passim*. Sul versante della tradizione civilistica, si vedano F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, *passim*; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.

⁽⁵⁵⁾ Il presupposto teorico-filosofico dal quale muove la teoria della *condicio sine qua non* è che causa di un evento non è mai un solo fatto, bensì l'insieme delle condizioni necessarie

Punto di partenza della teoria in questione è, come detto, quello di considerare causa di un evento l'insieme delle condizioni necessarie e sufficienti a produrlo: tutti gli avvenimenti cronologicamente anteriori rispetto all'evento di danno e senza i quali lo stesso non si sarebbe verificato sono da considerarsi sue cause. Il giudizio condizionalistico impone dunque il ricorso allo schema logico del giudizio controfattuale alla luce di una valutazione *a posteriori* condotta alla stregua della c.d. doppia formula, laddove una data circostanza è causa dell'evento soltanto se, senza di essa, l'evento non si sarebbe verificato (formula positiva), mentre, e per converso, la medesima circostanza non assume

a produrlo, sicché il numero delle cause potrebbe essere virtualmente infinito, essendo causa qualsiasi antecedente la cui mancanza avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. Comunemente si ritiene che il presupposto filosofico della teoria in esame sia da rinvenire nel pensiero di J.S. MILL, *Sistema di logica razionativa e induttiva*, Roma, 1968, p. 323, ove si legge che la causa può essere intesa come «l'insieme delle condizioni positive e negative che una volta realizzate danno luogo invariabilmente alla conseguenza». La teoria della *condicio sine qua non* sembra assumere integralmente il presupposto costitutivo della formula di Stuart Mill, secondo cui «L'antecedente invariabile viene denominato causa, il conseguente invariabile effetto» (*op.cit.*, p. 323), ove i predicati che connotano la relazione eziologica sono la costanza e l'invariabilità del rapporto tra un evento antecedente e un evento conseguente. A tal proposito Mill sostiene ulteriormente che «L'universalità della legge di causalità consiste in questo, che ogni conseguente è connesso in questa maniera con qualche particolare antecedente o complesso di antecedenti. Sia il fatto quello che sia, se ha cominciato ad esistere, è stato preceduto da uno o più fatti, cui è invariabilmente connesso. Per ogni evento esiste qualche combinazione d'oggetti o d'eventi, qualche dato concorso di circostanze, positive o negative, il cui accedere è sempre seguito da quel fenomeno». V. tuttavia quanto sostenuto da H.L.A. HART, A.M. HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1959, p. 2, secondo cui la dottrina della equivalenza delle condizioni che prende le mosse dagli studi di Mill è erroneamente confusa nell'ambito giuridico nella misura in cui ritiene che qualsiasi condizione *sine qua non* debba essere considerata ugualmente causa dell'evento. Da tale assunto discende l'idea per cui tutti gli avvenimenti che compongono la catena causale che hanno determinato l'evento siano ugualmente causa dell'evento. Invece, secondo Mill, la causa rappresenta tutti quegli eventi la cui concatenazione invariabilmente produce quella data conseguenza e non anche quegli antecedenti che occasionalmente si inseriscono nel procedimento. In altri termini, causa è la condizione sufficiente (non quella necessaria). Nello stesso senso v. O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 667; M. DONINI, voce "Imputazione oggettiva dell'evento" (diritto penale), in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 646 ss. Secondo invece l'opinione del filosofo australiano J.L. Mackie (rif. in F. LAUDISA, *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*), bisognerebbe fare riferimento ad una condizione da lui definita come INUS, poiché, spesso, a suo dire, quella che viene chiamata causa non è, presa da sola, né una condizione necessaria, né una condizione sufficiente per l'evento. Egli sostiene che quando diciamo che un certo evento *c* è causa di un altro evento *e*, quello che nella maggior parte dei casi intendiamo è che l'occorrenza di *c* è una parte insufficiente ma necessaria di una condizione che di per sé è non necessaria ma sufficiente per l'occorrenza di *e*. Ed è a questo tipo di condizioni che Mackie attribuisce il nome di condizione INUS, dalle iniziali dei termini inglesi *insufficient-necessary-unnecessary-sufficient*: un evento *c* è causa di un evento *e* quando l'occorrenza di un evento *c* è una condizione INUS per l'evento *e*.

rilevanza in seno al giudizio causale se, senza di essa, l'evento si sarebbe ugualmente verificato (formula negativa) ⁽⁵⁶⁾.

In altri termini, si è quindi portati a cogliere il valore causale di un dato comportamento in termini controfattuali e cioè di condizione necessaria.

Il giudizio controfattuale si riferisce, per definizione, ad eventi passati, che vengono considerati da una prospettiva di accertamento *ex post*. Esso fornisce al giurista un procedimento rigoroso per definire la condizione necessaria di un evento, e, quindi, la causa di esso ⁽⁵⁷⁾. Trattasi tuttavia di un procedimento non immune da criticità che consente al giurista di individuare solo le cause in senso logico. Il giudizio controfattuale, infatti, solo grazie al correttivo del riferimento all'evento concreto permette di risolvere alcune questioni legate alla interazione causale, ma, che, invece, non consente affatto

⁽⁵⁶⁾ La teoria della *condicio sine qua non* rappresenta, nelle argomentazioni dei giudici di legittimità, il fondamento teorico di una qualsiasi spiegazione eziologica che, nel richiamare gli artt. 40 e 41 c.p. richiama la teoria della *conditio sine qua non* quale regola impiegata per l'esame esegetico delle indicate norme penali ai fini della risoluzione della ricostruzione del nesso causale, temperando il rigore di tale approccio attraverso l'applicazione di taluni correttivi che, conseguentemente, meglio delineano il modello di causalità che si pone a fondamento della decisione sul caso concreto. Di conseguenza, il richiamo alla teoria della *condicio sine qua non* da parte della maggioritaria giurisprudenza di legittimità verrà indirettamente evidenziato in quelle pronunce giurisprudenziali che strutturano l'accertamento del nesso di causalità materiale sul modello condizionalistico "temperato". Ciò è evidentemente dimostrativo del fatto che la circostanza che il legislatore italiano abbia provveduto a delineare una disciplina della relazione causale non ha affatto agevolato il compito del giurista. La formula utilizzata negli artt. 40 e 41 c.p. si rivela infatti inconsistente nella misura in cui nulla dice in ordine a quando un dato evento è conseguenza di una condotta e per avere quindi lasciato campo aperto a diverse ricostruzioni ciascuna riferibile a definire le condizioni dell'accertamento della consequenzialità nelle intenzioni del legislatore. Cfr. E. MARINUCCI, G. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, p. 234, ove si riformula la definizione completa della teoria, integrata dalla sussunzione sotto leggi scientifiche, in base alla quale causa dell'evento è ogni azione che – tenendo conto di tutte le circostanze che si sono verificate – non può essere eliminata mentalmente, sulla base di leggi scientifiche, senza che l'evento concreto venga meno.

⁽⁵⁷⁾ Secondo C. PIZZI, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Milano, 1997, p. 7, il giudizio controfattuale rappresenta «un periodo ipotetico della irrealtà. Nel suo antecedente si ipotizza la falsità di una certa proposizione che si sa essere vera, mentre nel suo conseguente si enuncia una conseguenza della supposizione contenuta nell'antecedente. Una causa di un evento dato, allora, si può vedere come una condizione nota della quale sia vero dire che, se fosse stata assente (ipotesi controfattuale), l'evento in questione non si sarebbe verificato». Proprio con giudizi di questo tipo, cioè chiedendosi se, nella situazione ipotetica, sarebbe stata da aspettarsi oppure no la medesima conseguenza, è possibile definire una condizione necessaria, decisiva e indispensabile.

di discernere le cause effettivamente rilevanti da un punto di vista eziologico da quelle che invece non lo sono ⁽⁵⁸⁾.

Alla luce di quanto detto, se sul piano naturalistico la teoria in esame risulta ineccepibile, facendo essa venire in considerazione tutti gli eventi che, seguendo la loro naturale scansione materiale hanno contribuito in congiunzione tra loro al verificarsi dell'evento, sul versante giuridico pecca per eccesso, sia perché esaspera la ricerca della causa umana dell'evento, anche in caso di concorso di condizioni dotate del crisma dell'eccezionalità, sia perché estende a dismisura il novero delle cause rilevanti, comportando il regresso all'infinito da condizione a condizione (*causa causae est causa causati*) e portando a considerare causa dell'evento un numero potenzialmente indefinito di condotte, fino agli antecedenti più remoti ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ V. in questo senso M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 366, secondo cui «con il procedimento di eliminazione mentale [...] non si può ottenere proprio nulla, se non si sa già prima se l'azione è causale o non lo è». Nello stesso senso v. G. FIANDACA, *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in S. Costantino, C. Rinaldi (a cura di), *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, Palermo, 2004, p. 178, secondo cui «Il procedimento di eliminazione mentale (o giudizio controfattuale), così come tradizionalmente effettuato in applicazione della teoria della *condicio sine qua non*, funziona soltanto laddove si sappia in anticipo se tra fattori antecedenti e susseguenti di un certo tipo sussistono rapporti di connessione regolare (causalità generale); esso non funziona, invece, se si sconosce (o è dubbia) l'esistenza di tale collegamento generale». Secondo P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Torino, 2017, p. 236 ss., «La *condicio sine qua non* è soltanto un procedimento logico e, per funzionare, richiede che si conosca la legge scientifica in base alla quale una determinata condotta provoca un determinato evento». Come hanno riconosciuto le Sezioni Unite penali nella sentenza “Franzese” (Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, per i cui riferimenti v. Cap. IV, § 1), dall'operazione di eliminazione mentale dell'antecedente costituito dalla condotta umana può derivarsi la dimostrazione che l'evento si sarebbe o non si sarebbe prodotto in quanto si sappia già da prima che da una determinata condotta scaturisca, o non, un determinato evento.

⁽⁵⁹⁾ Parlano di «regresso all'infinito» F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, p. 142; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Torino, 2019, p. 245. Secondo la prevalente dottrina, l'art. 41 c.p. andrebbe interpretato secondo il criterio teleologico e quindi in funzione dello scopo che il legislatore ha inteso perseguire con la suddetta disposizione che è quello di limitare la capacità espansiva della teoria condizionalistica. Secondo questo orientamento, il dato letterale della disposizione sarebbe privo di significato e si renderebbe necessaria un'attenta opera di interpretazione onde ricavarne una norma concretamente applicabile. In questo senso, affinché un effetto si produca, occorrono sempre varie condizioni, ed una non è mai sufficiente, se non riunita a tutte le altre. Per contro, se il fatto sopravvenuto non si considera isolatamente, come la dizione del codice farebbe pensare, ma si presuppone l'esistenza di tutte le circostanze del caso concreto, quel fatto sarà sempre idoneo a determinare il risultato. Quindi, guardando il processo causale nella sua forma concreta, e cioè *ex post*, il fatto sopravvenuto considerato da solo non potrà mai ritenersi sufficiente; considerato insieme a tutte le altre condizioni dovrà sempre ritenersi tale. La risposta al quesito della sufficienza nel

Pertanto, se da un lato la teoria condizionalistica risulta essere maggiormente consonante con i modelli teorizzati dalle scienze fisiche naturali, in quanto fedelmente ancorata alla realtà materiale, dall'altro lato risulta difficilmente praticabile sul piano giuridico, specie nella misura in cui le scienze naturali non permettono di conoscere la causa che ha asseritamente causato il danno, postulando il procedimento di eliminazione mentale la previa conoscenza dell'appartenenza dell'azione in questione al novero delle azioni causa dell'evento. Il ragionamento controfattuale è, infatti, una struttura logica che presuppone la previa definizione delle condizioni di verità ⁽⁶⁰⁾, divenendo altrimenti un criterio non effettivamente in grado di informare il giudizio causale, in quanto l'esito del ragionamento muta secondo le informazioni che s'intendono utilizzare ⁽⁶¹⁾.

primo caso sarà sempre negativa, nell'altro costantemente affermativa. In dottrina si vedano G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 191; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, op. ult. cit.*, p. 174; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 222; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1996, p. 378 ss.; A.A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975, p. 191. Si veda altresì F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1259, secondo cui la formulazione dell'art. 41 c.p. farebbe riferimento a un giudizio a posteriori sulla rilevanza dei fatti e quindi non sarebbe in alcun modo rispondente al diritto positivo una interpretazione che faccia riferimento ad un nesso causale astratto. Nella dottrina civilistica si veda V. GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 204, secondo cui, quando si parla di cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento, tali cioè da escludere il rapporto di causalità, si esprime un concetto contraddittorio, in quanto nessuna condizione è sufficiente da sola a produrre l'evento, né esisterebbe una distinzione tra «cause causanti» e «cause non causanti», non meritando queste ultime la prima qualificazione perché estranee alla serie causale dell'evento preso in considerazione. Nello stesso senso v. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1969, p. 651.

⁽⁶⁰⁾ E. MARINUCCI, G. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 161, ove si sostiene che «la formula della eliminazione mentale è di per sé una formula vuota, ma solo nel senso che ha bisogno di essere riempita di contenuti per poter essere applicata ai casi concreti».

⁽⁶¹⁾ In questo senso è infatti possibile “elaborare” ragionamenti controfattuali con esiti opposti, potendosi opinare che il fattuale sia effettivamente tale rispetto al controfattuale a seconda della base conoscitiva che fonda il giudizio. Si è allora sostenuto che una spiegazione (dell'evento) può essere intesa come un sillogismo in cui alcune leggi di natura congiunte ad alcune premesse sono sufficienti a derivare logicamente la proposizione da spiegare. In questo senso si veda C. PIZZI, *Pluralità di cause e formula della «condicio»*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 750 ss. Si veda altresì R. BLAIOTTA., *Causalità giuridica*, cit., p. 42, il quale evidenzia che il procedimento di eliminazione mentale, per poter funzionare, richiede che siano già conosciute le regolarità scientifiche od esperienziali che governano gli accadimenti oggetto d'interesse. E sottolinea come parte della dottrina ritiene che il ruolo del procedimento di eliminazione mentale sia stato «eccessivamente enfatizzato», almeno nella causalità commissiva, avendo quest'ultimo un ruolo veramente euristico solo in quella omissiva.

Ne consegue un'evidente limitata capacità selettiva della teoria in esame, laddove la verifica secondo l'impiego di condizioni controfattuali non sembra idonea a rappresentare un filtro in grado di individuare, tra più concause, la condizione realmente "efficiente", essendovi il rischio di includere nella concatenazione causale giuridicamente rilevante quelle circostanze che, sebbene ipoteticamente riconducibili nel novero delle cause dell'evento, non sono tali nella realtà.

Di qui la proposta di includere nel giudizio causale così inteso dei criteri di giudizio che escludano dal novero delle conseguenze eziologicamente rilevanti quelle atipiche, inadeguate (causalità adeguata) ⁽⁶²⁾ o incontrollabili (causalità umana) ⁽⁶³⁾, secondo schemi di spiegazione causale aventi l'obiettivo di discernere, tra una pluralità di condizioni, tutte potenzialmente causa "efficiente" di un evento già realizzatosi, quella giuridicamente rilevante per il suo determinarsi. Correttivi, questi, che non hanno tuttavia messo a freno le riflessioni di quella parte della dottrina penalistica che pur non avendo mancato di evidenziare i problemi applicativi, e ancor prima, teorici posti dalla teoria condizionalistica e, pur sempre al fine di arginarne l'eccessiva ampiezza, ha preferito fare leva, nel selezionare le condizioni realmente decisive alla produzione dell'evento, sui requisiti dell'antigiuridicità e della colpevolezza ⁽⁶⁴⁾. Ma anche tale parziale riconoscimento di un approccio rigidamente logico-naturalistico della ricostruzione del nesso di causalità materiale non ha consentito di ovviare alle prospettate problematicità della teoria in esame; criticità ancora più eloquenti se solo si pretendesse di far lavorare in combinato disposto con la causalità criteri come quello della colpevolezza in un settore, quello civilistico, ove si annidano numerose ipotesi di responsabilità oggettiva, essendo l'elemento della colpa spesso volte derogato da norme speciali di responsabilità extracontrattuale che prevedono, di volta in volta, diversi criteri d'imputazione.

⁽⁶²⁾ V. *infra*, § 1.2.

⁽⁶³⁾ V. *infra*, § 1.3.

⁽⁶⁴⁾ V. P. NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale*, cit., p. 375

ss.

Proprio per scongiurare il rischio che l'elaborazione giuridica delle spiegazioni causali si innesti sulla configurazione delle regole generali che presidiano il giudizio di colpevolezza, i più compiuti sforzi interpretativi hanno riguardato la creazione di correttivi oggettivi al paradigma condizionalistico, in applicazione dei quali si mira a restringere l'attribuibilità obiettiva dell'evento attraverso criteri astratti, che permettano di determinare, tra più cause di un evento, quelle che hanno rilevanza giuridica, con esiti tuttavia non sempre coerenti con le predette premesse di fondo.

1.2. La teoria della causalità adeguata (o della regolarità causale)

Un primo correttivo della causalità condizionalistica è rappresentato dalla teoria della c.d. causalità adeguata, elaborata dalla dottrina tedesca di fine Ottocento⁽⁶⁵⁾ ed accolta in Italia da diversi studiosi⁽⁶⁶⁾.

La caratteristica principale della teoria in esame è quella di conseguire il più volte indicato obiettivo di limitare la mera e rigida applicazione del paradigma logico-naturalistico della teoria della *condicio sine qua non*, il cui neutro operare, come detto, condurrebbe ad un'eccessiva dilatazione dell'area del causalmente rilevante⁽⁶⁷⁾.

Il primo livello dell'indagine della teoria della causalità adeguata mira a rintracciare l'azione proporzionata (adeguata), idonea a determinare l'evento

⁽⁶⁵⁾ Sulle origini della teoria della causalità adeguata si vedano R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 137; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 685 ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 321 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966, p. 196 ss.

⁽⁶⁶⁾ A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, cit., *passim*; A. MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 48; A. GUARNIERI, *In difesa della causalità adeguata*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, p. 609 ss.

⁽⁶⁷⁾ Tale finalità è pressoché rilevata in tutti gli studi che si sono occupati del tema. A tal proposito si vedano. A tal proposito si vedano F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 138 ss.; A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*, pp. 186 ss., 228; A. PAGLIARO, *Causalità (rapporto di)*, cit., p. 154 ss.; S. PAZIENZA, *Cause sopravvenute ed esclusione del nesso di causalità: incertezze dommatiche e istanze punitive nella giurisprudenza di legittimità*, *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1675; R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazioni di modelli di spiegazione causale*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1011 ss.

dannoso cui asseritamente si correla: affinché possa dirsi sussistente il rapporto di causalità tra condotta ed evento è dunque necessario non solo che la condotta sia condizione senza la quale l'evento non si sarebbe altrimenti verificato, ma che si ponga come causa efficiente del fenomeno, concretando come oggetto dell'atto conoscitivo del giurista soltanto ciò che si sarebbe dovuto verificare secondo l'*id quod plerumque accidit* ⁽⁶⁸⁾. Tale paradigma causale non si pone dunque in termine di alternatività rispetto alla teoria condizionalistica, laddove considera *causa* la condotta umana che, oltre ad essere *condicio sine qua non* risulta, secondo un giudizio *ex ante*, adeguata al prodursi dell'evento dannoso ⁽⁶⁹⁾, in quanto idonea a determinarlo secondo l'ordinaria prevedibilità. Il nesso

⁽⁶⁸⁾ V. V. CARBONE, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Torino, 1987; M. SINISALCO, *Causalità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 639 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 651; C. BOCCA, *Il rapporto di causalità*, in *Resp. civ.*, 1957, p. 107 ss.; P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 14 ss.

⁽⁶⁹⁾ V., *ex multis*, Cass. Sez. Un. 26 maggio 2020, n. 9769, secondo cui un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*), nonché dal criterio della c.d. causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno di una serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano, ad una valutazione *ex ante*, del tutto inverosimili; Cass. 1 febbraio 2018, n. 2477, secondo cui i fini dell'apprezzamento della causalità materiale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale 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*); al contempo, 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 appaiano idonee a determinare l'evento secondo il principio della c.d. causalità adeguata, che individua come conseguenza normale imputabile quella che - secondo l'*id quod plerumque accidit* e quindi in base alla regolarità statistica o ad una probabilità apprezzabile *ex ante* (ancorché riscontrata con una prognosi postuma) - integra gli estremi di una sequenza costante dello stato di cose originatosi da un evento iniziale (sia esso una condotta umana oppure no), che ne costituisce l'antecedente necessario; Cass. 10 ottobre 2008, n. 25028, secondo cui la causalità adeguata (nella sua tradizionale formulazione "positiva") comporta che la rilevanza giuridica della *condicio sine qua non* è commisurata all'incremento, da essa prodotto, dell'obiettiva possibilità di un evento del tipo di quello effettivamente verificatosi; Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 581 (per i cui riferimenti si rimanda a Cap. IV, § 4), ove si rileva che per la teoria della regolarità causale, in qualità di correttivo della *condicio sine qua non*, 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; Cass. 6 febbraio 2007, n. 2563, secondo cui il rapporto di causalità non può farsi dipendere dalla meccanica applicazione della regola della *condicio sine qua non* ma deve piuttosto riscontrarsi secondo il criterio della teoria penalistica della causalità adeguata, per la quale si considera causa giuridica dell'evento solo quell'antecedente necessario che appartiene ad una sequenza causale che, valutata *ex ante*, non sia stata alterata da fattori esterni eccezionali, e perciò imprevedibili, e non sia stata così neutralizzata da questi fattori; Cass. 18 ottobre 2001, n. 12751 secondo cui il principio della *condicio sine qua non* subisce il temperamento del principio della causalità adeguata, per cui nell'ambito delle serie causali occorre dar rilievo solo a quelle, che,

causale deve quindi essere escluso allorché l'evento si presenti come la concretizzazione di un'ipotesi del tutto eccezionale, estrinsecatasi in un decorso causale atipico o anomalo rispetto a quello che poteva ragionevolmente attendersi ⁽⁷⁰⁾.

Tuttavia, questo parziale abbandono del piano meramente naturalistico dell'eziologia materiale, sia pur necessitato dall'obiettivo di evitare una proliferazione delle cause rilevanti sul piano giuridico, ha finito per condurre il giurista su terreni di valutazione che con la causalità hanno ben poco a che vedere.

La teoria della regolarità causale, compiendo una verifica dell'esistenza del rapporto eziologico sul piano della prevedibilità *ex ante* dell'evento, rischia infatti di operare una indebita sovrapposizione ed una conseguente contaminazione tra l'elemento della causalità e quello della colpevolezza ⁽⁷¹⁾: l'indagine sull'idoneità dell'azione non è altro che l'indagine sulla prevedibilità dell'evento e, quindi, sul requisito della colpevolezza.; basti infatti pensare che, se si resta sul piano (oggettivo) della causalità, l'evento realmente verificatosi costituisce conseguenza di una condotta umana anche allorché lo sviluppo causale verificatosi fosse da ritenersi del tutto imprevedibile.

Sebbene tale obiezione venga generalmente mitigata sostenendo che il giudizio di prevedibilità in astratto, nel quale si concretizza la valutazione imposta dalla teoria della regolarità causale, sia in realtà parametrato alla miglior scienza ed esperienza di quel dato momento storico, secondo criteri oggettivi che prescindono dalla capacità di previsione dell'agente concreto ⁽⁷²⁾, la

nel momento in cui si produce il fatto causante, non appaiono del tutto imprevedibili, «teoria che quindi finisce per essere non solo un criterio di imputazione eziologica, ma anche di imputabilità del danno». In questo ultimo senso v. Cass. 19 maggio 1999, n. 4852.

⁽⁷⁰⁾ P.G. MONATERI, *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 458 ss.

⁽⁷¹⁾ L'accertamento della colpa, quanto all'identificazione delle regole cautelari di condotta, va effettuato sulla base di un giudizio *ex ante* in relazione sia alla prevedibilità dell'evento (con cui si individuano le condotte tenendo le quali è prevedibile come probabile la verificazione di eventi dannosi), sia all'evitabilità dello stesso (così individuandosi le condotte mediante le quali si evita o si riduce il rischio di verificazione dell'evento dannoso).

⁽⁷²⁾ La principale obiezione teorica che si muove alla teoria della regolarità causale concerne il fatto che il giudizio di causalità adeguata potrebbe confondersi con il giudizio di accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo. Ciò nella misura in cui si sostiene che

la modalità con la quale deve compiersi il giudizio di adeguatezza debba essere quella della valutazione *ex ante*, nel senso di doversi accertare se al momento del compimento dell'azione doveva ritenersi del tutto imprevedibile il verificarsi di una data conseguenza, così adottando una modalità di valutazione simile a quella propria dell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito. Nonostante si dica che ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente bensì da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, ove il giudizio di *prevedibilità* si tramuta in un giudizio di non *improbabilità* dell'evento, tale modo di intendere la relazione di adeguatezza causale non è stato esente da critiche. In questo senso, in dottrina, si vedano le considerazioni di G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 194 ss. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 11 luglio 2017, n. 17084, in relazione ad una controversia relativa ad un gruppo di sostenitori di Epa Conlus, ha affermato che la responsabilità del Ministero della Salute per i danni da contagio post-trasfusionale da epatite virale (B e C) ed AIDS sussiste anche in epoca antecedente al 1978, confermando la sentenza della Corte d'Appello di Roma nella parte in cui aveva condannato il Ministero della Salute al risarcimento del danno, tra gli altri, in favore di un soggetto danneggiato da trasfusioni infette ricevute nel 1969. La Corte, pur dichiarando inammissibile il ricorso, sostiene che nonostante si affermi che il giudizio di prevedibilità debba compiersi in astratto (e non in concreto) e secondo regole statistiche e scientifiche, un giudizio di causalità adeguata così compiuto non sarebbe comunque in grado di stornare il rischio di far coincidere il giudizio di adeguatezza causale (nei termini anzidetti) con quello di accertamento dell'elemento soggettivo dato che ricondurrebbe «il punto di vista della valutazione esigibile, sulla base delle migliori conoscenze scientifiche, al momento dell'azione, e dunque ad un profilo di responsabilità soggettiva»; si sostiene inoltre che, nonostante gli sforzi teorici volti ad evitare la coincidenza dei due giudizi, l'orientamento prevalente mostra di informare l'indagine sulla causalità ad un criterio che rinvia alla colpa, dato che il richiamo ad una conoscibilità astratta dell'evento da parte delle regole statistiche e scientifiche non basta per poter affrancare la questione della causalità da quella della colpa, se poi la conoscibilità in astratto viene fatta coincidere con la prevedibilità. Ed è proprio la materia dei danni da sangue o emoderivati infetti ad evidenziare la pertinenza al sapere causale del criterio dell'oggettiva idoneità della condotta a determinare un evento, senza alcun riferimento alla c.d. prevedibilità soggettiva. Laddove vigano precetti specifici e precostituiti relativamente al compimento di determinate attività, la regola viene imposta all'agente indipendentemente dalla capacità di quest'ultimo di rappresentarsi l'esistenza e la natura del pericolo. L'omissione della struttura sanitaria, relativamente ai controlli sull'idoneità del sangue ad essere oggetto di trasfusione, è da reputare causalmente efficiente in ordine all'insorgere dell'infezione e tale omissione è ritenuta antiggiuridica indipendentemente dal criterio della prevedibilità soggettiva in quanto regole specifiche e puntuali poste allo scopo di evitare il rischio di infezione, imponevano il controllo sul sangue umano. In questo senso, l'efficienza causale dell'omissione della struttura sanitaria è suscettibile di imputazione giuridica in forza dei controlli in materia di sangue umano cui l'autorità amministrativa era tenuta a partire da una normativa assai risalente nel tempo. Si afferma quindi che «Il collegamento probabilistico tra la somministrazione del sangue infetto in ambiente sanitario e la patologia insorta va apprezzato non sulla base delle conoscenze scientifiche del momento in cui venne effettuata la trasfusione, stante l'irrelevanza del criterio della prevedibilità soggettiva, ma sulla base di quelle presenti al momento in cui viene svolto l'accertamento dell'esistenza del nesso causale, posto che ciò che deve essere valutato è il collegamento naturalistico fra l'omissione e l'evento dannoso». Si è quindi sostenuta la necessità di accertare l'esistenza del nesso eziologico fra trasfusione ed infezione nominando quest'ultima sulla base delle cognizioni scientifiche del proprio tempo, che hanno consentito di identificare le malattie tipiche (HBV, HCV, HIV), anche se ciò che rileva ai fini dell'apprezzamento causalistico è l'evento obiettivo dell'infezione. Pertanto «Il giudizio in ordine all'eziologia dell'infezione viene reso in base alle cognizioni del tempo, e perciò nominando l'infezione in base alle conoscenze acquisite al tempo della valutazione, ma il problema del nesso causale coincide integralmente con quello della derivazione probabilistica dell'infezione dalla trasfusione, a prescindere dalla sua specificazione in termini di malattia tipica (HBV, HCV, HIV)». In questo senso,

giurisprudenza non sembra tenere ben distinti il piano della prevedibilità di tipo astratto e la valutazione demandata all'elemento soggettivo in relazione alla concreta prevedibilità di verificazione di quel concreto evento.

La commistione valutativa tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo si è compiuta sia in sede di valutazione di interruzione del nesso eziologico ⁽⁷³⁾,

all'elemento soggettivo dell'illecito resta da ascrivere l'incauta somministrazione in assenza dei doverosi controlli. E una volta acquisita al processo la circostanza dell'incauta somministrazione in violazione di specifiche regole, diventa onere della struttura sanitaria dimostrare, sempre sul piano soggettivo dell'illecito, di aver utilizzato sacche di sangue opportunamente controllate secondo tutti i canoni normativi. La questione dei rapporti tra nesso di causalità e colpa viene affrontata in termini analoghi da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619 ove, in motivazione, si specifica che l'individuazione del nesso di causalità materiale «prescinde da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto "oggettivata", da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto di prevedibilità/previsione insito nella fattispecie della colpa (elemento qualificativo del momento soggettivo dell'illecito, momento di analisi collocato in un ideale *posterius* rispetto alla ricostruzione della fattispecie)». Nel caso di specie la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato il nesso causale tra il comportamento omissivo del sanitario che aveva ritardato di inviare il paziente presso un centro di medicina iperbarica e l'aggravamento delle lesioni subite dal paziente che probabilmente avrebbe potuto essere evitato. Per una più compiuta analisi di tale fattispecie si rinvia a Cap. IV, § 2.1. La dottrina civilistica italiana si è invece perlopiù soffermata sul significato dei termini "prevedibilità" e "probabilità". Sul punto v. P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit., p. 141, secondo cui, anche se discutibilmente, la prevedibilità (o adeguatezza) e probabilità differirebbero tra loro per una ragione essenzialmente quantitativa, essendo entrambe dipendenti dal dato statistico, nel senso che l'adeguatezza si accontenta di un sensibile incremento di probabilità in ordine al verificarsi dell'evento mentre la prevedibilità esige un grado di probabilità positiva sensibilmente superiore al 50%. Si veda anche V. GERI, *Il rapporto di causalità di diritto civile*, cit., p. 198, secondo cui sia la probabilità che la prevedibilità sono forme di conoscenza dell'uomo, con la differenza che la prima ha carattere induttivo, la seconda deduttivo. In altri termini, mentre la probabilità si fonda essenzialmente sopra una constatazione della realtà, la prevedibilità si fonda su un procedimento sillogistico. Ma i due termini sono tanto collegati tra loro che non vi sarebbe prevedibilità senza una somma di esperienze circa la probabilità di un fenomeno. Più recentemente si veda G. TRAVAGLINO, *op. ult. cit.*, pp. 199-200, il quale afferma che la relazione che lega nesso causale e colpa è la stessa che distingue la probabilità dalla prevedibilità, quali «concetti orbitanti in differenti dimensioni di valutazione e di giudizio, se si consideri che anche ciò che è improbabile ben può essere prevedibile [...], mentre talvolta anche il probabile può risultare imprevedibile.

⁽⁷³⁾ V. Cass. 10 gennaio 2017, n. 243, ove si è affermato che nel caso in cui «un medico ginecologo, cui fiduciarmente una gestante si era rivolta per accertamenti sulle condizioni della gravidanza e del feto, non abbia adempiuto correttamente la prestazione, per non avere prescritto l'amniocentesi ed all'esito della gravidanza il feto nasca con una sindrome che quell'accertamento avrebbe potuto svelare, la mera circostanza che due mesi dopo quella prestazione la gestante abbia rifiutato di sottoporsi all'amniocentesi presso una struttura ospedaliera in occasione di ulteriori controlli, non può dal giudice di merito essere considerata automaticamente come causa efficiente esclusiva, sopravvenuta all'inadempimento, riguardo al danno alla propria salute psico-fisica che la gestante lamenta per avere avuto la "sorpresa" della condizione patologica del figlio all'esito della gravidanza, occorrendo all'uopo invece accertare in concreto che sul rifiuto non abbia influito il convincimento ingenerato nella gestante dalla prestazione erroneamente eseguita». Pertanto, i giudici di legittimità censurano la sentenza di merito per non avere valutato se contegno colposo (e omissivo) del medico avrebbe potuto

sia in sede di valutazione del mero elemento soggettivo colposo, ove talvolta si assiste ad una tendenziale oggettivazione formale dell'elemento della colpa, venendo questa in considerazione piuttosto che nella sua concreta specificità (e quindi in relazione a quel particolare soggetto che ha posto in essere quella specifica condotta), nella sua componente astratta di predeterminazione di un ideale parametro di riferimento ⁽⁷⁴⁾.

interrompere, in termini di causa sopravvenuta, il rifiuto della gestante di sottoporsi al relativo esame diagnostico; Trib. Milano 13 luglio 1989, in *Giur. it.*, 1991, p. 1 ss., con nota di E. RUBINI TARIZZO, *Nesso di causalità e danno psichico*. Si tratta di un caso analogo a quello appena prospettato e relativo ad un investimento, da parte di un automobilista, di un soggetto che procedeva con il suo ciclomotore lungo una strada di campagna. A seguito del sinistro la vittima riportava lesioni fisiche che ne rendevano necessario il ricovero presso l'ospedale, per l'allestimento di un apparecchio gessato. La vittima, rientrata in ospedale qualche tempo dopo al fine di rimuovere il gesso, vedeva prolungarsi il periodo di degenza per la riscontrata necessità di confezionare un nuovo gesso, iniziando al contempo a mostrare segni di squilibrio psichico. Per tale ragione l'ospedale programmava una serie di esami neuro-psichiatrici, che tuttavia non venivano eseguiti. Durante un terzo ricovero per la rimozione del gesso, il paziente, nel tentativo di fuggire dall'ospedale, si defenestrava e riportava gravissime lesioni fisiche nonché un aggravamento della sua condizione psichica, subendo in seguito numerosi ricoveri, sia in strutture psichiatriche che in reparti ortopedici. Il Tribunale di Milano ha riconosciuto una responsabilità concorrente del personale dell'investitore e del contegno colposo dell'ospedale che aveva omesso i prescritti esami diagnostici, riconoscendo a tali condotte efficacia interrutiva del nesso causale tra la patologia psichica della vittima e le lesioni subite dopo essere precipitato dalla finestra dell'ospedale. Per una mera declamazione di principio in punto di l'interruzione del nesso eziologico da parte del contegno colposo del presunto responsabile v. Cass. 31 luglio 2017, n. 18969, ove, in motivazione, la Corte specifica che «si verifica l'interruzione del nesso causale, per l'esclusiva efficienza causale della causa sopravvenuta se quest'ultima, pur inserendosi nella serie causale già intrapresa, ponga in essere un'altra serie causale eccezionale ed atipica rispetto alla prima, idonea da sola a produrre l'evento dannoso, che sul piano giuridico assorbe ogni diversa serie causale e la riduce al ruolo di semplice occasione, togliendo così ogni legame fra le cause remote e l'evento». Nel caso di specie i giudici di legittimità, pur ammettendolo in astratto, hanno escluso la qualificazione in termini di causa sopravvenuta del contegno colposo degli operatori di una struttura ospedaliera per la morte di un paziente affetto da sindrome frontale e deceduto allorquando, in preda alla patologia psichiatrica, ebbe a scavalcare il davanzale della finestra della stanza ove era ricoverato, precipitando nel cortile sottostante. Nello stesso senso v. Cass. 20 maggio 1998, n. 5031, in *Foro it.*, 1998, c. 2875, con nota di L. LAMBO. Secondo la sentenza, la responsabilità per danni da cosa in custodia non si fonda su un comportamento o attività del custode, ma su una relazione intercorrente tra questi e la cosa dannosa. Sulla base di tale principio è stata cassata la sentenza con cui si era negato il risarcimento a una persona scivolata su un acino d'uva presente sul pavimento di un'aula scolastica, poiché non era stato accertato se il pavimento, privo di intrinseca pericolosità, avesse acquistato con l'acino d'uva un dinamismo dannoso, se la presenza sul pavimento dell'acino d'uva costituisse un fattore eccezionale o straordinario tale da integrare il caso fortuito, né tantomeno se fosse configurabile un atteggiamento colposo del danneggiato. Nello stesso senso v. Cass. 11 gennaio 2005, n. 376; Cass. 15 ottobre 2004, n. 20334; Cass. 9 febbraio 2004, n. 2430; Cass. 4 febbraio 2004, n. 2062; Cass. 20 agosto 2003, n. 12219. In dottrina v. R. ROVELLI, *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino, 1964, *passim*, il quale esclude che il nesso causale possa "costituirsi" con le semplici occasioni.

⁽⁷⁴⁾ Rimarca l'autonomia concettuale della colpa R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 228, secondo cui i concetti causalità e della colpa, pur necessariamente tessendosi tra

Al netto delle accennate problematiche relative alla commistione tra elemento oggettivo e soggettivo, e al fine individuare un esatto criterio discretivo in grado di dare soluzione al problema della rilevanza giuridica delle possibili ipotesi, non infrequenti, in cui si pone un problema di cause concorrenti o concomitanti con quella che si assume essere causa del singolo evento lesivo, pare a nostro avviso necessario ancorare l'operatività della teoria in esame alla sua stessa ragione giustificatrice: la linea guida del criterio discretivo da utilizzare in sede di accertamento causale deve essere quello dell'atipicità o meno dell'evento rispetto alla condotta antecedente o concomitante, oppure della non conformità dell'evento stesso all'ordinario sviluppo della serie causale in esame; là dove invece il fattore antecedente sia una situazione di fatto e non una condotta, allora deve verificarsi se l'evento lesivo sia o meno atipico rispetto al pregresso stato fattuale e se, rispetto all'evento, la condotta posta in essere

loro ai fini dell'ascrizione della responsabilità, mantengono un' «essenza ontologica distinta»; G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 194; M. BUSSANI, *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991, p. 2 ss.; S. RODOTÀ, *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1978, p. 3 ss.; M. COMPORTE, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, p. 9. Nella giurisprudenza di legittimità si veda Cass. 11 gennaio 2008, n. 576, per i cui riferimenti si rimanda a Cap. IV, § 4. Tale pronuncia non sembra tener ben distinto l'elemento soggettivo da quello del nesso causale in ordine all'accertamento della relazione eziologica in tema di infezioni contratte da trasfusione da sangue infetto. In essa si afferma che esiste un solo evento lesivo dell'integrità fisica, per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto-contagio infettivo-lesione dell'integrità e che pertanto già a partire dalla conoscenza dell'epatite B sussisteva la responsabilità del Ministero della Salute per il contagio di altri due virus, che non costituivano eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazione patogene dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica. La questione che si era posta all'attenzione delle Sezioni Unite e sulle quali queste avevano incentrato la loro attenzione era quella di stabilire se l'omissione dell'agente causalmente rilevante fosse o meno colpevole. E cioè se il Ministero, alla luce delle conoscenze scientifiche, avesse o meno un obbligo di comportamento idoneo a rilevare eventuali tossicità del plasma: un problema tuttavia non causale, ma di colpa. Nello stesso Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, che, sempre in materia di infezioni contratte da trasfusione da sangue infetto, afferma in punto di accertamento del nesso causale verrebbe in rilievo una nozione di prevedibilità che è sia diversa da quella delle conseguenze dannose di cui all'art. 1225 c.c. sia da quella posta a base del giudizio di colpa, concernendo le regole statistiche e probabilistiche necessarie per stabilire un collegamento tra un certo evento ed il fatto dannoso. Tuttavia, riguardo l'illecito aquiliano per omissione colposa, la predetta nozione di prevedibilità (quella cioè causalmente rilevante) deve essere adattata alla circostanza che in esso il giudizio causale assume come termine iniziale una condotta in quanto colposa anziché la mera causalità materiale. Si verifica così un intreccio tra causalità e colpa nel momento in cui la Corte sostiene che è necessario dare rilevanza a quelle serie causali che, nel momento in cui si produce l'evento causante, non appaiano del tutto inverosimili, postulando quindi il suo accertamento un giudizio ipotetico sull'idoneità dell'azione prescritta e colpevolmente omessa.

abbia o meno avuto il ruolo di concausa dell'evento. Ciò, si badi, non pone problemi di eccessiva astrattezza, in quanto il modello dell'astratta idoneità, quale chiave di lettura della causalità civile ordinaria, si sostanzia in un giudizio destinato a risolversi «entro i confini di una dimensione “storica”, o, se si vuole, di politica del diritto» ⁽⁷⁵⁾ e, quindi, inevitabilmente soggetto ad adattarsi alle concrete fattispecie, di modo che sarà poi il giudice ad individuare, di volta in volta, i termini concreti dell'astratta riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo al soggetto agente. Così, ragionando in termini pragmatici, si è indotti a concentrare l'attenzione sul criterio probabilistico, quale vera essenza del ragionamento che il giudice è tenuto a compiere al fine di valutare l'idoneità della condotta a cagionare l'evento dannoso.

Tuttavia, se è vero che il criterio della probabilità è quello a cui fare riferimento in sede di giudizio causale, non essendo possibile conoscere la reale causa di fatti giuridicamente rilevanti essendo che l'accertamento del nesso causale si svolge secondo un giudizio *ex post*, la possibilità di fare ricorso a “calcoli” probabilistici al fine di individuare tra più cause che rappresentino la *condicio sine qua non* di un dato evento quella che possa dirsi causa dello stesso, non pare essere la soluzione ottimale alla propugnata conoscenza *ex ante*, anziché, come dovrebbe essere, *ex post*, del processo di causazione dell'evento dannoso. E ciò non solo per il già esplicitato rischio di contaminazione tra causalità e colpevolezza, ma anche per l'innegabile circostanza per cui ritenere giuridicamente rilevante soltanto la causa che, sulla base di una valutazione *ex ante*, cioè al momento in cui viene posta in essere, risulti probabile che avrà come conseguenza quell'evento di danno, condurrebbe l'interprete ad adottare un concetto di conoscenza di tipo statico e cioè fondato su una ipotetica causalità generale che, in quanto tale, potrebbe portare ad *escludere a priori* l'esistenza di un nesso causale che invece potrebbero essere ritenuto sussistente alla luce della situazione concreta sottoposta ad accertamento giudiziale.

⁽⁷⁵⁾ Così G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, cit., p. 696.

1.3. La teoria della causalità umana o della signoria dell'uomo sul fatto

L'elaborazione della teoria della causalità umana, formulata dall'Antolisei ⁽⁷⁶⁾, ponendosi tra gli opposti estremi della causalità naturale e della causalità adeguata, tenta di offrire una soluzione intermedia tra le suddette teorie causali, nell'intento di correggere gli intrinseci limiti di cui queste si fanno portatrici.

La teoria in esame parte dalla considerazione che, sebbene la causalità risulti inevitabilmente caratterizzata dal convergere di vari elementi, alcuni di carattere naturale, altri lasciati alla libero agire umano, l'ambito causale giuridicamente rilevante e, quindi, il legame che deve essere spiegato e definito, non è tanto il rapporto tra *evento* ed *azione* (e cioè il nesso causale inteso in senso obiettivo-naturalistico), quanto piuttosto quello tra un *evento* e *fatto opera di quell'uomo* ⁽⁷⁷⁾; la condotta si presenta così come causa dell'evento quando ne costituisce *condicio sine qua non* e al contempo rientri nella sfera di dominabilità umana dell'agente concreto, avendo quindi riguardo ai suoi poteri conoscitivi e volitivi. È infatti per mezzo di questi che l'uomo, nella relazione con gli accadimenti esterni, è in grado di prevedere gli effetti che derivano da determinate cause, potendo inserirsi nel processo eziologico imprimervi la direzione desiderata: attivando le forze inattive, arrestando quelle in moto o, ancora, lasciando che queste si svolgano liberamente ⁽⁷⁸⁾.

Pertanto, affinché il nesso causale possa dirsi positivamente accertato e pur sempre in consonanza con elementari esigenze di giustizia naturalistica, è

⁽⁷⁶⁾ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 199 ss.

⁽⁷⁷⁾ F. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 179.

⁽⁷⁸⁾ L'essere umano deve rapportarsi, nel corso del proprio agire, tanto a leggi fisiche e naturali quanto a leggi giuridiche, ma nell'ambito di questi limiti può essere pienamente ritenuto responsabile per un dato evento, a cui partecipa in maniera attiva oppure omissiva. Egli non è infatti mero soggetto passivo delle dinamiche naturali potendo, per il tramite del proprio agire, modificare la realtà fenomenica ed inserirsi nel novero delle cause che concorrono a produrre un dato evento. La condotta può così considerarsi causa dei soli eventi che rientrano nella sfera di signoria dell'uomo, il quale, anche se egli non li ha voluti, era pur sempre in grado di dominarli. Si vedano: F. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 199 ss.; V. PASCALI, *Causalità e inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011, p. 77 ss.

necessario che sussistano due elementi: uno positivo, che vuole che il soggetto abbia posto in essere con la sua condotta una condizione dell'evento, ed uno negativo, consistente nel mancato intervento, nel processo di causazione dell'evento giuridicamente rilevante, di fattori eccezionali, siano essi sopravvenuti, simultanei o preesistenti alla condotta. Ed eccezionali sono considerati non tutti gli eventi atipici secondo quanto prospettato dalla teoria della causalità adeguata, ma soltanto quelli che hanno una probabilità minima di verificarsi, poiché anche i fenomeni che nella generalità dei casi non si verificano, e rispetto ai quali la teoria della causalità adeguata propugna un'inadeguatezza causale, possono essere preveduti e, quindi, dominati. In presenza di fattori eccezionali si configurerebbe una relazione di mera occasionalità sicché, pur esistendo la relazione condizionalistica, essa non sarebbe sufficiente a fondare il rapporto di causalità (una volta declinato in termini di stretta dominabilità), potendo essere imputati all'agente soltanto i fattori di cui egli abbia tenuto effettivamente conto nonché quelli che avrebbe potuto governare ⁽⁷⁹⁾. E sarebbe proprio il predetto modo di atteggiarsi del criterio dell'eccezionalità dell'evento ad avere il merito di evitare contaminazioni di sorta tra causalità e colpevolezza, e ciò non solo perché il predetto criterio, nel suo *modus operandi*, si farebbe portatore di una capacità selettiva più ridotta rispetto a quello dell'adeguatezza ⁽⁸⁰⁾ ma anche perché il giudizio di causalità umana si concretizzerebbe nella determinazione della dominabilità degli eventi mediante una valutazione astratta, mentre il giudizio di colpevolezza si estrinsecerebbe nell'indagine delle speciali capacità e possibilità del concreto individuo ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ F. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 193 ss. Gli antecedenti causali sono, nel loro complesso, definiti come “condizioni” e nel loro ambito si inseriscono sia le “cause”, vale a dire eventi di probabile verificaazione soggetti all'agire umano, che le “occasioni”, ovvero eventi eccezionali in quanto tali, e quindi incontrollabili da parte dell'uomo. Si veda altresì G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 189.

⁽⁸⁰⁾ La teoria della causalità umana non abbraccia il criterio dell'idoneità generale fatto proprio dalla teoria della regolarità causale che, rendendo incerta e poco definita la linea di confine tra la probabilità e la prevedibilità dell'evento porta alla sovrapposizione del piano della causalità con quello della colpevolezza.

⁽⁸¹⁾ F. ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 205.

Tuttavia, anche la teoria in esame non è andata esente da critiche. Anzitutto, valorizzando fattori concausali sopravvenuti, ma anche antecedenti o concomitanti alla condotta, il paradigma della causalità umana mal si concilia con il dettato di cui all'art. 40, comma 2, c.p., che fa invece riferimento alle sole cause «sopravvenute»⁽⁸²⁾. In secondo luogo, anche la teoria in esame è spesso volte accusata, al pari della teoria della causalità adeguata, di operare una indebita contaminazione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo in quanto, col far dipendere la causalità da un ambiguo giudizio di prevedibilità e dominabilità dell'evento, si rischierebbe di scivolare, ancor più facilmente, direttamente sul terreno della colpevolezza senza risolvere il problema della causalità⁽⁸³⁾. A tal proposito, non si può fare a meno di rilevare che se il giudizio di dominabilità degli eventi lo si compie avendo riguardo ad un soggetto avente le medesime conoscenze del soggetto concreto si rischierebbe di escludere in maniera aprioristica il carattere di eccezionalità alle concause conosciute o conoscibili dal soggetto della fattispecie *sub iudice*; sicché a nulla vale collocare l'elemento della "conoscenza" in due distinti momenti, a seconda cioè che l'indagine riguardi la causalità (e quindi compendosi una valutazione in astratto, *rectius* oggettiva) oppure la colpevolezza (ove invece si tiene conto delle speciali capacità e possibilità del soggetto agente). Infatti, anche laddove

⁽⁸²⁾ Lo stesso Antolisei, al fine di superare tale aporia, fa appello all'analogia in *bonam partem*, ricomprendendovi anche le condizioni eccezionali antecedenti o concomitanti. La prevalente dottrina è tuttavia concorde nel ritenere che il legislatore, nel limitare l'applicazione del secondo comma dell'art. 41 c.p. alle sole cause sopravvenute, senza riproporre la distinzione di cui al primo comma del medesimo articolo, avrebbe inteso tenere fuori dalla portata applicativa dell'art. 41, capoverso, c.p., le condizioni antecedenti o concomitanti. In questo senso v. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., pp. 149-150; E. MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 886; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991, Milano, p. 377; A. A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, cit., p. 146. Parte della giurisprudenza ritiene invece che nella teoria della signoria dell'uomo sul fatto possono rientrarvi anche le condizioni concomitanti e preesistenti: Cass. pen. 25 maggio 2012, n. 20245; Cass. pen. 29 aprile 2009, n. 26020; Cass. pen. 4 marzo 2004, n. 10430.

⁽⁸³⁾ Tale risvolto non era tuttavia ignoto all'Antolisei, il quale, prendendone atto, ribatteva che sebbene l'elemento della "conoscenza" figuri in entrambe le indagini (causalità e colpevolezza), mentre nell'indagine sul nesso causale non si considera il singolo individuo, ma l'uomo in astratto, secondo le sue attitudini generali, nell'indagine sulla colpevolezza si tiene conto delle speciali capacità e possibilità del soggetto: v. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 230.

si intendesse evitare tale contaminazione prendendo in considerazione un modello di soggetto *astratto*, si potrebbe in concreto giungere ad escludere il nesso causale in presenza di un fattore eccezionale in *concreto* conosciuto dal soggetto agente. D'altro canto, anche adottando un criterio statico ed obiettivo, sia pur fondato sulla miglior scienza ed esperienza, tornano in gioco le criticità avanzate in relazione alla teoria della causalità adeguata, non da ultimo quella di riferirsi ad un concetto di eccezionalità che, declinato nei termini suddetti, si fonda su un approccio di tipo statistico che nulla dice in ordine alle relazioni esistenti tra le condizioni considerate e che potrebbe anzi risultare fuorviante se applicato in modo "generalizzato", non essendo la loro improbabilità astratta idonea a fondare il giudizio causale ⁽⁸⁴⁾.

Nonostante le avanzate criticità e la quasi sovrapposizione con l'impianto teorico della teoria della causalità adeguata, quella della causalità umana ha ricevuto ampio seguito nella giurisprudenza penale ⁽⁸⁵⁾. Le ragioni di tale

⁽⁸⁴⁾ Anche la teoria della causalità umana si muove sul terreno probabilistico, cui aggiunge la notazione ulteriormente restrittiva dei poteri di signoria dell'uomo nell'impedimento dell'evento. Tale concezione rimane in tal modo ancorata alle aporie naturalistiche del *potere* impedire, laddove, se lo si confronta con il problema dell'imputazione obbiettiva dell'evento si vede come questo sia effettivamente incentrato sul *dovere di impedire*, poiché il potere individuale e concreto del soggetto non rileva nel diritto (al di là di casi eccezionali e tipizzati, come la causa di esclusione dell'imputabilità) come entità naturalistica ma come *pretesa normativa*. Il potere del soggetto, in altri termini, come la sua libertà ed autonomia, non viene ricercato dal diritto per essere conosciuto perché esso viene *postulato* e *preteso* dalla società. Tale qualità del soggetto non è qualcosa che può essere provata con i mezzi delle scienze naturali. Ma ciò non perché tali mezzi siano insufficienti, ma perché si tratta di una realtà non naturale ma normativa su cui ciascun membro della società deve poter fondare la propria libertà e sicurezza. In questi termini F. ANTOLISEI, *op. e loc. ult. cit.* Si veda altresì G. FIANDACA, *Causalità*, cit., p. 125 ss., che rileva come la predetta teoria, fra l'altro, «rimanda ad un tipo di valutazione che caratterizza, più propriamente, la categoria della colpevolezza».

⁽⁸⁵⁾ V. Cass. pen. 28 giugno 2012, n. 37340, che, in relazione ad un caso di ricovero in ospedale a seguito di un grave incidente sui luoghi di lavoro, ha ritenuto immune da censure il ragionamento della Corte distrettuale che aveva valutato come sempre *prevedibili* e tutt'altro che eccezionali comportamenti imperiti, negligenti o imprudenti nell'ambito del trattamento sanitario della persona in cura, di talché poteva essere ritenuta l'interruzione del nesso causale con la condotta dell'imputato (personale sanitario) solo se la necessità di cura non trovava più origine in quella vicenda anteriore; quindi, quando il paziente sia guarito o almeno convalescente. Nella vicenda in esame, i giudici di legittimità hanno ritenuto che a distanza di tre settimane dall'incidente la vittima fosse in via di miglioramento ma non ancora guarita, tanto che era ancora sottoposto ad immobilizzazione quando venne omesso l'ecodoppler; omissione che è stata posta dal Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Foggia a base della colposa produzione di una trombosi venosa profonda della vena femorale da parte dei due medici curanti. In altri termini, al momento dell'omissione sanitaria l'infortunato era ancora bisognoso di cure e di assistenza continua, sicché la condotta colposa dei sanitari non costituiva

accadimento assolutamente anomalo ed eccezionale, la cui ricorrenza si sarebbe potuta affermare solo se la vittima fosse guarito o fosse almeno convalescente; Cass. pen. 16 febbraio 2010, Pappadà, ove non è stato ritenuto interrotto il nesso causale tra l'omessa diagnosi di un infarto, imputabile ad un medico di pronto soccorso e la morte del paziente, solo perché l'errore diagnostico era stato reiterato da un medico chirurgo, in quanto, nella specie, quella inosservanza discendeva da un affidamento incauto nell'operato del collega precedentemente intervenuto, costituendo una *prevedibile evoluzione* dell'operato di questi; Cass. pen. 9 luglio 2008, n. 27959, che ha affermato come, nel campo della sicurezza del lavoro, i principi in tema di causalità umana consentono di escludere l'esistenza del rapporto di causalità nei casi in cui sia provata l'abnormità del comportamento del lavoratore infortunato e sia provato che proprio questa abnormità abbia dato causa all'evento; questa caratteristica della condotta del lavoratore infortunato è idonea ad interrompere il nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento quale causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento. In questo senso «deve dunque considerarsi abnorme il comportamento che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro e l'eventuale colpa concorrente del lavoratore non può spiegare alcuna efficacia esimente per i soggetti aventi l'obbligo di sicurezza che si siano comunque resi responsabili della violazione di prescrizioni in materia antinfortunistica». Si è dunque escluso che abbia queste caratteristiche di abnormità il comportamento, pur imprudente, del lavoratore che non esorbiti completamente dalle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro attribuitogli e mentre vengono utilizzati gli strumenti di lavoro ai quali è addetto. Anche ammesso che la condotta del lavoratore sia stata contraria ad una norma di prevenzione ciò non sarebbe sufficiente a ritenere la sua condotta connotata da abnormità essendo, l'osservanza delle misure di prevenzione, finalizzata anche a prevenire errori e violazioni da parte del lavoratore. La Corte ha quindi ritenuto corretto l'argomentare dei giudici di merito i quali, attenendosi ai principi ricordati, hanno escluso l'abnormità della condotta della lavoratrice infortunata che, alla fine del ciclo di lavoro, ha attenuato la sua attenzione e, togliendosi i mezzi di protezione, si era avvicinata al pulsante di arresto di un macchinario rimanendo però impigliata con i capelli nell'albero di trasmissione del medesimo e subendo quindi gravissime conseguenze. La protezione delle parti in movimento è infatti diretta anche ad evitare le conseguenze derivanti da queste condotte imprudenti, tanto più quando il pericolo risulti aggravato dalla vicinanza tra pulsante di accensione e organi in movimento. Fare poi derivare l'eccezionalità della condotta della lavoratrice dalla circostanza che la fase lavorativa era cessata costituisce, secondo la Corte, un'argomentazione illogica e priva di alcuna decisività posto che le misure di prevenzione antinfortunistica sono preordinate ad evitare il rischio di infortunio fino a che questo rischio esiste e quindi, nel caso di specie, fino a che gli organi motori sono in funzione e il lavoratore si trova nelle vicinanze dei medesimi indipendentemente dalla questione nominalistica se la fase rientri o meno nel ciclo di lavoro; Cass. pen. 3 aprile 2008, Bauwens, che, richiamando la teoria della causalità umana, conferma la condanna di una madre che aveva permesso al figlio di aggregarsi ad un gruppo di parenti diretto verso una piscina, senza affidarlo ad una persona in particolare, così che il minore, poco dopo, moriva affogato. L'omissione delle ordinarie precauzioni relative all'organizzazione di una piscina aperta al pubblico, addebitabile ai responsabili dello stabilimento, non potrebbe interrompere il nesso causale in quanto «è la stessa natura insidiosa dei luoghi che rende non eccezionale l'evento verificatosi e, purtroppo, disattenzione del personale e disorganizzazione della struttura costituiscono fatti altrettanto *prevedibili* (il corsivo è nostro)»; Cass. pen. 13 gennaio 2006, Boscherini, ove i giudici di legittimità hanno negato capacità interruttiva ad una broncopolmonite dagli esiti letali intervenuta quale *complicazione prevedibile* dell'allettamento prolungato del malato in conseguenza di una patologia contratta sui luoghi di lavoro. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Palermo 4 febbraio 2005, in *Corr. mer.*, 2005, p. 821 ss., con nota di F. BASILE, *Morte come conseguenza del delitto di cessione illecita di sostanze stupefacenti*. Nel caso di specie, l'imputato aveva ceduto un grosso quantitativo di cocaina alla vittima, la quale, per evitare i controlli della Polizia, aveva repentinamente ingoiato la bustina di plastica contenente la sostanza stupefacente; attraverso un foro della bustina, però, la cocaina

successo sono probabilmente di natura politico-criminale, in quanto la teoria in parola consente di conciliare il rigore di fondo di un rapporto causale basato sull'equivalenza delle condizioni con l'esclusione dell'imputazione dell'evento da ottenere, tramite un concetto elastico di eccezionalità, a seconda delle esigenze di giustizia del caso concreto ⁽⁸⁶⁾.

Molto più limitata è stata invece la sua applicazione sul versante civilistico ⁽⁸⁷⁾, in ragione forse del fatto che rispetto a quella della regolarità causale, la teoria della causalità umana ha ripercussioni meno limitanti riguardo l'estensione della responsabilità, ricomprendendo (in linea teorica) anche le conseguenze atipiche e imprevedibili o comunque i fattori esterni alla condotta che se ed in quanto avrebbero dovuto essere considerati, in base all'applicazione della causalità adeguata, andrebbero espunti dal novero delle conseguenze di cui rispondere.

fuoriusciva nell'apparato digerente, provocando alla vittima intossicazione acuta con esito letale. La pronuncia in esame, che a prima vista sembrerebbe aderire alla teoria della causalità adeguata, considerato l'insistito richiamo alla eccezionalità della condotta di ingestione della cocaina, aderisce nella sostanza alla teoria della causalità umana, ritenendo che il rapporto di causalità tra la cessione di cocaina e l'evento letale sia stato interrotto dalla condotta della vittima-cessionario di ingestione della bustina contenente la cocaina, che rilevarebbe quale elemento imprevedibile successivo, da solo sufficiente a determinare l'evento letale.

⁽⁸⁶⁾ In questo senso M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit. Si veda altresì G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 121, ove si sottolinea che il limite apposto dalla teoria della causalità umana (i fattori eccezionali) è meno selettivo di quello derivante, invece, dalla teoria della causalità adeguata (i fattori anormali).

⁽⁸⁷⁾ V. Cass. 27 marzo 2018, n. 7543; Cass. 23 febbraio 2000, n. 2037, riguardo ad una fattispecie relativa alle conseguenze di una grave intossicazione da monossido di carbonio subita da un lavoratore in occasione di un infortunio sul lavoro. La Corte ha ritenuto che, in applicazione del principio della causalità umana, secondo cui può ritenersi sussistente il nesso eziologico tra una condotta e l'evento se l'uomo con la sua azione ha posto in essere un fattore causale del risultato e questo non è dovuto al concorso di circostanze eccezionali ed atipiche, la morte auto cagionatasi dal lavoratore nella perduranza di una patologia psichiatrica sviluppatasi a seguito del predetto infortunio, non può essere considerata un evento idoneo ad interrompere il nesso di causalità tra fatto illecito e morte del soggetto leso. Ciò nella misura in cui nella psiche del lavoratore si siano appunto determinati gravi processi di infermità, concretizzanti in psicosi depressive o in altre gravi forme di alterazione dell'umore e del sistema nervoso e di autocontrollo, rispetto alle quali il suicidio non si configura quale evento straordinario o atipico.

1.4. Le teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento

Nel corso dei decenni ha trovato larga diffusione un peculiare paradigma causale, avente l'obiettivo di limitare gli eccessi "punitivi" della teoria della *condicio sine qua non* su un piano più marcatamente normativo, e al quale è stato dato il nome di "imputazione obiettiva dell'evento" ⁽⁸⁸⁾. In verità, la suddetta locuzione cela in sé diversi orientamenti o, per meglio dire, diverse sotto-teorie che, pur intrinsecamente caratterizzate dalla valorizzazione di un rapporto di rischio giuridicamente illecito tra condotta ed evento, si declinano secondo i diversi paradigmi ricostruttivi che verranno esaminati nel prosieguo ⁽⁸⁹⁾.

La premessa posta a base del paradigma che qui si esamina è che l'imputazione dell'evento di danno in capo al soggetto agente possa avvenire soltanto allorquando si accerti che questi abbia posto in essere una condotta giuridicamente rilevante in violazione di una regola precauzionale, creando o

⁽⁸⁸⁾ Tra i numerosi studi che fanno riferimento all'imputazione obiettiva dell'evento, si vedano S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, p. 334 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica*, cit., p. 151 ss.; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento*, in *Annali*, 2010, p. 635 ss.; M. DONINI, *Imputazione obiettiva dell'evento (diritto penale)*, cit., p. 635 ss.; ID., *Imputazione obiettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*; ID., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 588 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 59 ss.; C. LONGOBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 649 ss.; V. CACCAMO, *Il problema dell'accertamento del nesso causale nell'attività medico-chirurgica: la soluzione tedesca*, in S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 94 ss.; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, p. 195 ss.; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 945 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 34 ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 90 ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 779 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, p. 147 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 362 ss., 403 ss.; A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999, p. 368 ss.; G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, p. 169 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 374 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 174 ss.; A.R. CASTALDO, *L'imputazione obiettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 59 ss.

⁽⁸⁹⁾ V. *infra*, § 1.4.1. e § 1.4.2. Giova tuttavia precisare che la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento non è sinonimo di responsabilità obiettiva venendo invece in rilievo come criterio di imputazione obiettiva dello stesso.

aumentando un rischio non consentito, in quanto l'evento in concreto prodottosi rappresenta la concretizzazione del rischio che la norma violata era volta a prevenire. Potendosi quindi ravvisare il nesso di causalità materiale soltanto nella misura in cui l'evento tipico costituisca lo sviluppo di un rischio riprovato, determinato o incrementato dalla condotta del soggetto che l'ha posta in essere ⁽⁹⁰⁾, si è cercato di fornire un'impostazione particolarmente connotativa in chiave normativa dello schema della *condicio sine qua non*, sulla scorta di un percorso valutativo attento all'accettabilità *a priori* della condotta e del relativo rischio ed alla tipicità dell'evento rispetto al rischio ⁽⁹¹⁾.

Dall'analisi della premessa da cui muove l'impostazione dell'imputazione obiettiva dell'evento sembra quindi emergere un aspetto nuovo rispetto a quanto affiorato dall'analisi delle teorie causali precedentemente indagate, laddove il criterio in esame non risulta esclusivamente ancorato allo scopo di imporre limiti e correttivi alla teoria condizionalistica classica quanto piuttosto all'elaborazione di un paradigma strutturalmente nuovo, che pone al centro del giudizio causale non solo l'evento nel suo materiale prodursi bensì un elemento relativo e talvolta evanescente, quale il rischio del suo verificarsi.

Sulla base di tali premesse, le teorie che tradizionalmente vengono sussunte sotto la comune etichetta dell'imputazione obiettiva dell'evento, quali quelle dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata, sembrano intrinsecamente condurre all'emancipazione del processo di ascrizione

⁽⁹⁰⁾ La prevalente dottrina è ferma nel sostenere che non si sia in presenza, nelle sue varie declinazioni strutturali, di una vera e propria teoria sulla causalità, trattandosi piuttosto di un criterio volto ad introdurre delimitazioni del rapporto condizionalistico con riferimento allo scopo di prevenzione generale dell'ordinamento giuridico. Sul punto si vedano A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 1037; V. CACCAMO, *op. ult. cit.*, p. 83, secondo cui «l'evento può essere obiettivamente imputato all'autore solo quando la condotta da lui tenuta abbia determinato l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato e tale pericolo si sia concretizzato in un risultato conforme ad un fatto tipico di reato»; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *op. ult. cit.*, p. 336; M. DONINI, *op. e loc. ult. cit.*; ID., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'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. e pen.*, 1999, p. 42, secondo cui «anziché una causalità naturale, con aggiunta di altri criteri di selezione delle concause, è l'imputazione che si sostituisce alla causalità, che elabora parametri fondati su una *ratio* diversa dalla verifica che un certo risultato sia veramente la conseguenza della condotta illecita». Nello stesso senso v. C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 156.

⁽⁹¹⁾ V. A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 794.

dell'evento dalle logiche causali/naturalistiche, sostituendo la causazione dell'evento con il rischio del suo verificarsi; di qui, il problema della loro effettiva idoneità ad assurgere a vere e proprie teorie causali e su cui pertanto si tenterà di fare chiarezza.

1.4.1. La teoria del rischio

Una prima estrinsecazione dell'impostazione dell'imputazione obiettiva dell'evento la si è avuta con l'elaborazione della teoria del rischio, da intendersi, in via di prima approssimazione, come creazione di un pericolo non consentito dall'ordinamento. La chiave di volta per la spiegazione delle concatenazioni causali è in questo senso rappresentata da una previa individuazione del rischio non giuridicamente consentito, al fine di giungere ad una valutazione finalistica di analisi del fatto dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, secondo un giudizio di tipo valutativo normativo ⁽⁹²⁾.

Asseritamente scevra da quei parametri di misurazione della frequenza fenomenica del verificarsi degli eventi propri delle teorie della causalità adeguata e della causalità umana, la teoria in esame non si arresta sul piano dell'indagine meramente ontologica del nesso di condizionamento nei termini innanzi esposti alla luce delle suddette teorie, richiedendo il *quid pluris* della determinazione o incremento del rischio giuridicamente riprovato, caratterizzandosi, il nesso d'imputazione dell'evento in concreto prodottosi, in termini di *nesso di rischio* ⁽⁹³⁾. Pertanto, rilevanti sul piano eziologico, dovrebbero essere soltanto quelle condotte mediante le quali è stato posto in essere un rischio vietato dall'ordinamento (o che hanno aumentato il rischio

⁽⁹²⁾ Il caposcuola della teoria del rischio è lo studioso tedesco C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva. Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1998, p. 83 ss. Si tratta di un approccio che è stato posto a fondamento delle fattispecie di responsabilità civile nell'ordinamento italiano soprattutto grazie alle riflessioni di P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 24 ss., che ritiene imputabile al responsabile il danno che costituisce «la realizzazione di quel rischio in considerazione del quale la condotta era illecita».

⁽⁹³⁾ V. A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 780.

socialmente ammesso), andando, per contro, esenti da responsabilità, in quanto non eziologicamente rilevanti, quelle che non hanno creato alcun rischio vietato (o aumentato quello socialmente ammesso) ⁽⁹⁴⁾.

Le opinioni critiche che sono state mosse dalla più attenta dottrina nei confronti della teoria di cui trattasi hanno anzitutto evidenziato come anche il criterio del contenimento dell'azione entro i margini del rischio consentito risentirebbe, almeno in certa misura, di valutazioni di prevedibilità dell'evento; la teoria del rischio altro non rappresenterebbe che i consueti criteri per stabilire la colpa *lato sensu*, sia essa nella dimensione oggettiva (secondo i parametri dell'uomo medio), sia essa nella dimensione soggettiva (laddove si deve tener conto delle specifiche capacità e conoscenze del singolo agente) ⁽⁹⁵⁾. Ancor più drastica è l'opinione di coloro che ritengono che la teoria in esame, lungi dal costituire un limite alla teoria condizionalistica, si rivelerebbe in realtà come un requisito ulteriore e diverso rispetto a quello della causalità, comportando una sostituzione della causazione dell'evento con l'aumento del rischio del suo verificarsi ⁽⁹⁶⁾. Con particolare riferimento poi alle condotte omissive, si è preso atto della incompatibilità intrinseca tra il criterio dell'aumento del rischio e la struttura ontologica dell'omissione, rispetto alla quale il criterio fondante l'imputazione non sarà tanto quello dell'aumento del rischio, quanto piuttosto della mancata diminuzione di esso ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁴⁾ R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 154 ss.; ID., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 365 ss.

⁽⁹⁵⁾ V. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 35 ss.; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 640; ID., *Il problema della causalità nel diritto penale*, cit., p. 891 ss., il quale sostiene che con la teoria del rischio non si farebbe altro che rappresentare, con una novità di formulazione solo apparente, quella che tradizionalmente è la sintesi dei normali criteri per l'accertamento della c.d. colpa generica, con la sola differenza che «il momento dell'illecito insorgerebbe allorché vengano superati i limiti della “zona” del consentito».

⁽⁹⁶⁾ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 197 ss., sostenendosi, più in generale, che la teoria dell'imputazione oggettiva anticipa nel fatto di reato uno degli elementi del nesso colpa-evento, realizzandone un'inutile duplicazione concettuale.

⁽⁹⁷⁾ C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 833.

Tuttavia, ferma restando l'estrema importanza esplicativa di numerosi e autorevoli argomenti approfonditi dai sostenitori della teoria in questione ⁽⁹⁸⁾, non sembra che quella del rischio possa essere considerata alla stregua di una vera e propria teoria causale, tale da pretendere di offrire un valido (seppur criticabile) concetto di causalità al pari delle teorie fin ora analizzate; essa sembra piuttosto rappresentare un orientamento diretto ad introdurre delimitazioni al rapporto causale con riferimento al disvalore che caratterizza la singola vicenda produttiva del danno, che è condizione imprescindibile per l'affermazione della responsabilità. E in consonanza con tale rilievo sembra muoversi la giurisprudenza civile di legittimità che, in combinato disposto con quanto si dirà a proposito della teoria dello scopo della norma violata, si limita ad attribuire formale rilievo alla teoria del rischio nei limiti di supporto argomentativo ed orientativo alla ricostruzione del nesso causale secondo il paradigma della c.d. causalità adeguata ⁽⁹⁹⁾.

1.4.2. *La teoria dello scopo della norma violata*

⁽⁹⁸⁾ V., per tutti, R. BLAIOTTA, G. CANZIO, voce *Causalità* (dir. pen.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 821, secondo i quali l'accertamento del nesso di condizionamento non è sufficiente all'attribuzione del fatto, essendo invece necessario che la condotta abbia determinato o incrementato un pericolo giuridicamente riprovato, e che tale pericolo si sia effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell'evento.

⁽⁹⁹⁾ In ragione del rapporto di complementarità che vedremo sussistere tra la teoria del rischio e quella dello scopo della norma violata, considerando altresì che quest'ultima costituisce la più compiuta specificazione del paradigma dell'imputazione obiettiva dell'evento, si può ritenere che la teoria del rischio rappresenti la base "ontologica" della teoria dello scopo della norma violata, ragion per cui la giurisprudenza di legittimità pare riferirsi ad essa in termini onnicomprensivi, quale versione più compiuta dell'imputazione obiettiva dell'evento e a cui pertanto si rimanda per una compiuta analisi (anche) in tema di teoria del rischio: v. nota 98. In dottrina si segnala l'opinione di in P. MASSIMO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 703 ss., secondo cui il criterio dello scopo della norma violata è inadeguato a governare il nesso di causalità, in quanto esso sembra introdurre surrettiziamente il criterio del rischio tipico o specifico considerato dalla norma violata, che si confermerebbe come la vera regola che governa l'ambito della causalità materiale. Si afferma che lo scopo della norma aiuta essenzialmente a selezionare gli interessi protetti (e magari a individuare le lesioni e i rischi di lesione dai quali offre protezione), ma, in particolare in un regime di atipicità dell'illecito, non può valere a specificare quali eventi concreti siano causalmente riconducibili all'illecito e perciò fonte di responsabilità.

Caratterizzata da un approccio marcatamente teleologico, la teoria dello scopo della norma violata, presupponendo l'esistenza di norme di protezione la cui violazione comporta concretizzazione dello specifico rischio a presidio del quale era stata posta la norma specifica violata, assurge ad una funzione di complementarietà rispetto alla teoria del rischio ⁽¹⁰⁰⁾.

Il combinato operare delle suddette teorie comporta che la proclamata delimitazione della teoria condizionalistica avvenga sotto due profili: a) quello dello scopo generale della norma (nel senso che, secondo quanto detto in tema di teoria del rischio, non vi è imputazione obiettiva dell'evento quando il rischio creato era lecito); b) quello dello scopo specifico della norma non osservata. Ed è proprio questo secondo aspetto che concretizza la teoria dello scopo della norma violata: l'agente, con la propria condotta, potrebbe aver creato un rischio illecito, ma se lo scopo della norma era diverso, non potrà configurarsi in capo ad esso l'oggettiva imputazione dell'evento ⁽¹⁰¹⁾. Affinché il nesso causale possa dirsi sussistente, l'evento deve quindi rientrare all'interno dello scopo della norma, previa perimetrazione dell'ambito applicativo della disposizione asseritamente violata attraverso una preliminare interpretazione teleologica della stessa ⁽¹⁰²⁾.

In relazione alla formulazione classica della teoria dello scopo della norma violata, al fine di soddisfare esigenze di giustizia nei casi in cui si sia verificato un aggravamento eccezionale di una lesione prevedibile *ex ante* ⁽¹⁰³⁾, sono stati prospettati in dottrina taluni correttivi, con lo scopo di riequilibrarne

⁽¹⁰⁰⁾ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 147ss.; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit., p. 36; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 26ss.; P. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul concetto di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 228 ss.; ID., *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 313 ss.; M. SINISCALCO, voce *Causalità (rapporto di)*, cit., p. 639 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Dovrebbe pertanto escludersi il nesso di causalità nel caso, ad esempio, della persona lievemente ferita che decede a causa di un incendio divampato in ospedale. Si veda, in questo senso, A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 779.

⁽¹⁰²⁾ P. BARCELLONA, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, cit., p. 313 ss.

⁽¹⁰³⁾ A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1035, secondo il quale la causalità è esclusa non solo quando difetta l'approfondimento del rischio ma altresì quando l'evento non era *ex ante* prevedibile.

anche in questi casi l'operatività⁽¹⁰⁴⁾. Si è così sostenuto che nel caso in cui sia stato posto in essere un atto illecito, la responsabilità del danneggiante deve escludersi per i rischi a cui il danneggiato sarebbe stato comunque esposto e altresì nel caso in cui l'evento si è verificato per l'intervento di concause eccezionali. Nel caso invece in cui si versi in un'ipotesi di responsabilità oggettiva per rischio lecito, deve riconoscersi la responsabilità del danneggiante in relazione al maggior rischio creato, dovendosi per contro escludere in presenza di eventi eccezionali che deviano dal rischio tipico connesso all'attività consentita dall'ordinamento⁽¹⁰⁵⁾.

Tuttavia, nonostante gli sforzi della dottrina, anche l'impostazione propugnata dalla teoria dello scopo della norma violata, lungi dal poter essere considerata un valido criterio di accertamento della sussistenza del nesso di causalità, è in realtà attenta a ricercare il fondamento dell'imputazione sulla scorta di soli parametri normativi. In tal modo, e ancor di più rispetto alle teorie sin qui esaminate, l'apprezzamento della causalità s'identifica integralmente con quello relativo alla violazione della *regola cautelare*, sovrapponendosi l'accertamento causale con quello della colpa, seppur nella sua dimensione oggettiva. Tanto è vero che immanente anche in questo caso vi è il rischio che quando ci si appelli alla teoria dello scopo della norma violata si finisca col contaminare il piano della causalità con quello della colpevolezza nell'alveo di un unico giudizio normativo. Di questo eccesso di contaminazione si è però fatta carico la giurisprudenza penalistica sostenendo che pure allorquando il giudizio sulla sussistenza del nesso di causalità assume quale termine di riferimento la norma giuridica che impone di tenere un dato comportamento materiale, deve ripudiarsi la mera applicazione della teoria in esame, non essendo concepibile un totale affrancamento dallo statuto condizionalistico della causalità, sia pur corretto da quello della causalità adeguata⁽¹⁰⁶⁾; sebbene anche tale ultimo

⁽¹⁰⁴⁾ Si veda P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 60 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ V. P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 80.

⁽¹⁰⁶⁾ In questo senso, Cass. pen. 26 maggio 2004, n. 24051. Tale argomentazione è stata applicata in un caso di distocia del feto, in cui sarebbe stato necessario chiarire se le norme di diligenza asseritamente violate nel corso del parto fossero preordinate non solo ad evitare la morte per asfissia del nascituro ma anche il verificarsi di altre conseguenze lesive, come la

modello causale si fonda su un impianto concettuale non immune dal tentativo di oggettivizzare l'indagine eziologica con criteri non propriamente scivri dalla contaminazione dell'elemento soggettivo. Insegnamento, questo, che sembra essere stato recepito dalla giurisprudenza civile di legittimità negli sporadici casi in cui ha appunto "integrato" il giudizio causale alla luce della teoria dello scopo della norma violata ⁽¹⁰⁷⁾.

paralisi del plesso bronchiale avvenuta nel caso di specie. La Corte ha evidenziato come, nel caso in esame, fosse stata provata la scorrettezza della manovra eseguita dai sanitari, senza però dimostrare che una diversa manovra avrebbe evitato la lesione.

⁽¹⁰⁷⁾ A tal proposito si noti come nelle poche pronunce della giurisprudenza civile di legittimità che hanno richiamato la teoria dello scopo della norma violata, mai si prescinde dall'applicazione (anche) della teoria della causalità adeguata, quasi come se la prima volesse rappresentare più che un correttivo della *condicio sine qua non* una "integrazione" del criterio dell'adeguatezza causale, in una sequenza che va dal piano naturalistico a quello più strettamente normativo, che a sua volta si dipana tra rischio generico e rischio specifico in relazione alla norma violata. In questo senso si vedano: Cass. 31 ottobre 2019, n. 27985, che, nell'escludere il nesso causalità tra il suicidio di un giovane studente iscritto al secondo anno di liceo scientifico e il mancato e previo avviso della sua bocciatura ai genitori dello stesso, ha ritenuto che non risponde a regolarità causale la condotta di uno studente che, a fronte di una bocciatura, decida di togliersi la vita e che non rientra neanche nello scopo della norma violata l'impedire l'evento-suicidio del minore. Più specificamente i giudici di legittimità hanno affermato che: «a) non risponde a regolarità causale la condotta di uno studente che, a fronte di una bocciatura, decide tragicamente di porre fine alla sua vita; b) non rientra nel rischio tipico, che la norma secondaria (ossia, l'ordinanza ministeriale) intende tutelare, il tragico evento verificatosi a seguito del mancato avviso della bocciatura ai genitori del minore; c) non rientra nello scopo della norma violata l'impedire l'evento-suicidio del minore, essendo l'obbligo di avviso ai genitori (sancito dall'ordinanza ministeriale del 25 maggio 2001, n. 90) volto piuttosto a conseguire una più adeguata e più serena preparazione del minore stesso alla notizia della bocciatura attraverso il filtro dei propri genitori.; Cass. 29 gennaio 2019, n. 2359 che, nel confermare la decisione del giudice del merito in ordine alla sussistenza del nesso di causalità tra l'omesso assolvimento degli obblighi di vigilanza e controllo del Ministero della Salute, le trasfusioni di albumina umana e l'insorgenza in capo al danneggiato dell'infezione da HCV, ha ritenuto correttamente applicati i criteri generali in punto di nesso di causalità, tra i quali quello della teoria dello «scopo della norma violata (sovente applicata in sinergia con quella dell'aumento del rischio tipico), per cui la relazione probabilistica, astrattamente considerata, tra comportamento ed evento dannoso va ricostruita, prescindendo del tutto da ogni valutazione di prevedibilità soggettiva dell'evento[...]». I giudici di legittimità hanno ritenuto che, proprio facendo ricorso a tale ultimo criterio, la Corte territoriale, con una motivazione corretta e dando prova di averne fatto buon governo, ha ritenuto integrato il nesso eziologico tra condotta omessa ed evento. Lo scopo delle norme, infatti, era quello di evitare il rischio di un generico danno alla salute, comprensivo di qualsiasi lesione conseguente a trasfusione o assunzione di emoderivati infetti; a tale stregua, in caso di concretizzazione del rischio che la norma violata tendeva a prevenire, la considerazione del comportamento dovuto e della condotta mantenuta non poteva che assumere un decisivo rilievo sul piano probabilistico e, quindi, sul piano causale; Cass. Sez. Un. 17 novembre 1978, n. 5346, in *Foro it.*, 1978, c. 3079 ss., riguardante la responsabilità del Comune per il crollo di un edificio che aveva causato la morte di alcune persone. Nella specie, l'edificio in questione, in seguito al rilascio illegittimo di autorizzazioni da parte del Comune era stato sopraelevato facendo venir meno la sicurezza dello stesso. In tale ipotesi la responsabilità dell'ente pubblico è stata negata in base al rilievo che le norme violate non erano state poste a tutela della pubblica incolumità, bensì per ragioni estetiche.

CAPITOLO III

CAUSALITÀ E ONERE DELLA PROVA

1. Profili generali in tema di onere della prova

Se si scorrono i repertori degli ultimi decenni in tema di causalità e onere probatorio si scorge come la tradizionale regola dell'*onus probandi* rinvenibile nell'art. 2697 c.c. ha nel tempo conosciuto una discutibile vanificazione ad opera della giurisprudenza.

In via preliminare giova però ricordare come l'art. 2697 c.c. prevede che mentre l'attore deve provare i fatti costitutivi della sua domanda (dato che si prevede che chi vuole far valere in giudizio un diritto deve provare i fatti posti a fondamento del diritto stesso), il convenuto deve provare i fatti modificativi, impeditivi o estintivi posti a fondamento dell'eccezione proposta (prevedendo infatti la norma che «chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti sui cui l'eccezione si fonda»). Pertanto, dato che l'onere della prova opera distribuendo sulle parti le conseguenze della mancata prova dei fatti rilevanti il problema fondamentale diventa quello di stabilire il criterio di tale distribuzione. Si tratta in sostanza «di individuare la regola secondo la quale il giudice, nel decidere il caso concreto in cui è mancata la prova di un fatto rilevante, attribuisce all'una o all'altra parte la conseguenza negativa che ne discende. Ciò equivale a dire che occorre

stabilire chi deve provare cosa, onde poter determinare chi deve sopportare le conseguenze della mancata prova»⁽¹⁰⁸⁾.

La cennata opera di vanificazione della regola contenuta nell'art. 2697 c.c. è avvenuta soprattutto in ragione di elementari esigenze di giustizia sostanziale che, in quanto tali, hanno inteso collocare l'onere della prova a carico di diverse tipologie di parti, tra le quali generalmente campeggiano quelle che si trovano nella migliore condizione per soddisfarlo, in ossequio al declamato principio giurisprudenziale di vicinanza della prova⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Così M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, p. 68; ID., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 210 ss. Si veda altresì S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Roma-Bologna, 1987, p. 34. Per una recente disamina in materia di onere della prova v. J.F. BELTRÀN, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 887 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Nella giurisprudenza più recente si vedano Cass. 11 marzo 2020, n. 7023; Cass. 9 marzo 2020, n. 6562; Cass. 4 marzo 2020, n. 6028; Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128; Cass. 21 febbraio 2020, n. 4574; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3128; Cass. 7 febbraio 2020, n. 3014; Cass. Sez. Un. 3 maggio 2019, n. 1178, in *Corr. giur.*, 2019, p. 744 ss., con nota di G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*; in *Contratti*, 2019, p. 373 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*; in *Foro. it.*, 2019, c. 2726 ss., con nota di M. MAGLIULO, *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle Sezioni Unite e la rilettura del principio della vicinanza alla fonte di prova*; Cass. Sez. Un., 22 settembre 2017, nn. 22082-22086; Cass. Sez. Un. 30 settembre 2009, nn. 20930-20934 e 20937, ove il principio di vicinanza della prova viene invocato per indicare che la parte nella cui sfera di controllo ricade il fatto è onerata della sua prova quando già sussista una *presumptio hominis* a suo carico e quindi, evidentemente, l'inversione dell'onere probatorio discende già da quest'ultima; Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, nn. 577 e 582, (v. Cap. IV, § 4), ove il principio in esame viene svincolato dalla qualificazione del fatto come costitutivo o estintivo, in quanto pur riconoscendosi che l'inadempimento è in realtà elemento costitutivo dell'azione di danno da allegare e provare, è irrilevante che l'incertezza su di esso sia in concreto ascrivibile alla parte opposta a quella onerata; Cass. Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, ove il principio di riferibilità o vicinanza viene esplicitamente ancorato ad una manipolazione a monte della stessa qualificazione del fatto come costitutivo. In dottrina, sul principio della vicinanza della prova v. S. PATTI, *Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2516 ss.; M. FRANZONI, *La "vicinanza della prova", quindi...*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 360 ss.; C. BESSO MARCHEIS, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1383 ss. Parte della dottrina ha invero avuto modo di criticare sia l'astratta ammissibilità del principio quale regola generale di riparto probatorio, concorrente in quanto tale con l'art. 2697 c.c. sia la sua effettiva utilità in concreto. Se infatti è vero che l'art. 2697 c.c., dovendosi combinare con la disciplina sostanziale del rapporto, non esaurisce autonomamente il problema del riparto, ponendo problemi interpretativi quando vi è incertezza sull'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, non è possibile mettere in discussione la valenza generale della suddetta regola, che, prendendo in considerazione ciascun elemento della fattispecie, non lascia alcuna lacuna nel sistema. Non si comprende infatti la ragione dell'introduzione di un'ulteriore regola di riparto della prova, peraltro priva di fondamento nel diritto positivo e idonea a porsi potenzialmente in contrasto con la regola di cui all'art. 2697 c.c. Si determinerebbe inoltre una sorta di presunzione giurisprudenziale tale da determinare altresì

L'affermarsi di criteri attenti all'effettiva possibilità di una delle parti di assolvere l'*onus probandi* (¹¹⁰), nonché la creazione di presunzioni giurisprudenziali (¹¹¹) e l'introduzione di presunzioni legali (¹¹²), ha comportato evidenti ricadute sulla concezione stessa del nesso di causa e sull'atteggiarsi della sua prova.

L'esigenza di addossare l'onere sulla parte che si trova nella concreta possibilità di controllo dei fattori che hanno inciso sulla sequenza causale che ha condotto all'evento dannoso, o su quella più in grado di fornire tale prova alla luce di una preventiva cristallizzazione legislativa di specifici giudizi scientifici sull'esistenza del nesso di causalità (¹¹³), ha comportato il consolidarsi del principio per cui, in taluni ambiti d'indagine, la prova del nesso di causa non si attegga più come prova di un fatto normalmente costitutivo del diritto fatto valere dall'attore, bensì come tema di prova il cui onere si sposta tra attore e convenuto a seconda delle predette esigenze di giustizia sostanziale. E ciò a conferma, almeno in parte, di quel fenomeno noto come «semplificazione analitica della fattispecie» che peculiarizza il *modus operandi* dell'art. 2729 c.c., consentendo di modulare la ripartizione generale degli oneri probatori tra le parti non solo in ragione della sua combinazione con la norma sostanziale che regola la fattispecie su cui verte il giudizio (la quale stabilisce quali fatti rappresentano il fondamento del diritto che viene invocato, e da quali invece ne può derivare l'inefficacia, la modificazione o l'estinzione), ma anche in relazione alla situazione processuale in cui entrambe le parti si collocano nei confronti della fattispecie controversa in ragione delle rispettive posizioni processuali di attore e convenuto (¹¹⁴).

una violazione del principio del contraddittorio. In questo senso si veda M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 244 ss.

(¹¹⁰) V. M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., p. 68.

(¹¹¹) Sui pericoli insiti in tali operazioni si vedano, già in tempi risalenti: M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 733 ss.; G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, c. 177 ss.

(¹¹²) Si pensi al tema della presunzione di eziologia professionale delle c.d. malattie tabellate per la cui analisi v. *infra*, § 3.

(¹¹³) V. *infra*, § 3.

(¹¹⁴) S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 2516; M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 69; L.P. COMOGLIO, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, che qualifica l'art. 2697 c.c. come una «norma in

D'altro canto, se davvero così non fosse, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale registratasi in alcuni settori nevralgici dell'ordinamento giuridico in tema di onere della prova, come quelli della responsabilità medica e delle malattie professionali, avrebbe risentito della profonda crisi che attanaglia la *Normentheorie*, alla quale si ispira l'art. 2697 c.c., laddove l'accentuazione del suo carattere "formal-positivista" funge da ostacolo alla realizzazione del sempre più proclamato ideale di giustizia sostanziale ⁽¹¹⁵⁾.

Tuttavia, se ciò appare ragionevole per le ipotesi legali di modificazione o inversione dell'onere della prova, è certamente discutibile che sia il giudice a manipolare ulteriormente le regole probatorie. Ma, d'altro canto, anche allorquando sia il legislatore ad imprimere la via maestra in *subiecta materia*, si registrano squilibri ad opera della giurisprudenza, che accolla i rischi dell'esito incerto delle prove raccolte in capo alla parte che asseritamente (e non sempre coerentemente) deve assumerli. Prova ne è, anzitutto, il settore della responsabilità sanitaria, nel suo incessante cammino tra normativa legale e diritto vivente e da cui si prenderanno le mosse per un'analisi (anche) sistematica del tema dell'onere della prova del nesso causale.

2. *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria in una prospettiva evolutiva*

2.1. *La responsabilità extracontrattuale del medico alla luce della distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato*

bianco»; V. ANDRIOLI, voce *Prova* (dir. proc. civ.), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1967, p. 923, il quale nega che l'art. 2697 c.c. possa essere considerato come vera e propria norma giuridica, essendo le parti con le loro affermazioni e le prove da esse fornire a dare contenuto alla norma; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 788, il quale sostiene che la regola del riparto dell'onere probatorio così come codificata nel nostro ordinamento non avrebbe fatto altro che recepire una regola desumibile dal complesso dell'ordinamento giuridico processuale e sostanziale.

⁽¹¹⁵⁾ V. S. PATTI, *op. ult. cit.*, p. 2517, che richiama la dottrina tedesca della *Normentheorie* nei suoi attuali aspetti problematici all'interno dell'ordinamento tedesco.

A partire dagli anni Settanta e sino al finire degli anni Novanta ⁽¹¹⁶⁾ dominante era l'orientamento per cui la struttura sanitaria ed il medico fossero responsabili nei confronti del paziente sulla base di titoli diversi, fondanti una diversa natura giuridica della responsabilità su di essi incombente.

Si riteneva che mentre la struttura sanitaria dovesse rispondere a titolo di responsabilità contrattuale, in quanto l'accettazione ospedaliera del paziente comportava la conclusione di un vero e proprio programma contrattuale ⁽¹¹⁷⁾, la responsabilità del medico che operava in una struttura pubblica o privata fosse di tipo extracontrattuale, essendo egli un soggetto "terzo" rispetto al contratto intercorso tra la struttura sanitaria ed il paziente ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Dall'analisi della giurisprudenza sembra che la natura extracontrattuale della responsabilità del medico debba farsi risalire a Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141 in *Foro it.* 1979, c. 4 ss. ma anche in *Giur. it.*, 1978, p. 953 ss., la quale aveva altresì posto a carico del paziente l'onere della prova dell'inadeguatezza della prestazione del sanitario. Tale principio è stato poi sostenuto da Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, in *Rep. giur. it.*, voce *Professioni intellettuali*, n. 178.

⁽¹¹⁷⁾ V. Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233; Cass. 27 luglio 1998, n. 7336; Cass. 4 agosto 1988, n. 6707; Cass. 1 marzo 1988, n. 2144; Cass. 11 aprile 1995, n. 4152; Cass. 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. 8 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 90 ss.; in *Riv. it. med. leg.*, 1981, p. 880 ss., ove, in motivazione, chiaramente si afferma che «l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'Ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal comma 1 dell'art. 2947 c.c. »; Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, cit.

⁽¹¹⁸⁾ Si badi che la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria non veniva meno allorquando il danno lamentato dal paziente fosse stato cagionato dal comportamento del medico dipendente in ragione dell'applicazione dell'art 1228 c.c. per cui il debitore è da ritenersi responsabile per il fatto degli ausiliari. Ciò sul rilievo per cui la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente avesse natura contrattuale, potendo conseguire sia, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, sia, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario e pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto. Si vedano, *ex multis*, oltre alle pronunce citate nella nota precedente, Cass. 20 aprile 1989, n. 1855, in *Foro it.*, 1990, c. 1970; Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. e prev.*, 1999.

La questione del dibattito sulla natura della responsabilità ascrivibile a coloro che esercitano una professione sanitaria, lungi dal trovare una ferma e univoca soluzione negli anni successivi, era destinata a palesare tutta la sua rilevanza pratica già a partire dagli anni in cui si affermò l'orientamento di cui abbiamo appena dato conto. A tal riguardo, è infatti sufficiente prendere atto della profonda diversità di disciplina che caratterizza, sotto vari profili, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ⁽¹¹⁹⁾. Con la precisazione che la diversità di statuto delle due tipologie di responsabilità viene in questa sede presa in considerazione non al fine di individuare, quantomeno non direttamente, un esatto *discrimen* tra la responsabilità della struttura sanitaria e quella del medico, quanto piuttosto per tentare di cogliere le soluzioni divise nel tempo dalla giurisprudenza in relazione alla natura delle responsabilità del medico, sempre oscillante, come vedremo, tra il versante contrattuale e quello extracontrattuale.

⁽¹¹⁹⁾ È sin troppo noto che mentre la responsabilità contrattuale, concretizzandosi nell'inadempimento di un'obbligazione, deriva dal rapporto che vincola i due soggetti che hanno tra loro instaurato un vincolo contrattuale, quella extracontrattuale produce un obbligo risarcitorio in capo al soggetto responsabile in conseguenza del danno arrecato all'altrui diritto, senza che alla base vi sia un preesistente rapporto con il soggetto danneggiato. Non a caso, in relazione alla responsabilità extracontrattuale si parla anche di responsabilità "del passante" o del *quisque de populo* per il danno che occasionalmente è stato arrecato ad altri. La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ha evidente rilevanza pratica, in considerazione del diverso regime della prescrizione, decennale nel primo caso, e quinquennale nel secondo, nonché del diverso regime danni risarcibili in quanto l'art 1225 c.c. limita il risarcimento al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione, allorché non sia ravvisabile, nella condotta del debitore, né dolo, né colpa, non essendo invece tale criterio della prevedibilità del danno applicabile in sede di responsabilità extracontrattuale. Ne consegue che, posto che l'articolo 2056 c.c. non richiama l'articolo 1225, il risarcimento nell'illecito extracontrattuale è dovuto anche per i danni non prevedibili mentre, nell'inadempimento contrattuale, i danni non prevedibili sono risarcibili solo se l'inadempimento è doloso. Su tale distinzione si vedano C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 2018, p. 543 ss.; G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, Padova, 2017, p. 421 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 484 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 108 ss. Pur risultando le due responsabilità concettualmente diversificate, in ragione dei diversi presupposti, è pacifico in giurisprudenza che in taluni casi possono essere invocate congiuntamente. Sul punto v., *ex multis*, Cass. 13 gennaio 2016, n. 286; Cass. 15 luglio 2009, n. 16503; Cass. 24 aprile 2008, n. 10680; Cass. 31 marzo 2008, n. 8292; Cass. 9 agosto 2007, n. 17475; Cass. 16 febbraio 2006, n. 3437; Cass. 18 marzo 2005, n. 5971; Cass. 6 luglio 2004, n. 12329; Cass. 28 aprile 2002, n. 5024; Cass. 28 aprile 2000, n. 5421; Cass. 22 luglio 1999, n. 493; Cass. 2 luglio 1997, n. 5944; Cass. 20 gennaio 1995, n. 623. In dottrina v. C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 69 ss.

Per quel che qui interessa, quanto al riparto dell'onere probatorio, è sufficiente considerare che mentre nella responsabilità contrattuale l'attore ha l'onere di provare l'inadempimento, sul danneggiato da fatto illecito incombe l'onere di dimostrare l'evento dannoso asseritamente subito, ma anche il nesso causale tra questo ed il fatto eziologicamente rilevante, nonché la colpa o il dolo del danneggiante.

La qualificazione della natura del medico in termini di responsabilità extracontrattuale non aveva tuttavia incontrato il favore di quella parte della dottrina che, sottolineando come in tal modo il sanitario poteva rispondere solo in caso di violazione del generico dovere del *neminem laedere*, evidenziava che il paziente avrebbe potuto chiedere solo i danni per il peggioramento delle sue condizioni di salute. In tale prospettiva non avrebbe infatti assunto rilevanza l'affidamento riposto dal paziente nella professionalità dell'operatore sanitario, né la lesione dell'interesse, rilevante e meritevole di tutela, del paziente al raggiungimento di un risultato migliorativo delle sue condizioni di salute ⁽¹²⁰⁾. Inoltre, la situazione deteriore del paziente, allorquando veniva in gioco la responsabilità del medico, era accentuata dal fatto che, essendo questo un professionista, la posizione processuale del paziente era influenzata (anche) dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, di cui presto daremo conto.

In linea di premessa occorre infatti chiarire che, sebbene la prospettiva aquiliana equipari il medico a qualsivoglia altro danneggiante, lo *status* professionale dell'operatore sanitario non poteva di certo comportare che lo sforzo di diligenza a quest'ultimo richiesto fosse, del pari, appiattito su parametri "comuni".

L'idea era che lo *status* professionale di esercente la professione sanitaria, in quanto tenuto a rispettare tutte le regole che nel loro insieme costituivano la conoscenza della professione esercitata, non potesse non essere

⁽¹²⁰⁾ V. P. ZATTI, *L'interesse leso e il danno risarcibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, p. 123. Più di recente v. A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessi a margine della L. 8 marzo 2017, n. 24)*, *ivi*, 2017, p. 1115 ss.

gravato da quello sforzo di diligenza specifica che contraddistingue il debitore ex art. 1176 c.c., secondo comma, il quale parametrà il grado di diligenza richiesto nell'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale alla natura dell'attività in concreto esercitata. A tal proposito si è infatti specificato, sia in dottrina che in giurisprudenza, che, nonostante la negozialità e, quindi, la contrattualità, continuasse a connotare soltanto la relazione tra paziente e struttura sanitaria, alla responsabilità del medico dipendente andassero applicate in via analogica le norme in tema di prestazione di esecuzione di un contratto d'opera professionale ⁽¹²¹⁾.

La conseguenza pratica di quanto appena detto era quella che il sanitario non incorreva in responsabilità per il mancato conseguimento del risultato auspicato dal paziente e, ai sensi del citato art. 1176 c.c., doveva ritenersi responsabile solo nel caso in cui si fosse accertato un agire non diligente nell'applicazione dei mezzi e, più in generale, delle conoscenze dell'arte medica. È infatti generalmente noto che nell'ambito delle prestazioni aventi ad oggetto un *facere*, tale essendo quella del medico e, più in generale, di coloro che esercitano una prestazione sanitaria, imperante è stata la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato ⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ V. Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, c. 2296 ss., con nota di A.M. PRINCIGALLI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*. In tale pronuncia iniziò a privilegiarsi, sia pur non in maniera espressa e quindi implicita, l'inquadramento in ambito (sostanzialmente) contrattuale della responsabilità medica proprio attraverso il ricorso all'applicazione analogica, sia per la disciplina della responsabilità della struttura sanitaria sia per quella del medico dipendente, delle norme dettate in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un *contratto d'opera professionale*. Sicché, pur non essendo la responsabilità del medico espressamente inquadrata nell'alveo di quella contrattuale, all'uniformare, sotto il profilo delle norme applicabili la responsabilità del medico a quella del sanitario che opera in ragione di un previo contratto d'opera, nella sostanza il risultato perseguito era il medesimo. Su tali questioni, rispetto alle quali già si dibatteva in dottrina, v. V. QUERCI, F. PASQUINI, *In tema di responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, p. 467 ss.; P.G. PONTICELLI, *La responsabilità medica e servizio sanitario nazionale*, in *Giur. it.*, 1987, p. 136 ss.

⁽¹²²⁾ Come noto, la distinzione in esame è stata sviluppata in Italia sulla scorta degli studi che in tale ambito imperavano in Germania e in Francia. La teorizzazione nostrana più compiuta in *subiecta materia* risale a L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 184 ss., secondo cui la distinzione in parola si porrebbe sul piano dell'oggetto del diritto di credito, che nelle obbligazioni di mezzi non è necessariamente l'effettivo soddisfacimento dell'interesse primario del creditore ma soltanto la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento; in particolare, celebre è l'affermazione dell'A. secondo cui la distinzione in

parola « non vuole significare l'assenza, in certe obbligazioni, di un risultato dovuto, il che sarebbe assurdo, ma piuttosto separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine». Interesse che, sebbene sia sempre presente nella dimensione del fatto, viene talvolta giurificato e la sua realizzazione diventa il risultato dell'obbligazione. Allorquando invece tale piena giurificazione non si compie, l'interesse protetto si presenta come strumentale all'interesse presupposto anche se ciò non comporta l'assenza di un risultato che così finisce col divenire un mezzo della serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore attendendosi, questi, la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento. Per ulteriori considerazioni sul tema, specialmente in sede di teoria generale delle obbligazioni, si vedano, F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi nelle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, p. 888 ss.; ID., *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 305 ss.; A. DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 119 ss.; A. NICOLUSSI, *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, in L. Capograssi, M.F. Corsi (a cura di), *Obbligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011 p. 107 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1994, p. 34 ss.; G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 288 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 ss.; ID., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 40 ss., p. 127 ss.; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941, p. 90 ss.; F. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 84 ss. In senso critico rispetto alla distinzione in parola si vedano P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1979, p. 133 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, pp. 216 ss., 227 ss.; ID., voce *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 581 ss., p. 598 ss.; S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539 ss.; P. SCHELINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, *passim*; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 62, spec. nota 79. Una "opposizione" moderata alla distinzione in esame si rinviene in U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XVI, Milano, 1984, 47 ss. Si veda altresì C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 2018, p. 70 ss.; ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1979, p. 31 ss. In seno alla distinzione in parola, diverso è il ruolo attribuito dai vari autori alla diligenza al fine di determinare il contenuto delle obbligazioni di risultato. Per i seguaci della distinzione essa (assente, o anche presente nel contenuto dell'obbligo) non gioca alcun ruolo per valutare se vi è stato adempimento ma solo per preservare la possibilità di adempiere. Sul punto v. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, p. 11 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., p. 115 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 475 ss.; ID., *Impossibilità sopravvenute*, cit., p. 509 ss.; E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 127 ss., 130; L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., pp. 199 ss., 208 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, cit., p. 1091 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 171 ss.; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 359 ss. Per gli autori avversi alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, la diligenza in senso ampio, sia pure con diversa intensità, specifica il contenuto di tutte le obbligazioni, essendo criterio di misurazione dell'esattezza dell'adempimento anche nelle obbligazioni di risultato. Si vedano U. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 48

L'introduzione della suddetta distinzione è stata giustificata, in sede di teoria generale, sulla scorta del fatto che vi sono delle obbligazioni in cui la parte debitrice si impegna, per il tramite della propria prestazione, a realizzare e, di conseguenza, a far conseguire al creditore un determinato risultato; sicché l'obbligazione non può dirsi estinta fino a quando il risultato non è stato realizzato (obbligazioni di risultato). Per converso, vi sono altre ipotesi in cui la prestazione del debitore non assume un ruolo marcatamente finalistico in relazione all'interesse del debitore, rappresentando piuttosto un antecedente logico necessario ma al contempo non sufficiente al raggiungimento del risultato finale, essendo necessario il concorso di fattori esterni al comportamento del debitore stesso (obbligazione di mezzi) ⁽¹²³⁾.

Pertanto, mentre nelle obbligazioni di mezzi si ha inadempimento ogni qual volta il debitore non si sia attenuto ad un agire diligente nello svolgimento della prestazione, nelle obbligazioni di risultato, rilevando esclusivamente il conseguimento di quest'ultimo, si ha inadempimento tutte le volte in cui il risultato atteso non sia stato raggiunto ⁽¹²⁴⁾.

L'accoglimento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato aveva importanti riflessi sul piano dell'onere della prova: nel primo caso spettava al creditore dimostrare che il debitore non avesse diligentemente eseguito la prestazione, incombendo su quest'ultimo l'onere di provare di aver agito con la dovuta diligenza; nel caso invece delle obbligazioni di risultato, al creditore spettava invece dimostrare che l'obiettivo (oggetto della prestazione) non fosse stato raggiunto, mentre il debitore poteva andare esente da responsabilità soltanto provando l'intervento di una causa estranea a lui non

ss.; C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 25 ss. Si veda altresì, anche se in senso parzialmente diverso, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 220 ss.

⁽¹²³⁾ V. E. MOSCATI, cit., p. 829 ss.

⁽¹²⁴⁾ V. A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 119 ss.; A. NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, p. 107 ss.; F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 305 ss.; C.A. CANNATA, *op. ult. cit.*, p. 34 ss.; F. LEONE, *op. ult. cit.*, p. 84 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., p. 209 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 593 ss.; A. GIOVENE, *op. ult. cit.*, p. 90 ss.; E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 127 ss.

imputabile che aveva reso impossibile l'adempimento e, quindi, il raggiungimento del risultato dedotto in obbligazione.

Come anticipato, i problemi applicativi derivanti dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato hanno trovato il loro campo di elezione proprio nel settore della responsabilità medica ⁽¹²⁵⁾. L'immediata conseguenza pratica della qualificazione dell'obbligazione del medico come obbligazione di mezzi era quella per cui il sanitario incorreva in responsabilità solo nel caso in cui non fosse stato diligente nell'applicare i "mezzi" dell'arte medica, tenuto altresì conto della qualificazione in termini extracontrattuali ma che sembrava tuttavia cedere il passo all'assorbente qualificazione della prestazione medica come prestazione di mezzi ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁵⁾ Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Resp. civ.*, 2009, p. 402 ss., con nota di F. ZAULI, *Responsabilità medica e interventi di natura routinaria: l'onere probatorio*; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corr. giur.*, 2004, p. 33 ss., con nota di A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*; Cass. 22 gennaio 1999, n. 589; Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, p. 1800; Cass. 15 gennaio 1997, n. 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, c. 771 ss. Al riguardo e per uno sguardo d'insieme dell'introduzione della distinzione in esame in ambito medico si vedano M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, p. 55 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 703 ss.; G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 318; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*; D. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazioni di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 491 ss.

⁽¹²⁶⁾ App. Milano, 30 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, c. 2855 ss., che in relazione ad un'operazione di chirurgia estetica con conseguenti vistose cicatrici sul corpo della paziente, aveva assolto il chirurgo sulla base della prova della diligenza nell'esecuzione dell'operazione affermandosi tuttavia che il risultato estetico, ove pure si legga l'obbligazione del professionista in termini di risultato e non di mezzi, non avrebbe comunque costituito un dato assoluto, dovendo essere valutato in base alla situazione pregressa della paziente nonché dalle possibilità consentite dal progresso delle tecniche operatorie; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1976, p. 953 ss., con nota di C. LEGA, *In tema di responsabilità del medico chirurgo*; Cass. 13 ottobre 1972, n. 3044, in *Foro it.*, 1973, c. 1170 ss.; Trib. Verona, 22 aprile 1972, in *Giur. it.*, 1974, p. 974 ss., in relazione ad una fattispecie in cui una paziente affetta da gozzo tiroideo venne sottoposta ad intervento chirurgico con conseguenze negative sul piano dei nervi, della laringe e del sistema respiratorio ma rispetto alle quali era stata provata la prestazione diligente da parte del chirurgo che era pertanto andato esente da responsabilità; Cass. Sez. Un., 9 marzo 1965, n. 375, *Foro it.*, 1965, c. 1040 ss., che ha confermato la sentenza della Corte di merito che aveva esonerato da responsabilità i sanitari sulla base della diligenza e perizia provata dai medesimi nell'esecuzione di una terapia elettroshock, da cui erano derivate conseguenze dannose per il paziente.; Trib. Milano, 17 aprile 1961, in relazione ad una fattispecie di un intervento di emorroidi, caso di non speciale difficoltà, in cui successivamente la paziente aveva subito emorragie varie ed un prolasso, e in relazione alla quale il chirurgo venne esonerato da responsabilità sulla base della sua condotta diligente (sentenza poi confermata in questa parte da App. Milano, 16 ottobre 1964). Tuttavia in taluni casi, provata la diligenza in relazione all'esecuzione della prestazione professionale, il medico è stato ritenuto responsabile sotto il profilo della violazione dei doveri di informazione. V. Cass. 8 agosto 1985, n. 4394, in *Foro*

Non può inoltre farsi a meno di notare come l'effettiva portata della qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità del medico, in connessione con la connotazione della sua responsabilità in termini di rispetto della diligenza nell'applicazione dei mezzi, necessitasse di essere vagliata nelle sue inevitabili implicazioni in relazione all'accertamento del nesso di causalità⁽¹²⁷⁾: parlare di *obbligazione* e reclamare al contempo la natura *extracontrattuale* della responsabilità del medico, oltre ad avere riflessi su tematiche di forte impatto sistematico, non permetteva ai giudici di legittimità di soffermarsi adeguatamente o, quantomeno, con la giusta dovizia d'attenzione, sul problema dell'onere della prova del nesso di causalità. Non è infatti un caso che nella giurisprudenza che qualificava l'obbligazione del medico come obbligazione "di mezzi" l'elemento del nesso causale veniva a sovrapporsi con l'elemento soggettivo in quanto, provato il rispetto delle *leges artis*, il debitore andava esente da responsabilità sulla scorta di un meccanismo di attribuzione della stessa che non operava anche in forza dell'acquisizione di elementi di prova idonei a confortare l'imputazione dell'evento alla condotta del convenuto, quale causa oggettiva del danno lamentato⁽¹²⁸⁾.

Non è infatti un caso se gli studi dottrinali che si sono occupati del tema dell'onere della prova nella responsabilità medica, alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato non hanno di fatto assegnato un ruolo discrezionale in tema di nesso causale. Ponendosi il problema se la distinzione in parola avrebbe potuto comportare o meno un'agevolazione probatoria in termini di prova dell'elemento colposo, sulla scorta dell'idea che nell'ambito

it., 1986, c. 121 ss. Per altri riferimenti giurisprudenziali si rimanda a G. SANTORO, *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1992, p. 250 ss.

⁽¹²⁷⁾ V. Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, p. 604 ss. In entrambe le pronunce iniziò a privilegiarsi, sia pur non in maniera espressa, l'inquadramento in ambito contrattuale della responsabilità medica proprio attraverso il ricorso all'applicazione analogica, sia per la disciplina della responsabilità della struttura sanitaria sia per quella del medico dipendente, le norme dettate in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un *contratto d'opera professionale*. Sicché, pur non essendo la responsabilità del medico espressamente inquadrata nell'alveo di quella contrattuale, all'uniformare, sotto il profilo delle norme applicabili la responsabilità del medico a quella del sanitario che opera in ragione di un previo contratto d'opera professionale, nella sostanza il risultato perseguito era il medesimo.

⁽¹²⁸⁾ V. *supra*, nota 126, in relazione alla descrizione delle fattispecie giurisprudenziali da cui trae conforto quanto appena sostenuto nel testo.

delle c.d. obbligazioni di mezzi, posta la coincidenza tra adempimento e osservanza di una condotta diligente, la dimostrazione del carattere colposo della condotta del debitore equivarrebbe (non senza criticità) alla prova dell'inadempimento⁽¹²⁹⁾, lo studio dell'elemento causale finiva per essere condotto in chiave meramente astratta, senza cioè che ne venisse fornita un'adeguata spiegazione in punto di rilevanza nel più ampio giudizio di responsabilità.

Prova ne è stata, come presto vedremo, la concomitante virata della giurisprudenza di legittimità all'abbandono del paternalismo medico in luogo del primato della persona e del suo diritto alla tutela (diretta) della salute, tale per cui iniziò a rivelarsi iniquo il ricorso all'obbligazione di mezzi e alla relativa disciplina para-aquiliana, quale residuo di un'antica immunità⁽¹³⁰⁾. Si registravano quindi diverse pronunce che, se da un lato ribadivano formalmente la natura di mezzi dell'obbligazione del medico, dall'altro ne scardinavano ulteriormente l'unitarietà di disciplina, fondando la differenziazione su ragioni prettamente fattuali in un contesto di «inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica»⁽¹³¹⁾.

2.1.1. La distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione

⁽¹²⁹⁾ Per un'autorevole e condivisibile lettura critica v. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 185 ss., secondo cui risulta impropria qualsivoglia coincidenza tra diligenza e adempimento in quanto la prima rappresenta una qualità soggettiva della condotta dell'obbligato mentre il secondo si concreterebbe in una qualità inerente al risultato dell'azione. Dunque, anche se nelle obbligazioni «di mezzi» una netta differenza tra la misura dello sforzo necessario per eseguire la prestazione e la corretta esecuzione della stessa sembra attenuarsi, la diligenza è comunque destinata a rimanere estranea alla prestazione costituendone un presupposto funzionale.

⁽¹³⁰⁾ D. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 488 ss. Nello stesso senso si veda C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, p. 120 ss. Per un'analisi dell'evoluzione del rapporto medico-paziente con specifico riferimento all'influenza che ragioni di policy del diritto hanno avuto nella complessa evoluzione giurisprudenziale in materia si vedano M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Torino, 1993, *passim*; R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 55 ss.

⁽¹³¹⁾ Così M. ROSSETTI, *Unicuiquesuum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2218 ss.

Il cammino giurisprudenziale sin qui delineato si componeva tuttavia di una ulteriore peculiarità di disciplina in ossequio a regole operazionali disegnate *ad hoc* per far sì che i temi probatori assegnati alle parti protagoniste di questa particolare tipologia di contenzioso tenessero conto della «caleidoscopica varietà di situazioni in cui la specialità dell'atto medico poteva reificarsi in concreto, in un contesto segnato dall'incessante sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche»⁽¹³²⁾, in ragione della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione; dicotomia, questa, foriera di importanti conseguenze pratiche, in quanto in presenza di situazioni di fatto particolarmente chiare, o quantomeno comuni, giustificate sulla base della non difficoltà dei problemi tecnici da risolvere, la giurisprudenza iniziò ad utilizzare degli *escamotage* ancora più incisivi per alleggerire la posizione processuale del creditore-paziente.

E a ciò non ostava la natura extracontrattuale dell'illecito del medico dipendente in quanto, sulla scorta dell'applicazione analogica di talune delle norme dettate in tema di responsabilità contrattuale e, in specie, quelle relative alla disciplina del contratto d'opera professionale, era l'art. 2236 c.c. a fungere da fondamento alla distinzione in esame essendo la *ratio* di questa norma proprio quella di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà.

Il *leading case* della distinzione in esame è rappresentato da Cass. n. 6141/1978⁽¹³³⁾, la quale ricomprendeva nella categoria degli interventi di facile esecuzione (o c.d. *routinari*) tutte quelle operazioni che non richiedevano «una particolare abilità tecnica, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, dal sopravvenire di eventi

⁽¹³²⁾ Così U. IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della responsabilità della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130.

⁽¹³³⁾ Cass. 21 dicembre 1978, cit. Il caso da cui ha preso le mosse la sentenza in esame ha riguardato affetto da platismo plantare che, dopo essere stato sottoposto ad un intervento chirurgico volto ad eliminare il difetto e aver mantenuto l'ingessatura per alcuni mesi, si ritrovava con un piede distorto ed incurvato verso l'alto, con aggravamento dei problemi di deambulazione.

imprevisti ed imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di particolari caratteristiche del paziente non accertabili col medesimo criterio di diligenza professionale»⁽¹³⁴⁾.

Nell'ambito degli interventi di difficile esecuzione venivano invece ricompresi tutti quei casi che, essendo caratterizzati dal prisma dell'eccezionalità e straordinarietà, non erano stati oggetto di adeguati studi da parte della scienza medica o sperimentati dalla pratica, ovvero per i quali erano stati proposti e dibattuti sistemi diagnostici e terapeutici e di tecnica chirurgica tra loro incompatibili⁽¹³⁵⁾.

Dalla distinzione in esame i giudici di legittimità ne hanno tratto un criterio di riparto dell'onere probatorio, nei termini che seguono.

Nei casi di interventi di difficile esecuzione il paziente era gravato dell'onere di dimostrare che il *modus operandi* del medico, in quanto negligente, imprudente o imperito, avesse cagionato il lamentato errore diagnostico o terapeutico, facendo conoscere in modo specifico e preciso il genere di intervento subito, le ragioni che lo avevano imposto e le relative modalità di esecuzione. Il medico avrebbe invece dovuto provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Qualora invece l'intervento fosse qualificabile come di facile esecuzione, la posizione probatoria del paziente risultava sensibilmente meno gravosa, in

⁽¹³⁴⁾ Cass. 21 dicembre 1978, cit.

⁽¹³⁵⁾ Cass. 21 dicembre 1978, cit., ove ulteriormente si sosteneva che per la difficoltà dell'intervento operatorio nonché delle eventuali prestazioni postoperatorie il giudice avrebbe dovuto analizzare l'eseguito intervento nei suoi singoli momenti, al fine di accertare se in uno o in alcuni di essi il chirurgo sia incorso in errore e se ciò sia avvenuto per colpa; e a tal fine si affermava come necessaria la dimostrazione di tutti quei singoli momenti attraverso dati obiettivi, idonei e sufficienti, a mezzo della prova fornita dal paziente. Si vedano altresì Cass. 16 febbraio 2001 n. 2335; Cass. 10 maggio 2000; Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, c. 2874 ss.; Cass. 20 novembre 1998, n. 11743, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Professioni intellettuali*, n. 165; Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 1073; Cass. 18 ottobre 1994, n. 8470, in *www.assomedici.it*; Cass. 1 febbraio 1991, n. 977, in *Giur. it.*, 1991, p. 1379 ss.; Cass. 7 agosto 1982, n. 4437, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Responsabilità civile*, n. 55; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 982 ss.; Cass. 12 agosto 1995, n. 8845, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Professioni intellettuali*, n. 8845; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, p. 600 ss.; Cass. 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, p. 1494; Cass. 18 aprile 1978, n. 1845 in *Resp. civ. e prev.*, 1978, p. 591 ss.; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, p. 1980 ss.; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1976, p. 953 ss.

quanto mentre l'onere della prova su di lui incombente doveva coprire la sola natura dell'intervento - dovendo egli provare che si trattasse di operazione di facile esecuzione, tale per cui il danno asseritamente subito era imputato in via evidentemente presuntiva al professionista - il sanitario avrebbe potuto liberarsi solo provando l'avveramento di un evento imprevisto o imprevedibile ⁽¹³⁶⁾.

Le implicazioni di sistema del coordinamento della distinzione in esame con la natura di mezzi dell'obbligazione del medico erano tuttavia tutt'altro che scontate.

In relazione agli interventi di speciale difficoltà l'incertezza della causa del danno gravava sul paziente, essendo a monte evidenti le sue difficoltà di provare la non esattezza della prestazione professionale e, quindi, dell'errore medico. In tale contesto era di palmare evidenza che la prova (positiva) in capo al paziente della diligenza del medico in termini di dolo o colpa grave ex art. 2236 c.c. attenuava il già menzionato problema della derivazione di responsabilità ⁽¹³⁷⁾ e quindi, evidentemente, anche del nesso causale.

La distinzione in esame sembra invece implicare per i soli interventi routinari non soltanto una presunzione di inesatta esecuzione della prestazione sanitaria, ma altresì una presunzione di sussistenza del nesso causale, entrambi desunti dallo stesso fatto principale noto, costituito dal peggioramento dello stato di salute, cioè dal danno.

Come infatti è stato osservato in dottrina nel richiedere al paziente la dimostrazione che all'intervento di *routine* fosse conseguito un risultato peggiorativo delle sue condizioni di salute, presumendosi che il pregiudizio

⁽¹³⁶⁾ Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, cit. Più specificamente si affermava che l'onere probatorio incombente sul paziente dovesse attenersi al caso concreto e al modo in cui era stata effettuata la prestazione del professionista. Ed appunto questi due momenti della prova dovevano essere tenuti distinti. Anzitutto la prova doveva riguardare il caso concreto patologico ed il tipo di intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo a quel caso concreto, seguito dalle necessarie conseguenti prestazioni post-operatorie. In tale momento la prova che il paziente avrebbe dovuto fornire una prova piena ed assoluta: il concreto caso patologico ed il tipo di intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo dovevano essere dimostrati con precisione. Relativa invece era la prova nel suo secondo momento, attinente al modo in cui erano stati eseguiti l'intervento operatorio e delle conseguenti prestazioni postoperatorie, a loro volta scelte ed applicate dal chirurgo per la cura di quel concreto caso patologico.

⁽¹³⁷⁾ V. *supra*, § 2.1, nota 126.

sofferto fosse ascrivibile al *negligente* operato del sanitario ⁽¹³⁸⁾, si finiva anche per riconoscere presuntivamente la relazione causale tra attività del medico e danno, potendo poi il sanitario, al fine di andare esente da responsabilità, fornire la prova della conformità della propria prestazione ai criteri di cui all'art. 1176, secondo comma, c.c. nonché dimostrare che l'esito infausto era stato determinato da un evento impreveduto e/o imprevedibile oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale ⁽¹³⁹⁾, anche se molte sentenze richiedevano una prova liberatoria di minor rigore, ritenendo sufficiente la prova di aver eseguito la prestazione con diligenza ⁽¹⁴⁰⁾.

Invero, argomentare in termini di presunzione di colpa avrebbe dovuto comportare che il medico potesse liberarsi offrendo semplicemente la corrispondente prova contraria, concretandosi questa nella dimostrazione di aver agito diligentemente. Gravarlo anche della prova della causa esterna, sopravvenuta non prevedibile o preesistente non accertabile, del risultato peggiorativo, significava includere il buon esito dell'intervento nei temi della prova liberatoria, essendo il paziente tenuto a provare, come detto, la sola

⁽¹³⁸⁾ La significatività probatoria che ha caratterizzato l'accertamento giudiziale nei termini descritti nel testo è fondamento del criterio della *res ipsa loquitur*. La citata regola è stata oggetto di ampi sviluppi concettuali soprattutto nella giurisprudenza e nella dottrina angloamericana per i cui riferimenti si rimanda alla bibliografia richiamata da V. FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, p. 419 ss. L'ascrizione della responsabilità al presunto responsabile sulla base della regola in esame si giustifica nei casi in cui il fattore che ha causato il danno era in qualche modo "maneggiabile" dal convenuto o dai suoi ausiliari e che l'evento fosse di tale natura che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, non si sarebbe verificato se non in conseguenza di una condotta negligente dei soggetti responsabili. Sull'applicazione della regola della *res ipsa loquitur* nell'ambito della responsabilità del sanitario si vedano R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit. pp. 59-60; P. IAMICELI, *La responsabilità civile del medico*, in P. Cendon (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Torino, 1998, p. 311 ss.; A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 48. Per i riferimenti giurisprudenziali a tale regola v. Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1104, con nota di M. GRONDONA, *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto*; Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, p. 1800 ss.; Cass. 11 aprile 1995, n. 4152 in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Professioni intellettuali*, n. 168; Cass. 16 novembre 1993, n. 11287, in *Rep. Foro it.*, voce *Professioni intellettuali*, n. 115; Cass. 1 febbraio 1991, n. 977, in *Giur. it.*, 1991 p. 1379 ss.; Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, cit.

⁽¹³⁹⁾ Cass. 1 febbraio 1991, n. 977; Cass. 11 aprile 1995, n. 4152.

⁽¹⁴⁰⁾ V. *supra*, § 2.1 nota 127.

facilità dell'intervento terapeutico o chirurgico e l'eventuale peggioramento delle sue condizioni (¹⁴¹).

Non a caso la dottrina, nel cercare di descrivere il fenomeno sul piano del riparto probatorio ritenendo insufficiente la spiegazione giurisprudenziale in termini di presunzione di colpa e accostandovi una presunzione di causalità, non aveva fatto altro che prendere atto della surrettizia trasformazione della prestazione del medico da obbligazione di mezzi ad obbligazione di risultato, anche (forse) al fine di rimarcare un autonomo rilievo dell'elemento causale,

(¹⁴¹) V. R. PUCCELLA, *op. ult. cit.*, p. 68 ss.; ID., *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 454, spec. nota 36, il quale afferma che nelle sentenze in linea con Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, cit., in ordine alla distinzione tra interventi routinari e interventi di difficile esecuzione il tema causale non sarebbe seriamente affrontato: i giudici di legittimità si sarebbero limitati a richiedere che all'intervento di facile esecuzione fosse conseguito un risultato peggiorativo, nel senso che le condizioni finali del paziente risultassero deteriori rispetto a quelle preesistenti. Pertanto, secondo l'A. ciò evidenzerebbe che il problema causale fosse destinato a risolversi sul mero piano descrittivo. Per altro verso, sempre secondo l'A., l'insistita accentuazione del profilo dell'aggravamento delle condizioni di salute del paziente (o, addirittura, della comparsa di nuove patologie) sembrava essere finalizzato alla costruzione di un «processo di autoevidenza della relazione eziologica in un contesto in cui *res ipsa loquitur*». Tuttavia, se si può concordare sulla valenza meramente descrittiva del problema causale, non avendo tale elemento ricevuto adeguata attenzione nonostante le anomalie sistematiche dovute all'applicazione di norme «contrattuali» ad una responsabilità ancora formalmente qualificata in termini extracontrattuali, più difficilmente se ne comprende la ratio così come individuata dall'A. non sembra infatti essere il principio *res ipsa loquitur* a giustificare la dispensabilità del paziente dalla prova del nesso di causa; piuttosto, il principio *res ipsa loquitur*, sembra fungere da supporto empirico che ha fatto dire ad una parte della dottrina che l'obbligazione del medico, da obbligazione di mezzi si sarebbe trasformata in obbligazione di risultato secondo il ragionamento per cui, posta l'insussistenza di aleatorietà dell'esito positivo del trattamento, questo finisce per entrare nell'area del giuridicamente «esigibile». In questo senso v. F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi nelle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni «di mezzi»: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, cit. p. 888 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai: il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 513; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, p. 1222 ss.; U. BRECCIA, *La colpa professionale*, in G. Visintini (a cura di), *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, pp. 317-321; F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nella responsabilità sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 995 ss. Invero, è proprio l'aver inserito il risultato atteso nella prestazione che si attende dal medico ad avere riflessi sul profilo del nesso causale; costituendo il danno, non la conseguenza, bensì l'in sé della non diligente prestazione, viene da sé il non interessamento, da parte dei giudici di legittimità, in ordine a qualsivoglia indagine causale. La ricostruzione proposta sembra peraltro maggiormente in linea con il contenuto della prova liberatoria individuata dalle pronunce in commento, richiedendosi, come evidenziato nel testo, la prova di un diverso fattore impreveduto ed imprevedibile che fu causa del danno; laddove invece l'esonero della prova del nesso eziologico dipendesse, dall'applicazione del principio *res ipsa loquitur*, foriera della relativa presunzione causale, il sanitario dovrebbe potersi liberare mediante la controprova di insussistenza del nesso di causalità.

destinato a sfumare nell'alveo dell'obbligazione di mezzi e quindi, di diligenza⁽¹⁴²⁾.

Infatti, alla luce di quanto detto, l'introduzione della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione avrebbe potuto assumere, a nostro avviso, una valenza semi-integrativa della già esaminata distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Se, infatti, in presenza di interventi di difficile esecuzione, poteva ancora linearmente predicarsi una natura di mezzi della relativa prestazione sanitaria, venendo in rilievo una presunzione di colpa in capo al sanitario la cui prova contraria (sempre in ordine all'elemento soggettivo) poteva garantirgli un'esenzione di responsabilità con le criticità già esaminate in punto di onere della prova del nesso causale, in caso di intervento di facile esecuzione, la presunzione dell'elemento causale avrebbe potuto essere meno facilmente assorbibile dalla presunzione dell'elemento soggettivo, rimanendo da questa distinta al fine di non esaurirsi, e quindi arrestarsi, al valore etico del comportamento del medico. Ciò appariva predicabile nella misura in cui la prova liberatoria si faceva coincidere con quella più rigorosa della dimostrazione dello specifico evento o della condizione del paziente che aveva determinato l'insuccesso della cura, nonostante il rispetto delle regole tecniche. Qualora, invece, si accedeva ad una nozione più ampia di prova liberatoria, esonerando il professionista da responsabilità, sempreché questo riuscisse a dimostrare l'esattezza della sua prestazione, si finiva per confermare l'esposta contaminazione tra i due piani di accertamento, finendosi altresì per smentire la predicata trasformazione in obbligazione di risultato della prestazione del medico in caso di interventi di facile esecuzione⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴²⁾ V. ZENO ZENOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 308; R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., p. 446; G. SANTORO PASSARELLI, *L'inadempimento*, in P. Cendon (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 108; M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, 1993, il quale ha visto, nella più volte citata Cass. n. 6141/1979 «un primo autorevole (anche se non dichiarato) tentativo di ricondurre il risultato nel contenuto dell'obbligazione del medico sulla base del criterio dell'*id quod plerumque accidit*»; A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 165 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 121.

⁽¹⁴³⁾ V. *supra*, § 2.1, nota 126.

Il *trend* giurisprudenziale fin qui descritto, stante le innumerevoli contraddizioni nonché incertezze applicative che in sede pratica si erano registrate alla luce dell'applicazione delle esaminate distinzioni, iniziava a mostrare la necessità di individuare un più solido fondamento della natura della responsabilità del medico che, fino ad allora, non aveva avuto un ruolo discreitivo nella determinazione dei carichi probatori incombenti sulle parti e che invece avrebbe potuto fornire soluzioni più coerenti anche e soprattutto in un'ottica di sistema.

2.2. *La responsabilità contrattuale del medico e l'affermazione della teoria del contatto sociale qualificato ad opera di Cass. n. 589/1999*

La *communis opinio* per cui alla responsabilità del medico doveva essere riconosciuta natura extracontrattuale, dominante in giurisprudenza fino agli anni '90, subì una prima incrinatura allorquando in dottrina iniziò a farsi strada l'idea per cui, in relazione a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico, ai confini tra «contratto e torto», a venire in rilievo fosse una relazione particolarmente qualificata tra soggetti, non riconducibile, *sic et simpliciter*, né all'ambito della responsabilità contrattuale né a quello extracontrattuale⁽¹⁴⁴⁾.

Assodata la non contestabile ammissibilità di dedurre la prestazione medica nel rapporto negoziale⁽¹⁴⁵⁾, iniziò a constatarsi come il paziente, nel rivolgersi in senso lato alla struttura sanitaria, riponeva il proprio affidamento non tanto nei confronti della struttura sanitaria quanto, piuttosto, riguardo alla persona del professionista, sul quale incombeva il compito di porre in essere la prestazione medica necessaria; ne discese che, quantomeno dal punto di vista fattuale, non era più prodigiosamente sostenibile equiparare il medico che

⁽¹⁴⁴⁾ Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 708 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ P. CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, c. 284 ss.

eseguiva un intervento chirurgico o che somministrava una certa terapia al passante che casualmente si imbatteva nella vita di relazione ⁽¹⁴⁶⁾.

È sulla base di queste premesse che la dottrina italiana iniziò, specie sulla scorta dell'elaborazione dottrinale tedesca, a teorizzare una responsabilità da c.d. contatto sociale qualificato ⁽¹⁴⁷⁾, intesa come responsabilità per inadempimento senza obbligo primario di prestazione, tale da ricomprendere tutti quei casi in cui «la forma giuridica del torto extracontrattuale appare insufficiente in quanto annega in una troppo generica responsabilità del passante

⁽¹⁴⁶⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 177 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ All'evoluzione dell'elaborazione della teoria del contatto sociale qualificato un importante contributo, come anticipato, è stato fornito dall'ordinamento tedesco che, in assenza di una previsione analoga a quella di cui all'art. 1173 c.c., aveva indotto la dottrina a ricercare un espediente teorico al fine di fornire tutela a tutte quelle situazioni che si collocavano a metà strada tra contrattualità ed extracontrattualità e che per questo rifuggivano dalla tutela "tipica" del relativo ordinamento giuridico. La dottrina tedesca ha infatti studiato la teoria del contatto sociale qualificato ricomprendendola nella più ampia categoria del "rapporti contrattuali di fatto". A tali fattispecie, anche se non originate da un contratto, sono state quindi applicate le norme sulle obbligazioni di fonte contrattuale, ad esclusione di quelle previste in materia di conclusione del contratto e di quelle che disciplinano la capacità di agire e i vizi della volontà. Per interessanti riferimenti agli studi della dottrina tedesca sul tema del contatto sociale qualificato si vedano D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 ss.; F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005, *passim*; C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 688 ss.; P. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965. Nell'ordinamento nostrano, il massimo fautore dell'applicazione della teoria del contatto sociale qualificato è stato C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, *passim*; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 679 ss. Per ulteriori considerazioni sul tema si vedano altresì, oltre gli autori già citati, G. VARANESE, *Sonderverbindung e responsabilità precontrattuale da contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 116 ss.; A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 1128 ss.; E.E. BONAVERA, *Responsabilità per contatto sociale della persona fisica designata dall'amministratore persona giuridica di S.r.l. all'esercizio delle funzioni gestorie*, in *Le Società*, 2017, p. 959 ss.; P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1759 ss.; C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1510 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e "contatto sociale qualificato"*, *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1950 ss.; ID., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1515 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 659 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1247 ss.; F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp*, 2014, p. 461 ss.; A. GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e resp*, 2012, p. 933 ss.

o del chiunque» e nelle quali «manca il cuore del rapporto obbligatorio ma anche il suo requisito impreteribile, la prestazione»⁽¹⁴⁸⁾.

La corrente dottrina che cercò di implementare nell'ordinamento nostrano la teoria del contatto sociale qualificato intravide la soluzione di problematiche risarcitorie attinenti ai casi in cui la natura della responsabilità stessa era discussa (per il suo trovarsi in quell'area intermedia tra contratto e torto) nell'adesione all'idea secondo la quale fonte dell'eventuale prestazione risarcitoria non poteva tecnicamente rinvenirsi né nell'inadempimento, né tantomeno nella violazione del principio del *neminem laedere*, bensì nel mancato rispetto di quegli obblighi di protezione che si ponevano in posizione diversa rispetto all'obbligo di prestazione, sia sul piano strutturale sia su quello della fonte⁽¹⁴⁹⁾.

La sentenza apripista dell'orientamento in esame è stata la pronuncia del 22 gennaio 1999, n. 589⁽¹⁵⁰⁾. Punto di partenza per la costruzione della teoria

⁽¹⁴⁸⁾ Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, p. 177.

⁽¹⁴⁹⁾ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 177 ss. In un primo momento la dottrina concepiva gli obblighi di protezione come obblighi intercorrenti tra le parti di un rapporto di origine contrattuale e che, in quanto tali, erano essenzialmente posti a salvaguardia delle sfere giuridiche delle parti del rapporto obbligatorio. Ne veniva ritenuto fonte il contratto, di cui gli obblighi di protezione ne entravano a far parte come effetti integrativi in forza degli artt. 1175 e 1375 c.c. in quanto frutto di un'integrazione del rapporto obbligatorio generata dalla correttezza. In un secondo momento la dottrina ha invece valorizzato l'autonomia strutturale degli obblighi di protezione, in quanto aventi una fonte autonoma da quella dell'obbligo di prestazione, nascendo dalla legge e, in particolare, dalla regola di buona fede. Inoltre si riconosceva un ambito applicativo ben più ampio di quello contrattuale, sul rilievo che gli obblighi di protezione non dovessero necessariamente correre tra soggetti legati da un obbligo di prestazione, potendo sorgere anche a favore dei terzi la cui sfera giuridica era esposta al rischio di danno cui era esposta quella delle parti in relazione all'attuazione dell'obbligo di prestazione. La fonte di questi obblighi di protezione nei confronti dei terzi veniva però rinvenuta nella figura del "contratto con effetti protettivi per i terzi". Sul punto si veda C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss. La terza fase dell'elaborazione della teoria degli obblighi di protezione è stata proprio quella dell'obbligazione senza prestazione. In tal senso, la violazione di tali obblighi comporta che la relativa condotta dannosa sia da ascrivere alla responsabilità contrattuale, atteso che la differenza tra questa e quella aquiliana nel nostro ordinamento non è data dalla preesistenza o meno di un contratto, bensì dalla preesistenza o meno di un'obbligazione (di fonte anche non contrattuale) di cui la condotta lesiva costituisca violazione. In senso critico rispetto alla categoria degli obblighi di protezione si vedano U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in A. Cicu, F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, p. 14 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, *passim*.

⁽¹⁵⁰⁾ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.*, 2000, p. 740 ss., con nota di F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da*

del contatto sociale qualificato ad opera della sentenza in esame è stato l'art. 1173 c.c. che, nello stabilire che le obbligazioni possono nascere da contratto, fatto illecito nonché da «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», ha consentito di inserire tra le fonti del rapporto obbligatorio anche quelle nascenti dai c.d. rapporti contrattuali di fatto.

Più specificamente, si argomenta che la rilevanza giuridica di quelle situazioni soggettive che sono meritevoli di tutela in quanto, pur prescindendo da un formale rapporto debitore-creditore, sono idonei a far sorgere tra le parti reciproci obblighi di protezione. In altri termini, sul dato epistemologico della professionalità dello *status* di medico e sull'imperativo della buona fede che presidia il rapporto tra questi e il paziente, prende corpo l'idea che lo svolgimento di tale attività professionale implica la salvaguardia e l'osservanza di obblighi di conservazione dell'altrui sfera giuridica, la cui violazione, in caso di danno, ascrive la responsabilità del professionista all'ambito contrattuale⁽¹⁵¹⁾.

In particolare, i giudici di legittimità hanno qualificato la natura della responsabilità del sanitario come sostanzialmente contrattuale asserendo che il paziente non si limita a chiedergli un *non facere* e cioè il puro rispetto della sua sfera giuridica bensì un *facere* ben preciso, nel quale si manifesta la perizia che

contatto sociale; in *Foro.it*, 1999, c. 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Contratti*, 1999, p. 1007 ss. con nota di E. GUERINONI, *Obbligazione da contatto sociale e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; *ivi*, p. 781 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 441, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligo senza prestazione approda in Cassazione*; in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*. Il fatto posto all'attenzione della Corte riguardava il caso di una donna che, dopo essere caduta sopra i vetri di una bottiglia frantumata, riportava una ferita alla mano destra e veniva trasportata d'urgenza presso una struttura sanitaria, per poi esservi ricoverata e successivamente sottoposta ad intervento chirurgico. Nel post-operatorio, non avendo la paziente recuperato la piena funzionalità della mano veniva nuovamente operata presso un'altra struttura sanitaria, con esito non ancora positivo.

⁽¹⁵¹⁾ In tal senso si veda P. GIROLAMI, *La responsabilità contrattuale (o da contatto) del medico dipendente. Alcune considerazioni alla luce della sentenza Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 311 ss.

ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento, non potendo egli essere considerato come un *quisque de populo*, soggetto, in quanto tale, al solo principio del *neminem laedere* ⁽¹⁵²⁾.

Ci si riferisce all'idea per cui nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso, non potendo perciò configurarsi (solo) responsabilità aquiliana ⁽¹⁵³⁾. Infatti, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui, quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale. Dunque, non un qualunque tipo di relazione o contatto sociale generico o non qualificato cui dà quotidianamente luogo la vita di relazione è tale da giustificare il superamento dei confini della responsabilità aquiliana ⁽¹⁵⁴⁾.

Tuttavia, analizzando le motivazioni della pronuncia in esame si scorge come il baricentro delle argomentazioni che i giudici di legittimità hanno addotto a sostegno dell'applicazione della teoria del contatto sociale qualificato è rinvenibile non tanto nel contenuto del rapporto intercorrente tra medico e paziente, quanto sulla fonte di esso. Sicché, la risoluzione del problema dell'esistenza di un rapporto non formalmente riconducibile ad un contratto ma che ne richiama la regolazione sua propria (in particolare, di quello di prestazione professionale) passa attraverso la dissociazione tra fonte ed obbligazione che ne scaturisce ⁽¹⁵⁵⁾, la quale, secondo i giudici di legittimità, «può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto» ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵²⁾ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit.

⁽¹⁵³⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, p. 177 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ C. CASTRONOVO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁵⁾ V. A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 441.

⁽¹⁵⁶⁾ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit.

Sebbene l'innovativa presa di posizione da parte dei giudici di legittimità non ha certamente mancato di sortire critiche da parte della dottrina più attenta, i cui effetti sono stati avvertiti anche sul fronte della sistematica della teoria generale delle obbligazioni ⁽¹⁵⁷⁾, questa soluzione della questione relativa alla

⁽¹⁵⁷⁾ Per una critica rispetto alla pretesa di configurare il contatto sociale secondo l'accezione di un'obbligazione senza prestazione v. E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, *passim*, secondo la quale la posizione del medico si inquadrirebbe nella figura dell'ausiliario di cui all'art. 1228 c.c. sicché la riferibilità alla responsabilità contrattuale non necessiterebbe alcun ricorso alla obbligazione senza prestazione. Al medesimo risultato perviene M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 331 ss.; ID., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 705, secondo cui è artificioso qualificare come accessorio un obbligo che in buona sostanza coincide con la prestazione; si tratterebbe di una obbligazione avente fonte legale, ove l'assunzione in cura da parte dell'ospedale e l'assegnazione ad un certo medico sarebbero i fatti costitutivi ed il rapporto di cura si attegga nel contenuto come adempimento di alcune delle obbligazioni nascenti da un contratto d'opera professionale. Riconduce il rapporto medico paziente nell'ambito della gestione di affare altrui S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 504. Critico rispetto all'operazione concettuale volta ad autonomizzare gli obblighi di protezione che sorgono a latere dell'obbligo principale di prestazione è A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 446, il quale invece valorizza la natura della prestazione, il cui carattere professionale richiama «in vita quel nucleo duro di regole che sono proprie e tipiche dello svolgimento delle prestazioni professionali». Parla altresì di «erronea prospettiva» L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, secondo cui la figura della responsabilità da contatto sociale, lungi dall'essere un concetto per denotare il profilo sanzionatorio della forma dell'obbligazione senza prestazione, intende ravvisare nel mero contatto il presupposto sufficiente per attivare la disciplina dell'inadempimento. Nello stesso senso v. A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 873, secondo cui l'espressione «responsabilità da contatto sociale» sarebbe frutto di un mero fraintendimento linguistico. In senso oltremodo critico si vedano altresì A. ZACCARIA, «Contatto sociale» e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *www.juscivile.it*, 2017, p. 187 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in L. Garofalo, M. Talamanca (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2010, p. 42 ss. A ciò ha fortemente ribattuto la giurisprudenza, che in Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 ha affermato il consolidamento della natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente fondata sul contatto sociale instauratosi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria. Al riguardo, essa ha precisato che non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la «protezione» del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto «contatto», ed in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi. In altri termini l'esistenza di un contratto è rilevante solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge). In assenza di dette ipotesi di vincolo il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad es., in quanto al

natura della responsabilità del medico non poteva non sortire i propri effetti anche sul terreno del regime probatorio. E sebbene anche la Corte ne abbia preso atto, lasciando credere in un primo momento in un'innovazione sul punto, nell'affrontare specificamente la questione si è invece limitata a ribadire l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. e il tradizionale riparto dell'onere della prova basato sulla distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione, con le relative problematicità che l'applicazione della distinzione ha posto ⁽¹⁵⁸⁾. Infatti, ritenendo che, nel caso di specie, dovesse applicarsi il criterio *res ipsa loquitur*, inteso come quell'evidenza circostanziale che crea una *deduzione di negligenza*

riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico. In giurisprudenza v. Cass. 3 ottobre 2016, n. 19670; Cass. 31 marzo 2015, n. 6438; Cass. 20 marzo 2015, n. 5590; Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; Cass. 8 luglio 2014, n. 15490; Cass. 22 maggio 2014, n. 11363; Cass. 12 dicembre 2013, n. 27855; Cass. 18 luglio 2013, n. 17573; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4029; Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30267; Cass. 30 novembre 2011, n. 25559; Cass. 11 novembre 2011, n. 23564.

⁽¹⁵⁸⁾ V. *supra*, § 2.1.

(¹⁵⁹), si esauriva così il giudizio di responsabilità (¹⁶⁰). E non può certo dubitarsi che, nel caso di specie, se a venire in rilievo era una presunzione di colpa, ciò non rappresenta, come detto, un elemento sufficiente per stabilire una necessaria correlazione causale tra condotta ed evento (¹⁶¹); sicché il regime probatorio che governava l'elemento del nesso causale avrebbe potuto e dovuto essere oggetto di apposita riflessione, anche solo in punto di prova liberatoria che quantomeno lasciava presupporre una presunzione di causalità.

(¹⁵⁹) Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., che, dopo aver affermato che «Questa soluzione della questione ovviamente produce i suoi effetti sui veri nodi della responsabilità del medico, cioè il grado della colpa e la ripartizione dell'onere probatorio», sostiene che «[...] la giurisprudenza considera unitariamente, a tali fini, l'attività sanitaria come prestazione di mezzi, senza più farsi carico della natura della responsabilità del medico. Essa ritiene che incombe al professionista, che invoca il più ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 c.c., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre incombe al paziente danneggiato provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee (Cass. 4 febbraio 1998 n. 1127; Cass. 3 dicembre 1974 n. 3957). Invece incombe al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione ed in tal caso il professionista ha l'onere di provare, al fine di andare esente da responsabilità, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria (Cass. 30 maggio 1996 n. 5005; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440; Cass. 11 aprile 1995 n. 4152). Si specifica che, nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni [...]». Secondo R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit. p. 68, una presunzione di colpa *tout court* appare insufficiente a giustificare l'ascrizione di responsabilità a danno del convenuto. Si sostiene infatti che l'utilizzo dell'espressione «presunzione di colpa» nei casi in cui ci si limita a dare per esistente la sola negligenza del presunto responsabile non può in particolare surrogare la relazione causale tra fatto e danno. In questo senso anche la formula «presunzione di responsabilità» risulta impropria, in quanto la responsabilità è un effetto giuridico imposto e come tale sussiste o è assente. Ciò nonostante, secondo l'A. la formula è «largamente diffusa in giurisprudenza ove però [...] a volte si riferisce ad un'attribuzione automatica di responsabilità, e cioè sganciata dall'accertamento dei tradizionali presupposti costitutivi [...]».

(¹⁶⁰) La sentenza in esame afferma infatti che «Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo. Ciò comporta, come è stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione».

(¹⁶¹) In questo senso si veda ancora R. PUCELLA, *op. ult. cit.*, p. 63, il quale sostiene che sebbene la colpa renda giuridicamente significativa l'azione causativa di danno, non appare sufficiente, di per sé sola, a fondare un giudizio di responsabilità, a meno che il concetto di colpa lo si voglia intendere in senso atecnico, capace cioè di qualificare il disvalore della condotta e di evidenziarne al contempo il ruolo svolto nella produzione dell'evento. Ma non sembra essere questo il senso in cui la Corte ha voluto intendere il concetto di colpa.

A ciò non vale neanche obiettare che una volta qualificata come contrattuale la natura della responsabilità del medico il problema del riparto degli oneri probatori tra le parti processuali possa dirsi automaticamente risolto. Infatti, in ambito contrattuale, l'onere della prova del nesso causale, muovendosi sulle linee tracciate dall'art. 1218, è certamente influenzato dall'asserita sussistenza di un cont(r)atto sociale, sicché si sarebbe dovuto specificare se il paziente avrebbe potuto assolvere il suo onere limitandosi ad *allegare* il solo inadempimento della controparte o se, piuttosto, avrebbe dovuto assolvere al più gravoso onere di prova del nesso tra l'azione o l'omissione del debitore e l'evento verificatosi, modulandosi di conseguenza l'onere della prova incombente sul medico convenuto. Quest'ultima soluzione avrebbe certamente comportato problemi di tipo sistematico, come avremo modo di chiarire più avanti, mentre la prima avrebbe necessitato di più chiare indicazioni, a meno di non voler ritenere che il paziente potesse fornire una prova *prima facie*, che tuttavia non può strutturalmente essere superata mediante una mera difesa in ragione dell'indeterminatezza che la contraddistingue.

Perplessità, queste, destinate a rimanere insolute fintantoché si continuavano a diversificare gli oneri probatori delle parti nel processo alla luce di distinzioni che, come detto, risultavano difficilmente inquadrabili in precise categorie sistematiche, proprio in ragione del loro stretto legame con le circostanze fattuali.

2.3. Il regime probatorio elaborato dalle sezioni unite civili del 2001 e i suoi riflessi in ambito sanitario

La materia del riparto probatorio nella responsabilità medica ha subito una forte spinta innovatrice a partire dalla pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 ottobre 2001, n. 13533 ⁽¹⁶²⁾ che, anche se non direttamente

⁽¹⁶²⁾ Cass. Sez. Un. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro. it.*, 2002, c. 769 ss. con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del*

attinente al profilo causale, ha comunque dato il là per l'abbandono della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, gettando le basi per la costruzione di un nuovo sistema di responsabilità medica.

Appellandosi ad esigenze di omogeneità nonché al principio di vicinanza della prova (¹⁶³), i giudici di legittimità hanno stabilito, in materia di responsabilità contrattuale (qual era anche quella del medico), che poiché il presupposto fattuale (l'inadempimento) è il medesimo, identico sarà il criterio di riparto dell'onere della prova nel caso in cui il creditore decida di agire per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno e per l'adempimento (¹⁶⁴).

Nei tre casi suddetti sarà onere del creditore fornire la prova della sola fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della

rammendo; in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 707 ss., con nota di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*; in *Studium iuris*, 2002, p. 389 ss., con nota di M. FARNETI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 355 ss., con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Dir. e giust.*, 2001, p. 24 ss., con nota di M.R. SANGIORGIO, *Contratti: al debitore (convenuto) tutto l'onere di provare l'adempimento*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento ed onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

(¹⁶³) V. *supra*, § 1. Principio questo, che anche se non sempre espressamente esplicitato, è immanente in tutte quelle pronunce in cui la giurisprudenza invoca un onere di mera allegazione del nesso causale in capo al paziente e di cui darà conto nel testo.

(¹⁶⁴) Con tale pronuncia si supera l'orientamento secondo cui l'onere della prova dell'inadempimento dipendeva dal contenuto della pretesa dedotta in giudizio e che al contempo riconosceva all'inadempimento natura di fatto estintivo nell'azione di adempimento e di fatto costitutivo nell'azione di risoluzione e di risarcimento danni. Unica eccezione alla regola era rinvenuta nell'inadempimento di obbligazioni negative, in quanto non potendo giovare del principio di persistenza del diritto (che nasce solo con la violazione), né di quello di vicinanza della prova (dovendo egli provare un fatto positivo), avrebbe dovuto essere il creditore a provare l'inadempimento. Il superato orientamento era stato sostenuto tanto da una parte della giurisprudenza di legittimità (v. Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629; Cass. 24 maggio 1995, n. 5658) quanto da una parte della dottrina (v. L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1098; R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1993, p. 610, il quale osserva che «[...] la legge, che consente di sostituire in giudizio alla domanda di adempimento la domanda di risoluzione, ha riconnesso l'uno e l'altro diritto ad un'unica fattispecie, e non ha condizionato il mutamento della domanda all'accollo di un novello onere probatorio. Se così non fosse, il giudice adito da un attore che chiede in via principale la risoluzione e in subordine la condanna all'adempimento, e che non prova l'inadempimento, dovrebbe assolvere il convenuto dalla risoluzione, perché non risulta l'inadempimento, e condannarlo all'adempimento perché non risulta che egli abbia già adempiuto»; C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1979, artt. 1218-1229, p. 176; S. PATTI, *Prove*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1979, artt. 2697-2698, p. 120. In senso contrario v. R. PARDOLESI, nota a Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2506).

circostanza dell'inadempimento della controparte, essendo invece il debitore convenuto gravato dall'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento o dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione⁽¹⁶⁵⁾.

Ad analoga conclusione si è addivenuti in caso di inesatto adempimento: ove il creditore deduca non già l'inadempimento della prestazione della controparte bensì il suo non rituale adempimento il debitore è gravato dall'onere di dover dimostrare di aver esattamente adempiuto alla sua prestazione⁽¹⁶⁶⁾.

Trasposta sul piano della responsabilità sanitaria da due sentenza della Suprema Corte, la n. 11148 e la n. 10297 del 2004⁽¹⁶⁷⁾, la regola enunciata dalle

⁽¹⁶⁵⁾ Più nel dettaglio, gli snodi argomentativi a sostegno del prospettato orientamento sono da rinvenirsi: *a)* nel criterio della vicinanza della prova, in applicazione del quale l'onere della prova va posto a carico della parte cui il fatto stesso si riferisce, onde l'adempimento non può essere provato dal creditore bensì dal debitore in quanto è nella sua sfera che questo nasce e si consuma; *b)* nel criterio della persistenza del diritto, tale per cui la presunzione di inadempimento delle obbligazioni da doversi estinguere entro un certo periodo di tempo dispensa il creditore dalla relativa prova; *c)* nella generale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, stante la diversità degli oneri probatori dei fatti costitutivi della pretesa dell'attore; *d)* nell'incongruenza a cui si perverrebbe se si consentisse a chi ha chiesto l'adempimento di domandare la risoluzione mutando l'onere probatorio in capo alle parti, prima richiedendosi all'attore di provare l'esistenza dell'obbligazione di cui vuole ottenere l'adempimento, poi, in conseguenza dell'esercizio dello *ius variandi*, facendosi ricadere sullo stesso l'onere di provare l'inadempimento in precedenza accertato, modulando il carico probatorio su di esso incombente sulla base di una regola diversa. Sull'analisi di questi punti si veda, G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 710 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Parte della dottrina critica la mancata differenziazione del regime probatorio allorquando il creditore faccia valere non il totale inadempimento bensì l'inesatto adempimento. Quest'ultimo, presupponendo un totale inadempimento renderebbe inapplicabile il principio di persistenza del diritto rendendo d'altro canto la relativa prova più agevole per il creditore. Sarebbe stato quindi più ragionevole individuare, per il caso dell'inesatto adempimento, un'eccezione alla regola della mera allegazione, onerando il creditore della prova dell'inesattezza dell'inadempimento. In questo senso si vedano A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, cit.; V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1571; A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit. In senso invece favorevole all'orientamento dell'unificazione del regime probatorio relativo all'inadempimento, giustificando l'operazione non solo con l'applicazione del principio di vicinanza della prova, ma anche e soprattutto ricorrendo alle ragioni di coerenza che informano il diritto delle obbligazioni si vedano R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, Padova, 2018, p. 347 ss.; L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit.; G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, in G. Messina (a cura di), *Studi di diritto privato diretti*, Milano, 1942, p. 439; F. CARRESI, *Il contratto*, in A. Cicu, F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1987, p. 902.

⁽¹⁶⁷⁾ Cass. 21 giugno 2004, n. 11488 e Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 26 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*.

Sezioni Unite del 2001 ha portato ad affermare che sul paziente incombesse l'onere di: *a)* fornire la prova del contratto o del contatto sociale intercorso, rispettivamente, con la struttura sanitaria e con il medico; *b)* fornire la prova del danno asseritamente subito (potendosi questo sostanziare nella prova del peggioramento delle funzioni vitali dell'individuo in conseguenza della lesione della sua integrità psicofisica); *c)* allegare l'inadempimento, per aver la struttura sanitaria o il medico posto in essere una condotta attiva od omissiva connotata da imperizia o negligenza ⁽¹⁶⁸⁾.

Per contro, incombeva sul medico provare che non vi era stato inadempimento e che gli eventuali esiti peggiorativi lamentati dal paziente in relazione alle sue condizioni terapeutiche fossero state determinate da un evento imprevisto o imprevedibile o che, pur essendovi stato inadempimento, questo non poteva dirsi causa del danno lamentato ⁽¹⁶⁹⁾.

Sicché, la regola probatoria dettata dalle citate sentenze del 2004 aveva, nelle intenzioni della Corte, una sicura funzione omologante, quantomeno nella misura in cui l'esigenza di omogeneità del regime probatorio delle azioni che

⁽¹⁶⁸⁾ A parte la questione della configurabilità o meno dell'allegazione in termini di «onere» (su cui v. S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, cit., p. 54 ss.), comunque risolto in senso positivo dalle sezioni unite in esame, non si può non prendere in considerazione il dibattito insorto successivamente e concernente il problema dell'individuazione dell'oggetto di tale allegazione. In particolare, ci si chiedeva se l'allegazione del creditore dovesse essere specifica, nel senso che il paziente avrebbe avuto l'onere di indicare gli specifici fatti in cui è consistito l'errore medico, ovvero se fosse sufficiente una generica contestazione di colpa (impostazione, questa, accolta da Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, p. 23 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*). La prima soluzione, che, con alcuni accorgimenti, sarà accolta da Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577 (per i cui riferimenti v. *infra*, § 2.4), suscitando peraltro i medesimi quesiti interpretativi di cui ora daremo conto, presentava indubbi vantaggi in termini di rispetto del diritto di difesa (inteso in senso stretto). In primo luogo, solo l'indicazione degli specifici fatti contestati rende possibile al medico la predisposizione di un'adeguata difesa: se tale contestazione mancasse, egli si troverebbe costretto a fornire la *probatio diabolica* di non aver commesso errori in qualsiasi fase relazionale con il paziente. In questo senso v. F. BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Torino, 2011, p. 63; A. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1002. In secondo luogo, si è affermato che in tale ambito l'onere di provare il nesso di causalità tra il pregiudizio sofferto e l'attività medica sarebbe difficilmente coordinabile con il principio dell'«allegazione generica»; invero, l'individuazione dello specifico fatto, evitata in sede di allegazione, tornerebbe a rendersi necessaria in sede di prova della causalità, poiché è proprio a tale fatto che va ricollegato eziologicamente il danno subito. In questo senso si veda R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., p. 453.

⁽¹⁶⁹⁾ Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, cit.; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, cit.

condividevano i medesimi presupposti fungeva da base giustificativa del livellamento delle varie distinzioni che fino ad allora avevano primeggiato in campo medico. Si superava così la dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato e, con essa, quella tra interventi di facile e difficile esecuzione ⁽¹⁷⁰⁾.

Ma anche in tale contesto di ridefinizione dei carichi probatori tra medico e paziente, non era di immediata evidenza su chi dovesse gravare la prova del nesso eziologico tra la prestazione sanitaria ed evento dannoso, residuando il dubbio se il ruolo riservato all'allegazione dell'inadempimento del sanitario si estendesse sino a ricomprendere o meno l'elemento causale ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Nonostante il superamento della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione quale criterio di distribuzione degli oneri probatori tra le parti del giudizio di responsabilità, intendendosi la prova della inosservanza delle regole dell'*ars medica* non necessariamente informativa in ordine alla responsabilità del sanitario, è invero confermata la rilevanza della distinzione sul piano della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario. In altri termini, la difficoltà dell'intervento non era più destinata a fondare un alleggerimento probatorio per il medico, consentendo piuttosto una valutazione sull'adempimento più «elastica», in quanto parametrata alle circostanze del caso concreto. In questo senso si veda G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 345 ss. Secondo E. CARBONE, *Sviluppi in tema di onere probatorio e adempimento delle obbligazioni*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2557 ss. secondo cui il principio di omogeneità enunciato dalle Sezioni Unite del 2001 è in realtà neutrale dal punto di vista ricostruttivo in quanto «omogeneo sarebbe anche un sistema che gravasse della prova sempre il creditore» e che, nei fatti, affrettato si è rivelato l'abbandono, sulla base di quel principio, da parte della giurisprudenza, della tradizionale dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato quale criterio per «differenziare la conformazione dell'onere della prova dell'adempimento». Per una chiara applicazione di questi principi nella successiva giurisprudenza si vedano in particolare Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791; Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143, ove si ribadisce che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non poteva valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, ritenendo «incoerente ed incongruo richiedere al professionista la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di intervento di facile esecuzione o routinario, e addossare viceversa al paziente l'onere di provare l'inadempimento quando l'intervento è di particolare o speciale difficoltà», trattandosi di soluzione «ingiustificatamente gravatoria per il paziente, in contrasto invero con il principio di generale favor per il creditore-danneggiato cui l'ordinamento è informato (cfr. Cass., 20/2/2006, n. 3651). In tali circostanze è infatti indubitabilmente il medico specialista a conoscere le regole dell'arte e la situazione specifica - anche in considerazione delle condizioni del paziente - del caso concreto, avendo pertanto la possibilità di assolvere all'onere di provare l'osservanza delle prime e di motivare in ordine alle scelte operate in ipotesi in cui maggiore è la discrezionalità rispetto a procedure standardizzate».

⁽¹⁷¹⁾ V. R. PUCCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 821; ID., *op. ult. cit.*, p. 453, il quale sostiene che «Nel richiedere, infatti, che il creditore si limiti ad allegare l'altrui inadempimento non risulta del tutto chiaro quale peso rivesta l'accertamento del nesso di causa tra fatto e danno e su quali spalle debba

Ad un'attenta analisi era infatti possibile constatare come le sentenze in esame, nel consentire al debitore di liberarsi provando che la prestazione fosse stata correttamente eseguita e che quegli esiti peggiorativi fossero stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile, finivano per riproporre il secondo sintagma della prova liberatoria formulato in vigenza della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione; sintagma che, ponendosi in aggiunta (e non in alternativa) con la prova dell'esatta esecuzione della prestazione, finiva per oscurare di nuovo il problema del regime probatorio dell'elemento causale.

Le incertezze appena prospettate avevano infatti indotto una parte della giurisprudenza di legittimità ad affrontare la questione dell'onere della prova del nesso eziologico nelle fattispecie di responsabilità contrattuale del medico attraverso l'affermazione del principio per cui la prova del nesso causale, in quanto elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, dovesse incombere sul paziente (in qualità di creditore, attore nel giudizio di responsabilità) ⁽¹⁷²⁾.

gravare; ancor più, può non risultare di immediata evidenza neppure quale danno vada posto in connessione causale con l'obbligazione medica inadempita»; cfr., altresì, A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, p. 217 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni in generale*, Roma, 2011, p. 669.

⁽¹⁷²⁾ V. Cass. 24 maggio 2006, n. 12362, in relazione ad una fattispecie in cui due genitori, anche nella qualità di legali rappresentanti della loro figlia minore, agivano in giudizio al fine di ottenere il risarcimento dei danni dagli stessi e dalla minore subito in conseguenza delle gravi lesioni connatali sofferte da quest'ultima per la negligente ed imperita assistenza prestata al parto dai sanitari convenuti. I giudici di legittimità, nel rigettare il ricorso degli originari attori, hanno ritenuto congruamente motivata la sentenza di merito, avendo questa correttamente applicato, tra l'altro, i principi generali in tema di onere della prova in punto di nesso causale, facendola incombere in capo ai soggetti asseritamente danneggiati; Cass. 11 novembre 2005, n. 22894, in relazione ad un caso in cui due genitori convenivano in giudizio una struttura sanitaria locale, assumendo che la loro figlia, subito dopo il parto, aveva mostrato sofferenza per cianosi e difficoltà respiratorie e il giorno successivo era stata ricoverata presso il reparto di pediatria dell'ospedale. La bambina aveva presentato uno sviluppo psicofisico ritardato con incapacità quasi totale del linguaggio e ritardo nell'apprendimento, tale da renderla inabile al 100%. Gli attori chiedevano quindi la condanna della USL al risarcimento dei danni, causati dalla negligente assistenza operata in occasione del parto e della fase immediatamente successiva. I giudici di legittimità, nel richiamare l'orientamento giurisprudenziale che pone l'onere della prova del nesso eziologico in capo al danneggiato, ha specificato come il tema non è quello della distribuzione tra le parti del contratto della prova dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, quanto piuttosto quello della prova del nesso di causalità tra la patologia e l'azione o l'omissione del medico ritenendo che tale principio «non soffre deroga in materia di responsabilità medica, restando a carico del paziente la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per

Si trattava allora di comprendere, attraverso un intervento il più possibile chiarificatore, se, anche al cospetto della qualificazione contrattuale della responsabilità del medico, la prova del nesso causale dovesse gravare sul paziente residuando poi la possibilità per il medico di fornire la prova liberatoria di cui all'art 1218 c.c. o se piuttosto dovesse addossarsi al danneggiante non solo l'incertezza sull'esattezza dell'adempimento, ma anche quella sul nesso causale, ritenendo che in base al principio secondo cui incombe sul medico dimostrare o che nessun inadempimento sia a lui imputabile, ovvero che esso non è stato causa del danno, il rischio della mancata prova dell'uno e dell'altro dovesse cadere a suo carico.

La giurisprudenza successiva, analizzando *funditus* e specificamente il tema dell'onere della prova del nesso di causalità, mossa dalla volontà di non deformare il regime probatorio della responsabilità medica ma al contempo rincorrendo (ancora) alla fuorviante convinzione che il settore sanitario si facesse ontologicamente portatore di esigenze del tutto peculiari rispetto agli altri settori dell'ordinamento, ha tentato ridefinire il regime probatorio della responsabilità in questione al fine di agevolare il più possibile la posizione processuale del paziente, nei termini che verranno ora esaminati.

effetto dell'azione o dell'omissione». Sulla scorta di tali premesse hanno ritenuto infondato il motivo con cui gli originari attori avevano prospettato che la Corte d'appello aveva sostanzialmente considerato che su di essi gravasse l'onere di provare con ragionevole certezza la responsabilità dell'ente sanitario, così ponendosi in contrasto con i principi della *responsabilità contrattuale*. Gli attori, invece, secondo quanto dedotto, avrebbero avuto solo l'onere di provare che era conseguito un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguatezza o non diligente esecuzione della prestazione professionale, fonte di precisa responsabilità contrattuale dell'ente, salvo l'onere a carico di quest'ultimo di fornire la prova contrariacene tale evento non era riconducibile all'ente né in termini di certezza che di probabilità; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, p. 257 ss., con nota di F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*; in *Resp. civ.*, 2007, p. 402 ss., con nota di F. ZAULI, *Sintetica analisi del nesso causale e della colpa medica: due categorie giuridiche su piani morfologicamente distinti*; in *Dir. e giust.*, 2005, p. 25 ss., con nota di A. PULIATTI, *Colpa omissiva fra medico e ospedale: cambia il nesso causale, ecco i paletti*. Basti in questa sede osservare che i giudici di legittimità hanno cassato la sentenza di secondo grado per avere questa omissa ogni indagine (pur doverosa) sul nesso causale tra l'evento, tanto prossimo quanto remoto, e la condotta (nella specie, omissiva) dell'agente; indagine che andava premessa, e non posposta o addirittura omissa, rispetto a quella sui profili soggettivi di colpa. E la cui prova, specificavano i giudici di legittimità, doveva gravare sulla parte danneggiata.

2.4. *Le sezioni unite del 2008 e l'allegazione dell'inadempimento qualificato. Riflessi sulla tenuta del sistema probatorio*

Pur sottolineando l'importanza dell'approdo, formalmente decretato, ad un inquadramento della responsabilità del medico nell'alveo della contrattualità, un'importante svolta giurisprudenziale, volta, come detto, a favorire la posizione processuale del paziente insoddisfatto dal punto di vista dell'*onus probandi*, è stata segnata dalla sentenza n. 577 del 2008 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (¹⁷³).

Secondo questo nuovo arresto, l'orientamento che addossava al malato l'onere di *provare* il nesso causale tra il danno subito e il trattamento sanitario ricevuto non poteva essere condiviso, riemergendo altrimenti e sia pur implicitamente la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato; dicotomia che, se poteva avere una funzione descrittiva, era stata

(¹⁷³) Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 849 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; *ibidem*, p. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le Sez. Un. «fanno il punto» in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; *ibidem*, p. 795 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; *ivi*, p. 1265 ss., con nota di R. BREDÀ, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*; in *Riv. civ. e prev.*, 2008, p. 77 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Giur. it.*, 2008, p. 1653 ss., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*; *ibidem*, p. 2197, con nota di M. G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; *ibidem*, p. 1653 ss., con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni dimezzi e le obbligazioni di risultato*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 612 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Resp. civ.*, 2008, p. 397 ss., con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; *ibidem*, p. 687 ss., con nota di M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*; *ibidem*, 2009, p. 226 ss., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*. La sentenza ha ad oggetto la richiesta risarcitoria di un paziente che asseriva di aver contratto l'epatite C in conseguenza dell'effettuazione di trasfusioni di sangue praticategli in occasione di un intervento chirurgico (v. Cap. IV, § 3). Si badi che, le considerazioni svolte riguardo le argomentazioni contenute nelle sentenze a sezioni unite del 2008, sia pur indirettamente riferibili al tema della prova del nesso causale, verranno analizzate nei successivi capitoli principalmente al fine di chiarire la distinzione tra causalità generale e causalità individuale nonché il ruolo che tale distinzione assume nell'ambito del ragionamento giudiziale in sede di accertamento del nesso di causalità materiale.

dommaticamente superata, quantomeno in tema di riparto dell'onere probatorio⁽¹⁷⁴⁾.

L'accoglimento di questa prospettiva ha portato tuttavia i giudici di legittimità ad andare ben oltre il riconoscimento di agevolazioni probatorie per il paziente e, all'insegna di una regola di ritenuta portata generale nelle ipotesi di inadempimento o inesatto adempimento in ambito medico, hanno decretato, quanto all'elemento del nesso causale, che spettasse al paziente *allegare* quello che le stesse Sezioni Unite hanno definito come «inadempimento qualificato»⁽¹⁷⁵⁾.

In particolare, in un quadro di riassetto del sistema⁽¹⁷⁶⁾, si è ritenuto che l'attore non avrebbe potuto limitarsi ad allegare un qualsiasi inadempimento ma avrebbe dovuto trattarsi di un inadempimento qualificato *in quanto astrattamente idoneo alla produzione del danno*, spettando poi al convenuto l'onere di dimostrare o l'assenza dell'inadempimento ovvero che, pur

⁽¹⁷⁴⁾ Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁽¹⁷⁵⁾ Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁽¹⁷⁶⁾ Le Sezioni Unite del 2008 hanno enunciato alcuni importanti principi in materia di responsabilità contrattuale sanitaria: *a)* aderendo alla teoria del contatto sociale qualificato senza tuttavia fare riferimento alle obbligazioni senza prestazioni, superando quel capovolgimento operato da Cass. n. 589 del 1999 che, ponendo un vistoso accento sul momento esecutivo della prestazione, aveva finito per ricondurre la responsabilità del sanitario non al momento dell'assunzione dell'obbligazione bensì a quello successivo della realizzazione della prestazione (sul punto v. *supra*, § 2.2); *b)* prendendo le distanze dall'applicazione analogica delle norme vigenti in materia di contratto di prestazione d'opera professionale nel rapporto che si instaura tra il paziente e la struttura sanitaria, orientamento sostenuto da una parte della giurisprudenza di legittimità. Si vedano, sul punto, Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. 8 maggio 2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1045, con nota di R. BREDI, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*; Cass. 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 996 ss., con nota di M. GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*; *c)* aderendo, per contro, alla ricostruzione in termini autonomi del rapporto intercorrente tra la struttura sanitaria ed il paziente, concretandosi questo in un autonomo contratto atipico a prestazioni corrispettive e al quale si applica il disposto di cui all'art. 1218 c.c. Mentre, per quanto concerne le obbligazioni mediche che essa espleta per il tramite dei medici in essa operanti, il fondamento della responsabilità della struttura in caso di inadempimento degli obblighi suoi propri è rinvenibile non, come detto, nella disciplina del contratto d'opera professionale bensì nel disposto dell'art. 1228 c.c. In questo senso si vedano Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 1223 ss., ove si afferma in motivazione che il rapporto che si instaura tra paziente e struttura sanitaria ha fonte in un «atipico contratto di ospitalità»; Cass. 13 gennaio 2005, n. 571; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133; Cass. Sez. Un. 11 luglio 2002, n. 9556; Cass. 1 marzo 1988, n. 2144.

esistendovi, non è stato eziologicamente rilevante nel cagionare l'evento pregiudizievole ⁽¹⁷⁷⁾.

La presa di posizione dei giudici di legittimità sembrava quindi tutta incentrata sulla presunzione del nesso di causalità ⁽¹⁷⁸⁾.

Essendo sufficiente l'allegazione di un inadempimento *qualificato*, non ci si limitava a dare per esistente la sola negligenza del soggetto chiamato a rispondere (nei termini che abbiamo cercato di evidenziare più volte nel testo) ma a trattare specificamente il tema causale in quanto oggetto di "positivo" (*rectius* presunto) riscontro sul piano probatorio e sia pure secondo la declinazione testé descritta ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ Nei gradi di merito, la richiesta risarcitoria avanzata dall'attore nei confronti della struttura sanitaria presso la quale avrebbe asseritamente contratto l'epatite C era stata respinta per la ritenuta insussistenza del nesso causale tra le trasfusioni e la patologia lamentata, non avendo l'attore dimostrato di non essere affetto dalla lamentata patologia prima del suo ricovero nella struttura. I giudici di legittimità, ribaltando sul punto la decisione, hanno affermato l'applicabilità delle relative regole in tema di onere della prova del nesso causale, asserendo che il danneggiato non avrebbe dovuto provare di aver contratto l'epatite C prima dell'intervento chirurgico in quanto «[...] avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria (ed il punto non è in contestazione) ed il danno assunto (epatite C), allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero». Giova tuttavia precisare che, far gravare la prova dell'inesistenza del nesso causale in capo al sanitario porta ad un inevitabile ridimensionamento del danno da perdita di *chance*, la cui risarcibilità era stata in un primo momento esaltata a fronte del fatto che la giurisprudenza civile di legittimità aveva mutuato lo *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio con Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, quantomeno a livello di declamazione di principio, in favore del danneggiato non in grado di dimostrare la causa della lesione. Successivamente, a partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, la giurisprudenza di legittimità, adducendo che la tutela civilistica differisce da quella penalistica, ha ridotto la contraddittorietà tra i due sistemi di responsabilità intorno all'accertamento stocastico, abbracciando il criterio della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non".

⁽¹⁷⁸⁾ In questo senso in dottrina v. A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., p. 849 ss.; M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, cit., p. 77 ss.; C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, cit., p. 1653 ss.; M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, cit., p. 2197 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, cit., 612 ss.; R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, cit., p. 616 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ Nel caso sottoposto all'esame della pronuncia che stiamo esaminando il paziente aveva allegato il fatto inadempimento costituito dalla trasfusione di una sacca di sangue infetto, in quanto tale astrattamente idoneo a produrre il contagio da epatite C. Per contro, la struttura

Nella probabile consapevolezza delle conseguenze tecnico-dogmatiche che l'enunciata esenzione del paziente dalla prova del nesso di causalità avrebbe potuto avere in sede giurisprudenziale in termini di incoerente recepimento del nuovo orientamento, i giudici di legittimità, sia pur *incidenter*, hanno dotato la propugnata soluzione di un fondamento di giustizia sostanziale. Ci si riferisce, in particolare, al principio di vicinanza della prova, già utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità al fine di esonerare il creditore dalla prova dell'inadempimento, addossando al debitore la prova positiva dell'esatto adempimento e che viene ora riproposto sul versante causale, sull'assunto che la prova del nesso eziologico risulti più agevole per il sanitario che per il paziente, totalmente estraneo ai meccanismi dell'eziopatologia medica ⁽¹⁸⁰⁾.

Non a caso, la messa a punto dell'esposto indirizzo giurisprudenziale in tema di ripartizione dell'onere della prova nell'azione di risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale non ha mancato di prestare il fianco a qualche dubbio interpretativo in ordine anzitutto alla poca chiarezza in punto di grado di determinatezza e di specificità del contenuto dell'*allegazione qualificata di inadempimento* che grava sul paziente. Infatti, se quest'ultimo è onerato di allegare un inadempimento nei termini anzidetti, dovrebbe quantomeno essere assolta un'allegazione specifica in ossequio all'art. 163 c.p.c., essendovi

sanitaria non aveva fornito la prova che «tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero». Non avendo la struttura assolto all'onere probatorio a suo carico circa la natura non infetta della sacca o l'adempimento agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue, si versava in una situazione in cui l'inadempimento qualificato poteva dirsi concretato e quindi raggiunta la prova per presunzioni del nesso causale. Infatti, porre a carico della struttura l'esistenza di un'altra causa del contagio avrebbe in tal caso significato porre a carico della struttura la prova contraria della raggiunta *prova* sul nesso causale.

⁽¹⁸⁰⁾ È stato tuttavia rilevato come anche il paziente può munirsi, al pari del sanitario, di esperti del settore in qualità di consulenti di parte, colmando così le proprie lacune «scientifiche». Molte sono le volte in cui la prova è addirittura più agevole per il paziente, «che manifesta i sintomi, conosce il proprio stile di vita; ha posto in essere le eventuali condotte autolesive; sa, o dovrebbe sapere, tutta la propria storia clinica; è al corrente di episodi di familiarità». In questi termini v. V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., p. 316. Nello stesso senso v. L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, p. 177.

altrimenti il rischio di compromettere una buona difesa da parte del convenuto, il quale potrebbe trovarsi nell'impossibilità di opporre le dovute eccezioni a causa di un atto di citazione eccessivamente indeterminato ⁽¹⁸¹⁾.

Come autorevolmente evidenziato, il convenuto potrebbe essere citato in giudizio per aver tenuto una certa condotta, salvo poi vedersi condannare per una condotta completamente diversa ⁽¹⁸²⁾. Ai fini del contraddittorio processuale è infatti indubbio che le allegazioni di una parte debbano essere, per le ragioni dette, adeguatamente circostanziate; ma dato che l'allegazione dettagliata non equivale certamente alla dimostrazione del fatto, il giudice non potrebbe fondarvi alcuna presunzione semplice al fine di risalire al fatto ignoto, non bisognoso di prova in quanto, appunto, presunto.

Giova a questo punto chiedersi quale fosse, nelle intenzioni della Corte, il contenuto dell'allegazione in punto di nesso causale. Se infatti si chiedesse al paziente di dimostrare, ad esempio, la compatibilità delle lesioni subite con la condotta attribuita ai sanitari, il collegamento temporale tra l'evento dannoso e la prestazione sanitaria o, ancora, il raffronto tra lo stato di salute del paziente al suo ingresso in ospedale ed il pregiudizio da questi lamentato successivamente all'operato dei sanitari, si finirebbe per richiedere all'attore di "allegare" indici che, di per sé, implicano già un'attività di prova, con l'innegabile conseguenza che la distinzione tra onere di allegazione e onere della prova verrebbe di fatto ad attenuarsi ⁽¹⁸³⁾. E, sebbene una parte della giurisprudenza sia di merito che di legittimità sembrava aver intrapreso proprio tale strada, in netta controtendenza rispetto a quanto statuito dalle Sezioni Unite

⁽¹⁸¹⁾ Critici nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale in rassegna, ritenuto troppo flessibile e largo, nonché idoneo ad avallare, per un verso, oneri di allegazione estremamente generici, per un altro, ipotesi di *mutatio libelli* dovuta alla necessità di effettuare analitiche precisazioni in corso di causa, si vedano F. AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement ed oggettivazione della responsabilità medica.*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 628; M. ROSSETTI, *Unicuiquesuum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, cit., p. 2218 ss.

⁽¹⁸²⁾ In questo senso si è espresso M. ROSSETTI, *op. e loc. ult. cit.*

⁽¹⁸³⁾ G. IADECOLA, M. BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, cit., p. 355 ss.

del 2008⁽¹⁸⁴⁾), a complicare ulteriormente l'assetto del riparto degli oneri probatori in materia di responsabilità professionale del sanitario, ha contribuito

(¹⁸⁴) Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, in *I Contratti*, 2013, p. 897. La fattispecie oggetto della pronuncia riguardava il caso di due genitori che convenivano in giudizio una struttura sanitaria e alcuni medici ivi operanti per sentirli condannare in solido al risarcimento dei danni subiti dal figlio, consistenti in una grave cerebropatia, a loro giudizio ascrivibili all'operato negligente del personale sanitario che aveva assistito al parto. La Corte di legittimità, pur dichiarando inammissibile il ricorso per non essere la Corte incora nel vizio di omessa motivazione in relazione, tra l'altro, in punto di nesso di causalità, ha sostenuto che «nei giudizi di risarcimento del danno causato da attività medica, l'attore ha l'onere di allegare e di provare l'esistenza del rapporto di cura, il danno ed il nesso causale, mentre ha l'onere di allegare (ma non di provare) la colpa del medico [...]. Pertanto, è il danneggiato che agisce per l'affermazione della responsabilità del medico, che ha l'onere di provare la sussistenza di un valido nesso causale tra fatto del sanitario e danno. Solo 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 condotta». Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che i giudici territoriali hanno dato atto della mancata dimostrazione del nesso intercorrente tra fatto del personale sanitario e danno patito dal bambino, essendosi ammessa dai consulenti d'ufficio l'esistenza di pregresse cause della patologia in modo da non poter ricollegare la stessa alla condotta dei soggetti professionali che hanno assistito al parto. Nello stesso senso v. Cass. 11 maggio 2009, n. 10743; Cass. 17 gennaio 2008, n. 867, in *Ragiusan*, 2009, p. 299 ss. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Roveto 2 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 525 ss., con nota di B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*; Trib. Bari 8 luglio 2009, n. 2300; Trib. Udine 31 marzo 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1600, con nota di *Gorgoni, Quando è "più probabile che non" l'esatto adempimento*. Apposita menzione merita poi lo specifico ambito degli omessi obblighi informativi propedeutici ad interventi terapeutici. Per la giurisprudenza era infatti necessaria la prova da parte dell'attore del nesso eziologico fra l'omissione del medico e la scelta effettuata dal paziente, nonché l'allegazione dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, differenti dal biologico e derivanti dall'inadempimento e dalla lesione del diritto riconosciuto dall'ordinamento, non essendo a tal fine sufficiente la mera lesione di tale diritto. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 27 novembre 2015, n. 24220, in *Danno e resp.*, 2017, p. 64 ss., con commento di L. MATTINA, *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*; Cass. 14 luglio 2015, n. 14642, in *Foro pad.*, 2016, c. 10, con nota di C. FOSSÀ, *Responsabilità per difetto del consenso informato: l'irresponsabile inadempimento dell'obbligo informativo e i suoi risvolti, sostanziali, processuali e probatori*; Cass. 22 marzo 2013, n. 7269 ove si è sostenuto che, in tema di obblighi di informazione da danno da nascita indesiderata, la parte attrice avrebbe dovuto allegare e dimostrare (*rectius* provare) che, se tempestivamente informata, avrebbe interrotto la gravidanza, a ciò non bastando che la gestante dimostri di aver richiesto di sottoporsi ad esami specifici volti ad evidenziare eventuali malformazioni fetali, essendo tale richiesta privo dei caratteri di gravità e univocità; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, ove i giudici della Suprema Corte, in una complessa vicenda giudiziale determinata dal decesso di un paziente per fascite necrotizzante, hanno cassato con rinvio la sentenza impugnata «sul punto in cui ha escluso la dimostrazione del nesso causale materiale da parte dei ricorrenti», ritenendo che gli stessi avessero pienamente assolto l'onere della prova del nesso causale, ritenuto pertanto sussistente; Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, che pur dichiarando inammissibile il ricorso, hanno statuito, in ossequio a declamazioni generali, che il paziente, oltre a dover dimostrare il rapporto di cura ed il danno, debba altresì provare il nesso causale, limitando la possibilità di mera allegazione alla sola colpa del medico. Nello stesso senso v. Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, ove si afferma che i principi enunciati dalle Sezioni unite offrono «un criterio di distribuzione dell'onere della prova, su un terreno particolarmente scivoloso e complesso come quello dei danni da attività medico-chirurgica, improntato a criteri di comune buon senso, oltre che ineccepibile sul piano dogmatico, e, come tale, ampiamente condivisibile. Non può invero

la mancata presa di posizione delle Sezioni Unite in tema di individuazione del contenuto della prova liberatoria incombente sul professionista, essendosi i giudici di legittimità limitati ad affermare, come detto, che al debitore (sanitario) spettasse fornire la prova che l'inadempimento non vi è stato oppure che, pur essendovi stato, esso non era eziologicamente rilevante. Non si chiariva cioè se il professionista potesse essere condannato a risarcire il danno subito dal paziente nell'ipotesi in cui il fattore causale asseritamente peggiorativo delle condizioni del paziente rimanesse sconosciuto. Tant'è che anche su questo punto molte sono state le oscillazioni che hanno caratterizzato la successiva giurisprudenza sia di merito che di legittimità.

Si sono infatti registrate talune pronunce della Suprema Corte che, specularmente al *dictum* delle Sezioni Unite, hanno riempito di contenuto la prova liberatoria richiedendo la dimostrazione dell'assenza del nesso causale tra la condotta e l'evento, facendo così ricadere sul professionista il rischio della

sfuggire che essi consentono di risolvere - in maniera conforme alla regola della vicinanza della prova e scansando le rigidità e i sofismi connessi alla esasperata applicazione della regola per cui *onus probandi incumbit ei qui dicit* - casi come quello dedotto in giudizio, in cui non solo non vi è stato alcun miglioramento delle condizioni di salute del paziente ma questi, entrato nella struttura con i propri piedi, è stato colpito, a seguito dell'intervento chirurgico, da gravissima invalidità al punto da dover essere interdetto. In contesti siffatti lo sforzo probatorio dell'attore può non spingersi oltre la deduzione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno". Nella copiosa giurisprudenza di merito si vedano: Trib. Bari, 6 maggio 2013; Trib. Bologna 16 febbraio 2012; Trib. Taranto, 8 giugno 2012; Trib. Bari, 16 dicembre 2011; Trib. Bologna, 10 gennaio 2011, in relazione ad un'ipotesi di responsabilità del sanitario in ragione della violazione degli obblighi di informazione propedeutici ad un intervento di embolizzazione. È stato ritenuto che in situazioni di questo tipo, l'unica parte in grado di dimostrare che un completo e diligente obbligo informativo avrebbe indotto il paziente a rifiutarsi di sottoporsi all'intervento è proprio l'attore, in capo al quale è stato infatti posto l'onere di provare il nesso di causalità materiale. Specificandosi altresì che l'omesso espletamento di obblighi informativi potrebbe invece avere una diversa valenza, quanto al riparto degli oneri probatori, allorché il paziente abbia subito un danno alla salute in conseguenza delle non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico che, sebbene diligentemente effettuato (*secundum legem artis*), sia stata eseguito senza che il paziente venisse informato circa i possibili esiti pregiudizievoli dell'atto terapeutico e dunque senza che lo stesso avesse prestato un consenso consapevole.

causa ignota, con conseguente condanna del sanitario non in grado di dimostrare una sequenza causale alternativa ⁽¹⁸⁵⁾.

In altre pronunce si è quantomeno rinvenuto il tentativo di riempire correttamente di contenuto la prova liberatoria, facendola coincidere con la dimostrazione di un evento imprevisto ed imprevedibile, salvo poi ritenere sufficiente la prova di aver posto in essere un comportamento diligente e facendo così scadere a declamazione di mero principio la prova dell'inevitabilità dell'evento ⁽¹⁸⁶⁾. Allo stesso modo vi sono state pronunce che, al fine di verificare l'imprevedibilità che ha reso impossibile l'esecuzione della prestazione, hanno ritenuto sufficiente la dimostrazione da parte del sanitario

⁽¹⁸⁵⁾ V. Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222 ove in motivazione, si afferma che spetta al medico o alla struttura provare che il risultato anomalo o anormale rispetto al convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da un fattore non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta tenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, bensì ad evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza. Nello stesso senso v. Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 38 ss. con nota di G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*. La Suprema Corte in una complessa vicenda giudiziale determinata dal decesso di un paziente per fascite necrotizzante, ha cassato con rinvio la pronuncia di secondo grado in punto di mancata dimostrazione del nesso causale, ritenuta erronea perché sostenuta da affermazioni che ignorano i principi in punto di oneri di oneri probatori del nesso causale nell'ambito della responsabilità medica di natura contrattuale, pretendono di dare rilievo non soltanto a circostanza invece rilevanti solo sotto il profilo dell'elemento soggettivo, ma che, inoltre, proprio perché collocandosi sotto quel profilo, facevano carico alla struttura ospedaliera, tenuta a dimostrare l'assenza di quell'elemento.

⁽¹⁸⁶⁾ Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1524, in relazione ad una fattispecie di risarcimento danni subiti dal figlio per la morte della madre avvenuta a seguito di intervento chirurgico. Nell'esame del ricorso incidentale dell'Azienda sanitaria locale, che aveva censurato la sentenza per violazione di legge e vizi della motivazione in ordine al giudizio di responsabilità dei medici, lo ha ritenuto infondato, quanto ai lamentati vizi, nella considerazione che il giudice ha correttamente applicato i principi in tema di onere della prova a carico della vittima (prova a carico di questa della stipulazione del contratto e dell'inadempimento del professionista) con onere, invece, a carico della struttura di provare che la prestazione sia stata eseguita in modo idoneo e che gli esiti letali siano dipesi da evento imprevisto ed imprevedibile. La Corte ha però poi ritenuto inammissibile il motivo con il quale il ricorrente lamentava che il giudice si fosse esclusivamente interessato dei profili attinenti alla responsabilità del personale sanitario in sede di intervento chirurgico e non anche di quello postoperatorio, comprensivo delle affrettate dimissioni e del successivo ricovero d'urgenza caratterizzato da una totale incapacità diagnostica per non dire da vero e proprio panico. E lo ha fatto affermando che la sentenza di secondo grado aveva attribuito l'esclusiva e totale responsabilità del sinistro alla condotta dei sanitari, senza però fare riferimento alla dimostrazione di un evento imprevisto o imprevedibile. Nella giurisprudenza di merito si vedano Trib. Milano 23 maggio 2013; Trib. Salerno 28 gennaio 2013; Trib. Ostuni 25 novembre 2010; App. Roma 26 gennaio 2009; Trib. Monza 14 gennaio 2008.

della prova dell'osservanza delle *leges artis* che presidiano l'esecuzione della prestazione professionale ⁽¹⁸⁷⁾.

Alla luce degli esposti orientamenti giurisprudenziali, ancora piuttosto bilicanti, è tuttavia opportuno evidenziare come, se non poteva dirsi consolidato, dopo il 2008, un principio generale di presunzione del nesso di causalità, non era tuttavia constatabile che in due specifici settori della responsabilità medica la presunzione del nesso causale così come consegnata dalle Sezioni Unite in esame aveva trovato (e continua tutt'oggi a trovare) ampia applicazione.

Il primo settore concerne il campo delle omissioni e di inesattezze nella tenuta della cartella clinica, sostenendosi che la difettosa o la mancata tenuta di essa, imputabile a negligenza dell'operatore sanitario, consentirebbe di ritenere provata, in via presuntiva, la sussistenza del nesso causale, sul rilievo che l'imperfetta o la mancata compilazione della cartella, e la conseguente mancanza o insufficienza di elementi probatori a disposizione del paziente utili a dimostrare la sussistenza della responsabilità del medico, andrebbero a pregiudicare la posizione processuale del paziente stesso⁽¹⁸⁸⁾.

Il secondo riguarda invece le ipotesi di intervento "con alte possibilità di esito favorevole". Trattandosi di casi in cui la prestazione sanitaria risulti essere caratterizzata da una stringente vincolatività quanto ai propri esiti (in quanto

⁽¹⁸⁷⁾ Nella giurisprudenza di legittimità si segnalano Cass. 12 novembre 2010, n. 22967 che ha ritenuto assolto, da parte della struttura sanitaria, l'onere di dimostrare di aver adempiuto diligentemente e in assenza di condotte colpose all'obbligazione assunta verso il paziente; Cass. 13 luglio 2010, n. 16394; Cass. 27 aprile 2010, n. 10060, che, in relazione ad una fattispecie di risarcimento dei danni per lesioni personali subiti da un minore al momento della nascita, la Corte di legittimità ha cassato la sentenza di secondo grado per non avere il medico convenuto dimostrato di aver osservato, nell'esecuzione della prestazione sanitaria, la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538.

⁽¹⁸⁸⁾ Cass. 13 novembre 2019, n. 29331; Cass. 23 marzo 2018, n. 7250; Cass. 31 novembre 2017, n. 27561; Cass. 8 novembre 2016, n. 22639; Cass. 9 giugno 2016, n. 11789; Cass. 12 giugno 2015, n. 12218; Cass. 8 giugno 2012, n. 9290; Cass. 9 giugno 2011, n. 12686, in *Danno e resp.*, 2013, p. 633 ss., con nota di B. TASSONE, *Orientamenti recenti e teorie sulla causalità*; Cass. 21 giugno 2012, n. 10315, in *Giust. civ.*, 2013, p. 129 ss., con nota di P. VALORE, *Responsabilità del medico e onere della prova*; Cass. 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1720 ss., con nota di P. VALORE, *Profili di responsabilità medica per omessa informazione al paziente delle carenze strutturali della clinica*; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316; Cass. 13 settembre 2000, n. 12103.

suscettibili di essere raggiunti attraverso procedure ampiamente collaudate e sperimentate), la sussistenza di un nesso di causalità appare correlata al rapporto di necessaria implicazione tra la condotta diligente del debitore ed il risultato positivo della cura; sicché, mancando quest'ultimo, resta a carico del sanitario vincere la presunzione di causalità attraverso la prova del sopravvenire di una causa che ha reso impossibile l'esatto adempimento della prestazione ⁽¹⁸⁹⁾.

Al netto delle considerazioni appena svolte in ordine alla granitica giurisprudenza rinvenibile nei sopracitati settori, il rimanente ambito d'incertezza che aveva contrassegnato la giurisprudenza successiva al 2008, è

⁽¹⁸⁹⁾ Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143, la quale estende a tutti i tipi di intervento la presunzione di sussistenza del nesso causale, desumibile dal mancato conseguimento del risultato normalmente conseguente alla corretta esecuzione della prestazione medica. In motivazione si afferma infatti che «provati dal paziente la sussistenza ed il contenuto del contratto, se la prestazione dell'attività non consegue il risultato normalmente ottenibile in relazione alle circostanze concrete del caso incombe invero al medico (a fortiori ove trattasi di intervento semplice o routinario) dare la prova del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza che lo stesso ha impedito di ottenere. In caso di mancata o inesatta realizzazione di tale intervento il medico e la struttura sono conseguentemente tenuti a dare la prova che il risultato "anomalo" o anormale rispetto al convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da fatto a sé non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto»; Cass. 29 luglio 2010, n. 17694, ove in motivazione si sostiene che «in caso di prestazione professionale medico - chirurgica di "routine", spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento impreveduto e imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico - scientifiche del momento e che (Cass. n. 24791 del 2008) costituisce onere del medico, per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso del suo intervento professionale è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà e tale prova va fornita dimostrando di aver osservato nell'esecuzione della prestazione sanitaria la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione»; Cass. 16 gennaio 2009, n. 957, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1653 ss., con nota di M. BONA, *Più probabile che non e cause naturali: se, quando e in quale misura possono rilevare gli stati patologici della vittima*. Nella sentenza si chiarisce che nel caso di interventi di *routine* con alte possibilità di esito favorevole l'insuccesso o il parziale successo dell'intervento «implica di per sé la prova del predetto rapporto di causalità»; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 948 ss., con commento di V. CUGNO GARRANO, *Spetta sempre al medico fornire la prova della mancanza di colpa*. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano 22 aprile 2008, in *Giur. mer.*, 2009, p. 97 ss., con commento di A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, secondo cui, così ragionando, non si faceva altro che dare nuovamente rilevanza alla categoria degli interventi di facile soluzione che, dopo gli arresti giurisprudenziali del 2004, sembrava non poter svolgere più alcun ruolo sul piano degli oneri probatori, dovendo ad essa essere riservata rilevanza soltanto sul piano della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario.

stato il frutto, a nostro avviso, di una mancata precisazione di ordine sistematico da parte delle Sezioni Unite qui in esame, che non hanno colto un aspetto che era probabilmente meritevole di una messa a punto.

Si trattava cioè di specificare che, in un'ottica di unitarietà del diritto delle obbligazioni e dell'inadempimento, il richiedere al paziente l'allegazione di un inadempimento qualificato, cioè astrattamente idoneo a causare il danno, era la sola soluzione confacente con la struttura dell'art. 1218 c.c., applicabile proprio in ragione della ritenuta contrattualità della responsabilità del medico. È infatti proprio la struttura del suddetto articolo ad escludere che la causalità materiale possa assurgere ad elemento costitutivo della pretesa del paziente. E a ciò non vale obiettare che, dato che la prova del nesso eziologico significa dimostrare una sequenza concreta di eventi tra i quali sia possibile istituire e dimostrare l'esistenza di collegamenti di derivazione causale, all'onere di mera allegazione dell'inadempimento e delle conseguenze dannose che il paziente afferma di aver subito dovrebbe corrispondere un onere anch'esso di mera allegazione circa il nesso di causalità ⁽¹⁹⁰⁾.

Tale modo di intendere il regime probatorio del nesso eziologico, in punto di onere della prova, non può essere condiviso in ragione del fatto che l'inclusione degli aspetti causali nell'ambito dell'inadempimento non preclude alla causalità di innestarsi nel contesto della responsabilità contrattuale, sia pur senza assurgere ad elemento costitutivo distinto della fattispecie della responsabilità ⁽¹⁹¹⁾. Ciò in quanto, in sede di responsabilità contrattuale, l'incertezza causale provocata dall'accertamento sul piano della causalità individuale di una pluralità di fattori alternativi alla condotta del danneggiante oppure la prova di cause

⁽¹⁹⁰⁾ Così G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 345 ss., in risposta all'interrogativo che lo stesso A. si pone: «Ma come si fa a provare (in concreto) tali nessi se non si sono prima provati (perché non si era tenuti a farlo) nel loro effettivo e specifico svolgimento, i singoli fatti della sequenza (e, in particolare, il fatto che si pone all'origine della sequenza medesima?)». In senso analogo si veda D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 696 ss., la quale ritiene che non sarebbe possibile dimostrare il nesso senza la previa dimostrazione dell'errore, ossia della condotta erronea che ha causato il danno.

⁽¹⁹¹⁾ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 719.

prevalenti ex art. 41, secondo comma, c.p. assumono rilievo solo in sede di esonero della responsabilità, in quanto cause non tipizzate di esclusione della responsabilità e che pertanto si affiancano all'impossibilità non imputabile della prestazione di cui all'art. 1218 c.c. ⁽¹⁹²⁾.

In quest'ordine di idee, l'onere della prova del nesso causale non può che gravare sul debitore (sanitario), sul quale incombe il rischio della causa ignota, non precludendo l'indagine del nesso eziologico nell'alveo della responsabilità contrattuale nella forma della prova della derivazione causale del danno da un fattore del tutto estraneo all'oggetto dell'obbligazione ⁽¹⁹³⁾.

Tale giustificazione del riparto dei carichi probatori tra paziente e medico, alla luce del diritto sostanziale, avrebbe infatti potuto fungere da deterrente rispetto alle esaminate oscillazioni giurisprudenziali in punto di causalità, evitando di dare vita ad un assetto distonico del relativo onere, in quanto appunto parametrato al giudizio di responsabilità contrattuale in quello che, in maniera certamente lungimirante, era stato definito un «sottosistema della responsabilità civile» ⁽¹⁹⁴⁾.

2.5. L'impatto della l. 189/2012 sulla natura della responsabilità sanitaria

Nell'alveo di un percorso giurisprudenziale che sembrava ormai inesorabilmente segnato nel solco della contrattualizzazione della responsabilità medica è intervenuto il legislatore che, con la L. 8 novembre 2012, n. 189 (anche

⁽¹⁹²⁾ F. PIRAINO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽¹⁹³⁾ In questi termini F. PIRAINO, *op. e loc. ult. cit.* Nello stesso senso si veda altresì A. P. MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 71 ss.

⁽¹⁹⁴⁾ Così R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. 1, sostenendo che «la responsabilità medica si rileva come uno di quei settori della responsabilità professionale ove i confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale sfumano per dare vita, in una sorta di osmosi, ad una configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe, senza rilevare una chiara appartenenza ad una di esse, se non per l'inquadramento adottato per la singola fattispecie».

nota come legge Balduzzi) ⁽¹⁹⁵⁾, sembrava aver creato le condizioni per addivenire ad una differenziazione del regime di responsabilità del sanitario.

Nell'oscuro intento legislativo si poneva il disposto di cui all'art. 3 della citata legge, secondo cui: «l' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». Disposizione, questa, che sebbene sia stata abrogata dalla successiva riforma del 2017 ⁽¹⁹⁶⁾ merita comunque di essere analizzata, se non altro per il ruolo che ha avuto nel convalidare, lo si anticipa, l'allora inscalfibile configurazione della responsabilità da contatto sociale qualificato.

Nel richiamare ambigualmente l'art. 2043 c.c., la suddetta disposizione aveva infatti generato non poche incertezze in dottrina e in giurisprudenza.

⁽¹⁹⁵⁾ Limitando il richiamo, senza pretesa di completezza, alle principali monografie e commenti elaborati in relazione alla legge Balduzzi v. G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 816 ss.; G. PALMA, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità sanitaria*, *Eur. e dir. priv.*, 2016, p. 913 ss.; R. PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 37 ss.; F.O. CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1751 ss.; D. CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. "legge Balduzzi"?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 1318; M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quotidiane del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 881; R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 123 ss.; E.M. CRIMI, *Responsabilità civile del sanitario ex decreto Balduzzi: una prima applicazione*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 633 ss.; L. MATTINA, *Legge Balduzzi: natura della responsabilità civile del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 452 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, «contatto sociale» e doveri di protezione «autonomi»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 154; P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1039; D. ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del decreto Balduzzi: un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 74; B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1239; R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 357 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 377 ss.; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, San Marino, 2013, p. 145 ss.; M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, *passim*.

⁽¹⁹⁶⁾ V. *infra*, § 2.6.

Gli interpreti si sono interrogati sul se il riferimento all'art. 2043 c.c. dovesse essere inteso nel senso di dover ricondurre la responsabilità medica nell'alveo della responsabilità extracontrattuale anziché in quella contrattuale da contatto sociale qualificato.

Invero, in ambito giurisprudenziale, il contrasto in ordine alla effettiva portata applicativa della novella legislativa aveva riguardato la sola giurisprudenza di merito. Questa aveva inizialmente adottato, ma non senza remore, una interpretazione innovatrice dell'art. 3 della legge Balduzzi, attribuendo al richiamo all'art. 2043 la funzione di mutare il titolo della responsabilità dell'operatore sanitario ⁽¹⁹⁷⁾.

Tuttavia, la lettura offerta dalla citata giurisprudenza non ha fatto breccia in quella successiva che, sempre più ancorata al diritto vivente, riteneva che nulla fosse in realtà mutato sul piano della responsabilità civile del medico, la cui invarianza veniva soprattutto derivata dal carattere penalistico del precetto iniziale della disposizione in esame ⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 373 ss., ove si sostiene che l'art. 3, l. 189 del 2012 avrebbe modificato il diritto vivente in quanto, nel perseguire la finalità di contenere gli oneri risarcitori della pubblica sanità, ha inteso emanciparsi dalla teoria del contatto sociale qualificato e quindi da una responsabilità intesa come contrattuale; Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252, in *Danno e resp.*, 2014, p. 74 ss., con nota di D. ZORZIT, cit.; Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Danno e resp.*, 2013, p. 375 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, secondo cui «il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana. È evidente che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità. L'adesione al modello di responsabilità ex art. 2043 c.c. ha, anche, come effetto, quello di ridurre i tempi di prescrizione: non più 10 anni, bensì 5».

⁽¹⁹⁸⁾ Trib. Napoli, 6 febbraio 2017, n. 1498; App. Napoli, 7 dicembre 2016, n. 4333; Trib. Modena, 3 ottobre 2016, n. 1810; Trib. Ferrara, 18 agosto 2016, n. 784; Trib. Roma, 16 marzo 2016, n. 5463; Trib. Milano, 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, con nota di M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, cit.; Trib. Firenze, 12 febbraio 2014, in *Riv.it. med. leg.*, 2014, p. 737 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della Legge Balduzzi*; Trib. Milano, 18 novembre 2014, n. 13574, che, interpretando in chiave meramente «eccettuativa» la locuzione «fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile», ha escluso la volontà del legislatore di negare la configurabilità di una responsabilità contrattuale in capo al medico ospedaliero; Trib. Milano, 23 luglio 2014; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014; Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in

D'altro canto, l'idea che la responsabilità civile del medico dovesse continuare a seguire le sue consolidate regole era stata avallata all'unisono dalla giurisprudenza di legittimità, nell'ambito della quale non si sono mai registrati orientamenti discordanti sul punto. Invero, la soluzione che portava al consolidamento della teoria del contatto sociale qualificato non era mai particolarmente argomentata, dal momento che il diritto vivente veniva confermato asserendosi che il disposto dell'articolo 3 serviva solo a precisare che l'esclusione di responsabilità per colpa lieve valeva per la sola responsabilità penale, rimanendo fermo in ambito civile, nell'alveo di un generico rinvio alle norme sulla responsabilità civile, il principio per cui *in lege aquilia et levissima culpa venit* ⁽¹⁹⁹⁾.

Anche la prevalente dottrina non aveva nutrito dubbi circa il fatto che il richiamo all'art. 2043 c.c. non dovesse essere eccessivamente enfatizzato.

A deporre in questo senso vi era anzitutto il fatto che il richiamo al predetto articolo, secondo la formulazione letterale del citato art. 3 della legge Balduzzi, facesse riferimento non già all'intera disciplina dell'illecito civile, bensì al solo obbligo risarcitorio ⁽²⁰⁰⁾ che di per sé è conseguenza anche

Danno e resp., 2013, p. 377 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*.

⁽¹⁹⁹⁾ V. Cass. 24 dicembre 2014, n. 27391; Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, ove, in motivazione, si è affermato che «l'art. 3, 1° co., del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale [...]. Deve, pertanto, ribadirsi che alla norma nessun rilievo può attribuirsi che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni»; Cass. 30 settembre; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030.

⁽²⁰⁰⁾ In questo senso, concordemente, v. R. PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, cit., p. 37; L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 45 ss.; E.M. CRIMI, *Responsabilità civile del sanitario ex decreto Balduzzi: una prima applicazione*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 633 ss.; L. MATTINA, *Legge Balduzzi: natura della responsabilità civile del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 452 ss.; M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, San Marino, 2013, p. 145 ss.; G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in www.personaemercato.it, 2013; M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, p. 27 ss. B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»*, cit., p. 1239; R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, cit., 2013, p. 357.

dell'inadempimento contrattuale ⁽²⁰¹⁾. Per di più la norma non distingueva le modalità di esercizio della professione medica; sicché, dato il limitato ambito applicativo che ne circoscriveva la portata al caso della prestazione resa al di fuori di un rapporto obbligatorio senza distinguere tra attività svolta in forma dipendente o libero professionale, il generico richiamo all'art. 2043 c.c. non avrebbe potuto fungere da norma applicabile a titolo di concorso di responsabilità nell'ipotesi in cui il medico avesse concluso con il paziente un contratto di prestazione d'opera professionale ⁽²⁰²⁾.

Secondo un'altra variante interpretativa, ma sempre consonante con la non innovatività della qualificazione della responsabilità del sanitario, il legislatore si sarebbe limitato a determinare un'esimente in ambito penale, senza stravolgere l'assetto civilistico che rimaneva fedelmente ancorato all'allora diritto vivente, stante il carattere penalistico sia dell'*incipit* della disposizione che del suo prevalente contenuto ⁽²⁰³⁾.

Altra parte della dottrina, sia pur minoritaria, aveva invece deposto per un mutamento della qualificazione della responsabilità del medico in termini extracontrattuali, ritenendo di dover interpretare proprio in quest'ultimo senso l'espressa citazione dell'art. 2043 c.c. nel testo dell'articolo 3 della legge

⁽²⁰¹⁾ V. L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 108 ove si afferma che correttamente la norma si limita a richiamare soltanto il segmento dell'art. 2043 c.c. che concerne il solo obbligo risarcitorio «in quanto comune ad entrambe le forme di responsabilità; G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo, op. ult. cit.*, il quale afferma che l'art. 3 della legge Balduzzi non richiamerebbe l'art. 2043 c.c. in quanto fattispecie, bensì solo l'effetto, vale a dire l'obbligo risarcitorio.

⁽²⁰²⁾ Secondo C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Torino, 2015, p. 160, «[...] se la presenza dell'art. 2043 c.c. non può escludere la responsabilità contrattuale ove vi sia un vincolo obbligatorio, non è parimenti possibile escludere l'applicazione della regola del contatto sociale qualificato per il medico dipendente».

⁽²⁰³⁾ R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, cit., p. 786, secondo cui «il riferimento alla regola sulla responsabilità aquiliana sarebbe frutto del trascorrere dal piano penale a quello civile ove il concetto di illiceità si lega quasi indissolubilmente all'art. 2043 c.c.». Secondo la particolare linea interpretativa M.L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 303, il regime dell'art. 2043 c.c. opererebbe solo nel caso in cui sia accertata la commissione da parte del medico di un reato colposo, dovendosi in questo senso intendere il significato della locuzione «in tali casi» in premessa del richiamo del citato articolo. Osserva C. CASTRONOVO, *op. e loc. ult. cit.*, che non si può accogliere la prospettiva di «[...] considerare l'art. 2043 c.c. quale regola civile corrispondente all'intero codice penale».

Balduzzi, peraltro introdotto dal legislatore nella dichiarata intenzione di arginare il pernicioso fenomeno della c.d. medicina difensiva ⁽²⁰⁴⁾.

Sempre in quest'ottica, ma secondo altra e peculiare linea interpretativa, il senso dell'introduzione dell'art. 2043 nel testo della legge Balduzzi sarebbe stato quello di creare un modello di responsabilità professionale valido, in quanto tale, sia per il medico libero professionista che per il sanitario lavoratore subordinato, fondato sull'elemento comune della colpa e rispondente al modello del c.d. «doppio binario»: l'assenza di colpa in capo al medico se poteva escludere la sua responsabilità aquiliana e, in caso di medico strutturato, quella solidale della struttura (in quanto derivante da quella del singolo), la responsabilità contrattuale di quest'ultima rimaneva comunque ferma potendo liberarsi solo fornendo la prova «di quell'evento straordinario ed eccezionale che è stato causa del danno alla salute del paziente o dell'insuccesso del trattamento chirurgico o terapeutico» ⁽²⁰⁵⁾.

Certo è che appariva eccessivo il tentativo di assegnare una portata innovativa così clamorosa ad una disposizione che di per sé conteneva una regola penale valida per tutti gli operatori sanitari e che, se solo *en passant* richiamava l'art. 2043 c.c. al fine di salvaguardare la permanenza dell'obbligo risarcitorio, neppure consentiva la praticabilità di qualsivoglia distinzione tra medici professionisti e strutturati, essendo la sua lettera indifferente alle

⁽²⁰⁴⁾ V. G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 532, secondo cui il richiamo all'art. 2043 c.c. doveva essere interpretato nel senso di un rifiuto da parte del legislatore della assimilazione della posizione dei medici a quella delle strutture ospedaliere, in quanto «queste si devono rispondere contrattualmente di tutte le disfunzioni; non così deve essere per il personale sanitario di cui deve essere provata una negligenza o una incompetenza professionale e quindi un comportamento illecito e rilevante ai fini dell'art. 2043 c.c.»; G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, cit., p. 816 ss.; G. PALMA, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 913 ss.; F.O. CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 1756; D. CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. "legge Balduzzi"?*, cit., p. 1318. Secondo una peculiare variante interpretativa, il più volte citato art. 3 della legge Balduzzi avrebbe dato vita ad una norma *ad hoc*, nel senso che il richiamo all'art. 2043 avrebbe inteso smantellare la responsabilità da contatto sociale qualificato per i soli medici dipendenti pubblici. In questo senso V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 379.

⁽²⁰⁵⁾ R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, cit., p. 129 ss.

partizioni della responsabilità civile, anche rispetto alla posizione della struttura sanitaria.

E se era inoltre vero che l'opzione interpretativa che escludeva l'applicabilità della disciplina della responsabilità contrattuale sembrava essere la soluzione più coerente con l'intento del legislatore di porre un freno al fenomeno della medicina difensiva era del pari innegabile che, quella stessa interpretazione esegetica avrebbe generato l'inapplicabilità del limite di cui all'art. 2236 c.c. e, per l'effetto, incentivato quell'atteggiamento difensivo che il legislatore intendeva invece scongiurare.

Ma è prevalsa come detto, un'interpretazione del richiamo all'art. 2043 c.c. consonante con il diritto vivente così come si è andato a delineare nei decenni ad opera della giurisprudenza, i cui orientamenti erano sin troppo radicati nel comune sentire per poter essere scalfiti da poco chiare disposizioni qualificatorie e deboli argomenti sovversivi rispetto alla linearità della configurazione di una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di protezione discendente da un contatto sociale qualificato.

2.6. La l. 24/2017 e il superamento della teoria del contatto sociale

Se con riferimento alla legge Balduzzi la giurisprudenza e la dottrina prevalente hanno rapidamente sedato il conflitto interpretativo instauratosi immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge, scongiurando la velleità di introdurre una disciplina più lieve per il personale medico, pochi anni dopo la sua entrata in vigore il legislatore ha provveduto a dettare una più chiara e compiuta disciplina in *subiecta materia*, in grado di agevolare un'interpretazione in chiave predittiva grazie alla precisa indicazione precettiva sulla natura della responsabilità civile del medico.

In data 17 marzo 2017 è entrata in vigore la L. 8 marzo 2017, n. 24, di riforma della responsabilità sanitaria, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità

professionali degli esercenti le professioni sanitarie» ⁽²⁰⁶⁾ che, pur non contenendo alcuna previsione espressa riguardo al tema del nesso di causalità, rappresenta un importante momento legislativo, specie riguardo la disciplina della qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria e dell'esercente la professione medica.

⁽²⁰⁶⁾ In linea generale, la normativa in questione si snoda lungo due direttrici: la prima relativa alla previsione di doveri legali di condotta in relazione al recepimento da parte degli esercenti la professione sanitaria delle raccomandazioni contenute nelle linee guida; la seconda riguardante la disciplina della responsabilità sia della struttura sanitaria sia del medico. Tra i molteplici contributi dottrinali che hanno riguardato la legge Gelli-Bianco, si vedano R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 5 ss.; AA. VV., *Le responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge 24/2017*, Bologna, 2018, *passim*; AA. VV., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24. Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, Napoli, 2018, *passim*; B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018, *passim*; D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Milano, 2018, *passim*; P. IANNONE, *La responsabilità medica. Le novità della legge 24/2017*, Roma, 2018, *passim*; AA. VV., *La nuova responsabilità medica. Le responsabilità della struttura e quelle del medico ("strutturato" e non). Le linee guida, il consenso informato, la privacy. Le nuove frontiere: Artificial Intelligence, staminali, product liability, medicina "estetica". I profili processuali*, Milano, 2018, *passim*; AA. VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, 2018, *passim*; AA. VV., *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017, *passim*; AA. VV., *La nuova responsabilità professionale in Sanità. Commentario alla riforma Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n.24)*, Rimini, 2017, *passim*; AA. VV., *La nuova responsabilità e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017, *passim*; M.L. MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria. Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, Piacenza, 2017, *passim*; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017, *passim*; C. SCOGNAMIGLIO, *La rilevanza delle linee guida ed il problema dell'onere della prova*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 741 ss.; A. ASTONE, *Profili civilistici (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1122 ss.; V. CARBONE, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 737 ss.; M. HANZ, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (d.d.l. Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 75 ss.; G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 728 ss.; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 268 ss.; D. RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 280 ss.; G. PASCALE, *Responsabilità del medico e risarcimento del danno dopo la riforma Gelli Bianco*, Rimini, 2017, *passim*. La legge Gelli è inoltre intervenuta non solo sugli istituti sostanziali, ma anche in materia processuale prevedendo degli specifici strumenti deflattivi del contenzioso, al fine di decongestionare l'attività giudiziaria, ricercando, ove possibile, ad una pacificazione extraprocessuale tra il paziente ed il medico. Infatti, per espressa previsione normativa di cui all'art. 8 della legge Gelli-Bianco, prima di instaurare un giudizio in materia sanitaria è necessario (è quindi condizione di procedibilità) espletare un tentativo di conciliazione fatta comunque salva la possibilità di esperire il procedimento di mediazione.

Il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 7, comma terzo, della legge Gelli-Bianco non ha lasciato adito a dubbi circa la configurabilità come extracontrattuale della responsabilità del sanitario che esplica la sua funzione all'interno di una struttura sanitaria, in qualità di dipendente o ad altro titolo (ma comunque non in ragione di un rapporto contrattuale con il paziente); e lo ha fatto con una norma che, espressamente definita come imperativa ⁽²⁰⁷⁾ non solo rappresenta uno degli snodi cruciali della riforma per la parte relativa alla natura della responsabilità del sanitario ma che, mantenendo ferma la natura della responsabilità delle strutture sanitarie e sociosanitarie come contrattuale, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 c.c. ⁽²⁰⁸⁾, ha definitivamente scandito un sistema a doppio binario ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁷⁾ Sul carattere imperativo della disposizione v. le considerazioni di M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici, cit., p. 787; R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., p. 265.

⁽²⁰⁸⁾ Si riporta il testo dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco:

«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 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590 *sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.

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 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina».

⁽²⁰⁹⁾ Si è in sostanza avallato l'insegnamento di Cass. Sez. Un. 11 luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, c. 3060 ss., che ha consentito di configurare una responsabilità della struttura sanitaria non solo per le condotte colpose del medico ivi operante, ma anche per le obbligazioni sue proprie, relative alla predisposizione di personale medico ausiliario e paramedico, all'apprestamento di medicinali e di attrezzature mediche nonché a tutte quelle prestazioni di assistenza medica riferibili al generale obbligo di protezione del paziente. Ciò ha consentito alla Corte di affermare che «l'individuazione del fondamento della responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il

In un'ottica di teoria generale e per chiare ragioni di completezza a fronte di un più puntuale dato legislativo, giova infatti sottolineare come, per quel che concerne la responsabilità della struttura sanitaria, l'espresso richiamo all'art. 1218 c.c. addebita alla stessa l'onere di dimostrare l'esatto adempimento dell'obbligazione assunta verso il paziente; con la precisazione che, ai fini della prova del corretto adempimento, non basta che la struttura dimostri di aver apprestato i mezzi più adeguati all'espletamento della prestazione *latu sensu* terapeutiche, magari provando di essersi avvalsa di esercenti le professioni sanitarie astrattamente dotati dei requisiti idonei all'espletamento delle attività inerenti la qualifica da loro posseduta. A ciò osta il richiamo all'art. 1228 c.c., che esclude che il fatto degli ausiliari possa essere considerato, ai sensi dell'art. 1218 c.c., elemento idoneo a determinare l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile. L'ente ospedaliero sarà pertanto onerato di fornire la prova liberatoria sia in relazione ad eventuali condotte inadeguate ad esso riferibili sia riguardo quelle tenute dai professionisti della cui opera si avvale⁽²¹⁰⁾.

Tuttavia, pur essendo configurabile una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, comprensiva dell'apporto degli ausiliari (da intendersi secondo una nozione estesa a quanti siano a qualsiasi titolo inseriti nella compagine, anche allorquando la scelta è stata effettuata dal paziente), non è esclusa la possibilità che il medico ospedaliero venga chiamato in causa ai sensi

richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.». Sul punto v. R. BERDA, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 953 ss. Giova tuttavia sottolineare come la dottrina che si è soffermata sul profilo dell'inquadramento del rapporto intercorrente tra struttura sanitaria e paziente ha messo in rilievo come la giurisprudenza meno recente ha seguito diversi percorsi qualificatori oltre al contratto atipico di ospedalità, quali quelli del contratto d'opera professionale e del rapporto di fonte legale. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali si vedano R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico economico*, 2007, p. 124 ss.; M. FACCIOLI, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *Resp. civ.*, 2000, p. 952 ss.; S. CUCCIA, *La responsabilità dell'Azienda sanitaria da deficit organizzativo*, in R. De Matteis, S. Aleo, G. Vecchio (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, p. 1121 ss.

⁽²¹⁰⁾ M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, p. 77 ss.

dell'art. 2043 c.c., salvo il caso in cui, lo si ribadisce, egli abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione assunta direttamente con il paziente ⁽²¹¹⁾.

La qualificazione in termini aquiliani della responsabilità del medico ospedaliero non pare tuttavia esente da criticità, per avere il legislatore contemplato una responsabilità personale degli operatori sanitari in una fattispecie in cui per essa non sembra esservi spazio, nonostante l'obiettivo pratico sia quello di disincentivare l'azione di responsabilità nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie di cui si avvalgano le strutture; prevedendo, in tal senso, un regime meno favorevole per il paziente danneggiato quanto al termine di prescrizione e all'onere della prova ed eliminandone l'obbligo di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi, salvo che per garantire l'azione di rivalsa della struttura, in relazione alla quale sono stati introdotti stretti limiti anche in ordine al quantum, con la conseguente preclusione dell'azione diretta del paziente nei confronti della compagnia assicuratrice degli esercenti la professione sanitaria.

Non può però a nostro avviso fare a meno di osservarsi come appare difficilmente configurabile addossare al medico del quale la struttura si serve una responsabilità per l'esecuzione di una prestazione commissionata dalla struttura e nel suo interesse svolta, una volta ammesso che l'obbligazione di cura venga dalla stessa assunta. Il danno asseritamente subito dal paziente e derivante dall'inesatta esecuzione dell'attività del sanitario costituisce solo conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione in capo alla struttura e non anche illecito aquiliano, in quanto causalmente derivante dall'inadempimento.

⁽²¹¹⁾ V. tuttavia la ricostruzione offerta da G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 505 ss., la quale sostiene che nell'ipotesi in cui il vincolo obbligatorio sia instaurato dal paziente direttamente con il medico e nella fase esecutiva del rapporto così instaurato sia coinvolta anche la struttura, questa sarebbe obbligata in solido con il medico in relazione all'esecuzione della prestazione. Nello stesso senso, in sede di teoria generale, A. RICCIO, *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in M. Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni*, Torino, 2004, p. 1208 ss. In senso contrario v. la fondamentale opera di F. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 433 ss.

Tale richiamo alla responsabilità extracontrattuale sembra infatti assumere un carattere latamente sanzionatorio, anche in considerazione del fatto che l'applicazione del regime della responsabilità extracontrattuale determina per il danneggiato un carico probatorio estremamente difficile da assolvere ⁽²¹²⁾.

Ad ogni modo il legislatore, facendo discendere dal richiamo all'art. 2043 c.c. la responsabilità diretta dell'esercente la professione sanitaria nei termini innanzi esposti, non ha preso posizione circa le possibili limitazioni che tale responsabilità potrebbe subire per effetto dell'applicazione di norme in qualche modo consonanti (forse solo apparentemente) con la natura della prestazione medica.

Si pensi, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 2236 c.c., ossia alla limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave nelle ipotesi di soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Interrogativo lecito se solo si pensi al fatto che la giurisprudenza si è fatta promotrice in passato dell'applicazione della citata norma in un contesto in cui il diritto vivente qualificava la responsabilità del medico come aquiliana, essendo il citato articolo una disposizione che ha la sua ragion d'essere nell'ambito di un rapporto obbligatorio ⁽²¹³⁾.

⁽²¹²⁾ È bene tuttavia precisare che il predetto carattere sanzionatorio del richiamo all'art. 2043 c.c. riferito, quanto meno in astratto, al gravoso regime probatorio sotteso alla responsabilità civile non sembra invero essere confermato dall'art. 10, comma 1, della legge Gelli-Bianco, che prevede che la struttura sanitaria (pubblica o privata) assicuri, tramite apposita polizza o attraverso analoghe misure, la responsabilità diretta ex art. 7, comma 3, l. cit., dell'esercente la professione sanitaria.

⁽²¹³⁾ Secondo C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 196, l'applicazione dell'art. 2236 c.c. avrebbe dovuto essere applicata alla sola struttura sanitaria e non anche all'ambito della responsabilità del sanitario in essa operante. Si badi tuttavia che a tale conclusione l'A. giunge in un'epoca in cui il sistema di responsabilità del medico era praticamente rimesso alla sola disciplina giurisprudenziale, senza che vi fosse alcuno specifico dettato normativo sul punto, neanche in relazione alla responsabilità della struttura sanitaria. Ciò nonostante, dato che prima della qualificazione della responsabilità del medico come contrattuale alla luce della teoria del contatto sociale qualificato questa veniva configurata come di tipo extracontrattuale, affiancandosi a quella pacificamente contrattuale della struttura sanitaria, finiva per configurarsi un sistema di responsabilità simile a quello attualmente in vigore. Pertanto, sebbene la considerazione da ultimo svolta in ordine all'applicazione dell'art. 2236 era stata dall'A. formulato alla luce del risalente sistema in materia sanitaria, non sembrano sussistere particolari ostacoli ad una sua attualizzazione in sede di diritto vivente e, soprattutto, vigente.

Pertanto, a nostro avviso, il richiamo espresso all'art. 2043 c.c. accanto alla responsabilità della struttura potrebbe riproporre la stortura interpretativa che imperava in passato in punto di applicazione di principi e norme propri della materia contrattuale ad una responsabilità allora formalmente qualificata come extracontrattuale.

E ciò, si badi, non senza conseguenze applicative in ordine ai profili squisitamente processuali. Riprendendo infatti un argomento sviluppato *in nuce* nei precedenti capitoli in ordine alla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sotto il profilo dell'onere della prova del nesso causale, non può non osservarsi come la naturale conseguenza della qualificazione in termini contrattuali del medico che agisce in forza di un contratto con il paziente ed extracontrattuali del professionista che opera in assenza di qualsiasi premessa relazionale avrebbe dovuto atteggiarsi nel senso di proporre: nel primo caso, un'unica disciplina dell'inadempimento con conseguente onere del paziente di allegare un inadempimento astrattamente idoneo a causare il danno; nel secondo caso, un onere del paziente di provare che proprio quella condotta abbia materialmente causato il danno.

Peraltro, se sul piano civilistico l'effetto deterrente della riforma dovrebbe cogliersi, quantomeno sulla carta, dalla rinnovata qualificazione della responsabilità del sanitario, sul piano penalistico tale effetto risulta essere ancor più acuito e fermo ⁽²¹⁴⁾. Ciò in ragione dell'introduzione nel codice penale del nuovo art. 590 *sexies* c.p. rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personale in ambito sanitario», che ha previsto una causa di non punibilità del sanitario, sebbene sotto il solo profilo della imperizia, ricorrendo le condizioni

⁽²¹⁴⁾ Per un commento della nuova disposizione v. L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.legislazionepenale.eu, 2017; ID., *Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medico*, in *Riv.it. med. leg.*, 2017, p. 1515 ss.; O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2151 ss.; G. M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, p. 85 ss.; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen. online*, 2017; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 343 ss.

previste dal suddetto articolo (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), essendo compatibile il rispetto delle stesse linee guide e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse. E limitando altresì la previsione della non punibilità solo per le ipotesi di omicidio colposo e lesioni colpose ⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹⁵⁾ Affermazione questa tutt'altro che pleonastica se solo si considera che la l. Balduzzi prevedeva la causa di non punibilità in generale per ogni tipo di reato colposo consumata dal medico. La L. n. 24 del 2017 interviene poi anche stabilizzare normativamente il problematico riferimento alla sola imperizia, derivante dalla tradizione consolidatasi in riferimento all'art. 2236 c.c., che la giurisprudenza aveva avuto cura di ribadire anche nella lettura dell'art. 3 della legge Balduzzi. Per un tentativo di superare l'orientamento in questione v. Cass. pen. 9 ottobre 2014, Stefanetti, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, p. 233 ss. con nota di A. ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*. Nello stesso senso si veda altresì Cass. pen. 11 luglio 2015, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 361 ss. e, con più ampie motivazioni v. Cass. pen. 11 maggio 2016, Denegri, in *Dir. pen. cont.*, 2016, con nota di C. CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*. Tuttavia, anche la formulazione dell'art. 590-sexies c.p. non aveva mancato di suscitare dubbi interpretativi. Per un primo orientamento v. Cass. pen. 20 aprile 2017, Tarabori, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 6 ss., con nota di M. CAPUTO, *"Promossa con riserva". La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi*; in *Giur. It.*, 2017, p. 2201 ss., con nota di L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*; in *Dir. pen. proc.*, p. 1369 ss., con nota di G.M. CALETTI, L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma "Gelli-Bianco"*. In particolare la pronuncia, evidenziando la «disarticolante contraddittorietà» della formulazione dell'art. 590-sexies c.p., osserva come la stessa non possa superarsi scindendo i momenti relativi all'accertamento della conformità alle linee guida e dell'imperizia. E porta proprio il caso "classico" del medico che individui correttamente il trattamento da praticare, ma commetta degli errori nella materiale esecuzione delle regole di condotta pur correttamente selezionate: si pensi al caso del chirurgo che, diagnosticata correttamente la patologia venosa del paziente, commette un errore nella fase di materiale esecuzione dell'intervento. La soluzione in questione, secondo la sentenza Tarabori, condurrebbe a esiti irragionevoli, contrastanti sia con l'art. 32 Cost. sia con i principi fondanti della responsabilità penale. Si finirebbe infatti per escludere ogni responsabilità penale del sanitario anche in caso di errori macroscopici e/o grossolani nonché in riferimento a interventi di routine, per i quali è agevole ipotizzare che il medico non abbia avuto difficoltà alcuna a individuare le linee guida più adeguate al caso concreto. Per un secondo orientamento v. Cass. pen. 19 ottobre 2017, n. 50078, Cavazza, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di C. CUPELLI, *Quale(non)punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito operativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni unite*, secondo cui il nuovo art. 590-sexies c.p. trova applicazione con riguardo alle condotte che costituiscono pertinente estrinsecazione delle linee guida applicabili al caso di specie; non opera, invece, negli ambiti non governati dalle linee guida, nelle situazioni concrete le cui peculiarità impongano di disattendere tali raccomandazioni e in relazione a quelle condotte che non risultano oggetto di disciplina in un dato contesto regolativo. Inoltre, il nuovo regime dell'art. 590-sexies c.p. avrebbe dovuto applicarsi solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma giacché introduce un trattamento sfavorevole rispetto all'art. 3 legge 8 novembre 2012 n. 189, nella misura in cui non prevede alcun riferimento alla gravità della colpa; quest'ultima potrà comunque essere valutata dal giudice, ai sensi dell'art. 2236 cc, in sede di formulazione dell'addebito di imperizia, in presenza di situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse o

Tornando al versante civilistico, si è però sottolineato come, il percorso ermeneutico intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità, nel dialogo con il legislatore e con la tradizione giuridica circa i limiti di giustificazione dello statuto differenziale del medico, si siano mantenute nei confini dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, valorizzando il nucleo di razionalità insito nel dettato dell'art. 2236 c.c. e la sua forza espansiva al di là dello stretto regime civilistico della responsabilità medica ⁽²¹⁶⁾. Ma se l'allocatione degli oneri probatori così come innanzi

influenzate e rese più difficili dall'urgenza. Sull'interpretazione dell'ambito applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p. è poi intervenuta Cass. pen. Sez. Un. 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, in *Dir. pen. cont.*, 2018, con nota di C. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*. Secondo le Sezioni Unite il primo orientamento è eccessivamente rigoroso, essendo destinato ad operare negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee-guida, rientrando in questa ipotesi anche il caso di linee guida pertinenti ma aventi ad oggetto regole di diligenza o prudenza ma non di perizia; né nelle situazioni concrete nelle quali le indicazioni provenienti da quelle debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate (la relazione della possibile inadeguatezza, nella relazione terapeutica esecutiva, peraltro, è essa stessa evidenza dell'impossibilità di qualificare la linea-guida come fonte di colpa specifica); né in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee-guida pertinenti ed appropriate (con riferimento, dunque, al momento della scelta delle stesse), non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo. La sentenza Cavazza afferma invece con eccessiva disinvoltura il carattere innovativo della legge Gelli-Bianco. Il fine dichiarato della legge Gelli-Bianco, e ripreso dalla Suprema Corte, sarebbe quello di attenuare specifici profili della colpa medica di cui il legislatore avrebbe inteso diminuire la responsabilità penale (ferma restando quella civile). Questa causa di non punibilità avrebbe quindi l'esplicito intento di contrastare la c.d. medicina difensiva, ponendosi al di fuori delle categorie dogmatiche della colpevolezza e della causalità colposa. Da ciò discenderebbe la scelta di escludere l'assoggettabilità a pena delle condotte imperite e osservanti, anche se gravi, purché adeguate (*ex ante*) alle specificità del caso concreto. Pertanto, secondo il decalogo delle Sezioni Unite l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: *a*) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da negligenza o imprudenza; *b*) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali; *c*) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da imperizia nell'individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; *d*) se l'evento si è verificato per colpa (soltanto «grave») da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione, quando il medico, in detta fase, abbia comunque scelto e rispettato le linee guida o, in mancanza, le buone pratiche che risultano adeguate o adattate al caso concreto, tenuto conto del rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

⁽²¹⁶⁾ C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 646 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomo poiesis per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 345 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-*

auspicata trova questa volta giustificazione nel dato normativo, anche alla luce della teoria generale delle obbligazioni e dei fatti illeciti, è anche vero che tale paradigma legislativo in materia di responsabilità sanitaria necessita di essere interpretato con riferimento al sistema in cui si colloca, prendendo atto del suo atteggiarsi nell'ambito del diritto vivente e dei paralogismi che tale confronto genera.

2.7. Il riparto probatorio con riguardo al c.d. "doppio ciclo causale"

L'assetto che il diritto vivente ha impresso alla materia dell'onere della prova del nesso causale dopo la descritta riforma del 2017 non è parso in grado di rendere conto, in maniera sistematicamente lineare, delle qualificazioni normative introdotte dalla l. Gelli-Bianco in ordine alla natura della responsabilità dei professionisti sanitari finendo, come presto vedremo, per adottare una linea interpretativa in grado di ampliare l'area di irresponsabilità del medico.

Non sorprende quindi che le pronunce della Suprema Corte instauratisi dopo il 1° aprile 2017 (e cioè fino alla data di entrata in vigore della l. n. 24/2017) ⁽²¹⁷⁾ in punto di onere della prova del nesso di causalità abbiano sin da

sexies nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile, in Cass. pen., 2018, p. 1470.

⁽²¹⁷⁾ Giova specificare che le regole della responsabilità contrattuale da contatto sociale sono destinate a trovare applicazione rispetto alle fattispecie verificatesi prima dell'entrata in vigore della l. Gelli-Bianco. In questo senso si esprime Cass. 11 novembre 2019, n. 28994 ove si sostiene che sia riguardo alla l. Balduzzi che riguardo alla l. Gelli-Bianco, in assenza di specifica disposizione transitoria, non se ne può sostenere la relativa efficacia retroattiva. Esse, pertanto, conformemente all'art. 11 preleggi, regolano unicamente fattispecie verificatesi successivamente alla loro entrata in vigore. Si è inoltre ribadito che secondo la lettura data dalla Suprema Cortedella L. n. 189 del 2012, art. 3, comma 1, nelle sue prime applicazioni ai giudizi in corso, la norma si limitava ad escludere la rilevanza della colpa lieve senza configurare la responsabilità del sanitario quale extracontrattuale: questa, in concreto, non specificava la natura della responsabilità medica, ma si limitava a stabilire che, se il medico evitava la condanna penale quando fosse in colpa lieve, per lui restava fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., e l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. non è che l'obbligo di risarcire il danno. La L. n. 189 del 2012, art. 3 nel richiamare l'art. 2043 c.c. non applicava al medico lo statuto della responsabilità civile aquiliana, ma lo richiamava solo per definire in modo indiretto l'oggetto dell'obbligazione. Pertanto, si afferma, in motivazione che «analoghe conclusioni in termini di

subito destato una particolare attenzione da parte della dottrina. E ciò è avvenuto anzitutto con una pronuncia che aveva per la prima volta enunciato nel suo nucleo essenziale l'indirizzo che sembra ormai aver preso piede come orientamento dominante nell'ambito della giurisprudenza della Terza Sezione civile della Corte di cassazione.

In tale contesto si inserisce la sentenza Scoditti del 2017 ⁽²¹⁸⁾, pronuncia *leader* dell'orientamento del c.d. "doppio ciclo causale", la quale, nel tentativo di fornire una lettura risoltrice delle contrastanti posizioni giurisprudenziali

non applicabilità a fattispecie verificatesi prima del 1 aprile 2017 valgono, giusta quanto rilevato con riferimento alla mancanza di norme transitorie, anche per la successiva L. 8 marzo 2017, n. 24. In linea generale può richiamarsi l'orientamento oramai risalente di questa Corte, che afferma (Cass. n. 15652 del 12/08/2004): "In mancanza di una disposizione esplicita di retroattività della legge, l'interprete, dato il carattere eccezionale di tale efficacia, può ricavare la "mens legis", rivolta a attuarla implicitamente, sull'unica base della locuzione testuale della norma, solo, cioè, se il significato letterale non sia compatibile con la normale destinazione della legge a disporre esclusivamente per il futuro. Quando, invece, tale compatibilità sussiste, l'interprete è tenuto a ritenere osservati e a osservare egli stesso i principi generali sulla legge, orientando in particolare l'interpretazione al rispetto del principio generale della irretroattività enunciato nell'art. 11 disp. gen."». In dottrina si vedano le considerazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla irretroattività della disciplina sostanziale della l. n. 189/2012 e della l. n. 24/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 318 ss.; C. CONSOLO, S. BARONE, *Responsabilità del medico e regolazione della successione di leggi di qualificazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 169 ss.; C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco approda in Cassazione: prove di diritto intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 299 ss.

⁽²¹⁸⁾ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., con commento di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*; in *Foro it.*, 2018, c. 1348 ss., con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità "materiale" e il rischio della c.d. "causa ignota" nella responsabilità medica*; in *Resp. med.*, 2017, p. 527 ss. con nota di R.V. NUCCI, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: "qualificato inadempimento" e prova del nesso causale*. Tale pronuncia affronta il problema della ripartizione dell'onere della prova in ordine all'esistenza del nesso di causalità tra l'esecuzione di una prestazione chirurgica consistente nell'asportazione della prostata, nel corso della quale si era prodotta una grave emorragia, e l'arresto cardiaco verificatosi il giorno successivo alla suddetta operazione, in seguito al quale si verificava la morte del paziente. Sulla base delle risultanze della CTU espletata in primo grado, la quale concludeva nel senso che la causa del decesso del paziente fosse da ravvisare in una trombo-embolia polmonare, verificatasi in forma acuta ed imprevedibile, il giudice del merito concludeva per la non addebitabilità della responsabilità in capo ai sanitari. Si escludeva che una diversa modalità operatoria rispetto a quella eseguita dai sanitari e consistente in un intervento di resezione transuretrale della prostata avrebbe potuto evitare l'arresto cardiaco; lo stesso consulente aveva escluso che le condizioni di salute del paziente palesassero la necessità di procedere ad un approfondimento della situazione cardiovascolare dello stesso «non risultando indicatori significativi di rischio di evoluzione del difetto di ritmo cardiaco». I ricorrenti, nel censurare in Cassazione la sentenza d'appello, che aveva confermato quella di primo grado, sostenevano che l'emorragia addominale verificatasi nel corso dell'intervento di asportazione della prostata potesse rilevare se non come causa esclusiva della morte del paziente, quantomeno come concausa della stessa, sostenendo altresì che le incertezze probatorie in ordine alla prova del nesso di causalità non potevano gravare sul soggetto danneggiato.

innanzi esaminate ⁽²¹⁹⁾ e sotto l'egida del c.d. doppio binario inaugurato dalla legge Gelli-Bianco ha perso l'occasione di fornire una lettura sistematicamente coerente dell'onere della prova del nesso causale con i principi che governano la materia dell'inadempimento, così da rendere la sua collocazione sistematica davvero qualificante del modello di responsabilità a cui esso eccede ⁽²²⁰⁾.

Mirando ad accreditare una piena coerenza ai principi espressi dalle Sezioni Unite del 2001⁽²²¹⁾ e del 2008 ⁽²²²⁾, la sentenza Scoditti ha affrontato il problema dell'onere della prova del nesso eziologico secondo lo schema del «duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante. Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto). Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerta la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto. Il ciclo causale

⁽²¹⁹⁾ V. *supra*, § 2.4.

⁽²²⁰⁾ V. A.M. BENEDETTI, *Verso una 'medicalizzazione' della responsabilità contrattuale? Esercizi di discutibile riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in www.giustiziacivile.com, 2020; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it.*, 2020, c. 162 ss.; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., p. 725; ID., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, 2020, c. 170 ss.; A. P. MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., p. 71 ss.; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *La prova dell'inadempimento dell'obbligazione di prestare professionalmente la cura: tornare all'obbligazione di mezzi senza dirlo?*, in www.giustiziacivile.com, 2019.

⁽²²¹⁾ V. *supra*, § 2.3.

⁽²²²⁾ V. *supra*, § 2.4.

relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore»⁽²²³⁾).

I passaggi argomentativi addotti dalla Suprema Corte e ritenuti cruciali per la decritta ricostruzione dell'onere della prova sono stati l'aver ritenuto il nesso causale tra azione e/o omissione del medico ed evento dannoso elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, facendo così incombere la sua prova sul paziente danneggiato, nonché l'aver sostenuto che l'apparato concettuale dell'orientamento ultimo non fosse altro che una più articolata progressione della ripartizione dei temi di prova varata dalle più volte citate Sezioni Unite nel 2008.

Lasciando per ora in disparte l'indagine sul ruolo della causalità materiale nel giudizio di responsabilità contrattuale, che sarà presto oggetto di più approfondita riflessione, e al fine di impostare correttamente la questione del relativo onere, è necessario chiarire in che termini l'impostazione rigorista della sentenza in esame ha inteso conciliarsi con la posizione espressa da Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 577.

In quest'ultimo senso si è apoditticamente ritenuto che l'orientamento per cui nel giudizio di risarcimento del danno conseguente ad attività medico chirurgica, l'attore danneggiato ha l'onere di provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, restando poi a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato (ovvero che esso non sia stato causa del danno), solo apparentemente enuncia una regola opposta a quella del doppio ciclo causale. Ciò in quanto, a venire in rilievo nella fattispecie di cui si sono occupate le Sezioni Unite, non era la causa della fattispecie costitutiva della responsabilità risarcitoria dedotta dal danneggiato, ma quella della fattispecie

⁽²²³⁾ Il giudice del merito, avendo accertato che la ragione dell'arresto cardiaco era rimasta oscura, non ha fatto venire in gioco il ciclo causale relativo all'evento dannoso non essendosi appunto dimostrato che l'arresto cardiaco era eziologicamente riconducibile all'intervento chirurgico. Ciò è quindi bastato per esimere il convenuto dalla necessità di dimostrare che l'inadempimento non c'è stato, né, tantomeno, che il danno è stato determinato da un evento impreveduto ed imprevedibile, ovvero di fornire la prova liberatoria.

estintiva dell'obbligazione opposta dal danneggiante. In altri termini, poiché la causalità del fatto allora allegata era in *re ipsa*, in quanto la prova della prestazione sanitaria conteneva già quella del nesso causale, non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, anziché la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c. ⁽²²⁴⁾.

Non è infatti un caso se il dibattito dottrinale innescato dal primo delinarsi dell'indirizzo giurisprudenziale del doppio ciclo causale, peraltro definitivamente consacrato ⁽²²⁵⁾, si è soffermato sull'evidente travisamento del

⁽²²⁴⁾ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit.

⁽²²⁵⁾ Cass. 12 ottobre 2018, n. 2537; Cass. 13 settembre 2018, n. 2227; Cass. 19 luglio 2018, n. 19204 che ha escluso la responsabilità della struttura sanitaria per la morte di una paziente affetta da meningite batterica non prontamente diagnosticata, per non avere la ricorrente provato il nesso causale tra l'errata diagnosi e la morte; Cass. 13 luglio 2018, n. 18540, cit.; Cass. 2 marzo 2018, n. 4928, che, in relazione ad un caso di danni subiti dal nascituro a causa di ipossia-anossia neonatale asseritamente ascrivibile a responsabilità professionale medica, ha affermato che nel caso di specie il collegio peritale è pervenuto ad escludere che la sindrome neurologica del minore possa essere un conseguente al fattore causale ipossia-anossia in quanto il tracciato CTG non presentava in questo senso alterazioni; che, inoltre, le vie respiratorie e lo stomaco del neonato risultavano liberi da secrezioni, dunque non poteva dirsi ipossia-anossia per ingestione di meconio; che, infine, l'esame clinico oggettivo non evidenziava sintomi di asfissia neonatale. Pertanto, escludendosi che la sindrome neurologica di cui il minore è risultato affetto potesse essere imputata, secondo una relazione causa-effetto, ad ipossia-anossia, non era possibile reclamare l'adempimento dell'onere probatorio da parte dei convenuti in ordine alla individuazione della causa effettiva che aveva determinato la patologia neurologica. Tale prova, avrebbe potuto assumere rilievo ai fini della liberazione del debitore dall'obbligazione contrattuale, «esclusivamente nel caso in cui il quadro di riferimento presupposto avesse evidenziato il "continuum" effettuale tra "condotta" dei sanitari (omesso od inesatto adempimento) ed "evento" difforme dal risultato programmato (nascita di soggetto sano), così da fondare la presunzione legale di imputazione della responsabilità per colpa ex art. 1218 c.c. [...]». Nel caso di specie è proprio tale *continuum* che non sussiste, in quanto è stata esclusa ogni corrispondenza eziologica, non solo in concreto ma finanche in astratto tra la ipotizzata situazione di asfissia neonatale (che sarebbe stata indice di non corretta esecuzione della prestazione sanitaria) e la sindrome da ritardo psicomotorio, e dunque «viene ad interrompersi a monte proprio la sequenza causale "condotta dei sanitari - asfissia - patologia neurologica"» richiesta quale fatto costitutivo della responsabilità contrattuale, rendendosi conseguentemente superflua la prova liberatoria; Cass. 15 febbraio 2018, n. 3704, in relazione ad un caso di danno alla salute subito da una bambina in occasione delle complicanze sorte durante la nascita, in conseguenza della somministrazione alla madre in procinto di partorire di ossitocina per l'induzione farmacologica del parto. La Corte ha confermato la decisione della sentenza di merito che aveva escluso che fosse stata raggiunta la prova del nesso di causa tra la condotta dei sanitari e il danno, perché per un verso era stato accertato in via positiva che i trattamenti sanitari furono adeguati (in relazione in particolare alla scelta dell'induzione farmacologica al parto ed alla tempestività dell'intervento con il parto cesareo nel momento dell'insorgenza dei primi segni di sofferenza fetale) e, per altro verso, dà atto che non è stata fornita la prova che l'evento lesivo possa essere ricondotto causalmente a tali trattamenti. Pertanto, non avendo l'attore positivamente dimostrato la sussistenza del nesso di causalità, la domanda è stata rigettata; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27446, in relazione ad un caso di decesso di una paziente per un'embolia polmonare massiva due settimane dopo il

principio di diritto espresso dalle citate Sezioni Unite, in spregio all'asserita «apparenza del contrasto», così come testualmente sostenuto dalla sentenza Scoditti. A tal proposito, infatti, l'affermazione di un vero e proprio onere della prova in capo al paziente con riferimento al nesso di causa tra condotta inadempiente e danno non si vede come possa coerentemente convivere con l'affermazione di una mera allegazione dell'altrui inadempimento, ovvero dell'altrui inesatto inadempimento. Mentre il principio della mera allegazione consentirebbe al creditore di limitarsi a contestare l'inadeguatezza della prestazione sanitaria, senza perciò dover dimostrare in termini eziologicamente rilevanti in che modo la condotta del sanitario si è rivelata non correttamente adempiuta, la necessità di provare che il pregiudizio lamentato è causalmente riconducibile alla condotta attiva o omissiva del sanitario comporta inevitabilmente la necessità per il danneggiato di individuare la causa

ricovero per una frattura scomposta a carico dell'estremità femorale sinistra, con conseguente intervento di riduzione e sintesi del femore. La Corte di legittimità ha confermato il ragionamento della corte territoriale che, anzitutto, sulla scorta delle risultanze della consulenza officiosa, ha affermato l'impossibilità di rilevare, in assenza di esame autoptico, le cause della morte, poiché, secondo il perito, anche altre patologie avrebbero potuto provocare il decesso della paziente con modalità analoghe a quelle in concreto verificatesi, sicché né la rapidità della fine, né i segni di tumefazione al ginocchio operato potevano essere considerati con sicurezza segni di embolia polmonare massiva; inoltre la natura equivoca dei segni esteriori di edema e arrossamento del ginocchio, nonché quella delle risultanze degli esami preoperatori non avevano evidenziato altre patologie tali da lasciar ipotizzare implicazioni quali infarto o ictus. E da ciò - unitamente agli altri elementi, consistenti nel lasso temporale dalle dimissioni e nella cura a domicilio ad opera del medico curante, si è rilevato come correttamente il collegio di merito trae la conclusione per cui il criterio probabilistico non poteva neppure trovare ingresso rispetto all'individuazione delle cause del decesso, e, a valle, rispetto al rapporto eziologico tra quello specifico evento e l'inadempimento in discussione. «Si tratta, cioè, di profili distinti: il primo attiene all'individuazione della causa della morte; il secondo inerisce al rapporto tra il decesso per come intervenuto e l'accertato inadempimento nella profilassi. Mancando il primo resta logicamente assorbito il secondo»; Cass. 7 dicembre 2017, n. 29315, in relazione ad una fattispecie in cui i figli di un paziente, deceduto in ospedale, agivano in giudizio al fine di ottenere il risarcimento danni per la morte del padre, che assumevano cagionata da una condotta colposa del medico convenuto. Nella specie la Corte, nel rigettare il ricorso dei ricorrenti avverso la sentenza di secondo grado che confermava la sentenza del tribunale di rigetto della domanda degli attori, ha sostenuto che la Corte territoriale, valorizzando alcuni passaggi della relazione di c.t.u. e attingendo altresì agli esiti peritali emersi nel procedimento penale è pervenuta alla conclusione dell'esistenza di una insuperabile incertezza sul nesso di causa, da cui ha fatto discendere il rigetto della domanda attorea.

dell'evento dannoso, da accertare positivamente, in quanto qualificante la sua pretesa d'inadempimento ⁽²²⁶⁾.

Inquadrata nei predetti termini, l'affermazione secondo la quale sul creditore grava l'onere di provare il nesso di causalità tra la condotta del sanitario e l'evento di danno quale fatto costitutivo della domanda risarcitoria, non solo nel caso di responsabilità da fatto illecito ma anche nel caso di responsabilità contrattuale sembra rappresentare un postulato che proviene da quella inaccettabile idea secondo cui, sulla base di una erronea simmetria tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale quanto all'elemento del nesso causale, non avrebbe ragion d'essere l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 1218 dovendo, si sostiene, anche in questo caso valere «il principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa» ⁽²²⁷⁾.

⁽²²⁶⁾ Sul punto concordano F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, 2020, c. 178 ss.; G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 352 ss., il quale sostiene che se dovesse confermarsi il contrasto prospettato nel testo circa il modo in cui applicare il principio enunciato dalle Sezioni Unite del 2008 e la sentenza Scoditti bisognerebbe aprire la porta ad una remissione della questione alla valutazione delle Sezioni Unite, trattandosi di una questione di massima di particolare importanza; R. PARDOLESI, M. MAGLIULO, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 256 ss., i quali evidenziano la contraddizione di cui si è dato conto nel testo sostenendo che «o si è tenuti a provare in concreto tali nessi, dovendo parimenti provare (in concreto) i singoli fatti della sequenza e, in particolare, la condotta inadempiente che si pone all'origine della sequenza medesima, ovvero si è tenuti meramente ad allegare l'altrui inadempimento, parimenti allegando (non provando in concreto) la sussistenza del nesso di causalità tra tale inadempimento e il danno subito. Ed è proprio questa seconda soluzione che abbraccia Cass. 577/2008, nel riferirsi all'onere di allegare un inadempimento astrattamente idoneo alla produzione del danno»; A.P. MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extracontrattuale per colpa*, cit. p. 252 ss.; I. RICCETTI, *Responsabilità della struttura sanitaria: non è più sufficiente la (già difficile) allegazione dell'inadempimento qualificato per soddisfare l'onere probatorio del danneggiato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 712 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit., p. 14 ss.; D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., p. 700 ss.; A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., p. 217 ss. In senso chiaramente difforme l'estensore della sentenza in esame E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit., p. 265 ss., il quale sostiene che l'operazione compiuta da Cass. 26 luglio 2017, n.18392, cit., consisterebbe in un adattamento nel tempo dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite, così da renderli adeguati al mutamento dei contesti.

⁽²²⁷⁾ Così Cass. 13 luglio 2018, n. 18540, cit., che ha mandato esente da responsabilità un ginecologo che aveva prescritto alla gestante una massiccia dose di vitamina A nel corso di

Si aprono così le porte per l'analisi del secondo e più importante aspetto di criticità di cui l'indirizzo giurisprudenziale scaturito dalla sentenza Scoditti

tutta la gravidanza, per la nascita di un figlio affetto da afalagia della mano sinistra e fistole laterale al collo. Il consulente, pur avendo concluso per la sussistenza del nesso causale tra la malformazione e l'assunzione del vitaminico, dando per presupposto che ciò fosse avvenuto nella misura del 9.999 UI (mentre il limite era di 8.000), aveva aggiunto che sulla base di successivi e più all'avanguardia studi scientifici si era concluso «in modo autorevole» che il livello della soglia rischio andava portato al più alto dosaggio di 10.000 UI. Da qui, la mancata prova del nesso causale secondo i citati parametri. La Corte cade tuttavia in un'evidente contraddizione, quantomeno rispetto alle ragioni di *policy* che hanno favorito l'adesione alla teoria del doppio ciclo causale, allorché sostiene che la «previsione dell'art. 1218 c.c. trova giustificazione nell'opportunità di far gravare sulla parte che si assume inadempiente, o non esattamente adempiente, l'onere di fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla» salvo poi, come detto nel testo, ritenere che tale maggiore vicinanza del debitore non sussiste in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore. Si veda altresì Cass. 19 luglio 2018, n. 19204, che ha escluso la responsabilità della struttura sanitaria per la morte di una paziente affetta da meningite batterica non prontamente diagnosticata, per non avere la *ricorrente* provato il nesso causale tra l'errata diagnosi e la morte. In senso critico rispetto al predetto atteggiarsi dell'art. 2697 in sede di responsabilità contrattuale si veda B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *op. ult. cit.*, p. 14 ss. A quanto consta, l'unica voce dissonante dall'orientamento del doppio ciclo causale è rinvenibile in Cass. 13 ottobre 2017, n. 24073, in relazione ad una fattispecie di esecuzione della operazione di asportazione totale di un rene, cui era stata sottoposta la paziente su consiglio del sanitario il quale aveva diagnosticato una neoplasia in base alla presenza di una estesa neoformazione evidenziata dalla indagine ecografica, confermata dal risultato della TAC all'addome. La Corte d'appello (in riforma della pronuncia di primo grado), aveva accertato la responsabilità per inadempimento contrattuale dell'azienda ospedaliera presso la quale era stata effettuata l'operazione nonché la responsabilità da «contatto sociale» del medico che l'aveva posto in essere, per avere questi omesso di approfondire l'indagine diagnostica mediante esecuzione di esame bioptico estemporaneo, essendo risultato affetto l'organo asportato, al successivo esame istologico, da una patologia infettiva che avrebbe richiesto una nefrectomia soltanto parziale in luogo della asportazione totale dell'organo. I giudici di legittimità, essendo rimasto accertato che l'esame bioptico era richiesto come necessario proprio per confermare od escludere la neoplasia ed evidenziare eventuali patologie diverse, hanno affermato che sarebbe stato onere della struttura e/o del medico dimostrare che, nel caso concreto, l'esame diagnostico avrebbe fornito un risultato negativo in ordine alla diagnosticata infezione, trattandosi di condotta eziologicamente rilevante rispetto alla successiva scelta terapeutica di asportazione totale o invece solo parziale del rene. Tanto è stato ritenuto sufficiente, ai fini dell'esaurimento del giudizio di causalità materiale, non venendo ad incidere su detto accertamento l'ulteriore ipotesi formulata dal CTU in ordine alla difficoltà della lettura dell'esame diagnostico - omesso - che attiene solo al successivo momento della corretta interpretazione dell'esame bioptico da valutarsi alla stregua del parametro della perizia professionale e che, presuppone, per essere compiuta l'espletamento della indagine diagnostica ed il relativo oggetto da interpretare. Pertanto la Corte ribadiva il principio di diritto secondo cui «in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo invece a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante».

si fa portatore e che si pone su un piano di tipo più strettamente teorico concettuale.

Com'è stato osservato in dottrina, il meccanismo operativo del c.d. doppio ciclo causale finisce per elidere, sul piano del riparto degli oneri probatori, la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ⁽²²⁸⁾. Richiedere al creditore (o danneggiato?) la prova *positiva* del nesso di causalità equivale ad applicare surrettiziamente il riparto dell'onere probatorio proprio della responsabilità ex art. 2043 c.c., ove la causalità materiale senz'altro integra la fattispecie costitutiva di responsabilità e costituisce criterio di imputazione oggettiva del danno.

Non così invece allorché il medico sia chiamato in causa a titolo di responsabilità contrattuale, ove non vi è spazio per un analogo autonomo rilievo dell'elemento oggettivo (causale), poiché a questo presiede l'inadempimento. Quest'ultimo implicherebbe di per sé l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta del debitore inadempiente e l'evento dannoso, ossia la lesione dell'interesse del creditore ad acquisire l'utilità derivante dalla prestazione debitoria ⁽²²⁹⁾, valendo per il resto le medesime osservazioni che sono state

⁽²²⁸⁾ Rimarcano questo aspetto A.P. MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extracontrattuale per colpa*, cit. p. 252 ss., secondo cui l'indirizzo scaturito dalla sentenza Scoditti si pone in contrasto con la «scelta consapevole del legislatore di disciplinare in termini extracontrattuali (per colpa) (art. 2043 c.c.) la sola responsabilità degli operatori sanitari, salvo che abbiano agito nell'adempimento di obbligazioni contrattuali assunte con il paziente [...]»; I. RICCETTI, *Responsabilità della struttura sanitaria: non è più sufficiente la (già difficile) allegazione dell'inadempimento qualificato per soddisfare l'onere probatorio del danneggiato?*, cit., p. 712 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit., p. 14 ss.

⁽²²⁹⁾ In questo senso F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., p. 717 ss.; ID., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 169, il quale argomenta ulteriormente affermando che nell'obbligazione la responsabilità costituisce uno stadio del medesimo rapporto obbligatorio e che, venuta meno o diventa non più utile in termini oggettivi la prestazione originaria, mutando il proprio oggetto nella prestazione di risarcimento del danno, finalizzata in quanto tale ad attuare per equivalente il risultato atteso e a rimuovere il costo dei danni conseguenti all'inadempimento. Pertanto «il fatto costitutivo in senso proprio della responsabilità consiste [...] nell'esistenza del rapporto obbligatorio di cui il vincolo di responsabilità rappresenta un'epifania». Nello stesso senso v. R. PARDOLESI, M. MAGLIULO, *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*, cit., p. 256 ss. secondo i quali la soluzione proposta dalla Terza sezione finisce per attualizzare l'onere della prova gravante sul sanitario laddove siano stati previamente dimostrati dal paziente l'inadempimento e la sua efficienza causale rispetto all'evento di danno. E ciò, si evidenzia, implica che le ipotesi in cui è il medico a dover provare il nesso di causalità relativo alla fattispecie estintiva dell'obbligazione

svolte allorquando abbiamo esaminato l'orientamento dell'onere di allegazione del nesso causale inaugurato dalle Sezioni Unite del 2008 riferendoci, in particolare, alla declamata rilevanza della causalità materiale in sede di esonero di responsabilità debitoria ⁽²³⁰⁾. Basti qui aggiungere due puntualizzazioni, in consonanza e a completamento di quanto esposto in quella sede.

La prima è che, pur essendo la causa di esonero di responsabilità concretizzata dalla prova della derivazione causale del danno da un fattore del tutto estraneo all'oggetto dell'obbligazione e quindi distinta dalla sopravvenienza non imputabile al debitore che rende impossibile la prestazione, la causa autonoma del danno va assoggettata al trattamento dispositivo previsto per la causa di impossibilità dagli artt. 1218 e 1256 c.c., in virtù della loro applicazione analogica ⁽²³¹⁾.

diventino «[...] recessive e marginali, con la conseguenza di creare un'ampia area grigia di irresponsabilità, che finisce per coprire anche comportamenti di cui pure sia stata accertata la negligenza [...]». La considerazione da ultimo riportata è rimarcata da G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 354. Va tuttavia precisato che l'affermazione dell'implicazione del nesso causale nell'inadempimento viene in questa sede intesa nel senso di esonerare il creditore (danneggiato) dalla relativa prova, e non nel senso di ritenere che un problema di causalità materiale non si ponga affatto. D'altro canto, argomentare diversamente, e cioè sostenere che nell'inadempimento dell'obbligazione di diligenza professionale non emerga un problema pratico di causalità materiale e danno evento, vorrebbe dire riconoscere che oggetto della prestazione è lo stato di salute in termini di guarigione o impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie, come autorevolmente sostenuto da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, cit., p. 189, secondo cui «ciò che si attende dal debitore, affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio a un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo. Tipica l'obbligazione del medico. Ma il risultato dovuto, ossia il termine finale dell'obbligazione, non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire: in breve, una buona cura. La guarigione o l'impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie dipendono troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato perché possano essere dedotte in obbligazione. *Il medico può soltanto mettere in essere alcune condizioni necessarie o utili per promuovere il risanamento dell'infermo: ma la riuscita della cura esige purtroppo la presenza di altri elementi, sui quali il medico non ha potere* (il corsivo è nostro)».

⁽²³⁰⁾ V. *supra*, § 2.4.

⁽²³¹⁾ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., pp. 730-731, il quale richiama gli insegnamenti di C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 89-90, secondo cui «la causalità di (fondazione della) responsabilità [...] mentre si attaglia al fatto illecito, fornendo la necessaria struttura portante al criterio di imputazione, non ha nulla da dire nella responsabilità contrattuale, nella quale, se vogliamo ancora usare il vecchio linguaggio (ampiamente impreciso perché l'inadempimento come pura mancanza dell'adempimento sul piano della realtà è un non evento), la questione non è di causalità del fatto bensì di causalità dell'evento. Poiché la responsabilità contrattuale nasce dall'inadempimento, e questo è pura valutazione di

Eventuali effetti deflagranti della teoria del duplice ciclo causale (laddove non si intendesse nei termini indicati la prova incombente sul medico/debitore) potrebbero rinvenirsi in ordine all'effettivo riparto del rischio della c.d. causa ignota che, a leggere le argomentazioni della sentenza Scoditti, dovrebbe equamente ripartirsi a seconda del soggetto onerato di fornire lo specifico segmento di prova del nesso causale così come teoricamente strutturato dalla sentenza in commento.

Ebbene, in termini pratici, il paziente/creditore potrebbe correre il rischio di non essere soddisfatto nella sua esigenza di tutela a fronte di un danno provato nel suo ammontare e un inadempimento allegato e mai smentito dal debitore ⁽²³²⁾.

Per converso, potrebbe non essere vero il contrario. Onerare il debitore di provare di aver posto in essere una condotta attiva e/o omissiva non causalmente riconducibile alla mancata soddisfazione dell'interesse finale della controparte non significa infatti far ricadere su di lui il rischio della c.d. causa ignota: una volta che il debitore prova di aver posto in essere ogni comportamento previsto dalla scienza medica per quella patologia, egli non potrebbe essere ritenuto responsabile anche se l'interesse del paziente non venisse soddisfatto per una causa che resta al di fuori della sfera di controllo del medico.

non conformità al *vinculum iuris*, tutto quello che sta prima di esso è neutro: quel che si tratta di stabilire è se inadempimento vi sia stato; e soltanto una volta stabilito l'inadempimento, si pone la questione circa la rilevanza dei fatti conseguenti in funzione di delimitazione del danno risarcibile». In senso critico rispetto all'impostazione dogmatica che vuole che la prova di un diverso decorso causale del danno rispetto a quello prospettato in astratto nell'allegazione dell'attore possa essere equiparata all'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore si vedano N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 334, secondo cui il nostro sistema di responsabilità per inadempimento prevede una sola causa di esonero da responsabilità che, segnando il limite dell'obbligazione delimita pure la responsabilità del debitore, impedendo che questi possa essere considerato inadempiente; A. PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *I contratti*, 2020, p. 349 ss., secondo cui l'impossibilità di cui parla l'art. 1218 c.c. presenta caratteri di eccezionalità che non condividerebbero la medesima *ratio* della causa alternativa o nella concausa prevalente le quali consistono in fatti in un certo senso «coerenti con la distanza eziologica che separa la conseguenza dannosa della condotta protettiva del debitore».

⁽²³²⁾ In questo senso E. LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, in *Eur. e dir. priv.*, p. 277 ss.

In altri termini, se la prova liberatoria non venisse intesa come comprensiva anche della possibilità di attestare una causa alternativa reale della modificazione soggettiva della sfera del creditore oppure una concausa prevalente rispetto alla sua condotta ⁽²³³⁾, l'onere probatorio del debitore dovrebbe appunto sostanziarsi nel solo onere di provare che non vi è stato un comportamento tecnico riconosciuto dalla scienza medica come condotta dovuta, potendo così egli non essere ritenuto responsabile a prescindere dall'individuazione della causa ostativa alla soddisfazione dell'interesse del paziente, in quanto appunto ignota.

La seconda puntualizzazione, per converso, è che solo in ambito extracontrattuale l'incertezza provocata dall'accertamento sul piano della causalità individuale di una pluralità di fattori causali alternativi alla condotta del danneggiante oppure la prova di concause da sole sufficienti a determinare l'evento ai sensi dell'art. 41, secondo comma, c.p., incidono sull'affermazione della responsabilità e, dunque, gravano sul danneggiato, essendo proprio queste le risultanze che escludono eventualmente la responsabilità per insufficiente o mancata prova dell'elemento costitutivo del nesso causale ⁽²³⁴⁾. Il fattore causale alternativo o il fattore causale prevalente restano, da un punto di vista strettamente giuridico, confinate al solo ambito extracontrattuale in quanto cause esterne non solo alla sfera del debitore ma addirittura all'area della doverosità del rapporto nella sua componente sia attuativa che conservativa del

⁽²³³⁾ Lo ribadisce F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 559.

⁽²³⁴⁾ F. PIRAINO, *op. ult cit.*, p. 719. Cfr. E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit., secondo cui la causalità attiene al collegamento naturalistico di elementi accertato sulla base delle cognizioni scientifiche o più semplicemente logiche. L'imputazione corrisponde invece all'effetto giuridico che la norma collega ad un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore. Si sostiene pertanto che «L'inadempimento nella responsabilità contrattuale e la colpa o il dolo in quell'aquiliana si collocano evidentemente dal lato dell'imputazione. L'aggregazione di dati oggettivi, congiunti l'un l'altro dal nesso funzionale di causa/effetto, resta indifferente rispetto alla qualificazione della condotta sulla base del parametro di valutazione (contrattuale o aquiliano) ed inerisce al piano, neutrale dal punto di vista delle connotazioni di valore, della meccanica naturalistica. Il nesso eziologico opera su un piano diverso da quello valoriale della colpa o dell'inadempimento, perché inerisce alla connessione puramente naturalistica. Ciò che deve accertarsi è l'oggettiva idoneità di una condotta, intesa nella sua materialità e scevra da qualificazione di valore, a determinare un evento».

vincolo obbligatorio. Ciò a meno che tali cause esterne non rientrino proprio nell'oggetto dell'obbligazione sotto forma delle specifiche cause di danno che la condotta debitoria è tenuta a scongiurare ⁽²³⁵⁾.

Ebbene, sotto un più ampio punto di vista, l'orientamento del doppio ciclo causale non solo si rivela fallace in quanto predicativo di regole incompatibili con la struttura del diritto delle obbligazioni e dell'inadempimento giusta la scarna premessa concettuale a sostegno dell'imposizione dell'onere di provare la causalità materiale al creditore-danneggiato ma anche perché, pur volendone avallare una doppia valenza "costitutiva", non si vede come il tema di prova in questione possa realmente essere suscettibile di una tale «frammentazione», trattandosi pur sempre di comprendere ed accertare se l'evento dannoso subito dal paziente sia causalmente e, quindi, *unitariamente* riconducibile al comportamento dell'asserito responsabile ⁽²³⁶⁾.

In questo senso, la prova del nesso causale verrebbe tradita nella sua intrinseca connotazione fattuale, alla luce del soggetto onerato di fornire la relativa prova.

Alla luce di quanto detto, non può non realisticamente osservarsi come l'orientamento del doppio ciclo causale sembra riproporre un ritorno al regime del riparto degli oneri probatori proprio della giurisprudenza anteriore al 1978 ⁽²³⁷⁾ e cioè a quell'orientamento che, qualificando la responsabilità del sanitario

⁽²³⁵⁾ Così F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 736, il quale riporta l'esempio della prestazione sanitaria consistente nel compimento di prove allergiche finalizzate a identificare le reazioni a determinate sostanze chimiche e, nella specie, dell'esame inesatto, che non censisce alcune forme allergiche e, dunque, determina conseguenze dannose per la salute del paziente provocate da shock anafilattico. È indubbio che la lesione della salute sia provocata in via diretta dall'assunzione della sostanza ma la prevenzione di tale fattore causale era incluso proprio nell'oggetto del vincolo obbligatorio del medico.

⁽²³⁶⁾ In questo senso v. G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 345 ss., secondo cui, trattandosi pur sempre di comprendere se la causa dell'evento dannoso subito dal paziente sia o meno e, aggiungiamo noi, in che misura, da individuarsi nel comportamento del debitore, una differente indicazione del soggetto che è onerato di fornire tale prova non potrebbe ragionevolmente dipendere dalla diversità del fatto di cui si ricerca l'efficienza causale; ciò in quanto «l'esistenza di "sequenze causali alternative" non è un dato che si dia *ex ante*, ma è semmai il risultato (come tale conoscibile solo *ex post*) dell'accertamento causale (unico) che deve essere compiuto».

⁽²³⁷⁾ Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141 cit. Affermazione smentita da E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017*, cit., p. 12, il quale appunto muove dall'esigenza, propria dell'orientamento giurisprudenziale in esame, dell'onere di

in termini aquiliani, si faceva portatore di uno schema di riparto degli oneri probatori fedele al combinato disposto tra gli artt. 2043 e 2697 c.c. ⁽²³⁸⁾. Peccato che la giurisprudenza in esame muova da un presupposto totalmente diverso, e cioè dalla natura contrattuale del professionista sanitario ⁽²³⁹⁾.

Si tratta allora di verificare se l'indirizzo di cui si è appena dato conto meriti le critiche che gli sono state mosse alla luce del suo consolidamento nella successiva giurisprudenza di legittimità ⁽²⁴⁰⁾ che, come ora vedremo, si è preoccupata di avallare il regime del doppio ciclo causale in ordine alla prova della causalità materiale sulla scorta di un più articolato percorso argomentativo, volto a tener conto di alcuni dei rilievi mossi dalla dottrina.

La presa in carico di una più articolata e argomentata sistemazione dell'orientamento che addossa al creditore la prova del nesso di causalità materiale è avvenuta ad opera di due sentenze gemelle emesse dalla Suprema

creditore della prova del nesso causale nella responsabilità contrattuale medica. E sostiene che il "sistema" si sviluppa secondo una distribuzione degli oneri probatori in capo al debitore a seconda che quest'ultimo eccipisca una speciale difficoltà dell'intervento o meno, della sua natura routinaria, se vi è stata una programmata incertezza del risultato o se è ravvisabile una causa ignota. Un sistema a nostro avviso sin troppo rigido nell'imporre una dialettica processuale *a priori* articolata.

⁽²³⁸⁾ D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., p. 696 ss.; G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 345; A. P. MIRABELLI DI LAURO, *La terza sezione e la strana dell'inadempimento...extracontrattuale per colpa*, cit., p. 248 ss.

⁽²³⁹⁾ R. PARDOLESI, M. MAGLIULO, *Pluralità di nesso di causa e pazienti allo sbaraglio*, cit. p. 256 ss. Laddove invece il sistema di diritto civile dell'inadempimento fosse stato realmente applicato, allorché il debitore non fosse riuscito a superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c., fornendo la relativa prova liberatoria nel senso argomentato nel testo, l'unico problema che si sarebbe posto sarebbe stato quello della c.d. causalità giuridica, e cioè della quantificazione dell'entità del danno risarcibile. È tuttavia legittimo dubitare che questa valutazione dei danni consequenziali risarcibili appartenga in effetti al *genus* dei giudizi causali. In questo senso si vedano A. BELFIORE, *Il binomio "causalità giuridica-causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 117 ss.; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 420; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 181 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 87 ss.; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., pp. 81-153 ss.; A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, cit., p. 7 ss.; G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 405 ss.

⁽²⁴⁰⁾ V. *supra*, nota 226.

Corte il giorno di San Martino del 2019 ⁽²⁴¹⁾, quali Cass. n. 28991/2019 ⁽²⁴²⁾ e Cass. n. 28992/2019 ⁽²⁴³⁾. In una più ampia visuale, l'intento che le accomuna

⁽²⁴¹⁾ Si elencano, di seguito, le sentenze San Martino, al netto di quelle che verranno esaminate nel testo. Cass. 11 novembre 2019, n. 28985, in *Corr. giur.*, 2020, p. 348 ss., con nota di G. FACCI, *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*; in *Danno e resp.* 2020, p. 11 ss. con nota di S. CACACE, *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019*. Con tale sentenza si è voluto rimarcare, in tema di consenso informato, che la violazione dell'obbligo informativo si rivela essere una condotta giuridicamente rilevante, in quanto lesiva del diritto all'autodeterminazione del soggetto. Si è sostenuto che la sola prova di tale condotta omissiva non sarebbe di per sé sufficiente ad assolvere alla prova dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria, occorrendo dimostrare, oltre alla lesione del diritto, quale sia stata la conseguenza pregiudizievole in concreto derivata nonché l'incidenza causale della lesione del diritto all'autodeterminazione sulla conseguenza dannosa successivamente allegata. A tal proposito la soluzione del riparto dell'onere probatorio deve procedere secondo l'applicazione del criterio di vicinanza della prova, per cui, a fronte di un'indicazione terapeutica necessaria data dal medico, è il paziente che deve dimostrare che non avrebbe voluto sottoporsi alla cura; Cass. 11 novembre 2019, n. 28986, in *Danno e resp.*, 2020, p. 27 ss., con nota di D. AMRAM, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019*. Con tale pronuncia i giudici di legittimità hanno chiarito e meglio puntualizzato gli aspetti giuridici connessi all'individuazione dei pregiudizi e al dimensionamento delle conseguenze dannose, in relazione al possibile ruolo eziologico delle c.d. preesistenze, e cioè alle pregresse condizioni di salute del paziente. Il suo pregresso *status* può incidere sia sulla causalità materiale che sulla causalità giuridica: mentre nel primo caso la preesistenza eziologicamente rilevante va valutata unitamente alla causa umana concorrente, in quanto entrambi convergenti a determinare l'evento lesivo, nel secondo caso opera il principio di prossimità del danno all'evento lesivo, secondo un criterio logico per cui quanto più il danno appare contiguo rispetto alla lesione tanto più si giustifica la sua riferibilità all'evento lesivo; Cass. 11 novembre 2019, n. 28987, in *Corr. giur.*, 2020, p. 335 ss., con nota di F.A. MAGNI, *I limiti della rivalsa della casa di cura nei confronti del medico, prima e dopo la legge Gelli-Bianco (cuiuscommoda...)*; in *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 345 ss., con nota di A. D'ADDA, *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*; in *Danno e resp.*, 2020, p. 55 ss., con nota di A. D'ADDA, *I limiti alla rivalsa della struttura sanitaria sul medico (e del debitore sul proprio ausiliario): la Suprema Corte si confronta con il sistema della responsabilità civile*. La sentenza si occupa del tema della rivalsa della struttura sanitaria nella legge Gelli-Bianco, riguardata nell'ambito dello schema della responsabilità contrattuale propria della struttura sanitaria; Cass. 11 novembre 2019, n. 28988, in *Danno e resp.*, 2020, p. 65 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*. La pronuncia afferma il principio della personalizzazione del valore *standard* biologico solo in presenza di specifica prova e di ulteriori conseguenze anomale rispetto a quelle quantificabili sulla base dell'applicazione delle tabelle milanesi; Cass. 11 novembre 2019, n. 28989, in *www.professionegiustizia.it*, con commento di A. FORESTIERI, *La nuova responsabilità sanitaria: sul danno morale e parentale resta il divieto delle duplicazioni*. La sentenza si occupa dell'annosa questione della liquidazione del danno da perdita parentale, evidenziando come detta tipologia di danno debba comunque evitare che si determinino delle illegittime locupletazioni risarcitorie e che venga in qualche modo considerato, almeno sotto il profilo della liquidazione monetaria, in forma unitaria; Cass. 11 novembre 2019, n. 28990, in *www.rivistaeresponsabilitàmedica.it*, con commento di S. CORSO, *Sulla "retroattività dei nuovi criteri di valutazione del danno biologico nell'ambito della responsabilità medica*. La sentenza ha affermato l'immediata applicabilità dei criteri di liquidazione del danno biologico previsti dalla legge Balduzzi anche ai giudizi in corso, e anche relativamente a fatti lesivi commessi in data anteriore all'entrata in vigore della legge, fino a quando non venga effettuata la liquidazione del danno da parte del giudice; Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*,

alle altre pronunce emesse nello stesso contesto tematico e temporale è sicuramente quello di offrire una chiave di lettura univoca e ben argomentata in

2020, c. 197 ss., con nota di B. TASSONE, *La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione*. Tale pronuncia, in relazione alla nozione di perdita di *chance*, intende fare chiarezza in ordine alla sua corretta utilizzazione, venendo tale categoria concettuale e di danno troppo spesso usata come strumento per supplire al carente assolvimento dell'onere della prova in ordine al nesso di causalità materiale tra condotta terapeutica inesatta od omessa ed evento lesivo della salute. I giudici di legittimità identificano la perdita della *chance* medica in quell'evento lesivo consistente nella possibile incertezza del risultato favorevole, venendo quindi in rilievo la necessità per il paziente di provare il nesso di causalità materiale tra la condotta inadempiente e l'evento così configurato. Pertanto, l'inadeguatezza della prova causale viene ad essere superata attribuendo alla condotta terapeutica inesatta un'efficienza eziologica fittizia in relazione alla ipotetica percentuale ipotetica di possibilità che, in assenza dell'errore, essa avrebbe avuto di far conseguire al paziente il risultato favorevole.

⁽²⁴²⁾ Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, in *Giur. it.*, 2020, p. 35 ss., con nota di A. DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*. Il caso di specie riguardava il decesso di una paziente, avvenuto a poca distanza di tempo da un secondo intervento chirurgico all'addome e al quale i medici avevano ritenuto di non farne seguire un terzo. La consulenza tecnica d'ufficio espletata in primo grado, dopo avere escluso che la causa del decesso fosse stata la pancreatite (non di tipo emorragico), aveva evidenziato per un verso che una TAC all'addome, che pure sarebbe stato opportuno effettuare, non avrebbe fornito elementi decisivi ai fini dell'opzione di un nuovo trattamento chirurgico, per l'altro che, benché l'ipotesi di un terzo intervento chirurgico fosse stata da considerare, altrettanto valida era stata la scelta attendista dei sanitari, in quanto l'eventuale terzo trattamento chirurgico avrebbe realizzato *chances* di sopravvivenza quantificabili in misura di poco superiori al 40%, essendovi un elevatissimo rischio di mortalità perioperatoria. Sulla scorta di tali rilievi la Corte territoriale, quanto poi i giudici di legittimità, hanno escluso la responsabilità dei medici essendo stata ritenuta incerta la relazione causale tra le condotte dei sanitari e la morte, la cui causa è stata attribuita ad uno stato di shock e di insufficienza multiorgano.

⁽²⁴³⁾ Cass. 11 novembre 2019, n. 28992, in *Giur. it.*, con nota di A. PLAIA, *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico*. La fattispecie sottesa alla pronuncia riguardava il caso di un paziente la cui vicenda clinica trovava origine in un intervento di menistectomia totale al ginocchio sinistro, seguito dopo un anno da una artroprotesi totale. A distanza di sei anni dall'ultima operazione subita, il paziente lamentava una grave sepsi al ginocchio che si poneva però in una più stretta correlazione temporale con due interventi di sinoviectomia nonché con due ulteriori interventi, il primo di rimozione della protesi settica ed il secondo di impianto di una nuova protesi. La Corte territoriale rigettò l'appello ritenendo che sia nel caso di responsabilità extracontrattuale che nel caso di responsabilità contrattuale incombeva sull'attore l'onere della prova del nesso di causalità fra la condotta del sanitario e l'evento e che non solo l'onere non era stato assolto, ma dalla CTU era positivamente emersa l'assenza del nesso eziologico. In particolare, la sepsi da stafilococco non aureo, apparsa a sei anni di distanza dal primo intervento chirurgico, non era stata ritenuta attribuibile alla protesizzazione del ginocchio sinistro, non essendo state documentate complicanze infettive in sede di intervento. Era da escludere che l'insorgenza della sepsi con setticemia fosse stata causata dagli interventi di artrocentesi e dalla veicolazione dello stafilococco mediante uno strumento chirurgico non adeguatamente sterilizzato in quanto la complicanza infettiva era limitata ai tessuti molli superficiali del ginocchio, facilmente debellata con il trattamento antibiotico ed insorta nonostante la corretta applicazione dei protocolli di profilassi infettiva in ambito ortopedico, sulla quale aveva verosimilmente inciso lo stato diabetico del paziente; inoltre, i ripetuti episodi di tenosinovite erano riconducibili ad un complesso clinico-patologico a carattere neoplastico benigno ad insorgenza spontanea.

funzione dell'obiettivo di prevedibilità e certezza degli indirizzi giurisprudenziali ⁽²⁴⁴⁾.

Con le sentenze in esame la Suprema Corte da un lato ribadisce che l'elemento causale materiale è un elemento immanente sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale, ma dall'altro è pronta ad ammettere che nella generalità delle fattispecie contrattuali la causalità non assume un rilievo autonomo, a differenza di quel che accade in sede di responsabilità extracontrattuale ⁽²⁴⁵⁾. E su un piano diverso colloca la dimensione soggettiva dell'imputazione: questa corrisponde null'altro che all'effetto giuridico che la norma collega ad un certo comportamento sulla base di un criterio di valore, che è rappresentato dall'inadempimento nella responsabilità contrattuale e della colpa o dal dolo in quella extracontrattuale ⁽²⁴⁶⁾.

Ne consegue che, se l'inadempimento esibisce un'intrinseca connotazione eziologica, tema di prova del creditore dovrebbe riguardare il solo profilo della causalità giuridica, essendo onere del debitore provare di aver

⁽²⁴⁴⁾ Così E. IANNELLO, *L'onere della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in www.giustiziasieme.it; V. F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 170, secondo cui si pone l'esigenza di verificare se «su tali basi rinnovate la regola probatoria relativa alla causalità materiale proposta dall'orientamento in esame si riveli meno fragile e infondata di quanto non lo sia apparsa in passato».

⁽²⁴⁵⁾ V. Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit., ove, in motivazione, si specifica che il tratto distintivo della responsabilità contrattuale risiede nella «premessa della relazionalità, da cui la responsabilità conseguente alla violazione di un rapporto obbligatorio». Il danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione non richiede la qualifica dell'ingiustizia, che si rinviene nella responsabilità extracontrattuale, e ciò in quanto l'interesse leso in caso di mancata attuazione del rapporto obbligatorio non configura, per diversità di natura, un interesse meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico, come avviene per il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. bensì alla corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione: «se la soddisfazione dell'interesse è affidata alla prestazione che forma oggetto dell'obbligazione vuol dire che la lesione dell'interesse, in cui si concretizza il danno evento, è cagionata dall'inadempimento». Specularmente si sostiene che la causalità materiale, pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento per la differenza fra eziologia ed imputazione, non è praticamente separabile dall'inadempimento, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento. Secondo i giudici di legittimità «[...] la causalità acquista qui autonomia di valutazione solo quale causalità giuridica, e dunque quale delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.)». Ma tali esiti, come diremo nel testo, sono provvisori, quantomeno rispetto all'ambito su cui si sta indagando.

⁽²⁴⁶⁾ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit. Ciò chiaramente non vale nei casi imputazione oggettiva dell'evento in sede di responsabilità civile.

adempito o che l'inadempimento che ha reso impossibile la prestazione sia dipeso da causa ad esso non imputabile. In tal senso la Corte sostiene che non sussisterebbe un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale in quanto «allegare l'inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento» ⁽²⁴⁷⁾.

Tuttavia, ed è questo forse il vero *punctum dolens* delle sentenze gemelle, l'assunto che nella responsabilità contrattuale non vi sia bisogno di parlare di nesso causale è vero solo nei limiti in cui lo si riferisca al modello di obbligazioni che il codice del 1942 assumeva a modello, vale a dire alle obbligazioni di dare e di fare professionale con risultato predeterminato. In quest'ultima categoria sarebbe rinvenibile una sottospecie di obbligazioni, definite "di diligenza professionale", rispetto alle quali la causalità materiale tornerebbe a confluire nella dimensione di un necessario accertamento (in positivo) quale elemento costitutivo della pretesa attorea.

In particolare, si sostiene che in tale categoria di obbligazioni non vi sarebbe coincidenza tra risultato dovuto e interesse del creditore: l'interesse creditorio che rileva ai fini della determinazione dell'oggetto dell'obbligazione avrebbe una funzione strumentale rispetto al c.d. interesse primario, e cioè all'interesse sostanziale che ha determinato l'agire del creditore ma che, non per questo, risulta privo di rilevanza ⁽²⁴⁸⁾. Esso si palesa sul piano del motivo comune rilevante al livello della causa del contratto, sicché non vi è obbligazione di diligenza professionale del medico se non in vista del risultato della guarigione della malattia ⁽²⁴⁹⁾.

⁽²⁴⁷⁾ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit. a sostegno di quanto sostenuto, il fatto che la causalità materiale si iscriva anche nella dimensione della responsabilità contrattuale troverebbe una testuale conferma nell'art. 1227 c.c., primo comma, che disciplina il fenomeno della causalità materiale in relazione al profilo del concorso del fatto colposo del creditore.

⁽²⁴⁸⁾ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit.

⁽²⁴⁹⁾ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit., secondo cui «Se l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario del creditore, causalità ed imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale (e non solo su quello strutturale) perché il danno evento consta non della lesione dell'interesse alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, ma della lesione dell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato. La distinzione fra interesse strumentale, affidato alla cura della prestazione oggetto di obbligazione, ed interesse primario emerge nel campo delle obbligazioni

Sulla base di tale quadro concettuale sono state poste le basi che hanno permesso di avallare la teoria del duplice ciclo causale.

È stato infatti affermato che dato che il danno evento nelle obbligazioni di diligenza professionale riguarda, come si è detto, non l'interesse corrispondente alla prestazione ma l'interesse presupposto e il danno evento riguarda l'interesse che sta fuori dal perimetro del rapporto strettamente obbligatorio ma che in qualche modo è ad esso collegato, la causalità materiale non è praticamente assorbita dall'inadempimento ⁽²⁵⁰⁾. Una sua allegazione non significa allegare anche il danno evento, non essendo questo necessariamente collegabile alla violazione delle regole di diligenza professionale e che, solo per questo, non potrebbe avere un'intrinseca attitudine causale alla produzione dello stesso ⁽²⁵¹⁾.

Ed ecco che il problema si sposta sul riparto degli oneri probatori, per cui «il creditore ha l'onere di allegare la connessione puramente naturalistica fra la

di diligenza professionale. La prestazione oggetto dell'obbligazione non è la guarigione dalla malattia o la vittoria della causa, ma il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore. Il danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie attinge non l'interesse affidato all'adempimento della prestazione professionale, ma quello presupposto corrispondente al diritto alla salute». Nello stesso senso in dottrina v. F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, cit., secondo cui l'inadempimento non può essere connesso alla prestazione (in se stessa, e cioè relativa alla realizzazione dell'interesse strumentale); il paziente che invece lamenta il danno per la mancata realizzazione dell'interesse presupposto (ossia la guarigione completa) non potrebbe essere esonerato dalla prova della causalità materiale, che consenta di ricondurre il danno lamentato all'assenza o insufficienza di diligenza professionale. In senso critico v. A. P. MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., p. 71 ss., il quale rileva la contraddittorietà delle argomentazioni della Corte allorquando questa, pur affermando che l'interesse primario integrerebbe la causa del contratto ma non la prestazione oggetto dell'obbligazione, finisce poi con l'affermare che non c'è obbligazione di diligenza professionale del medico se non in vista, per entrambe le parti, del risultato della guarigione dalla malattia. In senso altresì critico v. F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 559 ss.

⁽²⁵⁰⁾ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit.

⁽²⁵¹⁾ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit. Secondo i giudici di legittimità, argomentare diversamente, e cioè sostenere che anche nell'inadempimento dell'obbligazione di diligenza professionale non emerga un problema pratico di causalità materiale e danno evento, vorrebbe dire implicitamente riconoscere che oggetto della prestazione è lo stato di salute in termini di guarigione o impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie, ma ciò non è perché il parametro per valutare se c'è stato inadempimento dell'obbligazione professionale è fornito dall'art. 1176 c.c., comma 2, il quale determina il contenuto della prestazione in termini di comportamento idoneo per il conseguimento del risultato utile.

lesione della salute, in termini di aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie, e la condotta del medico e, posto che il danno evento non è immanente all'inadempimento, ha anche l'onere di provare quella connessione, e lo deve fare sul piano meramente naturalistico sia perché la qualifica di inadempimento deve essere da lui solo allegata, ma non provata (appartenendo gli oneri probatori sul punto al debitore), sia perché si tratta del solo profilo della causalità materiale, il quale è indifferente alla qualifica in termini di valore rappresentata dall'inadempimento dell'obbligazione ed attiene esclusivamente al fatto materiale che soggiace a quella qualifica»⁽²⁵²⁾.

Tuttavia, a fronte delle precisazioni nonché dei nuovi argomenti adottati dalle esaminate sentenze San Martino a sostegno dell'orientamento del duplice ciclo causale, altre considerazioni critiche si sono aggiunte a quelle già sviluppate, innestandosi soprattutto sul profilo teorico-sostanziale della rinnovata collocazione dell'elemento causale e solo incidentalmente afferenti ai profili più specificamente processualistici⁽²⁵³⁾.

⁽²⁵²⁾ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit.

⁽²⁵³⁾ Si critica, ancora una volta, la commistione dei profili e dei paradigmi propri della responsabilità extracontrattuale con quella contrattuale e il confinamento della causalità materiale al di fuori dell'inadempimento e all'interno del criterio di imputazione oggettiva, predittivi dell'attribuzione al paziente della prova del nesso di causalità materiale nonché del rischio della causa ignota. In questo senso si vedano R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, in *Foro. It.-Gli speciali, Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, R. Pardolesi (a cura di), 2020, c. 136 ss.; R. SIMONE, *Ombre e nebbia di San Martino; la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, *ibidem*, c. 210 ss.; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, *ibidem*, c. 150 ss.; A. DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, 2020, p. 37; U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, *ibidem*, p. 198 ss.; M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 195; 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, p. 307; ID., *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., p. 202 ss.; F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, *ibidem*, p. 162 ss.; N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, cit., p. 327; E. LABELLA, *Il nesso di causalità nelle «obbligazioni di diligenza professionale»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, p. 277; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., p. 75; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Prestazione professionale sanitaria e prova dell'inadempimento dell'obbligazione: tornare ai "mezzi" senza dirlo?*, in *ww.giustiziacivile.com*, 2020; A. PLAIA, *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale*

Sul piano dogmatico le più acute osservazioni si sono incentrate sulla valenza connotativa della distinzione tra obbligazioni di fare professionale e quelle di dare o di fare non professionale, riportando di fatto in vita la risalente dicotomia obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, evocata proprio tramite il riferimento alle obbligazioni di «diligenza professionale» e volta ad erigere una differente distribuzione della causalità materiale nelle due categorie di obbligazione ⁽²⁵⁴⁾. Si sostiene infatti che l'estensione a tutte le obbligazioni di *facere* professionale della caratteristica del risultato determinabile *a posteriori*, come se questo fosse un elemento connaturato all'attività libero professionale, è invero priva di fondamento in quanto la qualificazione dell'obbligazione come dotata di un risultato determinato o determinabile solo *ex post* non è altro che il risultato della concreta analisi delle caratteristiche del vincolo obbligatorio nonché, e ancora prima, del vincolo contrattuale da cui questo discende ⁽²⁵⁵⁾.

del medico, in *Giur. it.*, 2020, p. 1327; ID., *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, cit., p. 341 ss.

⁽²⁵⁴⁾ In questo senso E. LABELLA, *op. ult. cit.*, p. 277 ss.; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *op. ult. cit.*; N. RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 327 ss. Si vedano altresì F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 180, il quale critica il ruolo che la Corte avrebbe riconosciuto alla riscoperta distinzione nella misura in cui questa viene ad essere utilizzata per prefigurare una differente distribuzione della prova della causalità materiale nelle due categorie di obbligazione; G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, cit., p. 1354 ss.; ID., *Il rischio della «causa ignota» nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 356 ss., il quale, pur riconoscendo valenza alla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi non si spinge fino al punto di accordarle un'attitudine probatoria in punto di riparto dell'onere della causalità materiale, in quanto volta solo ad istituire un sistema di presunzioni che conduce ad una diversa dislocazione del rischio della causa ignota del danno; A.M. BENEDETTI, *Verso una «medicalizzazione» della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, cit., secondo cui il carattere professionale della prestazione non può plasmare una responsabilità contrattuale a propria immagine e somiglianza, men che meno se essa finisce, con un effetto paradossale, con il favorire il debitore professionista a danno del creditore. Cfr., in termini più generali, A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 17, il quale sembra intendere la responsabilità sanitaria come una sorta di forma mista di responsabilità, attingendo elementi soprattutto da quella extracontrattuale piuttosto che da quella contrattuale, e ciò troverebbe ragione nella genericità del contratto e/o contatto tra medico e paziente e, all'opposto, nella complessità della prestazione medica, della quale, in tema di responsabilità, vanno ricostruiti, in via oggettiva, tutti i passaggi, a prescindere dal rapporto contrattuale con il paziente.

⁽²⁵⁵⁾ In tal senso si vedano F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., p. 189; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di «assestamento»*, cit., p. 358 ss.

D'altro canto le obbligazioni di fare professionale implicano per il debitore di porre in essere un comportamento che presuppone una certa conoscenza scientifica, tecnica e/o esperienziale del relativo ambito di appartenenza professionale, ma questo non significa che anche tali ambiti non siano percorsi da «variabili superiori a quelle che possono incidere su qualunque altra attività umana deducibile in obbligazione»⁽²⁵⁶⁾. Sicché escludere che anche in tali casi si possa aprioristicamente stabilire l'utilità finale dell'impiego del sapere professionale non farebbe altro che erigere, anche sotto questo punto di vista, un regime privilegiato per i debitori-professionisti intellettuali. Ed è proprio questo che le sentenze San Martino intendono fare allorquando ritagliano un autonomo spazio alle obbligazioni di diligenza professionale prima sotto il profilo dell'oggetto del vincolo poi sotto quello del nesso di causalità materiale⁽²⁵⁷⁾.

Si è quindi più specificamente osservato come il tema di prova in materia di causalità, in quanto unico ed unitario, non possa atteggiarsi diversamente nelle obbligazioni di mezzi e modellarsi poi secondo il riparto proprio della responsabilità extracontrattuale. Si pone cioè la necessità di abbandonare l'erronea divisione delle obbligazioni in categorie dogmatiche e di adottare una prospettiva unitaria del rapporto obbligatorio e delle relative regole di responsabilità contrattuale, anche nei casi di possibile indeterminatezza iniziale del risultato dell'obbligazione⁽²⁵⁸⁾. Con ciò rendendosi per altra via

⁽²⁵⁶⁾ Così F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 191. Nello stesso senso v. E. LABELLA, *op. ult. cit.*, p. 277 ss., secondo cui è vero che vi sono obbligazioni in cui la soddisfazione dell'interesse alla prestazione non coincide con quello primario ma non per questo tali obbligazioni rispondono ad una differente disciplina in punto di inadempimento. Vi sono infatti delle obbligazioni in cui il raggiungimento del risultato voluto dal creditore e corrispondente all'interesse primario non dipende solo dall'esatta e corretta esecuzione della prestazione a cui ha diritto il creditore, mentre vi sono altre obbligazioni in cui l'esatta o corretta esecuzione alla prestazione determina di per sé il conseguimento dell'*utilitas* voluta sempre dal creditore. Sicché l'obbligazione, sempre tesa al raggiungimento di un risultato finale, che anche se può non coincidere con l'interesse primario (così anche L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 146) è pur sempre ricompreso nel perimetro dell'obbligazione.

⁽²⁵⁷⁾ F. PIRAINO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽²⁵⁸⁾ N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, cit., p. 327 ss., secondo cui la differenza, che in effetti è strutturale, e che può trarre in inganno, tra l'obbligazione della struttura sanitaria e qualunque altra obbligazione di dare o fare, attiene piuttosto all'atteggiarsi del danno tipicamente legato all'attività che è oggetto dell'obbligazione. A tal proposito si argomenta che mentre nelle obbligazioni di dare o

inaccettabile anche il presunto doppio ciclo causale in quanto l'esistenza di cause alternative non è un dato che si dà *ex ante* ma il risultato dell'(unico) *accertamento* causale che deve essere compiuto ⁽²⁵⁹⁾.

Altro punto problematico dei nuovi argomenti svolti nelle sentenze del 2019 qui in esame è la compiuta identificazione, nell'ambito delle obbligazioni di *facere* professionale dell'oggetto della prestazione con il perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore. Sulla scorta dell'art. 1174 c.c. l'interesse del creditore è infatti solo quello cui corrisponde la prestazione oggetto dell'obbligazione; sicché l'eventuale bene giuridico sotteso a questo interesse potrebbe semmai rilevare nel diverso contesto della causa del contratto, ma non può incidere sull'accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale (che è e deve rimanere unitaria) e, conseguentemente, sulla ripartizione dell'onere della prova che con essa si accompagna ⁽²⁶⁰⁾.

Alla luce di quanto esposto è certamente fondata l'osservazione per cui l'attuale giurisprudenza sull'onere della prova del nesso causale delinea un assetto di regole che, nell'operare in maniera così incisiva sul terreno della

fare il danno è intrinsecamente collegato al concreto non dare e non fare, di cui rappresenta la valutazione economica e non un evento distinto dall'inadempimento, nel rapporto di cura, il danno alla salute, quale pregiudizio caratteristico di tale rapporto, è necessariamente manifestazione di un evento successivo all'inadempimento. Il diverso atteggiarsi del danno che è tipicamente legato all'oggetto del tipo di obbligazione che viene in rilievo è semplicemente il riflesso di una complessiva valutazione della realtà da regolare e dei precetti e principi che la normano.

⁽²⁵⁹⁾ G. D'AMICO, *op. e loc. ult. cit.*; L. NIVARRA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, cit., p. 277 ss., secondo cui il giudizio di responsabilità è unitario e si svolge allo stesso modo, avviandosi con l'allegazione dell'inadempimento e la prova del danno sofferto da parte del creditore e proseguendo con l'accertamento del debitore di aver correttamente eseguito la prestazione secondo quanto previsto dall'art. 1176 c.c. ovvero di non aver potuto prestare per impossibilità a lui non imputabile. Sicché tutte le obbligazioni sono di diligenza, senza che ciò si rifletta su una diversa disciplina in punto di prova del danno ovvero del nesso di causalità.

⁽²⁶⁰⁾ V. A.M. BENEDETTI, *Verso una "medicalizzazione" della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, cit. Nello stesso senso si vedano F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 181, secondo cui «il danno da inadempimento può commisurarsi all'interesse al miglioramento dello stato di salute o al contenimento degli effetti della patologia in quanto, e solo in quanto, quest'ultimo, nel singolo caso concreto e all'esito di una valutazione a posteriori che risalga a ritroso la condotta del debitore-medico, risulti dovuto e non già soltanto presupposto». Tale interesse, se esterno al perimetro dell'obbligazione, potrebbe rilevare ai predetti fini solo «in ragione della valorizzazione fattane dalla causa del contratto»; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, cit., p. 140.

causalità materiale, finisce per innalzare un argine che, nei fatti, potrebbe rivelarsi ancor più ampio di quello propugnato dalla legge Gelli-Bianco; legge che, a ben vedere, non riduce affatto (e, semmai, aumenta) la tutela del paziente nei confronti della struttura sanitaria o del medico che opera sulla base di un rapporto contrattuale ⁽²⁶¹⁾.

Ma se questo è vero, non si è mancato di osservare come le sentenze San Martino (il riferimento è, ovviamente, alle esaminate pronunce gemelle) possano essere guardate con favore sotto diversi punti di vista.

In primo luogo, nella parte in cui hanno riconosciuto l'assorbimento della causalità materiale nell'inadempimento, con conseguente onere del creditore di *allegare* il nesso di causalità materiale, in relazione però al solo schema classico delle obbligazioni di dare o di fare, e non anche di quelle di *facere* professionale o, per usare le parole della Corte, di «diligenza professionale» ⁽²⁶²⁾. Tale parziale riconoscimento in ordine all'intrinseca connotazione causale dell'inadempimento potrebbe in futuro portare la Corte a correggere ulteriormente il tiro attraverso il livellamento delle varie distinzioni dogmatiche in tema di obbligazioni. E ciò potrà avvenire solo attraverso il riconoscimento di un'irrinunciabile diversità tra la causalità nella responsabilità extracontrattuale quale elemento portante di quest'ultima e oggetto di prova a carico del danneggiato e causalità nella responsabilità contrattuale.

In secondo luogo, la questione del peculiare atteggiarsi dell'onere della prova del nesso causale in ambito sanitario potrebbe assumere una più limitata rilevanza da un punto di vista pratico rispetto a quello teorico (ove l'immanenza dei *dicta* delle sentenze San Martino è, come visto, innegabile) per avere il legislatore della Gelli-Bianco introdotto una condizione di procedibilità dell'azione di responsabilità sanitaria. Nella specie, l'art. 8, primo comma, della citata legge prevede che «Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice

⁽²⁶¹⁾ Rimarca questo aspetto G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 355.

⁽²⁶²⁾ In questo senso v. G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, cit., p. 153; F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 174.

civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'art. 696-*bis* del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente». Tale condizione di procedibilità si affianca, sebbene non in forma cumulata, bensì in via alternativa, al ricorso al diverso strumento della mediazione obbligatoria ⁽²⁶³⁾.

Per quanto chiaramente emerge l'obiettivo del legislatore di definire sul piano tecnico-scientifico tutte le controversie in materia di responsabilità medica e sanitaria nell'ambito del procedimento precontenzioso di consulenza preventiva, rimane inalterata l'incertezza circa la concreta possibilità di raggiungerlo, anche considerando che le questioni fattuali da esaminare in sede preventiva spesse volte sono lungi dell'essere definite nel contesto di un compiuto *thema probandum*.

Tuttavia, in dottrina non si è mancato di sottolineare come, a fronte dell'introduzione della condizione di procedibilità ex art. 696-*bis* c.p.c.,

⁽²⁶³⁾ Per ragioni di completezza occorre dare brevemente conto delle principali novità di carattere processuale introdotte dalla riforma in quanto, oltre all'esperimento di un doppio "filtro" di procedibilità, si è altresì previsto: a) l'introduzione del giudizio di merito in caso di fallimento della fase conciliativa secondo il rito del procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis*ss. c.p.c. nell'ipotesi di utilizzo dell'accertamento tecnico preventivo; c) l'esperibilità dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria ovvero di quella dell'esercente la professione sanitaria, con conseguente litisconsorzio necessario, rispettivamente, della struttura o dell'esercente; d) l'esperibilità dell'azione di rivalsa da parte della struttura o dell'impresa di assicurazione nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, fermo restando il rispetto delle condizioni previste dalla legge; e) l'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa da parte del pubblico ministero contabile nei confronti dell'esercente la professione sanitaria dipendente dalla struttura sanitaria pubblica. Su tali profili si vedano M. RAGNI, *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 276 ss.; M. BOVE, *Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 398; M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 484 ss.; M. ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in A.D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Roma, 2017, p. 114 ss.; V. AMIRANTE, *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità*, in www.questionegiustizia.it; C. CONSOLO, P. BERTOLLINI, A. BUONAFEDE, *Il «tentativo obbligatorio di conciliazione» nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 763 ss.; R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1212 ss.; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 769 ss.; M. RUVOLO, S. CIARDO, *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it.

l'orientamento del duplice ciclo causale rischia di non assumere nel giudizio di responsabilità contrattuale un ruolo così cruciale dato che «al di là del descritto assetto degli oneri probatori, è in una fase stragiudiziale che si raccolgono le prove della condotta dei medici e delle possibili conseguenze di essa»⁽²⁶⁴⁾. Tale fase stragiudiziale, non essendo contenziosa, non farebbe rilevare i carichi probatori delle parti pur facendo emergere una fase istruttoria antecedente all'eventuale giudizio, ove il punto focale è rappresentato dal quadro medico-legale della questione da valutare nel suo insieme, giacché proprio su tutto il quadro clinico deve fondarsi il giudizio di responsabilità, anche sul versante del nesso di causalità⁽²⁶⁵⁾.

In terzo e ultimo luogo, anche il ricorso alla prova per presunzioni in talune fattispecie di responsabilità medica consente di superare, o quantomeno attenuare, le descritte perplessità in punto di aggravamento della posizione processuale del creditore della prestazione di cura.

Se, come visto nei precedenti paragrafi, vi sono ambiti in cui è rinvenibile in giurisprudenza una prospettiva settoriale in termini di presunzione del nesso eziologico⁽²⁶⁶⁾, nelle esaminate sentenze del 2019 è altresì rinvenibile un'insistita precisazione circa la possibilità, per il paziente di assolvere l'onere di provare il nesso causale anche a mezzo di presunzioni. Affermazione questa, scevra da qualsivoglia confinamento settoriale e rivolta, in una prospettiva omologante, alla generalità dei casi di responsabilità medica.

Sotto tale profilo le sentenze San Martino si pongono tuttavia in inevitabile contrasto con altra affermazione della stessa Corte di legittimità che, nella pronuncia n. 4020 del 2018⁽²⁶⁷⁾, sostiene che il nesso causale sarebbe null'altro che una costruzione logica anziché un fatto materiale e che, pertanto,

⁽²⁶⁴⁾ Così E. LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, cit., p. 295. Nello stesso senso v. R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, cit., p. 148, spec. nota 47.

⁽²⁶⁵⁾ Così Cass. 8 gennaio 2020, n. 122.

⁽²⁶⁶⁾ Il riferimento è soprattutto all'ormai consolidato orientamento in tema di negligente tenuta della cartella clinica nonché a quello in tema di prestazioni ad esito vincolato o con risultato predeterminabile. V. *supra*, § 2.4.

⁽²⁶⁷⁾ Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024, per cui v. Cap. IV, § 5.

l'affermazione dell'esistenza del nesso costituisce oggetto di un ragionamento logico-deduttivo.

Essendo in questo senso inteso, non si vede allora come possa il nesso causale ritenersi *provabile*, ed esserlo oltretutto, a fronte di cennate prospettive omologanti, tramite il ricorso al mezzo delle presunzioni, dal momento che la legge non pone alcuna limitazione al riguardo. Ritenere infatti, come afferma la citata pronuncia del 2018, che la causalità in quanto tale sia solo una relazione stabilita dall'uomo a posteriori tra due fatti e non una categoria a priori e che quindi l'espressione "prova del nesso causale" sia in realtà una «metonimia»⁽²⁶⁸⁾, esclude di per sé che si tratti di una categoria oggettivamente accertabile in quanto non preesistente a livello fattuale al giudizio (giuridico) di responsabilità.

La questione che si pone è quella quindi di comprendere se la prospettata inconciliabilità sia solo una contraddizione in termini o se piuttosto si tratti di un'incompatibilità tangibile da un punto di vista più strettamente sostanziale.

Concludere nel primo senso significherebbe valorizzare il dato per cui, se è vero che il nesso causale non è una categoria di fatto bensì di giudizio, è altrettanto vero che il provabile del nesso eziologico si riversa sui fatti materiali sui quali poi costituire il giudizio causale. Sicché la prova presuntiva di cui alle sentenze San Martino farebbe riferimento proprio ai fatti materiali che compongono il più ampio giudizio della sussistenza o meno del nesso causale.

Concludere invece nel secondo caso significherebbe avallare l'effettiva valenza non fattuale della nozione del nesso causale in quanto categoria giuridicamente rilevante e riferire esclusivamente a questo, piuttosto che ai suoi elementi costitutivi, la prova presuntiva, così da poter certamente concludere nel senso della prospettata inconciliabilità⁽²⁶⁹⁾.

⁽²⁶⁸⁾ Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024, cit.

⁽²⁶⁹⁾ Per la questione della definizione della nozione di nesso di causa ai fini della sua qualificazione come costruzione logica o piuttosto come fatto materiale, tale per cui sono per esso concepibili, nel primo caso, solo questioni di coerenza logica del ragionamento giuridico che giunge ad affermarlo o ad escluderlo, potendo, nel secondo caso, prospettarsi questioni di prova, si rinvia a Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024, cit. Basti per ora mettere in rilievo come il concetto di causa sia sempre stato connotato da una intrinseca componente interdisciplinare, variano a seconda del settore scientifico di cui costituiva oggetto di studio. Ciò ha fortemente

Ebbene, tali punti di possibile apertura ad un'attenuazione della rigidità della regola che addossa al creditore la prova del nesso causale, potrebbero tornare ad attualizzare, sebbene per ora solo timidamente, il meccanismo probatorio proposto dalle Sezioni Unite del 2008, ove la causalità del fatto era contenuta nella prova della prestazione sanitaria, sicché non poteva che incombere sul convenuto l'onere della prova liberatoria richiesta dall'art. 1218, senza travalicare i confini dei giudizi di responsabilità medica e senza quindi ridisegnare la fisionomia della responsabilità contrattuale.

Appare tuttavia opportuno evidenziare come anche la dottrina che più accuratamente ha criticato i recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità in punto di onere della prova del nesso causale ha finito poi col predicare anch'essa un qualcosa di più del solo onere di allegazione, sia pur solo con riferimento alle ipotesi di obbligazioni ove il risultato si rivela determinabile solo *ex post* ⁽²⁷⁰⁾. Con ciò annunciando regole di riparto dell'onere probatorio destinate, nel concreto, ad avvicinarsi alquanto agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità. In tal senso si è infatti sostenuto che nel caso dell'obbligazione sanitaria, la mutevolezza del risultato dipende non solo dal rispetto delle regole di condotta che riguardano la prestazione debitoria, ma anche con vari elementi di contesto, tra i quali spiccano certamente le condizioni psico-fisiche del paziente, il cui mutamento non può certamente essere individuato a priori ⁽²⁷¹⁾.

contribuito alla difficoltà di attribuirgli un significato preciso e sempre valido da un punto di vista ontologico-fattuale prima ancora che giuridico. Per comprendere la complessità dell'indagine, senza tuttavia lasciarsi per ora suggestionare negli esiti, si riporta il pensiero del filosofo statunitense C. S. PEIRCE, *Causalità e forza*, in G. Maddalena (a cura di), *Scritti scelti*, Torino, 2005, p. 339, secondo cui «coloro che sostengono che la causalità sia uno degli elementi *uralt* originari dell'universo o una delle categorie fondamentali del pensiero [...] devono spiegare un fatto molto strano. Vale a dire il fatto che le concezioni umane di Causa sono completamente diverse e contraddittorie fra loro a seconda del diverso stadio di cultura scientifica. Il grande principio della causalità, al quale si dice che si deve inevitabilmente credere, in un certo periodo della storia coincideva con una certa proposizione, con un'altra proposizione completamente diversa in un altro, e con una terza ancora per il fisico moderno. La sola che è rimasta [...] è il suo nome».

⁽²⁷⁰⁾ V. F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 559 ss.

⁽²⁷¹⁾ F. PIRAINO, *op e loc. ult. cit.*

Si prende pertanto in considerazione un aspetto di ordine strettamente empirico per arrivare a sostenere che in questo ambito non è dato ravvisare alcuna consecuzione automatica del danno all'inadempimento in sé per sé considerato, né viceversa di questo dal danno ⁽²⁷²⁾.

Di qui la considerazione per cui ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un inadempimento si rende necessario un ulteriore passaggio, essenzialmente volto a verificare se la modificazione subita dal creditore sia compatibile con l'operato del debitore, dovendo il giudizio di inadempimento arricchirsi sotto il profilo della violazione delle regole di prestazione. In tal modo, nel giudizio teleologico a posteriori «trova spazio una componente eziologica che, però, non si esplica su di un piano concreto, ossia su quello della prova della causalità, ma sul piano astratto e, per così dire, tipologico, ossia su quello della causalità generale» ⁽²⁷³⁾.

Ebbene, nella sistemazione di questa corrente dottrinale si fonda la considerazione per cui il paziente/creditore deve assolvere al proprio onere di allegazione dell'inadempimento, descrivendone la natura dannosa tramite il ricorso ad una legge di copertura. Ma ciò, si badi, non è funzionale a fondare un giudizio causale e non si traduce affatto in un'imposizione in capo al paziente di provare il nesso causale ⁽²⁷⁴⁾.

La ragione della suddetta impostazione dogmatica è ben compendiata nel pensiero della dottrina che la sostiene, secondo cui «se interpellare le regole della causalità generale mira a far emergere il carattere dannoso dell'inadempimento quando l'utilità finale dovuta è mutevole e dunque

⁽²⁷²⁾ F. PIRAINO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽²⁷³⁾ F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 555, ove ulteriormente si sostiene che la causalità generale rappresenta il piano ove si inserisce il giudizio di inadempimento in quanto, per asserirlo esistente, basta ricondurre la condotta del debitore sotto una legge generale di copertura, così da poter ricondurre o meno il tipo di danno a quelli del tipo lamentato dal paziente e poter quindi qualificare la condotta inesatta del debitore come un inadempimento contrattuale dannoso.

⁽²⁷⁴⁾ In questo senso v. R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale*, cit., p. 142, ove si sostiene che il creditore, dopo aver provato il titolo, è tenuto ad allegare l'inadempimento inteso come aggravamento delle patologie preesistenti o insorgenza di nuove, il mancato rallentamento del decorso inevitabile della malattia e, all'opposto, la mancata guarigione nonché la loro riconducibilità *in astratto* ad un inadempimento sanitario.

identificabile soltanto *a posteriori*, diviene difficile individuare la ragione per cui l'allegazione di un inadempimento dannoso risulti sufficiente nei giudizi di responsabilità relativi alle obbligazioni di dare o di *facere* non professionali [...] mentre diviene insufficiente in quelli concernenti le obbligazioni di *facere* intellettuale» (275).

Alla luce delle considerazioni svolte sembra emergere nuovamente il tentativo di voler introdurre un'articolata soluzione al problema causale nella responsabilità contrattuale medica. Ma questa volta la particolarità della disciplina medica, sebbene sembri affidata alla speciale categoria di obbligazioni di diligenza professionale, è a ben vedere il risultato di una più ampia riflessione sistematica che, nell'incapacità di assicurare concreta operatività al principio dell'assorbimento del nesso causale nell'inadempimento, ha di fatto penalizzato la posizione processuale del paziente.

(275) Così F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 555. In senso critico si veda A. PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, cit., p. 346 ss., secondo cui, al fine di scongiurare l'ipotesi in cui un enunciato fattuale solo allegato ma non provato possa essere ritenuto vero sulla base della mera connotazione eziologica dell'inadempimento, potrebbe prediligersi una regola di distribuzione della prova che faccia gravare sul paziente l'onere di provare che la condotta del medico avrebbe più probabilmente che non cagionato il danno. L'assunto teorico da cui muove l'A. è quello per cui non è concepibile l'affermazione della responsabilità del medico in presenza di una mera probabilità statistica, che è un dato scientificamente privo di significato se riferito ad un caso concreto. Ebbene secondo l'A. la criticata tesi dottrinale porterebbe all'inaccettabile risultato per cui, non raggiungendosi in giudizio la prova dell'assenza del nesso causale, l'azione verrebbe accolta sulla base della mera allegazione dell'inadempimento e dunque di un dato statistico non confortato da altri elementi di prova. L'ipotesi allegata dal paziente esigerebbe in realtà una conferma probatoria e ciò richiederebbe in capo ad esso un vero e proprio onere di prova del nesso causale, anche in ambito contrattuale. Tale critica sembra tuttavia non tenere conto che la tesi che ritiene sufficiente la mera allegazione del nesso causale da parte del debitore è chiara nell'affermare che l'allegazione dell'astratta compatibilità dell'inadempimento al danno lamentato non può fondare un giudizio causale, in quanto la causalità generale riveste solo una funzione esplicativa dell'idoneità della condotta debitoria a cagionare il danno lamentato. Nessuna commistione, dunque, tra causalità generale e causalità particolare in quanto, non essendo il nesso causale un elemento costitutivo della pretesa del paziente, la sua sussistenza o meno dipenderà dalla prova dell'esattezza della prestazione debitoria alla luce delle considerazioni che abbiamo già esplicito nel testo e alle quali pertanto si rimanda.

3. La causalità nelle malattie professionali. La presunzione di eziologia professionale delle malattie c.d. tabellate

L'accertamento del nesso causale, quale eminente problema di ricerca della prova, assume connotati peculiari nell'ambito della tutela previdenziale delle malattie professionali contratte nell'esercizio e a causa dell'attività lavorativa ⁽²⁷⁶⁾. La peculiarità che avvolge l'accertamento in *subiecta materia* deriva in larga misura dalla natura spiccatamente multifattoriale delle stesse, tale per cui l'accertata ricorrenza di malattie riconducibili a plurimi fattori di rischio, lavorativi, genetici o ambientali, riduce al minimo i casi in cui è possibile individuare malattie ad eziologia esclusivamente professionale ⁽²⁷⁷⁾.

⁽²⁷⁶⁾ V. PASCAZIO, *Tecnopatie tabellate, non tabellate o ad eziologia multifattoriale ed onere della prova*, in *Lavoro nella giur.*, 2018, p. 139 ss.; C. CARCHIO, *Ancora sulla prova del nesso causale nelle malattie multifattoriale*, *Lavoro nella Giur.*, 2017, p. 991 ss.; G.A. NORELLI, A. BONELLI, M. FOCARDI, V. PINCHI, *Rigore giuridico ed opportunità sociale nella valutazione della concausa di malattia professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 887 ss.; A. VARVARESSOS, *Riscontro epidemiologico e probabilità qualificata: nuove prospettive per l'accertamento in concreto dell'elemento causale nelle ipotesi di malattie non tabellate o ad eziologia multifattoriale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1563 ss.; P. CONTE, A. GOGGIAMANI, A. OSSICINI, *La denuncia/segnalazione delle malattie correlate al lavoro: una sintesi sull'attualità*, in *Riv. inf.*, 2009, p. 571; G. FONTANA, *'Causalità giuridica', ovvero l'arte di governare l'incertezza. Un caso emblematico: il dato eziologico nelle malattie professionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 33 ss.; V. DE VIRGILIO, *Le nuove frontiere delle malattie professionali. Tecnopatie e nuove prassi in tema di nesso di causalità*, in *Boll. Adapt*, 8 maggio 2010; R. FORTI, *Concorso di cause, professionali ed extraprofessionali, nelle malattie professionali tutelate dall'Inail*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 1126 ss.; S. SENESE, *Esposizione a rischio e nesso di causalità nelle malattie a genesi multifattoriale, relazione al seminario nazionale avvocati Inail 2006*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2007, p. 2 ss.; A. FIORI, *La causalità nelle malattie professionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 784 ss.; G. GIGLIO, *Malattia professionale non tabellata e onere della prova*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 195 ss.; C. SORGI, *Il nesso di causalità nelle malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2001, p. 1013 ss.; M. CINELLI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, Milano, 2000, *passim*; M. PERSIANI, *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, p. 1 ss.; ID., *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 1998, *passim*; G. ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 1992, *passim*; S. PICCININNO, *La tutela assicurativa delle malattie professionali alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 179 e n. 206/1988*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, p. 309 ss.

⁽²⁷⁷⁾ V. Circolare I.N.A.I.L. 6 febbraio 2006, n. 7876 bis, in www.inail.it, che individua nel carattere della multifattorialità della malattia professionale il punto nevralgico del suo accertamento processuale sul rilievo che, in base alle attuali conoscenze, l'assoluta certezza di origine esclusivamente lavorativa non può più essere più attribuita ad alcuna malattia professionale, per il cambiamento delle esposizioni lavorative e per le interazioni tra causa morbigena e suscettibilità individuale (principio della combinazione di multifattorialità e diversa sensibilità individuale).

Punto di partenza per l'analisi dei problemi interpretativi relativi alla prova del nesso di causalità in tale ambito d'indagine è l'individuazione della nozione di "malattia professionale", sulla quale il diritto è intervenuto con proprie autonome scelte di fondo e su cui la giurisprudenza ha condotto una corposa attività interpretativa, determinando anche in tale contesto una evidente divergenza tra normativa e prassi.

Il sistema nazionale di tutela delle malattie professionali è rinvenibile nel T.U. n. 1124 del 1965 che, nel disciplinare l'ambito di tutela assicurativa obbligatoria per le malattie professionali che siano state contratte nell'esercizio e a causa delle lavorazioni specificate nelle tabelle allegate ai relativi artt. 3 e 211, fonda, in punto di onere della prova del nesso causale, un sistema di tipo «presuntivo-tabellare». Il predetto T.U. limitatamente alle malattie e lavorazioni allegate al testo normativo, ne presume la pericolosità ed esonera il lavoratore dalla relativa prova, predeterminando il nesso causale necessario ai fini dell'individuazione della nozione di malattia professionale ⁽²⁷⁸⁾.

Pertanto, in relazione alle c.d. malattie tabellate, in applicazione del principio della presunzione legale d'origine, il lavoratore è assistito dalla presunzione che la malattia sia stata causata dal rischio specifico derivante dalla lavorazione riportata in tabella, e non da altri fattori a cui quella malattia pur poteva essere astrattamente ricondotta ⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁸⁾In generale sul T.U. citato nel testo v. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2016, p. 491 ss.; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2016, p. 311 ss.; A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005; G. ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., *passim*; G. FERRARI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 1995, *passim*; M. PERSIANI, *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, p. 311.

⁽²⁷⁹⁾ Sulla presunzione legale di origine professionale delle malattie riconducibili al rapporto di lavoro si vedano *ex multis*, A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2016, 2016, *passim*; R. DEL PUNTA, *Malattia del lavoratore*, in *Annali*, 2012, p. 838 ss.; C. SFERRA, *Confronto tra malattia professionale non tabellata e malattia comune*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2010, p. 471 ss.; A. SORGI, *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Torino, 2010, *passim*; S. RONDELLI, *Ancora sulla presunzione legale nell'assicurazione contro le malattie professionali: aspetti medico-legali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, p. 227 ss.; ID., *La presunzione nelle malattie professionali: aspetti medico-legali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1985, p. 385 ss.; L. GAETA, *Il nesso di causale tra lavorazione "tabellata" e malattia professionale*, in *Giur. it.*, 1982, p. 701 ss. Tale punto fermo è ribadito da Cass. 5 settembre 2017, n. 20769 che, in motivazione, afferma che «dall'inclusione nelle apposite tabelle sia della lavorazione che della malattia (purché insorta entro il periodo massimo di

Nel delineare gli esatti confini della presunzione legale delle malattie tabellate, come sostenuto da autorevole dottrina ⁽²⁸⁰⁾, si può constatare come tale presunzione sia assoluta per quel che concerne la lesività dell'agente patogeno e la lavorazione tabellata (non essendo dunque ammessa la prova contraria sull'efficacia lesiva dell'agente tabellato), mentre è relativa per quanto concerne il nesso causale, essendo la controparte (nella specie, l'I.N.A.I.L.) onerata di provare l'incidenza di un agente lesivo extraprofessionale, oppure che l'esposizione che il lavoratore lamenta all'agente patogeno tabellato non sia stato tale da cagionare la malattia lamentata; con la precisazione che la prova contraria, volta a superare la presunzione legale di eziologia professionale, non può a sua volta essere fornita mediante prova presuntiva ⁽²⁸¹⁾.

indennizzabilità) deriva l'applicabilità della presunzione di eziologia professionale della patologia sofferta dall'assicurato, con il conseguente onere di prova contraria a carico dell'Inail». Nello stesso senso v. Cass. 1 giugno 2017, n. 13856; Cass. 21 novembre 2016, n. 23653.

⁽²⁸⁰⁾ A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., p. 507 ss.

⁽²⁸¹⁾ V. Cass. 11 marzo 2020, n. 6954, secondo cui, in relazione alle malattie tabellate, vale la presunzione di origine professionale, salvo la prova a carico dell'I.N.A.I.L. dell'intervento di un fattore esclusivo di origine non professionale.; Cass. 5 aprile 2018, n. 8416; Cass. 21 novembre 2016, n. 23653, che, in relazione al decesso di un lavoratore per tumore polmonare asseritamente causato dall'esposizione alle tante sostanze cancerogene cui lo stesso era stato esposto in ragione dall'attività di verniciatore, ha affermato che in presenza di malattia multifattoriale tabellata, dinanzi alla provata esposizione ad un fattore cancerogeno previsto in tabella ovvero in presenza di malattia multifattoriale non tabellata, acquisita la prova nel singolo giudizio, anche sulla base di indagini epidemiologiche confrontate con le emergenze relative al caso concreto, della elevata cancerogenicità del fattore professionale, il nesso eziologico richiesto dalla legge può essere negato solo qualora possa ritenersi con certezza, e con onere della prova a carico dell'I.N.A.I.L., che la malattia sia l'effetto esclusivo dell'intervento di un fattore estraneo all'attività lavorativa ovvero di un fattore extraprofessionale di per sé solo sufficiente a produrre l'infermità. La Corte ha quindi cassato la pronuncia di secondo grado, per non avere considerato l'esposizione a sostanze nocive che invece risultavano dimostrate sulla scorta di precise allegazioni di fatto non contestate nonché la circostanza per cui ai fini dell'operatività della tutela assicurativa è sufficiente l'identificazione di un rischio ambientale, ossia che il lavoratore abbia contratto la malattia di cui si discute in virtù di una *nox*a comunque presente nell'ambiente di lavoro ovvero in ragione delle lavorazioni eseguite al suo interno. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Firenze 24 giugno 2017. Si veda altresì Circolare I.N.A.I.L. 24 luglio 2008, n. 24, in *www.inail.it*, ove si è ulteriormente precisato che l'I.N.A.I.L. potrà superare la presunzione legale d'origine professionale della patologia denunciata nella misura in cui la prova liberatoria su di essa incombente sia atta a dimostrare che il lavoratore sia stato addetto in maniera sporadica o occasionale alla mansione o alla lavorazione tabellata, ove specificamente indicate o che sia stato concretamente esposto all'agente patogeno connesso alla lavorazione tabellata in misura non sufficiente a cagionare la patologia o, ancora, che la malattia sia riconducibile ad altra causa di origine extralavorativa.

Tale impianto normativo, limitato nella sua efficacia oggettiva alle sole malattie previste nelle tabelle allegate alla normativa del T.U. n. 1124/1965, prima delle innovazioni giurisprudenziali e normative che si sono succedute nel tempo, delineava un sistema edulcorato ⁽²⁸²⁾ che, mentre da un lato risultava essere poco flessibile in quanto non in grado di recepire tempestivamente quelle forme di patologie connesse a fattori eziologici tecnopatici di nuovo ingresso, dall'altro lato, e di conseguenza, limitava la tutela assicurativa alle sole malattie tabellate, non consentendo al lavoratore di provare il carattere professionale di una patologia non tabellata. Era quindi inevitabile che la giurisprudenza della Corte Costituzionale giungesse ad ampliare il sistema di tutela assicurativa, estendendone l'operatività anche nei confronti delle malattie non tabellate, sempre però che si trattasse di malattie delle quali venisse provata la causa professionale ⁽²⁸³⁾.

La richiamata giurisprudenza costituzionale, stante la rilevata alterazione del «rapporto di rilevanza tra i due interessi in gioco» ⁽²⁸⁴⁾, e cioè l'interesse all'accertamento presuntivo e quello all'allargamento dell'area dell'eziologia, ha rilevato così l'insufficienza della presunzione nascente dalle tabelle a compensare il divieto dell'indagine aperta sulla causa di lavoro. Di qui la dichiarazione di incostituzionalità delle norme che limitavano l'assicurazione alle sole malattie professionali tabellate, stante la necessità di estendere la tutela anche a quelle non previste, nonché alle malattie causate da una lavorazione che non trovava specificazione nelle tabelle stesse, purché eziologicamente riconducibili all'attività lavorativa ⁽²⁸⁵⁾.

⁽²⁸²⁾ Sull'impianto normativo del T.U. 1124/1965 v. R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2016, p. 311 ss.; M. PERSIANI, *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, p. 310 ss.

⁽²⁸³⁾ V. Corte Cost. 10-18 febbraio 1988, n. 179, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 16 ss. Sulla portata applicativa dei principi espressi dalla citata pronuncia v.: A. ROSSI, *I nuovi rischi per la salute del lavoratore. Tutela previdenziale e tutela preventiva della più recente giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1988, c. 1032; G. ALIBRANDI, *Sistema misto per le tecnopatie dopo la sentenza n. 179/1988 della Corte Costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 16 ss.; F. AGOSTINI, *La tutela delle malattie professionali dopo la sentenza della Corte cost. del 18 febbraio 1988*, n. 179, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1988 p. 3 ss.

⁽²⁸⁴⁾ Così Corte Cost. 10-18 febbraio 1988, n. 179, cit.

⁽²⁸⁵⁾ Tale pronuncia ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 38, comma secondo, Cost., dell'art. 3, comma primo, del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (testo

Ne è conseguita l'introduzione del c.d. sistema misto, raccomandato tra l'altro agli stati membri della CEE sin dal 23 luglio 1962 ⁽²⁸⁶⁾, e reso operante in Italia dalla predetta pronuncia della Corte Costituzionale.

Tale sistema, dunque, pur conservando validità alle tabelle, ammetteva la prova dell'eziologia professionale di una malattia non tabellata, senza tuttavia estendere la facilitazione probatoria della presunzione della matrice causale professionale ⁽²⁸⁷⁾. Ed è stata proprio questa la direttiva seguita dal legislatore

unico delle leggi sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali), nella parte in cui non prevede che l'assicurazione contro le malattie professionali nell'industria è obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle allegare concernenti le dette malattie e da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si tratti di malattie delle quali sia comunque provata la causa di lavoro», nonché «l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 38, comma secondo, Cost., dell'art. 211, comma primo, del detto d.P.R. n. 1124 del 1965, nella parte in cui non prevede che l'assicurazione è obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle concernenti malattie professionali nell'agricoltura e da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si tratti di malattie delle quali sia comunque provata la causa di lavoro».

⁽²⁸⁶⁾ Raccomandazione Commissione CEE 2188/62, in *www.eur-lex.europa.eu*.

⁽²⁸⁷⁾ In questo senso v. G. GIGLIO, *Malattia professionale non tabellata e onere della prova*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 195; M. PERSIANI, *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, p. 1 ss. Nella giurisprudenza di legittimità si vedano Cass. 21 marzo 1997, n. 2500, secondo cui per conseguire il diritto ad una rendita da malattia professionale ai sensi del d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124 - la quale, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 179 del 1988, è configurabile relativamente ad ogni infermità di cui sia provata l'origine lavorativa, e cioè la connessione eziologica con un rischio specifico o anche soltanto generico aggravato dall'attività lavorativa protetta - il lavoratore addetto ad una lavorazione non tabellata è tenuto a dimostrare, in base ai principi in tema di onere probatorio fissati dall'art. 2697 c.c., l'avvenuta esposizione a rischio nonché le particolari caratteristiche dell'affezione che la distinguano dalle altre patologie di natura comune; Cass. 15 gennaio 1994, n. 343 ove si afferma che il lavoratore addetto ad attività "tabellate" è esonerato - a differenza di quanto accade (dopo la sentenza costituzionale n. 179 del 1988) in ipotesi di attività non "tabellate" - dall'onere di provare il nesso eziologico tra malattia e lavoro svolto; e tale nesso, già valutato dal legislatore, può essere escluso solo se l'istituto assicuratore dimostri con certezza che la malattia contratta dal lavoratore non dipende dall'esposizione a quello specifico rischio ma da un diverso fattore patogeno; Cass. 24 luglio 1991, n. 8310, in *Riv. giur. lav.*, 1992, p. 292 ss., ove si sostiene che nella disciplina risultante a seguito della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 3, 1° comma, d. p. r. 30 giugno 1965, n. 1124 la neoplasia polmonare può essere inclusa tra le malattie causate da piombo (di cui alla voce n. 1 della nuova tabella delle malattie professionali nell'industria, allegata al d. p. r. n. 482/1975) se il nesso di causalità tra la specifica sostanza morbigena tabellata (piombo) e detta malattia venga stabilito in base a dati (anche epidemiologici) ritenuti affidabili dalla scienza medica; in difetto di malattia professionale tabellata contratta nell'esercizio di lavorazioni, o in dipendenza dell'esposizione a sostanze, parimenti tabellate, deve essere verificato in concreto l'eventuale nesso di causalità tra malattia e attività lavorativa dell'assicurato, indipendentemente dalla loro inclusione nella tabella; Cass. 3 luglio 1990, n. 6808, che in maniera chiara distingue il caso del lavoratore colpito da una delle tecnopatie tabellate, nel quale, nel concorso delle altre condizioni di legge, vale la presunzione legale dell'origine professionale della malattia, dall'ipotesi del lavoratore colpito da malattia non

del 2000 che, sulla scorta della predetta giurisprudenza costituzionale, con D.lgs. n. 38, all'art. 10, comma 4, considera «malattie professionali anche quelle non comprese nelle tabelle di cui al comma 3, delle quali il lavoratore dimostri l'origine professionale».

Sicché, alla luce dell'assetto sin ora delineato, nel caso in cui si dimostri che la lavorazione e la malattia lamentata siano entrambe riconducibili nelle apposite tabelle scatta la presunzione di eziologia professionale, mentre nel caso di malattia non tabellata, l'esistenza del nesso di causalità deve essere provato dal prestatore assicurato secondo gli ordinari criteri.

Tale netta distinzione tra i due predetti canali ha tuttavia subito una ulteriore "specificazione", con conseguenti ripercussioni (sia pur, secondo l'opinione di chi scrive, non propriamente innovative) in tema di onere della prova del nesso causale così come innanzi delineato, ad opera della implementazione da parte del D.M. 9 aprile 2000 (in applicazione dell'art. 10 del D.lgs n. 38/2000) di nuove previsioni tabellari nel novero di quelle già previste nel T.U. In una prospettiva *aperta e dinamica* sono state infatti inserite tra i rischi protetti anche le «malattie causate da [...]» e le «lavorazioni che espongono all'azione di [...]», in relazione a malattie non specificamente nominate bensì genericamente individuate in relazione ad una macrocategoria o ad un generico fattore patogeno. Tale sviluppo normativo, recettivo di un evidente sostrato fenomenologico, ha così esteso la tutela previdenziale a casi da taluno definiti come «tabellari aperti» ⁽²⁸⁸⁾ sia pur nei termini che meglio specificheremo nel prosieguo.

riferibile a lavorazioni tabellate, ancorché insorta fuori del periodo massimo d'indennizzabilità, nella quale il lavoratore medesimo ha l'onere di provare la derivazione causale della malattia dall'attività lavorativa; Cass. 9 marzo 1990, n. 1919, secondo cui le tabelle delle malattie professionali sono suscettibili di interpretazione estensiva nel senso che il giudice del merito deve verificare, con il necessario rigore che valga ad escludere ogni ipotesi di applicazione analogica, se la lavorazione non prevista alla tabella abbia effettivi elementi di identità quanto meno nei suoi connotati essenziali e caratterizzanti con quella espressamente indicata come patogena, tanto da potersi ritenere implicitamente inclusa nella relativa voce tabellare.

⁽²⁸⁸⁾ Così M. ALTIMARI, *Malattie a eziologia multifattoriale e presunzione legale di origine professionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 340.

Tale ultima innovazione, tanto più se coniugata con l'assetto della ripartizione dell'onere probatorio del nesso causale sin ad ora delineato, introduce un canale che potremmo definire "semi-tabellare", ponendosi a metà strada tra il regime giuridico delle malattie tabellate e quello delle malattie non tabellate. Per la presunzione legale di eziologia professionale opera pienamente per le malattie tabellate propriamente dette, essendo in questo caso espresso un nesso tra singola patologia ed una precisa lavorazione per cui a fronte dell'indicazione di malattie c.d. "nosologicamente definite" si indicano gli specifici rischi assicurati mediante l'individuazione delle lavorazioni protette e delle relative patologie (ad esempio ipocausa per le lavorazioni rumorose elencate: cianfrinatura, martellatura ecc...). Nel caso delle malattie che abbiamo invece definito "semi-tabellate", riguardando queste le tecnopatie ad eziologia multifattoriale (per espressa disposizione normativa), la predetta presunzione subirà un affievolimento, potendo essa fondare l'origine professionale della malattia solo previa verifica della riconducibilità della patologia sofferta dal lavoratore alla categoria per le quali la scienza riconosce un nesso di derivazione causale con l'agente patogeno tabellato e previa dimostrazione dell'effettiva esposizione ad esso del lavoratore ⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸⁹⁾ V. M. ALTIMARI, *op. ult. cit.*, p. 342; A. DE MATTEIS, *La nuova tabella delle malattie professionali nell'industria e nell'agricoltura*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2008, p. 444. In giurisprudenza v. Cass. 18 aprile 2007, n. 9226; Cass. 5 settembre 2006, n. 19047; Cass. 17 marzo 2005, n. 5890, ove, in motivazione, si afferma che «in tema di tutela di malattie professionali, in ipotesi di agente patogeno tabellato suscettibile di causare una tipica malattia su uno specifico organo bersaglio, e non altre della stessa famiglia, la presunzione legale di origine professionale riguarda solo le patologie delle quali la scienza medica abbia accertato in generale il nesso causale con l'agente patogeno tabellato. Tale nesso, per il cui accertamento la scienza medica e il consulente medico legale assumono un ruolo centrale che prescinde dagli oneri probatori di parte, può risiedere anche in un giudizio di ragionevole probabilità, desunta dagli studi scientifici e anche da dati epidemiologici». Nel caso di specie i giudici di legittimità hanno cassato con rinvio la sentenza di secondo grado che aveva rigettato la domanda dell'originario attore, sotto il profilo dell'esistenza di una malattia professionale "tabellata", non avendo egli dato la prova della derivazione eziologica della neoplasia dalla sua attività di operatore tecnico addetto, per oltre una decina d'anni, alla miscelazione di componenti chimici per la produzione di vernici. Il giudice d'appello aveva ritenuto sufficienti, per escludere la natura professionale della malattia multifattoriale, pur essendo stati prefigurati dal ricorrente i termini della loro esplicita tabellazione e la derivazione del carcinoma dall'attività svolta, elementi indiziari di scarso spessore dimostrativo, senza verificarne il dato, anche sulla base delle evenienze epidemiologiche di sicuro affidamento sul piano scientifico, che in un ambito di particolare evoluzione delle conoscenze scientifiche, meritava una doverosa ponderazione degli interessi in gioco.

Infatti, il *modus operandi* della presunzione di eziologia professionale nelle malattie contratte nell'esercizio delle lavorazioni morbigene che investe il nesso tra la malattia tabellata e le relative specificate cause morbigene tabellate, non pare possa esplicitare la sua efficacia anche nelle ipotesi di malattie che abbiamo definito come "semi-tabellate", rispetto alle quali le previsioni tabellari non raggiungono quel grado di specificità tale da esprimere un nesso tra una singola patologia ed una precisa lavorazione, tale quindi da non lasciare scampo all'operatività della presunzione legale. Sicché in tali casi, anche ove uno solo dei fattori eziologici sia lavorativo, si giungerebbe a qualificare come professionale quella malattia in astratto multifattoriale, dovendo in ogni caso la conformità tra la patologia e la lavorazione tabellata sottostare all'operatività della presunzione ⁽²⁹⁰⁾.

A ciò non potrebbe nemmeno obiettarsi che ogni disposizione normativa che investe la materia biologica dovrebbe essere sottesa da presupposti di scientificità propri della materia medesima e che altrettanto certa deve essere la collocazione della malattia nelle tabelle, sicché il suo rapporto con il rischio professionale in termini di eziologia e di causalità dovrebbe essere riconducibile ad una sostanziale scientificità probatoria ⁽²⁹¹⁾. Ciò vale, come detto, per le

⁽²⁹⁰⁾ In senso contrario si esprime A. DE MATTEIS, *La prova della malattia multifattoriale. L'equivoco continua*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, pp. 583-584, il quale sostiene che quanto affermato nel testo sarebbe suscettibile di minare alla radice il sistema di tutela presuntiva delle malattie professionali disegnato dal testo unico, per due ragioni. La prima, di carattere fenomenico e statistico, è stata enunciata dalla Sovrintendenza medica generale dell'INAIL fin dal 2006, e cioè che le patologie denunciate all'Istituto come malattie professionali dotate di una patognomonicità che consenta una attribuzione di eziologia professionale con criteri di assoluta certezza scientifica costituiscono ormai una limitata casistica. Attualmente prevalgono malattie croniche degenerative e malattie neoplastiche e più in generale a genesi multifattoriale, riconducibili a fattori di rischi ubiquitari, ai quali si può essere esposti anche al di fuori degli ambienti di lavoro, oppure a fattori genetici. E questo parere scientifico, già di per sé autorevole per la sua fonte, è confermato dalla Commissione medica incaricata di compilare le liste di cui all'art. 139 T.U., secondo cui l'assoluta certezza di origine non può più essere attribuita ad alcuna malattia professionale, sicché si deve ormai parlare di matrice causale. La seconda è di carattere dommatico e sistematico, perché tale orientamento contrasta con il principio della equivalenza causale.

⁽²⁹¹⁾ In questo senso G. A. NORELLI, M. FOCARDI, *Causalità e malattie professionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1495 ss., secondo cui l'indagine epidemiologica ha rappresentato un importante fattore per l'inclusione della malattia a genesi multifattoriale nella lista delle malattie professionali e nell'elenco delle malattie a probabile, possibile o nulla genesi lavorativa ma certamente non l'unico e neppure il principale, mentre l'affermazione che la probabilità statistica che il soggetto abbia contratto la malattia professionale o meno sul piano

malattie professionali nosologicamente definite, data la *precisa e puntuale* valutazione legale fatta *ex ante* dal legislatore sulla pericolosità di una data lavorazione e sulla opportunità di introdurre la relativa presunzione legale, da cui l'accertamento causale non può certamente sottrarsi; non altrettanto può dirsi per le malattie "tabellari aperte", in cui il nesso di causalità «non può essere oggetto di semplici presunzioni tratte da ipotesi tecniche teoricamente possibili, ma necessita di concreta e specifica dimostrazione - quantomeno in via di probabilità - in relazione alla concreta esposizione al rischio ambientale nonché alla sua idoneità causale alla determinazione dell'evento morboso»⁽²⁹²⁾, a fronte di un dato legislativo approssimativo.

della stima epidemiologica, poco o nulla dice sulla possibilità o meno di riconoscere il rapporto fra la malattia diagnosticata in quel soggetto e l'esposizione lavorativa in termini di assicurazione sociale. Si sostiene quindi che «La base del riconoscimento o meno che la patologia meriti l'inclusione nella lista e/o nell'elenco, del resto, non sembra investire un ambito diverso da quello biologico e cioè la possibilità di ammettere o meno la sussistenza di un rapporto di causa/concausa scientificamente dimostrato e dimostrabile, fra una patologia e l'agente morbigeno, cui sia stato esposto il lavoratore che ne risulti affetto. Dovendosi considerare, si ritiene, che l'affermazione secondo cui possa riconoscersi credibilmente la sussistenza di un rapporto di causa/concausa fra il lavoro e il danno, non può che essere derivato da una accurata analisi, conforme alla metodologia scientifica di corrente uso, a meno che non debba ritenersi che il Legislatore si sia lasciato fuorviare da una inaccettabile approssimazione, che renderebbe del tutto inaccettabile il prodotto normativo».

⁽²⁹²⁾ Così Cass. 12 ottobre 2012, n. 17438, in *Lavoro nella giur.*, 2012, p. 1213 ss., con nota di C.A. GIOVANARDI, G. GUARNIERI, G. LUDOVICO, G. TREGLIA, *La neoplasia provocata dall'uso prolungato del cellulare come malattia professionale*; in *Corr. Giur.*, 2013, p. 330 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Usa del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità "tollerabile", principio di precauzione e nuovi obblighi informativi*; in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 737 ss., con nota di D. CASALE, *Campi elettromagnetici e tumori professionali: Unione Europea e Cassazione a confronto*. L'interesse per la decisione in commento nasce dalla particolare fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità, i quali, pronunciandosi su una fattispecie relativa ad una patologia tumorale connessa all'uso prolungato del telefono cellulare, hanno confermato l'origine professionale della malattia, riconoscendo il diritto del lavoratore alla relativa rendita previdenziale. Tale decisione non fa altro che confermare il costante orientamento interpretativo, secondo il quale, a seguito del passaggio al sistema tabellare misto la tutela contro le tecnopatie si applica a qualunque patologia non tabellata della quale, con onere a carico dello stesso assicurato, sia dimostrata l'origine professionale. Più specificamente tale pronuncia si inserisce nel solco dell'orientamento che riconosce la rilevanza del nesso causale tra esposizione intensiva alle emissioni del telefono cellulare e l'insorgere di gravi patologie, inaugurato da App. Brescia 22 dicembre 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1392 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *I danni da uso del cellulare tra tutela previdenziale e limiti della responsabilità del produttore*, secondo cui tale materia desta un rinnovato interesse anche in considerazione delle rilevanti trasformazioni intervenute sia in ambito scientifico - segnato dall'incedere di sempre più circostanziate indicazioni circa i potenziali pericoli per la salute umana derivanti dall'esposizione ad onde elettromagnetiche - sia nel quadro normativo e giurisprudenziale; in *Arg. dir. lav.*, 2010, 1335 ss., con nota D. CASALE, *La prova del nesso di causalità professionale*

Pertanto, l'opinione per cui in tale ambito la presunzione di eziologia professionale possa operare purché non si prescindano da una preventiva verifica, quantomeno in astratto, dell'esistenza del nesso causale tra agente nocivo e malattia e tra lavorazione ed esposizione al fattore lesivo, rappresenta un paralogismo teorico ancor prima che normativo, attestandosi l'accertamento del nesso su una causalità di tipo astratto pur proclamandosi, per i sostenitori dell'operatività della presunzione di eziologia professionale, una già esistente valutazione compiuta *ex ante* dal legislatore ⁽²⁹³⁾, già asseritamente basata su studi di carattere epidemiologico.

Alla luce di tali conclusioni, gli esatti confini del riparto degli oneri probatori in tema di malattie professionali possono essere così schematizzati: *a)* le malattie tabellate si avvalgono della presunzione legale d'origine professionale in favore del lavoratore, con onere della controparte di fornire la prova di una diversa eziologia della malattia stessa; *b)* le malattie non tabellate,

per le tecnopatie non tabellate (a proposito della prima pronuncia che riconosce gli effetti cancerogeni dei campi elettromagnetici dei telefoni cellulari). Nello stesso senso v. App. Torino 14 gennaio 2020, in *Corr. giur.*, 2020, p. 365 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e autoresponsabilità*; Trib Firenze 24 giugno 2017; Trib Ivrea 21 aprile 2017, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1077 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli standard legislativi, principio di precauzione e autoresponsabilità dell'utilizzatore*; in *Guida dir.*, 2017, p. 73 ss., con nota di F. CIAMPI, *Riconosciuta l'indennità INAIL al lavoratore che ha contratto una rara malattia all'orecchio per l'uso eccessivo del cellulare.* Al di fuori di tale ambito applicativo, il prospettato orientamento in ordine alla prova delle malattie "tabellari aperte" è rinvenibile in Cass. 10 aprile 2018, n. 8773, così massimata: «In tema di malattia professionale derivante da lavorazione non tabellata o ad eziologia multifattoriale, la prova della causa di lavoro grava sul lavoratore e deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità dell'origine professionale, questa può essere ravvisata in un rilevante grado di probabilità. A tal fine il giudice, oltre a consentire all'assicurato di esperire i mezzi di prova ammissibili e ritualmente dedotti, è tenuto a valutare le conclusioni probabilistiche del consulente tecnico in tema di nesso causale, facendo ricorso ad ogni iniziativa "ex officio", diretta ad acquisire ulteriori elementi in relazione all'entità dell'esposizione del lavoratore ai fattori di rischio, potendosi desumere, con elevato grado di probabilità, la natura professionale della malattia dalla tipologia della lavorazione, dalle caratteristiche dei macchinari presenti nell'ambiente di lavoro, dalla durata della prestazione stessa, nonché dall'assenza di altri fattori causali extralavorativi alternativi o concorrenti». Nel caso di specie la Corte ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di merito che aveva escluso la origine professionale della ipoacusia contratta da un lavoratore subordinato, senza aver valutato la sussistenza del requisito di elevata probabilità sulla base di diversi elementi, compatibili con la origine lavorativa della malattia, specificamente indicati nella relazione di C.T.U. ed emergenti dal quadro probatorio complessivo.

⁽²⁹³⁾ A. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, p. 446.

a cui riteniamo di equiparare quelle “tabellate aperte”, non possono avvalersi della suddetta presunzione legale d’origine, essendo posto in capo al lavoratore l’onere di provare l’esistenza della malattia, le caratteristiche morbigene della lavorazione e il rapporto eziologico tra quest’ultima e la tecnopatìa lamentata, con la puntualizzazione per cui il sostrato epidemiologico che sta alla base della previsione delle malattie “tabellari aperte” assurgerebbe a elemento informativo della concretizzazione dell’accertamento causale nei termini anzidetti.

CAPITOLO IV

RAGIONAMENTO PROBATORIO E TEORIA DELLA DECISIONE GIUDIZIARIA IN TEMA DI CAUSALITÀ

Sezione I – Gli orientamenti giurisprudenziali sul rapporto di causalità

1. L'accertamento del rapporto di causalità nella sentenza “Franzese” delle sezioni unite penali

In una materia tanto complessa e perlopiù trascurata sul versante civilistico, la sentenza Franzese va certamente apprezzata per lo stimolo che essa fornisce a prestare una maggiore attenzione al tema dei criteri di accertamento del nesso di causalità, nonché per l'indiscussa opera di razionalizzazione che la Suprema Corte tenta di compiere reificando, sebbene in termini mai così espliciti, le suggestioni di matrice nordamericana che vogliono più stringenti i criteri di accertamento del nesso di causalità penale rispetto a quello civile ⁽²⁹⁴⁾.

⁽²⁹⁴⁾ La sentenza Cass. pen. Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, è stata oggetto di innumerevoli commenti, tra i quali si segnalano: C. BRUSCO, *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2599 ss.; M. MACRÌ, *Responsabilità medica: unico criterio metodologico processuale di accertamento della sussistenza del nesso causale per i reati omissivi e commissivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 94 ss.; E. DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3799 ss.; F. STELLA, *Etica e razionalità del processo nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.; O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, c. 601 ss.; A. FIORI, G. LA MONICA, G. ALBERTACCI, *Le Sezioni Unite Penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1599 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, p. 58 ss.; M.T. TRAPASSO,

Il punto che in questa sede interessa valorizzare, e che ci spinge ad analizzare gli insegnamenti provenienti dalla sentenza Franzese, è quello di stabilire quali siano i criteri da seguire riguardo all'accertamento del nesso causale nell'illecito aquiliano, come possano essere definiti (e, ancor prima, ricercati) e se l'elaborazione penalistica sia da rifiutare o meno in blocco.

Tuttavia, sebbene la pronuncia in esame affronti le problematiche legate all'accertamento del nesso eziologico con specifico riferimento all'ambito della causalità omissiva nel settore della responsabilità medica, essa, da un punto di vista sistematico, si colloca in un ambito teorico ben più ampio rispetto a quello cui fa naturalmente riferimento, essendo in grado di approntare un modello di accertamento per certi versi valevole non solo per il giudice penale, ma anche per quello civile. Infatti, dall'analisi dei principi enunciati delle sezioni unite penali si evince che i giudici di legittimità hanno fornito, nella realtà dei fatti, delle risposte al più ampio problema della causalità in generale⁽²⁹⁵⁾, ed è questo

Imputazione oggettiva e colpa tra "azione" ed "omissione": dalla struttura all'accertamento, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1225 ss.; S. CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 201 ss.; 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*, in *Cass. pen.*, 2003, 1776; T. MASSA, *Le Sezioni unite davanti a "nuvole ed orologi": osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3661.

Per un'analisi della sentenza Franzese nella dottrina civilistica, si vedano: M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle sezioni unite penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003; M. CAPECCHI, *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 257 ss.; B. DI VITO, *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 354 ss.; G. CIPRIANI, *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1104 ss.

Per uno sguardo d'insieme delle problematiche causali sia in campo civile che in campo penale in relazione in relazione ai riflessi che la sentenza Franzese ha avuto in ambedue i settori dell'ordinamento si vedano: A. BAUDI, *Considerazioni sul rapporto di causalità giuridica*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2042 ss.; AA. VV., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza "Franzese". Riflessioni e problematiche nel settore penale e in quello civile*, Tropea, 2013, *passim*.

⁽²⁹⁵⁾ In tal senso si veda 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*, cit., p. 1176, secondo il quale la sentenza Franzese offre per la prima volta una «originale ed argomentata presa di posizione di carattere generale sulla causalità». Si vedano, altresì, T. MASSA, *Le sezioni unite davanti a "nuvole ed orologi": osservazioni sparse sul principio di causalità*, op. ult. cit.; R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 15, il quale nel riconoscere portata di carattere generale ai principi enunciati dalla Corte, precisa che ciò non importa né l'applicazione dei criteri penalistici (riguardo,

il motivo per il quale gli esiti a cui giunge la Suprema Corte verranno in gran parte richiamati dai giudici civili, nonostante la conclamata disomogeneità morfologica e funzionale dei due settori dell'ordinamento giuridico.

Questi i principi di diritto enunciati:

a) Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica (universale o statistica), si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

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

c) L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.

In altre parole, stabilita la necessità di accertare la causalità omissiva per il tramite del giudizio controfattuale fondato su generalizzazioni esperienziali o su leggi scientifiche (universali o statistiche), i giudici di legittimità ripudiano

sembra di capire, alle teorie causali applicate in quella sede e allo *standard* di prova dell'oltre ogni ragionevole dubbio) né tantomeno l'utilizzabilità in sede civile dello stesso concetto di causa operante nel settore penale.

il ricorso al mero criterio della “probabilità statistica” della legge scientifica di copertura al fine di abbracciare quello della “probabilità logica” e teorizzano lo standard del ragionevole dubbio, che conduce all’assoluzione dell’imputato quando le prove disponibili non siano in grado di suffragare l’efficacia condizionante del comportamento omesso rispetto ad altri possibili fattori causali dell’evento di danno.

Confinando le fila del discorso al tema dei criteri di accertamento della causalità e al grado di evidenza probatoria necessario e sufficiente per accertarne l’esistenza, le sezioni unite penali hanno superato gli orientamenti interpretativi tra loro contrastanti maturati all’interno della Quarta Sezione della Corte di Cassazione, con criteri che sono passati dalla affermazione che fossero sufficienti «serie ed apprezzabili probabilità di successo» per l’azione impeditiva dell’evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità alla richiesta della prova che il comportamento alternativo dell’agente avrebbe impedito l’evento lesivo con un grado di probabilità «prossimo alla certezza».

Così il contrasto interpretativo superato dalla sentenza in esame e di cui si darà brevemente conto ⁽²⁹⁶⁾, ha portato all’esame delle Sezioni Unite la controversa questione relativa al tema del grado di certezza che l’accertamento del comportamento omesso deve raggiungere per ritenere sussistente il nesso causale nonché delle relative modalità di accertamento. Trattasi di un contrasto che sembrava palesare l’inevitabilità di esprimere in termini percentuali l’esito

⁽²⁹⁶⁾ Il quesito delineato quale oggetto del giudizio sottoposto all’esame della Suprema Corte era «se in tema di reato colposo omissivo improprio, la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico-chirurgo, debba essere ricondotta all’accertamento che con il comportamento dovuto ed omesso l’evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità «vicino alla certezza», e cioè in una percentuale di casi «quasi prossima a cento», ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto «serie ed apprezzabili probabilità di successo» della condotta che avrebbe potuto impedire l’evento». Come è stato notato in dottrina da A. BAUDI, *Considerazioni sul rapporto di causalità giuridica*, cit., p. 2046, con il quesito sottoposto all’attenzione dei giudici penali non si chiede se il comportamento illecito tenuto dall’imputato fosse stato causa dell’evento letale (impostandosi pertanto l’interrogativo in chiave salvifica), in quanto il quesito concerneva la non tenuta della condotta lecita ed il suo eventuale ruolo salvifico. Sembra però ovvio che non si può non pretendere che il medico operi al massimo della sua professionalità, tanto che anche modeste percentuali di intervento imporrebbero il dovere di cura; egli ha infatti l’obbligo di intervenire anche quando le *chances* di salvezza siano basse.

del giudizio causale, secondo una modalità di approccio di tipo statistico. Più in particolare, i termini del contrasto interpretativo cui si è innanzi fatto cenno manifestavano un primo orientamento, che potremmo definire “probabilistico”⁽²⁹⁷⁾, e secondo il quale, al fine di accertare l’esistenza del nesso causale fra condotta ed evento erano sufficienti serie ed apprezzabili probabilità di successo per l’impedimento dell’evento medesimo⁽²⁹⁸⁾. A tale orientamento si contrapponeva l’indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, intanto il giudice poteva ritenere sussistente il nesso eziologico in quanto la condotta doverosa (ma omessa) del soggetto agente poteva impedire l’evento con un grado di probabilità prossimo alla certezza⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁷⁾ In questi termini si esprime C. BRUSCO, *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di legittimità*, cit., p. 2607; ID., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit., p. 117 ss.

⁽²⁹⁸⁾ V. Cass. pen. 11 novembre 1994, Presta, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3032; Cass. pen. 23 marzo 1993, De Donato, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2701; Cass. pen. 18 ottobre 1990, Oria, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2102; Cass. pen. 23 gennaio 1990, Pasolini, in *Riv. pen.*, 1991, p. 429; Cass. pen. 7 marzo 1989, Prinziavalli, in *Riv. pen.*, 1990, p. 119; Cass. pen., 2 aprile 1987, Ziliotto, in *Riv. pen.*, 1998, p. 404; Cass. pen. 7 gennaio 1983, Melis, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1142, ove, in motivazione, si afferma che al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della probabilità di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli), nel senso che il rapporto causale sussiste anche quando l’opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza quanto soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata. Il fondamento della teoria probabilistica risiederebbe sia nella constatazione dell’impossibilità di individuare con certezza il fattore condizionante omesso che, laddove compiuto avrebbe impedito il verificarsi dell’evento dannoso, sia nel valore del bene della vita che viene in gioco, sicché anche minime possibilità di sopravvivenza renderebbero necessario l’obbligo di intervenire, così confondendosi il problema della repressione del reato con quello dell’accertamento dei suoi elementi costitutivi: si veda, in proposito, C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit., pp. 118-119.

⁽²⁹⁹⁾ V. Cass. pen., 13 febbraio 2002, n. 1652, Covilli, ove, in motivazione, si afferma che «se le premesse sono, tutte soltanto probabili, la conclusione scaturente dalle stesse non può essere espressa, sul piano logico, in termini di elevato grado di credibilità razionale, poiché tra la semplice probabilità e l’elevato grado di credibilità razionale v’è tutta la differenza che corre tra l’incertezza e la pressoché certezza, ed è solo quest’ultima [...] che consente di ritenere, in termini scientificamente e sufficientemente corretti, il rapporto di causalità»; Cass. pen. 25 settembre 2001, Sgarbi, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 737; Cass. pen. 29 novembre 2000, n. 2123; Cass. pen. 28 settembre 2000, n. 1688, Baltrocchi, ove in motivazione si afferma che «in tanto il giudice può affermare che un’azione od omissione sono state causa di un evento, in quanto possa effettuare il giudizio controfattuale avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento». La Corte ha così sovvertito il precedente orientamento giurisprudenziale, ritenendo che nell’ambito della causalità omissiva e di quella medica in generale, non può farsi luogo a valutazioni di stampo probabilistico dovendosi invece procedere al riscontro di un *necessario* nesso di condizionamento, quale elemento costitutivo della fattispecie. Tale indirizzo giurisprudenziale, che potremmo definire della certezza o quasi certezza, trova il suo fondamento nel valore che

Tuttavia se l'orientamento che fondava il giudizio causale su schemi di tipo probabilistico, secondo i termini anzidetti, era stato sottoposto a vivace critica proprio dall'indirizzo giurisprudenziale che abbiamo definito della «certezza o quasi certezza», da più parti sono state messe in evidenza le incongruità anche di tale ultimo orientamento, essendo assai arduo stabilire a livello terminologico cosa debba intendersi per probabilità «certa o quantomeno vicina alla certezza» ⁽³⁰⁰⁾.

Nel dirimere il contrasto interpretativo poc'anzi esposto, le Sezioni Unite sembrano non aderire in toto né all'uno né all'altro degli orientamenti sviluppatasi all'interno della Quarta sezione ⁽³⁰¹⁾, quantomeno nella misura in cui si ritiene che questi fossero ancorati alla imprescindibile presenza di leggi o proposizioni scientifiche ⁽³⁰²⁾. Cosicché la questione problematica, incentrata, per quanto in questa sede interessa, sulla concreta verificabilità processuale della causalità, viene risolta dalle sezioni unite (anche) mediante la condivisione

la ricerca giuridico scientifica assume all'interno del processo, dovendo così il giudice prendere atto dei migliori esiti dei dati scientifici disponibili: v. C. BRUSCO, *op. ult. cit.*, pp. 120-121.

Nella dottrina penalistica, l'affermazione dell'imprescindibilità del ricorso al modello della sussunzione sotto leggi scientifiche è stata predicata da F. STELLA, voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1991; ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990, *passim*; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss. Nella dottrina civilistica tale impostazione è propugnata da M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 118 ss.

⁽³⁰⁰⁾ In proposito, si veda A. PAGLIARO, voce *Rapporto di causalità*, cit., p. 161 ss.

⁽³⁰¹⁾ In questo senso si esprime B. DI VITO, *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*, cit., p. 356. A tal proposito giova prendere in esame le illuminanti conclusioni del Procuratore generale G. IADECOLA, contenute nella nota di udienza e pubblicate su *Foro it.*, 2002, II, c. 601 ss. In particolare egli sostiene di non poter condividere l'indirizzo giurisprudenziale che, ai fini dell'accertamento del nesso eziologico, reputa sufficiente il ricorso a criteri valutativi probabilistici «inducenti giudizi conclusivi anche non vicini alla certezza ovvero non di alta probabilità logica (il corsivo è nostro)», né tantomeno l'approccio giurisprudenziale che identifica un nuovo paradigma di accertamento della causalità (nella specie omissiva) e che fa appello a leggi statistiche portatrici di percentuali prossime alla certezza può essere condiviso; tuttavia, riguardo quest'ultimo indirizzo interpretativo, se il risultato finale, espresso in termini di quasi certezza non appare contestabile, ciò che sembra essere discutibile è «l'indicazione di una sorta di pregiudiziale di indefettibile ricorrenza ai fini di una verifica positiva del nesso, consistente nella possibilità di impiego, nel vaglio del medesimo, di una legge statistica dotata di un coefficiente probabilistico prossimo a cento: con l'implicazione, implicita o tacita, della valenza preclusiva della mancanza di una siffatta, pienamente rassicurante, copertura».

⁽³⁰²⁾ Si veda M. BONA, *Relazione*, in AA. VV., *Il rapporto di causalità a 10 anni dalla sentenza "Franzese". Riflessioni e problematiche nel settore penale e in quello civile*, cit., pp. 76-77.

di un modello di sussunzione sotto l'egida di leggi scientifiche, rispetto al quale tuttavia si trascendono i confini della portata della legge di copertura assunta come tipizzante, prendendosi atto del fatto che la "probabilità statistica" non può divenire lo schema logico di valutazione della stessa prova. Ed è proprio secondo tali premesse che va letta l'affermazione principale dei giudici di legittimità sull'accertamento del nesso eziologico: la probabilità statistica non può divenire il criterio tautologico di valutazione di giudizio, bensì un elemento di prova che, inserendosi nel complessivo ragionamento giudiziale, va valutato unitamente alle evidenze disponibili in relazione al caso *sub iudice* ⁽³⁰³⁾. Ritenuto che lo schema logico di spiegazione causale non possa essere quello proprio della "probabilità statistica" e che le peculiarità fattuali del caso concreto potrebbero perciò minare il valore di credibilità (sia esso alto, medio o basso) della legge di copertura che viene specificamente in rilievo, le sezioni unite traggono le seguenti sotto-conclusioni:

a) l'accertamento del nesso causale può fondarsi anche su un compendio probatorio del quale fanno parte leggi di copertura caratterizzate da coefficienti medio bassi di probabilità frequentista, da utilizzarsi per il riconoscimento

⁽³⁰³⁾ Nella motivazione della sentenza in esame si afferma che il processo penale è sorretto da ragionamenti probatori di tipo inferenziale-induttivo, i quali partono dal fatto storico «copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativo dell'abduzione), rispetto ai quali i dati informativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento "deduttivo", da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse». Su tali questioni, con specifico riferimento alla sentenza Franzese, si veda 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*, cit., p. 1176 ss. Tale impostazione è stata poi propugnata anche dalla giurisprudenza successiva: si vedano, in particolare, Cass. pen. 21 giugno 2007, n. 39594, ove si legge che «la sussistenza del nesso di causalità non può essere affermata sulla base di una valutazione di probabilità statistica, risultando invece necessaria la formulazione di un giudizio di probabilità logica che consenta di ritenere l'evento specifico riconducibile all'omissione dell'agente al di là di ogni ragionevole dubbio» o, ancora, Cass. pen., 14 dicembre 2006, Guarneri, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1866, ove, in motivazione, si afferma che «le leggi statistiche sono solo uno degli elementi che il giudice può e deve considerare unitamente a tutte le altre emergenze del caso concreto. Con la conseguenza che il giudizio positivo sulla sussistenza del nesso eziologico non si baserà solo sul calcolo aritmetico-statistico, ma dovrà trovare il proprio supporto nell'apprezzamento di tutti gli specifici fattori che hanno caratterizzato la vicenda concreta».

giudiziale della causalità nella misura in cui il giudice riesca ad accertare la sicura non incidenza, nella concreta fattispecie, di fattori causali alternativi ⁽³⁰⁴⁾.

b) l'evidenza di una probabilità statistica molto elevata, per converso, non è di per sé sufficiente ad informare il concreto giudizio causale in ordine alla sicura sussistenza del nesso eziologico, essendo anche in tal caso necessario effettuare la concreta verifica che, nel caso di specie, porti a ritenere irrilevanti spiegazioni eziologiche alternative che, in quanto tali, potrebbero smentire "l'attendibilità" del grado di probabilità di cui la legge di copertura si fa portatrice. Invero l'elevato grado di probabilità statistica potrebbe essere tanto avvalorato tanto smentito dalla complessiva evidenza probatoria, considerando che la sua completa analisi potrebbe palesare tanto che l'andamento causale sia consonante con il risultato dell'indagine statistica, quanto il contrario.

Volendo esemplificare, la bassa percentuale di probabilità statistica di contrarre una grave patologia a causa dell'effettuazione di un vaccino, non è detto che comporti la neutralizzazione del rapporto di causalità, laddove l'accertamento giudiziale, sulla base di tutti gli elementi di giudizio, abbia altresì escluso l'incidenza di fattori causali interagenti, in grado di provocare l'insorgenza della patologia contratta ⁽³⁰⁵⁾. Per converso, si pensi al caso in cui un lavoratore, costantemente esposto ad un certo tipo di sostanza chimica, agisca in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno, sulla scorta nella notoria portata nociva della sostanza in questione. Ciò nonostante, anche laddove in giudizio si disponga di studi epidemiologici assistiti da un elevato coefficiente

⁽³⁰⁴⁾ Si vedano, in proposito, le riflessioni di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, cit., p. 609; ID. *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, cit., p. 634 ss.; F. STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1215 ss.. La sentenza Franzese precisa che allorquando si sia in presenza di coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, rilevati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), è necessario che l'organo giudicante effettui verifiche attente e puntuali non solo della loro specifica applicabilità al caso concreto bensì anche della loro fondatezza scientifica

⁽³⁰⁵⁾ Si badi però che la sentenza Franzese non chiarisce in che termini, esattamente, debba intendersi l'esclusione di fattori causali alternativi, in quanto non si comprende se ciò comporti il dover fornire la prova di un fatto negativo, oppure se le ipotesi prospettate non abbiamo ricevuto alcun riscontro probatorio o ancora non siano state neanche avanzate in giudizio.

statistico in relazione alla correlazione tra causa (inalazione prolungata della sostanza chimica) ed evento dannoso (insorgenza della malattia), al giudice non è consentito fare leva soltanto sui rilievi provenienti dalla legge di copertura, dovendo egli accertarne l'effettivo valore eziologico alla luce delle peculiarità del caso concreto.

La probabilità logica dunque, come si evince anche dai suddetti esempi, è un concetto complesso che, «seguendo l'incidere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale».

In tale ottica, il maggior pregio della sentenza Franzese è stato proprio quello di aver ristabilito l'ovvio. Se la mera probabilità quantitativa mostra tutto il suo lato inconferente rispetto alle peculiarità del caso concreto, atteso che le circostanze di fatto che compongono la fattispecie *sub iudice* potrebbero orientare il giudizio eziologico verso una regolarità causale opposta rispetto a quella espressa dalla legge di copertura, la probabilità logica esprime un modello di giudizio che nel processo viene in uso quasi inconsapevolmente⁽³⁰⁶⁾.

Sebbene da più parti si ritenga che uno dei principi più significativi contenuti nella sentenza Franzese delle sezioni unite sia quello che riguarda la definitiva presa di posizione in ordine all'abbandono del criterio statistico o percentualistico delle probabilità di evitare l'evento di danno per mezzo della condotta omessa, è tuttavia necessario fare qualche precisazione. È infatti assai raro che nelle argomentazioni dei giudici il fondamento dell'accertamento del nesso causale sia costituito da un'asettica ed astratta applicazione dei criteri

⁽³⁰⁶⁾ Si vedano le considerazioni di C. BRUSCO, *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., p. 2615, il quale osserva che il giudice, non potendo utilizzare in maniera acritica leggi di copertura che esprimono criteri di probabilità statistica o di certezza, è onerato di un compito valutativo che presenta vari profili di complessità, dovendo egli verificare l'applicabilità della legge di copertura alle peculiarità del caso concreto, tenendo anche in considerazione i fattori presenti e quelli interagenti nella singolarità del caso e utilizzando lo schema logico della probabilità statistica quale criterio *strumentale* per poter giungere ad un giudizio di probabilità logica.

statistici, quando esistano e vengano in rilievo nel processo in quanto “componenti” dell’evidenza disponibile⁽³⁰⁷⁾; senza contare il fatto che i principi enunciati dalla Suprema Corte erano già stati formulati in altre decisioni precedenti del medesimo giudice di legittimità⁽³⁰⁸⁾.

⁽³⁰⁷⁾ Risulta pertanto condivisibile quanto affermato da R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 16, il quale pur ritenendo certamente condivisibili i principi che i giudici di legittimità affermano, dubita che essi possano avere effetti dirompenti sulla successiva giurisprudenza, in quanto, nella ricostruzione del fondamento probatorio dell’evidenza acquisita nel processo, allorché il giudice dispone di una legge statistica, raramente omette di offrirne una personalizzazione con riferimento alla fattispecie concreta. A dimostrazione di ciò, basti prendere in considerazione le argomentazioni contenute nella sentenza “capostipite” dell’orientamento c.d. “probabilistico” e per questo citata nella sentenza Franzese: Cass. pen., 7 gennaio 1983, Melis, in *Foro it.*, 1986, c. 351 ss. Il caso di specie riguardava un soggetto precipitato dal tetto di una serra in seguito alla rottura del vetro di copertura che, accompagnato in un primo momento presso un medico che prestava servizio nei pressi del luogo dell’infortunio, veniva poi condotto in pronto soccorso a causa del peggioramento delle sue condizioni di salute. L’operato dei sanitari che lo hanno visitato è risultato tuttavia inadeguato, in quanto veniva poi riscontrata la ritenzione di un frammento di vetro nella cavità addominale dell’infortunato, il quale decedeva poco dopo per collasso cardiocircolatorio. La Corte, nel verificare se la condotta dei sanitari fosse risultata adeguata ad impedire l’evento letale, hanno ancorato la misura della probabilità di evitabilità del danno alla fattispecie concreta. I giudici di legittimità, nel ritenere sussistente il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sanitari e l’evento dannoso in presenza non della certezza bensì della probabilità che la condotta doverosa (ma omessa), qualora fosse stata posta in essere, avrebbe salvato la vita della vittima, hanno osservato quanto segue: «erano non poche le probabilità di successo di un intervento precoce sul Porcu Francesco, non solo perché a dire dei periti fiorentini sia la teoria che la pratica indicano come essenziale, per la guarigione dei casi del genere, la precocità dell’intervento, e perché le statistiche dagli stessi periti forniscono eloquenti indicazioni circa le percentuali di mortalità, che sono tanto più basse, per lesioni del genere, quanto più immediato e precoce è l’intervento chirurgico, ma soprattutto perché, essendosi le lesioni agli organi interni dell’infortunio verificate in due tempi (in primo luogo essendo avvenuta la ferita a tutto spessore del fegato, in secondo tempo e verosimilmente durante la notte le lesioni intestinali seguite da sintomatologia peritonitica conclamata – p. 53 della perizia) è legittimo ritenere che se alla visita del dott. Melis fossero immediatamente seguiti il ricovero ospedaliero e l’espletamento delle opportune indagini anche radiologiche, le successive lesioni intestinali non si sarebbero verificate e la peritonite probabilmente sarebbe stata evitata, con tutte le conseguenze infettive riscontrate». Si veda altresì Cass. pen. 17 gennaio 1992, in *Nuova giur. comm.*, 1992, p. 358 ss., ove, pur affermandosi, in motivazione, che nella ricerca del nesso di causalità, al criterio della certezza degli effetti della condotta possa sostituirsi quello della probabilità, anche limitata, di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli e che il rapporto causale sussiste anche quando l’opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo (nel caso di specie quantificate nella misura del 30%), il procedimento di ricostruzione della misura della probabilità viene non solo ancorato ad una valutazione medico-legale del caso *ad hoc*, ma anche alle specifiche caratteristiche fisiche e mediche del soggetto leso.

⁽³⁰⁸⁾ Si considerino le chiare e lucide prese di posizione di Cass. pen. 23 gennaio-10 giugno 2002, n. 22568, ove si sostiene che al fine di poter ritenere sussistente il nesso causale tra condotta ed evento non può farsi esclusivamente ricorso al concetto di “probabilità statistica”, vuoi che si intenda tale concetto come probabilità confinante con la certezza o con essa addirittura identificabile. Si afferma così la necessità di fare riferimento al criterio della “probabilità logica”, che si conclude con un giudizio di elevata credibilità razionale del quale

Ora, se il metodo da impiegare per l'accertamento del nesso causale deve essere coerente con un modo di ragionare e di decidere razionale e non propriamente formalizzato, è necessario valutare in che modo il proposto criterio della probabilità logica informa il grado di conferma dell'ipotesi causale. Nel fare ciò, bisogna anzitutto muovere dalla considerazione che la più volte invocata probabilità logica è «muta rispetto al grado di conferma per una decisione giusta del giudice civile e penale»⁽³⁰⁹⁾, tant'è che, sotto questo profilo, le Sezioni unite affermano che il giudice deve usare il canone della «certezza processuale» che, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, sfocia in un giudizio di «alto grado di credibilità razionale».

Dato quindi che nessun giudice potrebbe giungere ad affermare o negare la responsabilità dell'imputato soltanto perché ritiene che sussista una probabilità dell'80 o del 90 % che egli sia colpevole, la scelta fondamentale dei giudici di legittimità è stata quella di applicare anche all'accertamento del nesso causale il criterio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», pur in assenza, allora, di uno specifico fondamento normativo che ne autorizzasse l'applicazione⁽³¹⁰⁾. Interessante è poi la valutazione che il giudice deve effettuare per stabilire se

la «probabilità statistica» è solo una componente. Così ritenendosi che l'operazione logica compiuta dal giudice possa prendere in considerazione anche i risultati delle leggi di copertura di carattere universale, di quelle statistiche e delle massime d'esperienza, ma tenendo sempre in considerazione i fattori presenti ed interagenti che caratterizzano lo specifico caso concreto oggetto di giudizio; così, «[...] in caso di adeguata e tempestiva somministrazione del trattamento terapeutico ritenuto necessario-che sarebbe stata garantita, in base alle rilevazioni statistiche effettuate su base epidemiologica, una percentuale di sopravvivenza del 20, 50 o 99 per cento non è sufficiente a risolvere il problema della causalità materiale perché si tratta di elementi statistici che prescindono dalle caratteristiche (note) del caso concreto, da quelle (note o ignote) dei casi rilevati nell'indagine statistica, e da quelle ignote, ma condizionanti e normalmente esistenti, nel caso esaminato».

⁽³⁰⁹⁾ In questi termini di esprime F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, cit., p. 812. L'A., più ampiamente, osserva che alla logica del probabile sono estranee le valutazioni che impongono di decidere in un modo o nell'altro. Decisive sono invece le valutazioni complessive del giudice, richieste dall'ordinamento, in relazione alle funzioni svolte dal processo civile e dal processo penale, e in una prospettiva che tenga conto dei valori posti in gioco nell'uno e nell'altro tipo di processo, degli argomenti orientati alle conseguenze».

⁽³¹⁰⁾ V. Cap. I, § 2.4, nota 41. In giurisprudenza si veda Cass. pen. 28 giugno 2006, n. 30402, ove si sostiene la non innovatività della modifica legislativa di cui all'art. 533 c.p.p., in quanto, con la novellata disposizione il legislatore avrebbe formalizzato un principio già acquisito in tema di condizioni per la condanna, stante la preesistente regola di cui al secondo comma dell'art. 530 c.p.p., per la quale in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova, l'imputato va assolto.

sussiste o meno il nesso causale, in quanto, come detto, l'accertamento del grado di probabilità logica circa la sua sussistenza ricalca un procedimento logico analogo a quello previsto dal secondo comma dell'art. 192 c.p.p. per la valutazione della prova indiziaria, vale a dire la valutazione della gravità, della precisione e della concordanza.

Tuttavia, l'accentuata valorizzazione del significato meramente probabilistico ed induttivo della spiegazione causale, sia pur nell'accezione dell'"alto grado di credibilità razionale o probabilità logica", solleva una prima criticità: l'impossibilità di stabilire e, quindi, di quantificare un parametro di apprezzamento della c.d. "probabilità logica" finisce col portare a galla i medesimi dubbi di determinatezza che le Sezioni Unite hanno evidenziato in relazione all'orientamento tradizionale. Se per un verso è innegabile che la traduzione del valore percentuale della legge di copertura in criterio di credibilità della stessa come ipotesi esplicativa dell'evento appare un'operazione alquanto arbitraria, anche la soluzione che esige il conseguimento di una certezza logica non ancora meglio definibile, non si sottrae ad analoghe perplessità⁽³¹¹⁾. Perplessità che non vengono meno facendo riferimento solo all'evidenza disponibile e, quindi, alle risultanze probatorie; tale riferimento pare infatti presupporre una situazione sottostante rappresentata dalla concorrenza di più ipotesi esplicative che, nelle intenzioni della Suprema Corte, sembra identificarsi con la prova della irrilevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, soprattutto quando l'evidenza probatoria si compone (anche) di generalizzazioni statistiche aventi un coefficiente percentualistico medio-basso. In tali casi, ciò che però conta è la c.d. prova per esclusione, che tuttavia è possibile fornire solo a condizione di conoscere tutte le possibili cause di un evento nonché di poter escludere con certezza la presenza, nel caso

⁽³¹¹⁾ V. E. ANCONA, *All'origine della svolta epistemologica della sentenza Franzese. Ricerche sulla probabilità logica o baconiana*, in *Riv. it. fil. dir.*, 2017, p. 679 ss; A. MURRA, *Attuale insostenibilità dell'epistemologia sottesa alla sentenza Franzese*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3396 ss.

concreto, di tutte le possibili cause tranne una, vale a dire la reale causa dell'evento ⁽³¹²⁾.

Così, l'apparente coerenza teorica delle argomentazioni adottate dalle Sezioni Unite deve inevitabilmente fare i conti con una dimensione applicativa che si connota come verosimilmente angusta.

Anzitutto vi è il problema di una probabilità (logica) che può essere misurata secondo relazioni ordinali o comparative e che ci permetterebbe di sapere che, in base all'evidenza probatoria, l'ipotesi A è più probabile dell'ipotesi B, ma non quanto è più probabile e, dunque, non quanto sostegno induttivo un'ipotesi abbia in assoluto. In secondo luogo, stante il fatto che il tipo di probabilità logica fatto proprio dalle Sezioni Unite è proprio quello della "probabilità baconiana" ⁽³¹³⁾, che, come anticipato, procede mediante "esclusioni ed eliminazioni" e quindi di ricerca dei casi negativi che consentono di eliminare le proposizioni false, si palesa l'impossibilità di provare il nesso eziologico attraverso l'esclusione di altre possibili cause, neanche applicando il correttivo dell'esclusione delle sole cause note, non essendo note al giudice tutte le possibili cause dell'evento.

Più in generale, resta da chiedersi se il rapporto tra probabilità statistica e probabilità logica, così come proposto dalla pronuncia in esame, ragionevole in un'ottica giuridica, sia altrettanto plausibile sotto il diverso profilo logico-scientifico. L'impianto concettuale della sentenza è parso sin da subito problematico rispetto alla ritenuta difficoltà di impiegare metodologie scientifiche affidabili nel corroborare la probabilità statistica in base ad un elevato grado di probabilità logica ⁽³¹⁴⁾.

⁽³¹²⁾ Su tali aspetti, sui quali si tornerà in seguito nell'ottica di un più ampio inquadramento teorico-sistematico, si vedano: F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 385 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4812 ss.

⁽³¹³⁾ Per la trattazione del concetto di probabilità logica si rinvia a Cap. IV, Sezione II.

⁽³¹⁴⁾ Con la riserva di approfondire le prospettate questioni nel proseguo della trattazione, specie riguardo il settore della responsabilità civile, si vedano: P. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 298 ss.; A. FIORI, G. LA MONACA; G. ALBERTACCI, *Le Sezioni Unite penali riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma*

Tuttavia, nonostante le problematiche poste dalle vedute epistemologiche contenute nella sentenza Franzese, è opportuno interrogarsi in che modo principi affermati dalla decisione in esame potrebbero essere funzionali alle finalità proprie della responsabilità civile, ponendosi anche in tale sede il problema delle modalità di accertamento della causalità sotto il profilo del grado di evidenza probatoria necessario e sufficiente per accertarne l'esistenza.

Sebbene gli assetti della giurisprudenza civile di legittimità siano già in parte stati svelati ⁽³¹⁵⁾, l'analisi delle argomentazioni che la Cassazione penale ha addotto a sostegno della soluzione accolta si è resa necessaria proprio per comprendere appieno i riflessi che i principi accolti hanno avuto nell'ambito civilistico; settore nel quale la giurisprudenza si è adoperata per ridimensionare la pretesa di accertare il nesso causale secondo regole operazionali che, pur offrendo spunti per una riflessione interdisciplinare, trovano fondamento nel solo ambito del diritto penale, in quanto ancorati alle garanzie proprie di quest'ultimo settore dell'ordinamento giuridico.

2. Gli arresti della giurisprudenza civile all'indomani della sentenza Franzese

Le conclusioni raggiunte della giurisprudenza penalistica in tema di accertamento del nesso causale hanno certamente indotto la giurisprudenza civile di legittimità ad approntare una più profonda riflessione sui medesimi temi. Mentre l'interesse destato dalla sentenza Franzese nel settore della responsabilità civile è apparso subito evidente sul piano delle modalità di accertamento del nesso causale, non potendosi ragionevolmente dubitare che la migliore interpretazione del principio di probabilità logica, senz'altro

nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili, in Riv. it. med. leg., 2002, p. 1614 ss.

⁽³¹⁵⁾ V. Cap. I, § 2.4.

predicabile anche in ambito civilistico, sia proprio quella che la vede come un metodo di accertamento del nesso causale che va oltre il mero riferimento ai dati statistici, non altrettanto lineari sono state le prese di posizione dei giudici civili sul grado di certezza necessario per ritenere dimostrata la relazione eziologica.

Un primo indirizzo di pensiero aveva infatti ritenuto che l'“alto grado di credibilità razionale”, in quanto criterio certo e rigoroso, fosse esportabile anche al campo dell'illecito civile. Emblematica, in questo senso, è stata la sentenza del marzo del 2004 della Terza sezione civile della Suprema Corte ⁽³¹⁶⁾, che dopo aver preliminarmente rimarcato la necessità di ricorrere allo schema della probabilità, ritenendo sufficiente un convincimento in termini probabilistici al fine di ritenere dimostrata la relazione causale ⁽³¹⁷⁾, i giudici di legittimità

⁽³¹⁶⁾ Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, p. 45 ss., con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*. La fattispecie oggetto del giudizio di legittimità riguarda il caso di un paziente che, ricoverato in ospedale per forti dolori addominali, veniva indirizzato al reparto di urologia a seguito di diagnosi di globo vescicolare. Deceduto due ore e mezza dopo il ricovero, per rottura di aneurisma dell'aorta addominale, la moglie ed il figlio del paziente convenivano in giudizio l'azienda sanitaria locale, assumendo l'addebitabilità del decesso del loro congiunto all'errata diagnosi dei medici del pronto soccorso. Ambedue i gradi di merito respingevano la domanda attorea, non ritenendo provato il nesso eziologico tra l'errore diagnostico e la morte del paziente. Il Tribunale di Milano, pur avendo accertato il colpevole errore diagnostico dei sanitari, rigettava la domanda attorea asserendo che la sopravvivenza del paziente in caso di corretta diagnosi e tempestivo intervento chirurgico presso altra struttura dotata del reparto di chirurgia vascolare non appariva neanche “*probabile*”, bensì soltanto “*possibile*”. La Corte d'Appello di Milano, confermando in parte l'impianto argomentativo del giudice di primo grado, asseriva che, nel caso di specie, un eventuale intervento chirurgico avrebbe avuto soltanto “*remote possibilità di successo*”, sia a causa del tempo necessario per il trasporto del paziente presso altra struttura sanitaria dotata di un reparto di chirurgia vascolare, sia per le sue scarse possibilità di riuscita, in quanto i gravi disturbi epatici di cui era affetto il paziente riducevano ancor di più le possibilità di successo dell'intervento, peraltro statisticamente caratterizzate da un rischio di mortalità del 50%. Veniva pertanto proposto ricorso per Cassazione, lamentandosi l'erroneità della pronuncia d'appello per aver escluso la colpa dei sanitari ed il nesso causale tra l'errata diagnosi e l'evento morte.

⁽³¹⁷⁾ Invero la giurisprudenza civile, già prima del 2002 aveva affermato, sia pur nell'ambito della responsabilità contrattuale, che il rapporto causale può essere ritenuto sussistente allorquando si possa ritenere che l'adempimento dell'obbligazione, ove correttamente e tempestivamente intervenuto avrebbe influito sulla situazione del creditore «in guisa che la realizzazione dell'interesse perseguito con il contratto si sarebbe presentata in termini non necessariamente d'assoluta certezza ma anche solo di ragionevole probabilità, non essendo dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi, oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, certezze di sorta, nemmeno di segno morale, ma solo semplici probabilità d'un eventuale diversa evoluzione della situazione stessa». Si vedano, altresì, Cass. 21 giugno 2004, n. 11488; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. 19 maggio 2004, n. 9471.

sembravano allinearsi in toto ai dettami penalistici, tali essendo i principi di diritto enunciati dalla Corte:

a) la sussistenza di un inevitabile margine di incertezza della scienza medica in ordine all'esistenza del nesso causale non può comportare un automatico giudizio di neutralizzazione dello stesso, in quanto ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie quando manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti;

b) la verifica dell'esistenza o meno del nesso di causalità sulla base di un ragionamento probatorio il cui filo conduttore deve essere quello della probabilità logica e non statistica, non essendo consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi dell'esistenza del nesso causale, dovendo altresì il giudice effettuare la verifica controfattuale sulla base delle peculiarità del caso concreto onde giungere alla conclusione che la condotta è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con «alto grado di credibilità razionale o probabilità logica».

La conclusione è dunque il ricorso ad un criterio di tipo probabilistico non fondato su dati statistici bensì su ragionamenti logici, tali da far ritenere provato il nesso causale con alto grado di credibilità razionale (³¹⁸). La

(³¹⁸) Proprio in ragione di ciò da più parti in dottrina è stato messo in rilievo l'allineamento della giurisprudenza civilistica ai principi causali dettati dalle Sezioni unite penali. A tal proposito si vedano le considerazioni di: M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 50 ss., ove l'A. osserva che la Corte avrebbe offerto affermazioni di notevole interesse sia per quanto riguarda l'utilizzo della probabilità logica che per il livello di certezza che deve essere raggiunto in sede civilistica, ritenendo che il criterio del "più probabile che non" sia stato accantonato e che la Cassazione civile avrebbe inteso allinearsi con quella penale, non potendosi tuttavia trascurare una dovuta riflessione sull'opportunità di richiedere il medesimo livello di certezza; L. NOCCO, *La probabilità logica del nesso causale approda in sede civile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 59; M. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1026; R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 60; M. BONA, *Relazione*, in AA. VV., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza "Franzese". Riflessioni e problematiche nel settore penale e in quello civile*, cit., p. 78 ss. È invece di diverso avviso M. ROSSETTI, *Allargati ancora*

*i confini della responsabilità del medico. Ma è contrasto tra le sezioni civili e penali della Suprema Corte, in Dir. e giust., 2004, p. 35 ss. Tuttavia la più attenta dottrina non ha mancato di cogliere una contraddizione nella sentenza in esame, dal momento che l'utilizzo della formula «serie ed apprezzabili possibilità di successo» sembra richiamare una terminologia che ricorda da vicino quelle delle sentenze penali di stampo c.d. probabilistico, salvo poi ritenere provato il nesso causale sotto l'egida del criterio dell'«alto grado di credibilità razionale o probabilità logica». Evidenzia tale contraddizione U. IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della responsabilità civile: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 130 ss.*

Cassazione civile sembra così aver adottato uno standard di prova tendenzialmente elevato, consentendo così alla causalità “ordinaria” ⁽³¹⁹⁾ di operare una contrazione del nesso eziologico rilevante ai fini civilistici ⁽³²⁰⁾.

⁽³¹⁹⁾ La pronuncia in esame si apre ad altre forme di tutela dell’asserito danno lamentato (*rectus* probabilità perdute), al fine ultimo di trovare un compromesso tra l’esigenza di sanzionare una condotta asseritamente negligente, che potrebbe essere stata causa del danno, ed il rigore dei principi che regolano il tema dell’accertamento del nesso causale. La decisione testimonia infatti la rinnovata consapevolezza che ha iniziato a caratterizzare la tematica del danno da perdita di *chance*, ribadendo il crescente interesse della giurisprudenza di legittimità per l’approfondimento di tale tematica, soprattutto in tema di responsabilità del medico. Si vedano, a tal proposito: Cass. 14 luglio 2003, n. 1101; Cass. 10 maggio 2002, n. 6735; Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 2005, p. 296 ss., con specifico riguardo al tema della responsabilità da “contatto sociale”; Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, p. 557 ss. I giudici di legittimità hanno affermato che l’omissione del medico rileva anche sotto il profilo della responsabilità per danno da perdita di *chance*, per avere la sua condotta aggravato la possibilità che l’esito negativo per il paziente si producesse. Tuttavia, nell’impossibilità di affermare che, senza l’omissione, l’evento si sarebbe o meno verificato, la responsabilità è stata più specificamente legata al fatto che «in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l’inadempimento della prestazione sanitaria) aggrava la possibilità che l’esito negativo si produca. Non è possibile affermare che l’evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle *chances*, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta». Tali *chances* sono state definite non come una mera aspettativa di fatto, bensì come ««concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato», un pregiudizio in sé considerato che, a prescindere dalla perdita del risultato auspicato, rappresenta un’autonoma entità, in quanto tale suscettibile di valutazione economica. In tal modo, e a dispetto di una parte minoritaria della dottrina, la Corte aderisce a quell’impostazione teorica che intende dissociare il «danno come perdita della possibilità» dal danno per mancata realizzazione del risultato finale, introducendo una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su un diverso bene giuridico, quale, appunto, la possibilità del risultato. Si distingue così tra la probabilità intesa come strumento per conseguire la dimostrazione di un fatto e la probabilità come oggetto stesso della lesione, così potendo il giudice negare il risarcimento ma, al contempo, accertare se quella condotta negligente abbia causato la distinta perdita della probabilità di evitare quel pregiudizio. Così, anche laddove manchino i presupposti per il risarcimento del danno (tradizionalmente inteso), la parte danneggiata ha a disposizione un percorso alternativo fondato sul rapporto causale tra la condotta lesiva e la perdita della *chance* subita. Per una critica all’afferzata autonomia della *chance* rispetto al risultato finale si veda A.M. PACCES, *Alla ricerca delle chance perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.*, 2000, p. 661 ss. L’A. afferma che il ragionamento, portato alle estreme conseguenze «lascia intravedere conclusioni pericolose: segnatamente, il moltiplicarsi *ad infinitum* delle opportunità perdute, secondo un meccanismo a catena ingovernabile, se è vero che qualsivoglia eventualità positiva si trovi nel patrimonio del soggetto che si assume leso configura, in astratto, un possibile pregiudizio». La verità, si afferma è che «l’autonomia della *chance* rispetto al risultato finale si rivela un artificioso pretesto, che porta con sé contraddizioni insanabili. In realtà la *chance* non rappresenta un *quid* ontologicamente distinto del risultato utile che prefigura; essa piuttosto, esprime la probabilità di quel risultato, in relazione alla situazione attuale che ne legittima l’aspettativa». I giudici di legittimità hanno inoltre individuato nella domanda volta ad ottenere il risarcimento della lesione una finalità ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato: ciò perché in quest’ultimo caso la stessa collocazione logico-giuridica dell’accertamento probabilistico attiene all’individuazione

Allo stesso modo, anche nella giurisprudenza di merito si registrano formalmente enunciazioni di principio che sembrano richiamare le proposizioni dalla sentenza Franzese. Così, in una decisione del Tribunale di Napoli relativa

del nesso causale, mentre nell'altro caso attiene al momento della determinazione del danno. L'immediato risvolto pratico della suddetta impostazione è che se in giudizio è stato richiesto solo il danno del mancato raggiungimento del risultato sperato il giudice non potrà esaminare ed, eventualmente, liquidare il danno da perdita di *chances* «neppure intendendo questa domanda come un *minus* rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra». Nello stesso senso si vedano: Cass. 29 novembre 2012, n. 21245; Cass. 5 settembre 2003, n. 13001; Cass. 9 gennaio 2003, n. 123. In senso analogo, nella giurisprudenza di merito v. Trib. Monza 11 gennaio 2005, ove si osserva che nella ricorrenza «di responsabilità medica, al paziente deve essere liquidato il danno da perdita di *chances* a condizione che vi sia stata un'espressa domanda, e qualora sia stato richiesto solo il risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato tale voce non può comunque essere liquidata, trattandosi di domande diverse non ricomprese l'una nell'altra». Tuttavia, nel senso di riconosce al giudice la possibilità di risarcire il danno da perdita di *chance* quando sia prospettato nonché richiesto il solo danno "finale" v. Cass. 27 maggio 2002, n. 7745; Cass. 29 aprile 1993, n. 5026, in *Giur. it.*, 1994, p. 234 ss., con nota di A.M. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita una chance*. Nel senso di ritenere non nuova la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* allorquando la stessa venga proposta per la prima volta in sede di giudizio legittimità v. Cass. 14 giugno 2011, n. 12961. Per un'attenta disamina delle innumerevoli problematiche che concernono il tema del danno da perdita di *chance*, nonché per utili riferimenti dottrinali si rimanda a R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 81 ss. Per ulteriori approfondimenti v. M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, cit., p. 211 ss.; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 55 ss.

(³²⁰) In questi termini si esprime L. NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 949 ss. Per analoghe considerazioni si veda M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., p. 59; R. BORDON, *La perdita di chances di guarigione*, in *www.personaedanno.it*. Il fatto che i giudici di legittimità abbiano adottato uno *standard* probatorio elevato spiegherebbe la necessità di assicurare tutela risarcitoria delle probabilità perdute e, quindi, di fare ricorso alla categoria del danno da perdita di *chance* onde evitare un restringimento della tutela risarcitoria, in quanto il soggetto danneggiato avrebbe comunque la possibilità di vedersi risarcita la perdita della possibilità di conseguire il risultato favorevole, in una percentuale pari alla quantità di possibilità perdute. È lecito tuttavia domandarsi se, a fronte dei successivi sviluppi della giurisprudenza civile, stante il riconoscimento della piena operatività dello *standard* del "più probabile che non" (che, come detto, fa il suo formale ingresso nella giurisprudenza di legittimità a partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619) possa venire meno quell'esigenza di tutela che, come detto, aveva inteso "sopperire" all'innalzamento dello *standard* di prova civilisticamente rilevante, permettendo al danneggiante di vedersi risarcito il danno da perdita di *chance*. Invero, è la stessa giurisprudenza di legittimità che, nel ritenere che lo *standard* di prova valevole in sede civile dovesse essere quello del "più probabile che non", ha espressamente ammesso la possibilità di ricorrere alla causalità da perdita di *chance*, attestata *tout court* sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato, da intendersi, retamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo: si veda, in proposito, Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619.

ad un caso di responsabilità sanitaria ⁽³²¹⁾, la conclusione cui giunge il giudice di merito va nel senso di ritenere che la responsabilità dei presunti danneggianti deve essere subordinata alla verifica che «la condotta alternativa lecita avrebbe permesso, con elevato grado di probabilità logica, di evitare il danno». Nel caso di specie l'invocata soglia di certezza probatoria non poteva tuttavia dirsi raggiunta nonostante l'alta percentuale di probabilità statistica ⁽³²²⁾, in quanto alla luce dell'evidenza disponibile, vi era una significativa quota di ipotesi in cui sarebbe residuo il dubbio circa l'esistenza della patologia non diagnosticata. Anche altre pronunce della giurisprudenza di merito hanno fatto propri gli insegnamenti della Cassazione penale. In una decisione del Tribunale di Monza ⁽³²³⁾, il giudice di merito rilevava che «il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica-universale o statistica, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo, con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale, non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva».

Tuttavia, i dettami delle Sezioni unite penali hanno trovato terreno fertile non solo nella giurisprudenza di merito in sede di responsabilità medica ⁽³²⁴⁾,

⁽³²¹⁾ Trib. Napoli 14 luglio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1015 ss., con nota di L. NOCCO, *Il nesso di causalità materiale, la probabilità logica e la ritrovata (?) centralità della colpa in responsabilità sanitaria*. La fattispecie oggetto del giudizio di legittimità concerne, nello specifico, l'omessa diagnosi di malformazione del feto, la c.d. spina bifida. La neonata, nonostante l'effettuazione di un intervento chirurgico effettuato subito dopo la nascita, rimaneva affetta da una grave patologia. I genitori nella minore citavano in giudizio sia il ginecologo che l'ecografista, sostenendo che la tempestiva diagnosi della malformazione fetale avrebbe evitato i gravi danni poi subiti dalla minore.

⁽³²²⁾ Il responso della c.t.u. espletata in giudizio evidenziava come la sottoposizione della gestante ad un esame più specifico, consistente nel dosaggio dell'alfa fetoproteina avrebbe permesso di diagnosticare la malformazione del feto in una percentuale molto alta di casi, corrispondente al 70-80%.

⁽³²³⁾ Trib. Monza 3 maggio 2005, in *Corr. mer.*, 2005, p. 891 ss., con nota di M. D'AURIA, *Evento dannoso e nesso di causalità tra diritto civile e diritto penale*.

⁽³²⁴⁾ Si veda altresì Trib. Bologna 15 aprile 2005, in *www.personaedanno.it.*, ove, in motivazione si afferma che, sotto il profilo della causalità omissiva e in relazione al piano dell'accertamento processuale, la condotta doverosa (ma omessa) è condizione necessaria dell'evento lesivo quando, con «alta probabilità logica o un elevato grado di credibilità

trascendendo anche altri ambiti dell'illecito civile, ove si annidano talune decisioni di merito altrettante degne di nota. Si pensi al celebre caso Stalteri, la cui nota vicenda prende avvio dalla decisione dei familiari di un soggetto deceduto a causa di un tumore polmonare di citare in giudizio l'Amministrazione Autonoma dei monopoli di Stato al fine di ottenere il risarcimento dei danni per le omissioni legate alla mancata informazione ai consumatori dei pericoli derivanti dal fumo. In primo grado il Tribunale civile di Roma respingeva la domanda di risarcimento, ritenendo che la causa della morte dello Stalteri fosse da attribuire alla sua volontaria scelta di fumare. Ma è nella parte motiva della sentenza di secondo grado che si rinvengono approfondite riflessioni in tema di accertamento del nesso causale ⁽³²⁵⁾.

Il collegio giudicante, nonostante la portata nociva del fumo attivo da sigarette fosse assistita da un dichiarato credito scientifico, indirizzava la propria indagine all'accertamento della causalità individuale, incentrando la propria analisi sulla personale vicenda dello Stalteri e dando così consistenza all'ipotizzato nesso attraverso il ricorso alla c.d. causalità individuale ⁽³²⁶⁾. In tal modo, l'evidenza scientifica si confronta con il complesso delle risultanze probatorie cosicché «l'esistenza del rapporto causale tra cancro polmonare e fumo di sigaretta può dirsi accertata, secondo un criterio di seria probabilità scientifica, al di là di ogni ragionevole dubbio» ⁽³²⁷⁾.

Nell'ambito di un tentativo di ricognizione dell'intero tema del nesso causale, i giudici di legittimità, con la sentenza del 18 aprile 2005, n. 7997 ⁽³²⁸⁾,

razionale al di là di ogni ragionevole dubbio, in relazione ai riscontri ottenuti dalle regole di esperienza e delle leggi scientifiche nel caso concreto, una volta esaminate l'evidenza disponibile e le circostanze di fatto, l'evento non si sarebbe verificato».

⁽³²⁵⁾ App. Roma 7 marzo 2005, n. 1015, in *Foro it.*, 2005, c. 1218 ss.

⁽³²⁶⁾ V. L. EGIZIANO, *Le nuove prospettive del contenzioso italiano in materia di danni da fumo attivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 815; L. CAPUTI, *Il nesso causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvenuto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 185 ss. In senso contrario si esprime F. STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 1160 ss., il quale sostiene che i giudici del merito non avrebbero recepito la distinzione tra causalità generale e causalità individuale, imputando loro di aver fatto leva sui soli rilievi provenienti dalle scienze epidemiologiche.

⁽³²⁷⁾ Per una critica all'invocato *standard* dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" da parte dei giudici civili si veda F. STELLA, *op. ult. cit.*, p. 1187 ss.

⁽³²⁸⁾ La sentenza in esame si propone di analizzare le seguenti premesse di principio: a) la qualificazione del nesso causale quale elemento strutturale dell'illecito civile; b) la

avallavano, in parte, le conclusioni a cui era giunta appena un anno prima la sopra citata sentenza della Suprema Corte del 4 marzo 2004, n. 4400, con cui condivide la constatazione secondo la quale la valutazione del nesso causale deve rispondere a schemi di tipo logico-probabilistico. È nel fitto tessuto motivazionale che si rinviene uno dei passaggi forse più problematici della pronuncia in esame, allorquando si afferma che l'accertamento del rapporto di causalità deve compiersi secondo i seguenti criteri: «a) di probabilità scientifica se esaustivi; b) di logica aristotelica, se appare non praticabile o insufficiente il ricorso a leggi scientifiche di copertura, con l'ulteriore precisazione che, nell'illecito omissivo, l'analisi morfologica della fattispecie segue un percorso speculare, quanto al profilo probabilistico, rispetto a quello commissivo, dovendosi, in altri termini, accertare il collegamento evento-comportamento omissivo in termini di probabilità inversa, per poi inferire che l'incidenza del comportamento omesso è in relazione non probabilistica con l'evento stesso (che si sarebbe probabilmente avverato anche se il comportamento fosse stato attuato)»⁽³²⁹⁾. In proposito, a dispetto di quanti ritengono che la sentenza in esame non faccia altro che smantellare i dettami espressi dalla sentenza Franzese

necessità di evitare, in sede di accertamento del nesso causale, la valutazione della componente soggettiva dell'illecito, propriamente insita nel concetto di previsione; c) la distinzione tra nesso di causalità materiale e nesso di causalità giuridica; d) la necessità di ricorrere a criteri di causalità scientifica e, se non esaustivi, a quelli di logica aristotelica (questione su cui si tornerà più ampiamente nel testo); e) la necessità di valutare l'elemento soggettivo dell'illecito soltanto dopo aver previamente accertato il nesso eziologico. Si condivide pertanto l'opinione di quanti hanno ritenuto che la sentenza in esame condivide la struttura di un intervento a sezioni unite: così L. CAPUTI, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvenuto?*, cit.; F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*, cit.

⁽³²⁹⁾ Per un rilievo critico al richiamo della «logica aristotelica» in sede di accertamento del nesso causale si vedano le considerazioni di F. STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, cit., pp. 1190-1191 ss., il quale contesta il richiamo alla logica aristotelica nella misura in cui essa viene invocata come regola empirica che consente di spiegare la relazione causale tra due fatti, al pari delle leggi scientifiche, anziché come «logica» in grado di determinare la relazione causale tra condotta ed evento. Si veda altresì F. ROLFI, *Il nesso di causa nell'illecito civile: la cassazione alla ricerca di un modello unitario*, in *Corr. giur.*, cit., p. 257, il quale ritiene che la logica aristotelica risulta ormai da secoli superata da strutture di tipo matematico assai più raffinate, al punto da essere giunte alla prova logico-matematica della non autosufficienza dei sistemi matematici stessi «sicché il richiamo ad un simile criterio cognitivo appare, oltre che anacronistico, anche fallace».

circa la ricorribilità alla più volte invocata probabilità logica ⁽³³⁰⁾, può affermarsi che dall'analisi della parte motiva della pronuncia sembra evincersi che il richiamo alla logica aristotelica non starebbe a significare né la necessità di dover supportare le norme sulle prove contenute nel codice di rito di un qualcosa di più logico dell'evidenza probatoria, né una regola atta a predicare la relazione causale tra due fatti ⁽³³¹⁾. Si dà infatti conto che una legge scientifica, anche universale, non è in grado di per sé di informare il giudizio conclusivo in ordine all'accertamento del nesso causale. Tuttavia, gli esempi riportati in motivazione dai giudici di legittimità, all'evidente scopo di chiarificare l'impianto teorico da loro sviluppato sui temi della causalità, prospettano una serie di casi che, ad un'attenta analisi, non sembrano muoversi in perfetta linea con quanto da essi stessi enunciato sul piano teorico. Così, affermare che la morte da infezione tetanica di un paziente operato per discopatia possa ritenersi causalmente collegata all'erronea diagnosi dell'infezione stessa e all'omesso intervento terapeutico se, sulla base di «regole scientifiche», risulti probabile che diagnosi e cura avrebbero potuto scongiurare l'evento dannoso, senza però precisare che, a fronte della rilevanza delle circostanze di fatto, potrebbero essersi verificate cause alternative dell'evento dannoso da sole in grado di provocarlo, sembra quasi canalizzare l'accertamento eziologico entro una visione di probabilità intesa in senso oggettivo, secondo cioè una concezione tipica delle teorie scientifiche. Se un utile chiarimento in tal senso avremmo potuto ottenerlo analizzando il modo in cui la Corte ha risolto il caso oggetto del suo giudizio, abbiamo in realtà perso l'occasione di poter definitivamente comprendere se i

⁽³³⁰⁾ In questo senso si esprime L. NOCCO, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1238 ss.

⁽³³¹⁾ Si veda, in proposito, G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., pp. 74-75, nota 30, il quale annovera la logica aristotelica tra le possibili logiche idonee ad essere utilizzate in sede di accertamento del nesso causale, non potendo essa considerarsi solo come una mera logica formalistica. Si veda altresì S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano, 2008, p. 101, il quale afferma che la logica aristotelica non sottenderebbe un concetto di verosimiglianza, di probabilità secondo le linee di una concezione oggettivistica, non esprimendo essa un rapporto di tipo quantitativo, bensì una oggettività del verosimile che non è qualcosa di riducibile ad un dato misurabile.

giudici di legittimità abbiano effettivamente applicato quanto da essi stessi affermato in linea di principio.

Tuttavia, lungi dal voler assumere un atteggiamento eccessivamente formalistico nei confronti delle argomentazioni rinvenibili nella sentenza che si sta esaminando, si evince che la Corte, nel risolvere il caso concreto, non affronta in termini marcati il problema della relazione tra probabilità scientifica e probabilità logico-giuridica, perdendo così anche l'occasione di dimostrare che quel carattere di «esaustività» della probabilità scientifica non è sinonimo di sostituzione della probabilità logica nel ragionamento causale.

2.1. Gli approdi intermedi della giurisprudenza civile

Gli orientamenti giurisprudenziali innanzi esaminati, nel collocare la questione dell'accertamento del nesso causale sul medesimo piano della sentenza Franzese, non hanno perciò ampliato di molto il loro orizzonte concettuale, non avendo proceduto ad evidenziare le peculiarità del contesto della responsabilità civile e, in particolare, i possibili diversi profili processuali della causalità civilisticamente rilevante, specie per quanto concerne il tema del “grado minimo probatorio” necessario e sufficiente per poter ritenere sussistente il nesso eziologico.

Tuttavia, a partire dall'anno 2005 ha iniziato ad avvertirsi un cambio di rotta della Cassazione civile in tema di accertamento del nesso causale. Sull'onda di quanto affermato nella sentenza di legittimità del 4 marzo 2004, n. 4400, si pone l'ulteriore pronuncia dell'11 dicembre 2005, n. 22894 ⁽³³²⁾ che, in termini meno sentenziosi, afferma che eventuali margini di incertezza

⁽³³²⁾ La fattispecie oggetto della citata sentenza vede i genitori di una neonata citare in giudizio l'Unità Sanitaria Locale di Firenze al fine di ottenere il risarcimento danni per negligente assistenza dei sanitari della citata azienda ospedaliera subito dopo il parto. Avendo la neonata sin da subito manifestato sofferenza per cianosi e difficoltà respiratorie, veniva ricoverata per alcuni giorni. La bambina presentava uno sviluppo psicofisico ritardato con incapacità quasi totale del linguaggio e ritardo nell'apprendimento, e ciò la rendeva inabile al 100%.

provenienti dal sapere scientifico (nel caso di specie, da nozioni di patologia medica e medicina legale) non implicano la sicura non sussistenza, in chiave probatoria, del nesso causale, dato che la presenza di tali margini di relatività potrebbe comunque soddisfare il principio del «serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica»; con la dovuta precisazione che la probabilità scientifica cui si fa riferimento necessita di essere qualificata da «ulteriori elementi idonei a tradurre in certezza giuridica le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici». Tuttavia, anche se tali constatazioni non rappresentano certo una novità rispetto a quanto sostenuto in Cass. n. 4400 del 2004, sembrano proferire, sia pur timidamente, criteri idonei a modellare il grado di evidenza probatoria necessario per accertare il nesso causale in sede civile secondo parametri diversi da quelli penalistici; ciò specie allorquando la Corte specifica che il nesso causale va ritenuto non sussistente nella misura in cui, da un puntuale esame della consulenza tecnica non si evinca se non una mera «possibilità» e non la «probabilità» dell'efficienza causale della condotta nella produzione dell'evento dannoso ⁽³³³⁾.

Tale ultimo intervento della Cassazione civile in tema di causalità ha anticipato un importante indirizzo interpretativo; indirizzo che di lì a poco avrebbe preso piede nella successiva giurisprudenza di legittimità.

Con la sentenza del 19 maggio 2006, n. 11755 ⁽³³⁴⁾ la suprema Corte ha chiarito che i criteri valutativi adottati dalla sentenza Franzese meglio si

⁽³³³⁾ La Corte ha ritenuto corretta la motivazione della sentenza del giudice di secondo grado di rigetto della domanda attorea, rilevando che, da un'attenta analisi delle argomentazioni svolte dai consulenti, il collegio peritale non solo non era stato in grado di escludere il rapporto eziologico, ma nemmeno di affermarlo e che, invero, non si era espresso neanche in termini probabilistici bensì solo di mera possibilità. Sottolinea la generalità della distinzione tra possibilità e probabilità L. CAPUTI, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvenuto?*, cit., p. 178, spec. nota 16. Rimarcano la distinzione tra possibilità e probabilità A. FIORI, F. CASCIANI, F. AUSANIA, *La Cassazione civile accentua le differenze tra responsabilità medica penale e prospetta la risarcibilità autonoma della perdita di chance da colpevole inadempimento professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 809 ss.

⁽³³⁴⁾ Cass. 19 maggio 2006, n. 11755, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1238, con nota di L. Nocco, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica*. La fattispecie oggetto del giudizio di legittimità concerne un caso peculiare, in cui vengono in rilievo sia profili di causalità omissiva che commissiva. La vicenda concerne il caso di un neonato rimasto completamente cieco a seguito di lesioni alla retina in conseguenza di una fibroplasia retrolenticolare provocata dall'eccessiva durata dell'ossigenoterapia a cui lo stesso era stata

adattano a vicende di reato omissivo improprio, in quanto nel settore della responsabilità civile e allorquando si tratta di accertare l'incidenza eziologica di un comportamento anche commissivo «la verifica probabilistica si arresta su soglie meno elevate di accertamento controfattuale». Basti infatti pensare che il procedimento penale instauratosi in relazione a tale vicenda si era concluso con una sentenza di improcedibilità per insufficienza di prove in relazione all'elemento del nesso causale, mentre, in sede civile, entrambi i gradi di merito si erano conclusi con la condanna delle parti convenute ⁽³³⁵⁾.

Così argomentando, la sentenza in esame sembra segnare il passo, avendo recepito quanto da tempo sostenuto da autorevoli studiosi italiani a proposito del grado minimo di conferma di un'ipotesi sul fatto da porre alla base della decisione finale ⁽³³⁶⁾.

Un passo che tuttavia era stato già compiuto dalla giurisprudenza di merito nella nota decisione del Tribunale di Palmi nel febbraio del 2006 ⁽³³⁷⁾, nella quale si propende per una netta distinzione tra la causalità nei due settori, penale e civile, evidenziandosi, con riferimento a quanto affermato nella

sottoposto al momento della nascita; tale terapia, tuttavia non era stata preceduta né accompagnata da dovuti accertamenti, come l'emogasanalisi e visite oculistiche.

⁽³³⁵⁾ I giudici di secondo grado avevano infatti accertato che la condotta del primario del reparto dell'ospedale ove il bambino era stato dato alla luce aveva avuto un ruolo di rilievo nella causazione dell'evento, e ciò sia perché il neonato, in quanto nato prematuro, non era stato prontamente trasferito in una struttura sanitaria che disponesse di un reparto per neonati immaturi, sia perché erano state effettuate cure aventi possibili effetti nocivi per i neonati a rischio di retinopatie e ciò non solo senza che ce ne fosse necessità, ma anche senza disporre le opportune cautele nonché un continuo monitoraggio al fine di prevenire eventuale effetti lesivi.

⁽³³⁶⁾ Si vedano, in proposito: F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 56; ID., *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, cit., p. 1159 ss.; M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in M. Bessone (a cura di), in *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, 1999, p. 296 ss.; P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, p. 247 ss., il quale rileva che il settore penale, a differenza di quello civile, non è legato alla valutazione della probabilità, essendo esso preordinato alla protezione di un interesse.

⁽³³⁷⁾ Trib. Palmi 11 febbraio 2006, n. 86, in *Danno e resp.*, 2007, p. 319 ss., con nota di D. NICOTRA e B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*. La fattispecie oggetto del giudizio di merito riguarda il caso di una bambina di pochi mesi di vita che, a causa di un continuo stato di malessere, veniva sottoposta alla visita di un pediatra specialista. Quest'ultimo, sottovalutando la situazione clinica della bambina, ometteva di prescrivere i dovuti esami clinici atti a pervenire ad una corretta diagnosi della sindrome uremico-emolitica, contribuendo così ad aggravare le sue condizioni di salute fino all'insorgere di una insufficienza renale terminale. I genitori della bambina decidevano così di citare in giudizio il medico pediatra al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti dalla loro figlia minore.

sentenza Franzese che «nessuno dei principi che la decisione intende salvaguardare trova riscontro nella responsabilità civile».

Nella parte motiva si sostiene che la giurisprudenza di legittimità, anche in epoca successiva alla nota sentenza delle Sezioni unite penali «ha affermato in ordine alla responsabilità del medico che «è configurabile un nesso causale tra il suo comportamento, anche omissivo, e il pregiudizio subito da un paziente, qualora attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi».

Si afferma inoltre che tale modo di intendere il nesso causale non figurava esclusivamente nell'ambito della giurisprudenza penalistica essendo esso già stato messo in evidenza dalla giurisprudenza civilistica che «ha mostrato di accogliere il tradizionale criterio delle “serie ed apprezzabili probabilità di successo”, secondo un giudizio fondato sulla semplice probabilità statistica».

A livello operativo, la prospettata ricostruzione si atteggia nel senso di ritenere che l'applicazione del criterio della probabilità statistica non comportava la necessità di considerare gli elementi propri del caso specifico portato in giudizio, potendosi concludere in favore dell'attore «se, nella generalità dei casi (cioè secondo le statistiche cliniche) le probabilità che a quella determinata condotta fosse corrisposto quel tipo di evento sussisteva nel 50% + 1 dei casi». Di qui la conclusione secondo cui mentre la responsabilità penale richiede un accertamento volto a stabilire se l'omessa o errata diagnosi ha provocato la morte o lesioni al paziente, quella civile richiede di accertare se l'omissione o l'errore hanno diminuito l'eventuale possibilità di ottenere una guarigione, affermandosi perciò che «è configurabile un nesso causale fra il comportamento, anche omissivo, e il pregiudizio subito da un paziente, qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi».

Il giudice del merito sembra aver portato alle estreme conseguenze la prospetta distinzione tra causalità penale e causalità civile, con statuizioni via via più incisive.

Il tentativo di rottura tra accertamento penale e accertamento civile sembra tuttavia stornare il possibile rischio derivante dall'impostare tale rapporto in termini di stretta dipendenza; ciò, tuttavia, non senza perplessità. Sullo sfondo rimangono infatti gli ostacoli alla predicabilità in sede civile del ricorso a modelli statistici che della probabilità facciano un uso processuale. Tale sentenza ha infatti riaperto il problema del valore da accordare al dato statistico di per sé considerato nonché dell'individuazione del grado di astrazione dell'accertamento del nesso causale compatibile con una pronuncia di condanna in sede civile ⁽³³⁸⁾.

Tuttavia il rifiuto, in blocco, del *dictum* della sentenza Franzese operata da tale pronuncia di merito, sebbene desti profonde perplessità in quadro teorico non ancora propriamente delineato e definito, obbliga, nelle intenzioni del tribunale calabrese, ad un ripensamento del rapporto tra sentenza Franzese e giurisprudenza civile; ripensamento che ha poi portato la Corte Suprema a delineare, in maniera via via sempre più incisiva, la portata del "decalogo" delle Sezioni unite penali nell'ambito dell'illecito aquiliano.

2.2. Prime applicazioni della regola del "più probabile che non": i principi espressi da Cass n. 21619/2007

Nello scenario giurisprudenziale appena tracciato, ove non è ancora dato comprendere se la strada dell'autonomia di regole probatorie rispetto al settore penale sia stata tracciata con chiarezza, un importante intervento sui temi dell'eziologia si è registrato con la sentenza della Cassazione n. 21619/2007. Tale sentenza si caratterizza, in positivo, per operare una vera e propria

⁽³³⁸⁾ D. NICOTRA, B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, cit.

evoluzione rispetto ai bilicanti orientamenti giurisprudenziali che si sono registrati sia in sede di merito che di legittimità in relazione all'applicazione, nel settore civilistico, dei principi che le Sezioni unite penali avevano inaugurato con la sentenza Franzese, e che, come visto, i giudici civili avevano inizialmente manifestato di condividere, salvo poi dipanarsi in argomentazioni e statuizioni di principio poco nette e chiarificanti.

Con la citata pronuncia i giudici di legittimità hanno ridisegnato i rapporti tra causalità civile e causalità penale, provando ad approntare una costruzione giuridica in tema di accertamento del nesso causale in grado di informare di coerenza la tematica causale.

L'occasione di fornire una rimeditazione sul tema della causalità con particolare riferimento ai criteri valutativi del nesso eziologico ⁽³³⁹⁾ si è presentata in occasione di una vicenda di errore professionale di un medico del Pronto Soccorso nella cura della patologia da decompressione verificatasi ai danni di un subacqueo, il quale, costretto a risalire troppo rapidamente dall'immersione a causa di un guasto al dispositivo di riserva dell'aria e condotto nell'ospedale più vicino, manifestò sin da subito al medico del Pronto Soccorso il proprio timore circa le conseguenze di un'embolia gassosa, prospettando l'opportunità di un ricovero al fine di poter essere sottoposto ad un trattamento in camera iperbarica (terapia, questa, indicata in svariate condizioni mediche tra le quali figura anche la malattia da decompressione). Il sanitario di turno, dopo aver sottoposto il sommozzatore ad una breve somministrazione di ossigeno, lo invitò a fare ritorno a casa. Tuttavia, poche ore dopo, giunto di nuovo in Pronto Soccorso a causa di un deciso peggioramento delle sue condizioni di salute, venne sottoposto al trattamento in camera iperbarica, ma ciò nonostante, data la non tempestività delle cure necessarie, rimase affetto da un'invalidità permanente.

Il punto nodale della vicenda era quello di accertare se l'invalidità riportata dal subacqueo fosse dipesa dalla tardività del trattamento in camera

⁽³³⁹⁾ V. G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 90 ss., il quale prospetta la distinzione tra regole causali di struttura e regole causali di funzione.

iperbarica, ascrivibile al comportamento del sanitario del Pronto Soccorso che non aveva ritenuto opportuno avviare il trattamento poi rivelatosi necessario.

Ciò che occorre preliminarmente evidenziare è che nel caso in esame, così come in tutte le ipotesi in cui viene in rilievo una condotta presumibilmente colposa, l'accertamento del nesso causale si colora di nuovi profili di complessità, oltre quelli che notoriamente lo contraddistinguono. Infatti, un ulteriore elemento che potrebbe disorientare la valutazione giuridica circa l'effettiva sussistenza del nesso causale è rappresentato dall'indubbia coesistenza di colpa e dubbio: se, da un lato, l'accertamento della condotta colposa rendeva legittimo attendersi un comportamento, per converso, diligente, dall'altro lato, nonostante l'accertata sussistenza di un fare negligente del sanitario, permaneva comunque un margine di dubbio in ordine all'esatta portata lesiva dell'errore professionale, dubbio che si risolve in un problema di incertezza causale ⁽³⁴⁰⁾, debitamente affrontato dalla pronuncia in esame.

Nell'intento di voler valorizzare il profilo dell'accertamento del nesso eziologico ⁽³⁴¹⁾ e con lo scopo di fornire una risposta chiara e lineare ai problemi che si pongono in *subiecta materia*, i giudici di legittimità hanno rivolto le loro riflessioni a due macroaree d'indagine, quali: *a)* il rapporto tra causalità civile e causalità penale; *b)* il sistema causale civilistico, con particolare riferimento ai suoi profili probatori.

a) La decisione in esame ha affrontato, *funditus*, la tematica dell'«applicabilità, o meno, in sede di giudizio civile, dei principi affermati dalle

⁽³⁴⁰⁾ R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., p. 59.

⁽³⁴¹⁾ A tal proposito, giova sottolineare come nel giudizio di primo grado la domanda attorea venne respinta senza che il giudice di prime cure prendesse in debita considerazione il profilo del nesso causale, peraltro oggetto, insieme ad altri profili, delle due perizie d'ufficio espletate nel corso del giudizio. Al contrario, la corte d'appello, sottolineò la necessità di dover adeguatamente considerare il profilo del nesso di causalità, rilevando che mentre il consulente tecnico nominato dal tribunale era giunto ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta del medico di turno del Pronto Soccorso e il grave danno subito dal paziente a fronte dell'irrelevanza causale dell'intervallo temporale tra la comparsa dei sintomi e l'inizio della terapia, in una seconda perizia aveva invece ritenuto che un tempestivo trattamento terapeutico avrebbe potuto invece modificare il decorso della malattia, esprimendosi al tal proposito in termini di "ragionevolezza" e ritenendo così sussistente il nesso causale tra l'errore del professionista e lo stato di invalidità subito dal paziente. Conclusione, queste, condivise dai consulenti nominati in secondo grado.

sezioni unite penali della Corte di legittimità con riferimento al reato omissivo improprio», a fronte del fatto che i ricorrenti hanno lamentato, tra l'altro, l'erroneità della sentenza di secondo grado nella parte in cui i giudici hanno ritenuto sussistente il nesso eziologico; ciò per essersi il giudizio causale posto in aperta contrapposizione con i principi di diritto enunciati dalla sentenza Franzese, la cui applicazione avrebbe comportato, viceversa, un giudizio di insussistenza del nesso causale ⁽³⁴²⁾.

Il chiarimento apportato dalla Suprema Corte nella sentenza in esame va nella direzione secondo cui «le esigenze decostruttive e ricostruttive dell'istituto del nesso di causa sottese al sottosistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte (né riproducibili) nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano»; settore questo ove potrebbe essere astrattamente predicabile una valutazione del nesso di causa fondata sull'accertamento di un aumento del rischio ed ove confluiscono altre discipline, non solo scientifiche, ma anche economiche e sociali, al fine di approntare regole di responsabilità secondo criteri elastici che seguano le istanze sociali volte a ricercare modelli per poter giungere ad una efficace distribuzione dei rischi ⁽³⁴³⁾.

È evidente che ambedue gli assunti da ultimo rilevati mal si attagliano al settore della responsabilità penale, in *primis* perché la valutazione del nesso di causa fondata sull'accertamento di un aumento o mancata diminuzione del rischio trasformerebbe la fattispecie del reato omissivo improprio in reato di pericolo ⁽³⁴⁴⁾, in *secundis* perché in campo penale non vi sarebbe spazio per una

⁽³⁴²⁾ In particolare i ricorrenti predicavano l'insussistenza del nesso causale sulla scorta del fatto che i consulenti tecnici si fossero in proposito espressi in termini meramente "probabilistici".

⁽³⁴³⁾ V. L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o "regola del più probabile che non"?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 339.

⁽³⁴⁴⁾ La sentenza Franzese è ferma nel rigettare il paradigma di accertamento della causalità sulla base del mero aumento del rischio di verificazione dell'evento. Nell'alveo di una riflessione generale, si vedano le considerazioni di F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, il quale precisa che la formula dell'aumento del rischio si rivela linguisticamente fuorviante, quantomeno se usata nel contesto della causalità omissiva. Così, in caso di omesso trattamento terapeutico, la cui efficacia salvifica è soltanto probabile ma non certa, la condotta omissiva del medico non avrebbe aumentato il rischio di verificazione dell'evento dannoso ma avrebbe semmai omesso di ridurre il rischio a cui il paziente era già esposto, avendo egli perso delle *chances* di salvezza.

lettura del rapporto causale in interazione con discipline non scientifiche, e quindi, economiche e sociali, volte, in quanto tali, a costruire un diritto che si preoccupa di allocare di volta in volta presso il danneggiato o soggetti diversi da esso un determinato costo sociale. Per converso esse ben si spiegano nel settore della responsabilità civile, trasformando tale «sottosistema» ⁽³⁴⁵⁾ in un «satellite di ingegneria sociale».

Tali premesse, insieme con le argomentate diversità tra illecito civile e illecito penale da un punto di vista morfologico (individuate sia nel fatto che l'illecito civile ruota attorno alla figura del danneggiato, mentre il baricentro della responsabilità penale è rappresentato dall'autore del reato, sia nel fatto che il diritto penale poggia sul principio di tassatività a differenza del settore dell'illecito civile) e funzionale (per cui, l'accertamento del nesso eziologico secondo la teoria dell'aumento del rischio trasformerebbe il reato omissivo improprio da vicenda di danno in reato di pericolo o di mera condotta) ⁽³⁴⁶⁾, hanno costituito il preludio alla differenziazione della nozione civilistica del nesso di causalità rispetto a quella penalistica, con la conseguenza che le regole che dominano il ragionamento probatorio non si sviluppano seguendo percorsi analoghi bensì secondo modelli di accertamento diversificati nell'ambito dei due sottosistemi di responsabilità ⁽³⁴⁷⁾;

⁽³⁴⁵⁾ Secondo L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o "regola del più probabile che non"?*, cit., p. 339, sarebbe più opportuno parlare di sistema vero e proprio anziché di sottosistema.

⁽³⁴⁶⁾ Si vedano altresì le considerazioni di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, cit., p. 48 il quale adduce un ulteriore elemento di differenziazione tra causalità civile e causalità penale in quanto «nella responsabilità civile [...] l'accertamento del rapporto causale soggiace a meccanismi probatori non rinvenibili in alcun modo in seno alla responsabilità penale, con la conseguenza che, in seno ai giudizi civili, un evento dannoso può essere imputato anche allorché il rapporto causale sia, in via presuntiva, solo presumibile/verosimile e non sia fornita alcuna controprova da parte del soggetto convenuto circa fattori interruttivi della sequenza causale presunta tra la sua condotta ed il danno occorso alla vittima. In altri termini, nella responsabilità civile il nesso di causa vive e si sviluppa in un contesto di "ragionamento probatorio" non assimilabile in alcun modo al sistema penale, dal che si può dedurre come in tutta evidenza, se in seno alla causalità civile possono ben operare meccanismi presuntivi, nella tutela risarcitoria della persona la sussistenza del nesso causale non necessita di essere dimostrata, come invece in penale, "oltre ogni ragionevole dubbio"».

⁽³⁴⁷⁾ G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, cit.

b) Così risolta la questione relativa all'applicabilità o meno in sede civilistica dei principi causali penalistici, la Corte ha conseguentemente disegnato un sistema di accertamento causale per la responsabilità civile non solo completamente diverso da quello penalistico ma anche profondamente innovativo rispetto agli approdi che fino a quel momento si erano registrati nella giurisprudenza civile.

La presa di distanza dai principi della sentenza del 2002 delle Sezioni unite penali viene anticipata dall'asserita consapevolezza che l'indagine volta ad accertare il nesso causale si avvale di un giudizio *intrinsecamente* probabilistico ⁽³⁴⁸⁾ ragione per la quale «la causalità civile, in definitiva, obbedisce alla logica del “più probabile che non”»; con la dovuta precisazione che il ricorso ad un giudizio di tipo probabilistico nonché l'indubbia consapevolezza che il tema del nesso di causa contempra ineliminabili margini di incertezza, non comporta che i criteri e le regole che ne governano l'accertamento siano, del pari, incerte, dovendosi pur sempre non lasciare spazio a discriminazioni o ad arbitrii, in modo da assicurare una trattazione uniforme dei casi concreti ⁽³⁴⁹⁾.

È in questo scenario che i giudici di legittimità hanno proceduto ad individuare e, conseguentemente, a razionalizzare i possibili criteri probatori da porre a presidio dell'accertamento dell'indagine eziologica, ritenendo possibile immaginare una «scala discendente» della causalità, strutturata nel modo che segue. Mentre nel diritto penale l'accertamento del nesso eziologico esige un «alto grado di credibilità razionale» ovvero la «quasi certezza», la suddetta scala discendente nel settore civile scende, idealmente, dalla causalità «ordinaria» alla causalità da perdita di *chance*, cui corrispondono, rispettivamente, diverse categorie concettuali da porre a presidio dell'indagine causale. Così, mentre la causalità «ordinaria» si attesta sul versante del “più probabile che non” (o

⁽³⁴⁸⁾ Constatazione, questa, non nuova alla giurisprudenza civilistica: si veda, in proposito, Cap. I, § 2.4. In dottrina si veda M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*, cit., p. 43, il quale sostiene che, in sede civile, si impone una verifica causale che soggiace ad un ragionamento probatorio di tipo probabilistico.

⁽³⁴⁹⁾ M. BONA, *op. ult. cit.*, p. 44.

probabilità relativa), caratterizzata «dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale», la causalità da perdita di *chance* postulerebbe un accertamento in termini di «mera possibilità» ⁽³⁵⁰⁾.

Alto grado di credibilità razionale, probabilità relativa e possibilità sono, nell’ottica dei giudici di legittimità, le «tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all’indagine sul nesso causale nei vari rami dell’ordinamento».

È la prima volta che il criterio del “più probabile che non” fa il suo ingresso nella giurisprudenza, in contrapposizione alla regola dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” ⁽³⁵¹⁾, anche se, anticipato, non era certo sconosciuto alla dottrina sia civilistica ⁽³⁵²⁾ che penalistica ⁽³⁵³⁾.

⁽³⁵⁰⁾ Dal complesso delle argomentazioni della sentenza in esame sembra emergere che il richiamo al concetto di “possibilità” è un rimando che si muove nella dimensione delle regole probatorie, collocandosi al fianco della regola del “più probabile che non” e di quella dell’“alto grado di credibilità razionale” (*rectius* “ogni oltre ragionevole dubbio”). In altri termini, così come lo *standard* del “più probabile che non” pare essere caratterizzato dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella che deve raggiungersi per soddisfare la regola dell’ “oltre ogni ragionevole dubbio”, il criterio della “possibilità” sembra, a sua volta, attestarsi su una soglia meno elevata di quella richiesta dallo *standard* del “più probabile che non”: in dottrina v. E. RONCHI, *Nesso causale e danno biologico nel colpevole ritardo diagnostico in oncologia: aspetti medico legali*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 245). Tuttavia, l’esatta “portata” della ricostruzione offerta dai giudici di legittimità è stata offerta dal relatore della pronuncia in esame G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 128, il quale afferma che la causalità da *chance* obbedirebbe anch’essa al criterio del “più probabile che non” in quanto il «concetto di possibilità nella *chance*, si muove in una dimensione non di regola causale ma di oggetto della tutela: la (perdita) di *chance* è, sul piano dell’evento di danno, possibilità (mancata) di un risultato migliore (e non mancato conseguimento di un risultato pur atteso e sperato)». D’altro canto, se la “possibilità” fosse stata realmente intesa come criterio o *standard* di prova al pari dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” e del “più probabile che non”, si sarebbe realizzata una contrapposizione concettuale tra l’oggetto della tutela e, per l’appunto, la regola probatoria che deve presiedere l’accertamento causale.

⁽³⁵¹⁾ R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., p. 60, il quale sostiene che non è chiaro fino a che punto la Corte di cassazione, nella sentenza in esame, enunci solo un criterio alternativo a quello propugnato dalla giurisprudenza penale (quale quello dell’ “elevato grado di credibilità razionale”) oppure, come sembrerebbe, anche diverso rispetto ai parametri di accertamento del nesso di causa tradizionalmente adottati dalla giurisprudenza civile e che fanno leva su un criterio di tipo probabilistico, suggerendo un canone di maggior rigore.

⁽³⁵²⁾ V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 272 ss.; ID., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 1084; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, pp. 530- 531.

⁽³⁵³⁾ V. F. STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, cit., p. 1159; ID., *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, cit., p. 767; ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 56 ss.

Volendo concettualizzare prima, e concretizzare poi, lo standard del “più probabile che non” alla luce delle intenzioni dei giudici di legittimità, va anzitutto sottolineato il loro auspicio affinché l’interprete del caso concreto ponga in essere una vera e propria «verifica processuale» dell’elemento causale, senza che egli debba ritenersi vincolato a mere formule peritali (quali, ad esempio, “serie ed apprezzabili possibilità”, “ragionevole probabilità” ecc ...) che contraddistinguono l’eziologia specie in sede di perizia medico legale ⁽³⁵⁴⁾. A tal proposito è circostanza degna di attenzione che sia stata proprio quella del “più probabile che non” la regola ritenuta più idonea ad evitare che il giudice perda «la sua funzione di operare una selezione di scelte giuridicamente opportune» ⁽³⁵⁵⁾, onde evitare, tra l’altro, di trasformare l’accertamento processuale di sussistenza del nesso «in una questione di verifica (solo) scientifica demandabile tout court al consulente tecnico» ⁽³⁵⁶⁾.

Il giudizio causale non può accontentarsi di una mera spiegazione scientifica ovvero di una neutrale esposizione delle cause di un dato evento, spettando all’interprete il compito di tramutare l’incertezza causale in certezza processuale. Infatti, mentre al consulente tecnico è demandata la verifica scientifica dell’esistenza del nesso causale, al giudice è riservato il compito di effettuare la verifica processuale dei fatti di causa nonché delle prove addotte, dovendo al contempo fare i conti con le regole che governano l’istituto della

⁽³⁵⁴⁾ M. BONA, *Relazione*, in AA. VV., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza “Franzese”*, *Riflessioni e problematiche nel settore penale e in quello civile*, pp. 85-86.

⁽³⁵⁵⁾ Si veda, in proposito, quanto osservato da R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., p. 61, il quale osserva che la libertà, per il giudice, di poter operare delle scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico rischierebbe di creare troppe incertezze e disparità nell’accertamento del nesso di causalità materiale, dato che egli avrebbe la possibilità di rielaborare i criteri di accertamento del nesso eziologico alla luce di esigenze politico-sociali. Ciò comporta la necessità di meditare sull’utilizzo politico del criterio eziologico sul versante della causalità materiale, in quanto solo nell’ambito della causalità giuridica le esigenze politiche potrebbero essere efficacemente sperimentate, essendo esso «ideale terreno di coltura dei criteri di traslazione del danno».

⁽³⁵⁶⁾ In merito al ruolo che la consulenza tecnica assume nel settore della responsabilità civile, specie in campo medico, v. M. BARNI, *È in atto un effettivo viraggio (anche) della Cassazione in tema di responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 639 ss.; G. IADECOLA, *Colpa medica ed adeguata scelta del perito nel processo*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1942 ss.

prova nel processo civile ⁽³⁵⁷⁾. Ciò al fine, lo si ribadisce, di evitare che l'interprete perda quella modulabilità a lui demandata in sede di accertamento fattuale. Si afferma infatti il principio generale che «vuole preservato, in capo al giudice, quel margine irrinunciabile quanto inevitabile di verifica “logica” del rapporto di causalità al di fuori dei coefficienti meramente statistici e di altre valutazioni provenienti dagli accertamenti tecnico- scientifici [...]». Cosicché il rigore che la Suprema Corte ha mostrato nel momento in cui ha preso le distanze dal *dictum* della sentenza Franzese non si è spinto fino al punto di ripudiare, per intrinseche ragioni di razionalità, il metro ricostruttivo ed inferenziale della c.d. probabilità logica.

Nel caso di specie infatti i giudici di legittimità avallano la motivazione della Corte d'appello in punto di causalità, che ha ritenuto “più probabile che non” l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico del Pronto Soccorso e l'evento dannoso concretatosi in una grave invalidità per il paziente vittima della condotta omissiva del sanitario, nonostante le consulenze tecniche si fossero espresse in termini meramente possibilistici e senza percentualizzare la probabilità di una migliore riuscita del trattamento omesso ⁽³⁵⁸⁾.

Il fatto che l'orientamento dei giudici di legittimità si sia mosso nel senso di ridurre l'eco della sentenza Franzese, abbracciando criteri di accertamento del nesso causale più consoni alle esigenze del settore della responsabilità civile, non ha comportato l'accantonamento, in toto, dei principi espressi in ambito

⁽³⁵⁷⁾ V. M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”?*, cit., p. 45, il quale sostiene che lo *standard* del “più probabile che non”, insieme con la disciplina della prova e dei carichi probatori, potrebbe condurre il giudice ad una conclusione in ordine all'esistenza del nesso causale di segno radicalmente opposto rispetto a quella cui perviene il giudizio di causalità scientifica.

Per una riflessione in ordine al rapporto tra accertamento del nesso causale e onere probatorio in seguito all'introduzione della regola del “più probabile che non” si veda L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del “più probabile che non”?*, cit., p. 344 ss.

⁽³⁵⁸⁾ La Corte d'appello ha ritenuto nel concreto sussistente il nesso causale sia sulla base della seconda consulenza espletata nel primo grado di giudizio, ove si discorre di “ragionevole probabilità” (anche se non quantificabile percentualmente) che un tempestivo trattamento terapeutico avrebbe potuto modificare il decorso della malattia da decompressione sofferta dal subacqueo, sia sulla base della consulenza collegiale eseguita in grado d'appello, che rimarca l'impossibilità di percentualizzare a priori la probabilità di una completa guarigione o di esiti meno gravi in caso di tempestivo ed adeguato trattamento sanitario.

penale. A tal proposito è stato ritenuto che il criterio della probabilità logica debba svolgere un ruolo preponderante, posto che l'accertamento del nesso causale va compiuto sulla base dell'aderenza della regola probabilistica all'evento concreto. Ciò, tuttavia, non comporta l'arresto dell'evoluzione interpretativa volta a differenziare la causalità civile da quella penale sotto il profilo delle regole probatorie.

3. L'accertamento del rapporto di causalità nel decalogo delle sezioni unite civili

Il tentativo di ricostruire in maniera organica il tema dell'accertamento del nesso causale nel settore della responsabilità civile, animando le pronunce di cui fin qui si è dato conto, ha costellato la manifestata tendenza in ordine alla necessità di ripensare l'intera questione causale, rendendo così opportuna un'adeguata riflessione sistematica sul tema in questione, nonché un intervento di indirizzo da parte delle Sezioni Unite civili. L'occasione per meditare sul tema della causalità e della relativa prova è stata offerta in occasione della rimessione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da parte della Terza sezione civile, di una serie di ricorsi, tutti intentati alla richiesta di risarcimento danni asseritamente causati da emotrasfusioni e da emoderivati infetti⁽³⁵⁹⁾. Tra la molteplicità di questioni da affrontare (rispetto alle quali si palesava la necessità di una loro trattazione unitaria stante il fatto che si trattava di temi aventi una rilevante importanza giuridica) vi era quella relativa all'annoso problema della causalità⁽³⁶⁰⁾; tematica, questa, che avendo un'importanza

⁽³⁵⁹⁾ Per una puntuale analisi dei profili di complessità che attanagliano il problema del danno causato dall'utilizzo di sangue infetto nelle emotrasfusioni nonché dalla somministrazione di farmaci emoderivati si veda A. FANELLI, *Sangue infetto e risarcimento del danno: tutele e responsabilità alla luce del principio di precauzione*, in C.M. Nanna (a cura di), *Diritto vivente e sensibilità dell'interprete*, Bari, 2010, p. 123 ss.

⁽³⁶⁰⁾ In occasione dell'intervento delle Sezioni Unite, l'ufficio del massimario della Suprema Corte predispose una relazione (Rel. n. 35, 21 marzo 2007, *Il danno da emotrasfusioni*, in www.cortedicassazione.it) allo scopo di fornire ai giudici di legittimità materiale di riflessione utile per la decisione, evidenziando la necessità a che «[...] la Cassazione eserciti il suo ruolo di supremo giudice della legittimità della motivazione anche sul punto della causalità,

cruciale nelle fattispecie che le Sezioni Unite avrebbero dovuto affrontare, non poteva certo accontentarsi dell'assetto, ancora piuttosto bilicante, che costellava la giurisprudenza in *subiecta materia*, ma che necessitava, al contrario, di una spinta evolutiva capace di dare vita ad un orientamento tendenzialmente uniforme.

Nel blocco delle dieci sentenze con cui le Sezioni Unite hanno definito le numerose controversie relative al risarcimento danni da trasfusione da sangue infetto ⁽³⁶¹⁾ ⁽³⁶²⁾, quattro di queste hanno analizzato *funditus* il problema della causalità: Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 576 ⁽³⁶³⁾, Cass. Sez. Un. 11 gennaio

non tanto mediante l'enunciazione di una definizione unica quanto enunciando i parametri di legittimità del relativo giudizio di accertamento e della motivazione sul punto», dal momento che «[...] nella prassi il giudizio di causalità riceve la dovuta attenzione solo saltuariamente, in quanto nella maggioranza dei casi l'individuazione del rapporto di causalità opera intuitivamente, mentre sono rare le decisioni in cui il problema viene approfondito».

⁽³⁶¹⁾ Le sentenze in esame sono state depositate lo stesso giorno (11 gennaio 2008, dal n. 576 al n. 585). La n. 581 si trova pubblicata in *Danno e resp.*, 2008, p. 1011 ss. con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*. Le nn. 577, 578, 582 e 584 sono rinvenibili in *Foro it.*, 2008, c. 453 ss., con osservazioni di A. PALMIERI. La pronuncia n. 576 è pubblicata in *Corr. mer.*, 2008, p. 694 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*; in *Cass. pen.*, 2009, p. 69 ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*. La 577 è invece rinvenibile in *Danno e resp.*, 2008, p. 788 ss., con note di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*.

⁽³⁶²⁾ La prima sentenza che si è occupata delle problematiche giuridiche che interessano il settore del risarcimento dei danni da emotrasfusioni è stata Cass. 31 maggio 2005, n. 11609. Tale pronuncia è stata commentata da B. LA MONICA, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 496 ss.; M. CAPECCHI, *Note in tema di illecito omissivo*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 276 ss.

⁽³⁶³⁾ La richiamata sentenza concerne il caso di un soggetto emofiliaco che agisce in giudizio contro il Ministero della Salute al fine di ottenere il risarcimento dei danni per aver contratto l'Aids a seguito della somministrazione di emoderivati nonché delle trasfusioni da egli effettuate. A fronte del rigetto della domanda in entrambi i gradi di merito, l'attore propone ricorso per cassazione, lamentando, tra le altre censure, la non corretta applicazione dei principi in tema di nesso causale, avendo la Corte d'appello sostenuto che non poteva escludersi che il contagio fosse dovuto ad emotrasfusioni effettuate presso strutture ospedaliere diverse da quelle citate in giudizio, senza che fosse stata fornita alcuna prova di un diverso meccanismo causale.

2008, n. 581 ⁽³⁶⁴⁾, Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 582 ⁽³⁶⁵⁾ e, infine, Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 584 ⁽³⁶⁶⁾.

La quaterna di sentenze appena citate si preoccupa di fornire al settore della responsabilità civile una ricostruzione del tema della causalità sulla scorta delle allora più recenti evoluzioni giurisprudenziali. Nell'ambito di una confinata riflessione eziologica, volta ad analizzare i profili probatori dell'accertamento causale, le quattro sentenze richiamate verranno esaminate

⁽³⁶⁴⁾ Nella vicenda rimessa alla Suprema Corte una pluralità di soggetti agisce in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno patito per omessi controlli, da parte del Ministero della Sanità, sulla salubrità dei prodotti emoderivati da somministrare a coloro che necessitavano, per patologie congenite, di continue trasfusioni e per cui questi contraevano varie affezioni (quali HIV, HBV, ed HCV). In accoglimento della domanda di condanna generica, il giudice di primo grado condannava il Ministero della Sanità. La Corte d'appello confermava la sentenza del giudice di prime cure. Il Ministero proponeva così ricorso per cassazione, lamentando, tra le altre censure, violazione di legge in relazione al profilo dell'accertamento del nesso di causalità.

⁽³⁶⁵⁾ Nel caso di specie l'attore agisce in giudizio lamentando un danno da contagio a seguito dell'effettuazione di emotrasfusioni nei confronti di due strutture ospedaliere, essendo stato sottoposto a trasfusioni di sangue sia presso la A.S.L. di Roma, a seguito di un ricovero d'urgenza per gastrite, sia presso una clinica privata, dove venne sottoposto ad un intervento di restrizione gastrica a seguito del quale erano state rese necessarie varie trasfusioni di sangue oltre quelle già effettuate presso la prima struttura ospedaliera. Il giudice di prime cure rigettava la domanda attorea in quanto riteneva non provato il nesso di causalità tra l'effettuazione delle trasfusioni effettuate presso le due strutture ospedaliere ed il contagio da epatite C. Il giudice di secondo grado rigettava del pari l'appello, ritenendo non provato il nesso causale, dato che non era stato possibile individuare quale delle trasfusioni praticate (se quelle effettuate presso la struttura pubblica o quelle effettuate presso la struttura privata) gli avesse provocato l'epatite C. Proponendo ricorso per cassazione il ricorrente sostiene che, sulla scorta della configurazione dell'attività trasfusionale come attività pericolosa, l'accertamento del nesso causale non avrebbe richiesto la prova della causalità specifica bensì la sola dimostrazione, in termini probabilistici, dell'evento lesivo come conseguenza di una certa attività, risultando sufficiente la sola prova della causalità generale.

⁽³⁶⁶⁾ Nella richiamata sentenza il giudizio di legittimità ha ad oggetto una peculiare vicenda di responsabilità civile, concernente un caso di sieropositività derivato da somministrazione di emoderivati ed emotrasfusioni della moglie (poi deceduta) e successivo contagio del marito. Quest'ultimo decideva di agire in giudizio contro l'Università degli Studi la Sapienza sia *iure ereditario*, al fine di ottenere le somme dovute alla defunta moglie a titolo di risarcimento dei danni conseguenti alla patologia (AIDS) contratta sia, *iure proprio*, chiedendo il risarcimento dei danni derivatigli a seguito del contagiato dell' AIDS nel corso dei rapporti sessuali intrattenuti con la moglie nel periodo precedente all'avvenuta consapevolezza dell'infezione post trasfusionale contratta da quest'ultima. Il Tribunale rigettava tutte le domande proposte. Il giudice di secondo grado, accogliendo solo in parte l'appello, rigettava (per ciò che interessa in questa sede) la domanda di risarcimento del danno subito dal marito a seguito del contagio da AIDS. Nel proporre ricorso per cassazione, il ricorrente censura la violazione dei principi che regolano i criteri di accertamento del nesso causale, una volta ritenuto sussistente il legame eziologico tra il comportamento omissivo ed il danno subito dalla moglie del ricorrente; infatti, la corte di merito, mentre ha ritenuto provato tale nesso eziologico, ha ritenuto non provato il legame intercorrente tra il contagio della moglie ed il successivo contagio del coniuge.

congiuntamente, evidenziando i principali punti nodali della problematica causale e ponendo al contempo in evidenza taluni profili almeno parzialmente inediti, indagati solo da alcune delle sentenze che qui si esaminano.

L'esigenza di trovare una risposta ai problemi posti dall'incertezza causale, la necessità di individuare una soglia di "punibilità" di una condotta lesiva nonché la consapevolezza che la scienza giuridica si trova, sempre più spesso, a cedere il passo alla "legalità scientifica", così sacrificando l'ideale autonomistico di una causalità giuridica (in senso lato) in cambio di un maggior grado di certezza del giudizio finale, hanno indotto le Sezioni unite a meglio delineare quegli ondivaghi orientamenti che, come detto, rendevano talvolta ambigue le sembianze della causalità civile; ciò, in particolar modo, per quel che concerne la soglia probabilistica necessaria e sufficiente affinché possa dirsi provato il nesso causale ⁽³⁶⁷⁾. Ed è proprio in relazione a tale aspetto che le quattro pronunce trovano un sicuro punto di contatto. A tal proposito si afferma a chiare lettere che «ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori il gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti» ⁽³⁶⁸⁾.

Ma come opera tale standard di prova in materia civile? Come in sede penale, anche in sede civile sussiste l'obbligo per il giudice di vagliare l'ipotesi

⁽³⁶⁷⁾ La stessa Relazione predisposta dall'ufficio del massimario della Suprema Corte pone in luce l'esigenza a che i giudici di legittimità chiariscano quale sia la soglia di probabilità richiesta affinché possa dirsi sussistente il nesso causale, suggerendo che un elevato livello di probabilità (tanto elevato da rasentare la certezza) sembrerebbe essere maggiormente afferente al settore della responsabilità penale.

⁽³⁶⁸⁾ G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, cit., il quale, approntando talune considerazioni in commento a Cass. sez. un 11 gennaio 2008, n. 576, estendibili anche alle coeve pronunce della Suprema Corte, evidenzia che il concetto secondo cui l'analisi del nesso di causalità procederebbe secondo un criterio di politica del diritto, sia pur non espressamente ripetuto nella pronuncia delle Sezioni Unite, sarebbe in realtà un'omissione meramente formale dato che una puntuale analisi delle argomentazioni dei giudici di legittimità mostrerebbe una non sostanziale alienità a riconoscere alla causalità civile una dimensione tanto "storica", quanto di "politica del diritto", dimensione all'interno della quale si colloca la scelta per la regola del "più probabile che non". V., in senso critico, R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., p. 59.

causale alla luce delle ipotesi formulate dalle parti in giudizio al fine di ancorare la regola probatoria del “più probabile che non” alle regole giuridiche di probabilità logica; si afferma infatti che standard di prova che opera 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 nell’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)». Certo è che lo scarto tra quanto enunciato dalle Sezioni unite e quanto timidamente proferito dalle precedenti sentenze di legittimità è sicuramente labile, dato che, quantomeno dal punto di vista concettuale i termini della questione risultano tutt’altro che nuovi; ciò nonostante, le pronunce in commento sembrano poter fungere da base legittimante per futuri pronunciamenti sul punto.

Un ulteriore aspetto relativo alla problematica del nesso causale come oggetto di prova e relativo alla distinzione tra causalità generale e causalità particolare ⁽³⁶⁹⁾ è stato debitamente affrontato da Cass. Sez. Un. 582/2008. L’analisi di tale ulteriore profilo si è reso necessario in ragione della specifica censura mossa avverso la sentenza di secondo grado, rea di non aver ritenuto sussistente il nesso causale, asserendo il ricorrente la sufficienza, ai fini della sua prova, della dimostrazione della sola causalità generale ⁽³⁷⁰⁾.

La Corte, palesando la non divisibilità delle censure mosse dal ricorrente avverso la sentenza impugnata in relazione al profilo che qui si

⁽³⁶⁹⁾ Si rimanda al Cap. I, § 2.3.

⁽³⁷⁰⁾ L’argomento su cui si fonda la censura del ricorrente muove dalla qualifica dell’attività trasfusionale come attività pericolosa e che, pertanto, trattandosi di responsabilità per rischio tipico dell’attività intrapresa, il giudice dovrebbe considerare solo se l’evento dannoso si pone come conseguenza probabile dell’attività intrapresa.

esamina⁽³⁷¹⁾, affronta il rapporto tra causalità generale e causalità individuale, intendendo la prima come «capacità in generale di una sostanza a provocare malattie, il rischio che incombe su popolazioni indagate (cioè su gruppi e non su singoli individui)» e la seconda come «nesso di condizionamento tra esposizione a rischio e singolo evento lesivo», trattandosi, più specificamente, di «probabilità relativa alla concretizzazione nel singolo caso della legge causale generale»⁽³⁷²⁾.

Le Sezioni unite hanno infatti ritenuto che la prova della sola causalità generale sia di per sé sufficiente alla sola qualificazione dell'attività trasfusionale come attività pericolosa ma non anche a far ritenere che il danneggiato abbia assolto l'onere di provare il nesso di causa tra tale attività e il danno subito; infatti, se così fosse, la dimostrazione della pericolosità di una data attività dovrebbe far ritenere provato il nesso causale.

D'altro canto non sarebbe stato coerente ritenere dimostrata la relazione causale sulla base della prova della causalità generale, e ciò non solo perché così facendo si sarebbe giunti ad una tautologia tra attività pericolosa e nesso causale, ma anche perché la Corte ha ribadito che l'individuazione della soglia di

⁽³⁷¹⁾ Sul punto si vedano le considerazioni di M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni Unite penali alle Sezioni Unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 148 ss., il quale rileva che le Sezioni unite, avendo respinto la tesi secondo cui il danneggiato potrebbe provare la sola pericolosità generica di una data attività a produrre l'evento dannoso poi concretamente verificatosi e non anche quella specifica, avrebbero mostrato di non adottare un modello di responsabilità stocastica, la quale viene ritenuta sussistente per il solo fatto di svolgere attività che, sulla base di valutazioni probabilistiche, comportano un alto rischio di produrre eventi dannosi del tipo di quelli che si sono poi verificati, giungendo così ad un giudizio di sussistenza della responsabilità al di fuori di un collegamento materiale con l'evento dannoso (si veda, sul punto, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 11). Sul rilievo della distinzione tra causalità generale e causalità individuale v. altresì M.G. CURSI, Nota a Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 582, in *Giur. it.*, 2008, p. 2195. V. altresì, sia pur relativamente al processo penale, C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità: prassi e orientamenti*, cit., 2012, p. 206, il quale asserisce che l'accertamento della causalità generale è il presupposto dell'accertamento della causalità individuale dato che, ad esempio, allorquando «si ricercano le cause di una patologia contratta da una persona, e si accerta che la medesima è stata sottoposta all'esposizione di un agente patogeno, se si verifica che questo agente non è neppure astrattamente idoneo a provocare "quella" patologia in concreto verificatasi, l'accertamento della causalità individuale neppure deve iniziare proprio perché non è verificata l'astratta idoneità dell'esposizione a provocare quella malattia».

⁽³⁷²⁾ La Corte specifica che non basta l'individuazione di una causa idonea a determinare l'evento dannoso secondo criteri medico-legali, predicativi di un'autonomia del concetto di causa della medicina legale, rispetto alla causa richiesta dal diritto penale e civile, quale condizione necessaria ed efficiente dell'evento.

probabilità richiesta in campo civile deve compiersi secondo regole giuridiche di probabilità logica. Se il nesso di causalità individuale presuppone la dimostrazione che nel caso *sub iudice* sia effettivamente sussistente un collegamento eziologico tra due fatti, è evidente che lo schema logico di valutazione delle prove non può che muoversi sul piano della probabilità logica. Ciò a dimostrazione che anche il criterio del “più probabile che non” è un concetto cauto, che ha rotto ogni indugio in ordine al meccanismo di imputazione della responsabilità, confortando l'imputazione dell'evento dannoso al convenuto di specifici elementi di prova e non in ragione del fatto che la fattispecie che viene in rilievo si colloca in una classe più ampia di vicende, tutte caratterizzate da un'alta percentuale di verifica dell'evento dannoso.

Nell'incertezza che caratterizza la verifica processuale del nesso di causalità, la pronuncia n. 582/2008 affronta un'ulteriore ed interessante questione, sempre relativa al generale problema della prova del nesso eziologico e concernente, nello specifico, l'accertamento presuntivo della causalità ⁽³⁷³⁾;

⁽³⁷³⁾ Il tema dell'accertamento presuntivo del nesso di causalità, a fronte della disposizione contenuta nell'art. 2727 c.c. che definisce le presunzioni come le «conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto», presuppone la qualificazione del nesso causale come un fatto (evidentemente ignoto). Tuttavia, è stato validamente sottolineato come in realtà il nesso causale consista non in un fatto bensì in un collegamento logico tra due fatti, la condotta attiva e/o omissiva e l'evento, fatti, questi ambedue noti: in questo senso si veda S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 601 ss. L'A. sostiene che il collegamento logico richiesto dal giudizio causale, in quanto basato su argomentazioni di tipo probabilistico, presenterebbe caratteristiche analoghe al ragionamento presuntivo di cui all'art 2729 c.c., ma, ciò nonostante, i due ambiti di indagine devono essere opportunamente distinti. Più specificamente, l'A. osserva che, non essendo il nesso causale un “fatto”, la sua esistenza «non può essere presunta ma deve essere provata alla stregua degli altri elementi richiesti dalla legge per configurare la responsabilità» e che, pertanto, la sua prova «consiste nella dimostrazione, basata su argomentazioni logiche e statistiche, dell'esistenza del collegamento tra l'azione (o l'omissione) e l'evento dannoso». Sullo stesso piano si pone una recente sentenza della Corte di cassazione del 20 febbraio 2018, n. 4024 ove, in motivazione si argomenta che «Non v'è dubbio che quel che comunemente è chiamato "nesso di causa" non sia un fatto materiale, ma un giudizio. La causalità in quanto tale è una relazione stabilita dall'uomo a posteriori tra due fatti, e non una categoria a priori, oggettivamente accertabile. Ne consegue che l'espressione "prova del nesso causale", largamente diffusa nel lessico giudiziario e forense, costituisce in realtà una metonimia: il nesso di causa in quanto tale non è provabile, perché costituisce l'oggetto d'un ragionamento deduttivo, non un fatto materiale. D'una motivazione che accertasse o negasse il nesso di causa potrebbe discutersi se sia logica, non se sia provata. Quando dunque si discorre di "prova del nesso di causa" si usa una espressione ellittica per designare la prova dei fatti materiali, sui quali fondare il ragionamento (non rileva qui se logico-deduttivo,

aspetto questo debitamente esaminato anche da un'altra sentenza della quaterna di pronunce innanzi indicate, la n. 584/2008.

Come detto, le due sentenze da ultimo indicate forniscono utili indicazioni in ordine al contenuto dell'onere probatorio del nesso causale, e lo fanno prendendo atto del fatto che, specie nelle fattispecie di responsabilità civile oggetto del giudizio di legittimità, l'adempimento di tale onere risulta essere particolarmente arduo, e ciò sia in ragione del notevole lasso temporale che intercorre tra il manifestarsi dell'evento dannoso ed il fatto che si assume causativo dello stesso, sia perché nel frattempo potrebbero essere intervenuti altri fattori causali interagenti.

Come anticipato, la Corte addiviene ad un'attenuazione del contenuto dell'onere probatorio della causalità specifica attraverso la dichiarata applicabilità del regime delle presunzioni, ritenendo che ove risulti provata l'astratta idoneità della condotta a provocare l'evento e l'attore abbia fornito, in ossequio all'art. 2727 c.c., la prova di una serie concatenata di fatti noti su cui basare il ragionamento presuntivo, la dimostrazione della causalità specifica può fondarsi anche sulla base della prova per presunzioni, che presentino i requisiti della gravità, precisione e concordanza ⁽³⁷⁴⁾.

analitico-induttivo, inferenziale, probabilistico) ricostruttivo del nesso o della sua inesistenza. Ma i fatti materiali sui quali si fonda il sillogismo sull'esistenza o l'inesistenza del nesso di causa possono essere oggetto di qualsiasi mezzo di prova, non ponendo la legge alcuna limitazione al riguardo: e dunque potranno provarsi con documenti, testimoni, giuramento, confessione e presunzioni semplici». Su questo tema si veda altresì R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 53 ss.; ID., *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 445 ss.

⁽³⁷⁴⁾ In Cass. 11 gennaio 2008, n. 582, i giudici di legittimità ritengono errata la pronuncia impugnata per aver escluso la sussistenza del nesso di causalità senza valutare se la mancata prova a carico del convenuto potesse costituire una presunzione in ordine all'esistenza del nesso eziologico. La Corte di merito, infatti, pur rilevando che il danneggiato avesse certamente contratto la patologia dell'epatite C a seguito delle trasfusioni effettuate, escludendo pertanto che il virus fosse preesistente alla loro effettuazione, avrebbe dovuto preliminarmente rilevare che la normativa vigente in materia di attività trasfusionali imponeva l'annotazione degli estremi delle sacche di sangue trasfuso anche per poter appurare l'espletamento dei test volti ad escludere eventuali virus. Sicché la corte territoriale avrebbe dovuto escludere la sussistenza del nesso causale non sulla base del fatto che i consulenti tecnici avevano rilevato l'impossibilità di accertare se il contagio fosse avvenuto presso l'una o l'altra delle strutture ove il danneggiato aveva subito le trasfusioni bensì sulla base del fatto che la documentazione prevista dalla normativa in materia (documentazione che le parti convenuti avrebbero dovuto esibire) escludeva che le sacche di sangue trasfuse provenissero da donatori affetti da HCV; ma in caso di mancanza di tale prova da parte di uno dei due convenuti, la corte territoriale avrebbe

Più in particolare, nella sentenza n. 582 del 2008 si precisa che la prova tramite presunzioni può essere fornita allorché la prova della causalità specifica non possa essere fornita a causa di un comportamento ascrivibile alla parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, dal momento che, gravando su di essa specifici obblighi di predisposizione della documentazione relativa alla condotta tenuta, o si rifiuti di fornirla in giudizio oppure non l'abbia affatto predisposta ⁽³⁷⁵⁾. Ciò, si specifica, non significa operare un'inversione dell'onere della prova che pertanto rimane a carico del presunto danneggiato in virtù del principio generale di cui all'art. 2679 c.c.

Il nesso causale potrebbe infatti non risultare provato, sia perché la documentazione di cui il convenuto ha l'esclusiva disponibilità non fornisce al giudice elementi utili, sia perché egli potrebbe ritenere non sussistenti le condizioni di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. In tal modo, nel caso in cui l'attore riesca ad addurre in giudizio indizi presuntivi giuridicamente rilevanti in ordine alla causa del danno subito, il giudizio causale si svolgerà su un duplice piano, in quanto alla valorizzazione degli elementi indiziari nella loro individualità, dovrà seguire una complessiva operazione valutativa, volta, in quanto tale, a "sintetizzare" gli elementi acquisiti. Ed è proprio in ordine al procedimento

dovuto valutare se detta omissione avrebbe potuto costituire presunzione di esistenza del nesso causale. Nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Torino 4 marzo 2002, n. 2048, ove il problema dell'accertamento del nesso causale tra pratica trasfusionale e l'insorgenza dell'epatite C è stato risolto sulla base di schemi di tipo presuntivo.

⁽³⁷⁵⁾ È ben evidente come i giudici di legittimità si preoccupino di innestare dei meccanismi di giustizia correttivi, per cui, la mancanza di elementi probatori imputabile al convenuto non può riflettersi negativamente nella sfera del danneggiato, il quale abbia dimostrato la riferibilità, in termini di astratta idoneità lesiva, dell'evento di danno alla condotta del danneggiante. Secondo l'opinione espressa da U. IZZO, *Il danno da contagio post-trasfusionale come "danno evidenziale"? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2001, tale *modus operandi* delinea un nuovo modo di guardare alla relazione operativa instaurantesi tra il funzionamento dell'istituto delle presunzioni semplici e l'operare delle regole sostanziali della responsabilità civile, con l'ulteriore precisazione che vuole che la lettura probabilistica dei fatti (che sarebbe propria del ragionamento presuntivo) deve guardare ad un'inferenza basata su una stima qualitativa tale per cui «è verosimile che il danno sia stato causato dall'omissione di una particolare condotta preventiva da parte del convenuto, ergo è verosimile che senza la dispersione delle prove relative a quella condotta la pretesa attorea si sarebbe rivelata fondata, per cui compete al convenuto provare che non sia così».

logico-giuridico da seguirsi in tema di prova presunzioni che le Sezioni unite offrono interessanti argomentazioni.

È la pronuncia n. 584 del 2008 ad affermare che il ragionamento probatorio che il giudice deve porre in essere si articola in due momenti valutativi, l'uno volto all'analitica valutazione degli elementi indiziari al fine di estrapolare quelli che, presi singolarmente, «rivestano i caratteri della precisione e della gravità, ossia presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria», l'altro volto ad una globale valutazione degli elementi presuntivi, non solo al fine di accertarne la concordanza ma anche per valutare se la loro combinazione possa far ritenere raggiunta la prova sia pur in presenza di indizi che, presi singolarmente, non avrebbero avuto alcuna valenza indiziaria⁽³⁷⁶⁾.

Dichiaratamente lontana dai principi penalistici, la giurisprudenza di legittimità qui esaminata rappresenta un secondo importante passo sul terreno della causalità dopo la già esaminata pronuncia del 16 ottobre 2007, n. 21619, la cui emanazione ad opera della Terza sezione civile aveva certamente preconizzato un intervento delle Sezioni unite che fosse in grado di recuperare le fila del discorso in tema di causalità mediante una ricostruzione sistematica

⁽³⁷⁶⁾ Venendo al caso concreto oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite che ha affermato i principi sopra esposti in ordine al ragionamento presuntivo, i giudici di legittimità hanno ritenuto viziata la sentenza impugnata per il fatto che la Corte territoriale ha basato il giudizio causale su quello che gli stessi giudici di merito hanno ritenuto essere l'unico elemento di prova sul nesso di causalità, rappresentato dal certificato della sezione ematologia dell'Università di Roma che, rendendo possibile soltanto un giudizio di verosimiglianza causale e non di certezza probatoria, non consentiva di raggiungere la prova del nesso di causalità. Trattandosi di stabilire la sussistenza del nesso eziologico tra il contagio della moglie e quello del coniuge, la Suprema Corte ravvisa l'erroneità della sentenza impugnata sulla scorta del fatto che la Corte territoriale si è limitata a negare valore indiziario agli elementi forniti dal ricorrente, quali: la sequela cronologica degli eventi, vale a dire, l'accertamento del contagio del marito in epoca successiva a quello della moglie, che i coniugi avevano avuto due figli e due aborti, che l'effettiva eziogenesi dell'evento dannoso che ha colpito il marito è notoriamente rinvenibile nei rapporti sessuali, quali principali veicoli di trasmissione dell' HIV) e che, infine, non erano stati individuati fattori alternativi dell'evento dannoso che avrebbero, del pari, potuto provocare l'insorgere dello stesso. Così facendo, la Corte territoriale avrebbe omesso di valutare se gli elementi indiziari forniti dal ricorrente, alla luce di una valutazione globale, fossero in grado di fornire al giudice elementi utili in ordine al giudizio causale.

che fosse il più coerente possibile con le caratteristiche morfologiche e funzionali della causalità civile ⁽³⁷⁷⁾.

4. Gli assetti della giurisprudenza civile alla luce degli insegnamenti delle Sezioni Unite

A fronte della decisa presa di posizione delle Sezioni Unite civili in ordine all'adozione della regola probatoria del "più probabile che non" si è registrata una decisa e pressoché univoca virata della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, verso l'adozione del criterio probatorio appena enunciato, da preferirsi ai parametri di accertamento del nesso di causalità materiale che avevano costellato l'indagine eziologica prima che il tema dell'autonomia dei criteri civilistici di accertamento eziologico tornasse di stringente attualità a seguito dell'emanazione della sentenza Franzese ⁽³⁷⁸⁾.

Il criterio del "più probabile che non" sembra infatti sostituire un sistema di standard probatori sovente utilizzati dai giudici di legittimità in tempi poco

⁽³⁷⁷⁾ Così M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, cit., p. 159.

⁽³⁷⁸⁾ Il principio del "più probabile che non" viene costantemente invocato dalla giurisprudenza di legittimità a partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, per poi essere pedissequamente seguito dalla pressoché unanime giurisprudenza successiva: si vedano, *ex multis*, Cass. 10 ottobre 2019, n. 25410; Cass. 19 settembre 2019, n. 23328; Cass. 5 settembre 2019, n. 22183; Cass. 25 giugno 2019, n. 16916; Cass. 22 febbraio 2019, n. 16900; Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024; Cass. 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. 5 maggio 2017, n. 11030; Cass. 3 marzo 2017, n. 5472; Cass. 7 ottobre 2015, n. 20125; Cass. 29 settembre 2015, n. 19213; Cass. 20 febbraio 2015, n. 3390; Cass. 24 gennaio 2014, n. 1477; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. 6 febbraio 2013, n. 2767; Cass. 31 gennaio 2013, n. 2250; Cass. 27 novembre 2012, n. 20996; Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass. 17 luglio 2012, n. 12217; Cass. 20 giugno 2012, n. 10207; Cass. 15 maggio 2012, n. 7552; Cass. 4 maggio 2012, n. 6748; Cass. 17 febbraio 2011, n. 3847; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743; Cass. 5 maggio 2009, n. 10285; Cass. 31 marzo 2008, n. 8307. Da ultimo, sotto il profilo della regola probatoria da applicare, se quella del "più probabile che non" o dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", innanzi al giudice civile a seguito di cassazione con rinvio della sentenza penale assolutoria ai soli effetti civili, è stato ritenuto che «nel giudizio di rinvio ex art. 622 c.p.p. la corte d'appello competente per valore, cui la Cassazione penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, deve applicare le regole, processuali e probatorie proprie del processo civile, e conseguentemente adottare, in tema di nesso eziologico tra condotta ed evento di danno, il criterio causale del "più probabile che non", e non quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica e di credenza razionale, anche a prescindere dalle contrarie indicazioni eventualmente contenute nella sentenza penale di rinvio»: si veda Cass. 12 giugno 2019, n. 15859.

recenti e concretatesi nei parametri della “certezza morale” ⁽³⁷⁹⁾, della “ragionevole certezza” ⁽³⁸⁰⁾, nonché delle “serie ed apprezzabili possibilità” ⁽³⁸¹⁾; parametri che, talvolta, lasciavano al vissuto emozionale del giudice il compito di giungere all’accertamento circa la sussistenza o meno nel nesso causale, celando la sua incapacità di offrire un’adeguata spiegazione causale sul piano giuridico ⁽³⁸²⁾.

Non è allora un caso se, a soli due anni di distanza dalla presa di posizione delle Sezioni Unite civili, i giudici di legittimità proclamavano la regola del “più probabile che non” come «criterio consolidato» ⁽³⁸³⁾ o anche come principio «ripetutamente adottato dalla giurisprudenza di legittimità» ⁽³⁸⁴⁾, quasi a voler sopperire al fatto che, per troppo tempo, la prova del nesso causale o meglio l’individuazione del grado di certezza necessario per poter ritenere dimostrata la relazione eziologica, aveva difettato di un solido statuto probatorio.

In tale contesto, l’adozione in chiave “generalista” del criterio del “più probabile che non”, ha portato la giurisprudenza ad invocarlo in molti ambiti della responsabilità civile diversi da quello medico. In un famoso caso deciso dalla pronuncia della Cass. n. 1058/2009, relativo alla vicenda del disastro aereo di Ustica ⁽³⁸⁵⁾, la Suprema Corte ha avallato il criterio del “più probabile che

⁽³⁷⁹⁾ V. Cass. 28 aprile 1994, n. 4044 in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 635; Cass. 11 maggio 1977 n. 1831, in *Mass. Foro it.*, 1977; Cass. 7 novembre 1974 n. 3403, in *Arch. Civ.*, 1975, 53; Cass. 3 dicembre 1969, n. 3958, in *Tem.*, 1970, p. 679.

⁽³⁸⁰⁾ V. Cass. 11 giugno 2004, n. 11128; Cass. 5 aprile 1984, n. 2222, in *Dir. e prat. ass.*, 1985, p. 307.

⁽³⁸¹⁾ V. Cass. 6 febbraio 1998, n. 1286.

⁽³⁸²⁾ In questo senso si esprime G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, cit., p. 694. Per ulteriori e più specifici approfondimenti v. Cap. V, § 2.

⁽³⁸³⁾ Cass. 10 novembre 2010, n. 22837.

⁽³⁸⁴⁾ Cass. 29 luglio 2010, n. 17649.

⁽³⁸⁵⁾ Nel caso di specie, la Compagnia aerea Aerolinee Itavia S.p.a. conveniva in giudizio i Ministeri della Difesa, dei Trasporti e dell’Interno al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti derivatile dalla distruzione dell’aereo di sua proprietà, il quale era precipitato al largo di Ustica il 27 giugno 1980 ed aveva provocato la morte di 81 persone. Si imputava ai convenuti sia l’omessa regolazione del traffico aereo sia l’inadeguata vigilanza delle aerovie aperte al traffico. Il tribunale di Roma accolse la domanda della Compagnia aerea. La Corte d’appello, adita dai convenuti Ministeri, riformò invece la sentenza del giudice di prime cure asserendo, tra le altre cose, la mancanza di certezza in ordine alla sussistenza del nesso causale tra le omissioni dei soggetti convenuti ed il disastro aereo. La Compagnia aerea, nel proporre ricorso per cassazione lamenta l’omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine alla ritenuta insussistenza del nesso causale tra le omissioni dei ministeri convenuti ed il disastro aereo.

non” in relazione ad una fattispecie che aveva avuto dei risvolti anche sul piano penalistico.

La pronuncia in esame ha infatti cassato con rinvio la sentenza di secondo grado assumendo che il giudice del merito, nell’accertare il nesso di causalità tra il comportamento omissivo degli originari convenuti ed il disastro aereo verificatosi, avrebbe errato nel riferirsi acriticamente alle conclusioni in fatto cui erano pervenuti i giudici penali, senza procedere ad un’autonoma valutazione delle prove raccolte in quella sede e senza adottare lo standard probatorio operante nel processo civile.

La Suprema Corte, sottolineando il riflesso che le diversità strutturali e funzionali tra settore civile e penale hanno sul piano dell’accertamento probatorio, ha affermato che mentre nel processo penale vige la regola della prova “ogni oltre ragionevole dubbio”, in quello civile vale la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”. Nel caso di specie, la Corte ha però declinato la suddetta regola nella prospettiva di preponderanza logica dell’evidenza di una delle tante ipotesi causali che vengono in rilievo in relazione ad uno stesso fatto. In altri termini, in ipotesi di concorrenza di più ipotesi causali tra loro «incompatibili o contraddittorie, sul fatto, quando tali ipotesi abbiano ottenuto gradi di conferma sulla base degli elementi di prova disponibili» viene in gioco il concetto di “probabilità prevalente”, dovendosi «scegliere l’ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili. Trattasi, quindi, di una scelta comparativa e relativa all’interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso, perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all’una o all’altra ipotesi» ⁽³⁸⁶⁾ ⁽³⁸⁷⁾.

⁽³⁸⁶⁾ Il criterio della “probabilità prevalente” è stato dai giudici di legittimità ritenuto un principio fondante anche il sistema logico-operativo della prova presuntiva (riguardo, nello specifico, al requisito della “gravità”), la quale rappresenta «un ragionamento probabilistico per giungere alla conclusione più probabile (fatto ignoto) tra quante possono esser ipoteticamente tratte dalla stessa premessa e cioè dal fatto noto».

⁽³⁸⁷⁾ Così argomentando, i giudici di legittimità hanno seguito pedissequamente gli studi in materia di M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 129-130.

Un'altra specificazione dello standard del "più probabile che non" si rinviene in Cass. n. 15991/2011 ⁽³⁸⁸⁾. In uno dei motivi di ricorso per cassazione i ricorrenti evocavano, in guisa di criterio causale operante ed applicabile nel campo della responsabilità civile, la *regula iuris* dell'alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica, onde il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo avrebbe comportato l'esito assolutorio del giudizio.

Ebbene, la Suprema Corte, nel censurare tale modo di argomentare dei ricorrenti ha evidenziato come i giudici di legittimità hanno più volte ribadito che la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato consente l'adozione di un diverso criterio di analisi della causalità materiale, quello, cioè, del "più probabile che non", rettamente inteso come «analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo – nella sua dimensione di unicità non ripetibile, della singola vicenda di danno, della singola condotta causalmente efficiente alla produzione dell'evento, tutte a loro volta permeate di una non ripetibile unicità; di talché la conseguente svalutazione della regola statistica e sovente di quella scientifica non appare un metagiuridico cedimento ad ideali aneliti riparatori cui dar respiro tout court in seno al processo, quanto piuttosto una attenta valorizzazione e valutazione della specificità del caso concreto, onde la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduca ipso facto alla aberrante regola del 50% plus unum, bensì alla compiuta valutazione dell'evidenza del probabile». Così, esemplificando, se in tema di danni da trasfusione di sangue infetto, stante una pluralità di cause che potrebbero aver cagionato l'evento di danno, la causa che si assume essere causativa dello stesso (vale a dire, la trasfusione) ha un'incidenza probabilistica del 40% (mentre le altre possibili concause,

⁽³⁸⁸⁾ Il caso sottoposto all'esame della Corte è il seguente: I genitori di un minorenne convenivano in giudizio dinanzi al tribunale di Roma la Casa Generalizia Fatebenefratelli, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti dal minore in conseguenza di condotte negligenti e imprudenti tenute dal personale medico chiamato ad assistere sia l'attrice al momento del parto, sia il neonato subito dopo la nascita e al quale sarebbe stata poi riconosciuta una invalidità permanente nella misura del 100%).

quantificabili in misura di dieci, hanno un'incidenza probabilistica del 3%), non potrà esservi l'automatico rigetto della domanda attorea, dovendo il giudice «secondo il suo prudente apprezzamento [...] valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto e addivenire, all'esito di tale giudizio comparativo, alla più corretta delle soluzioni possibili» ⁽³⁸⁹⁾ ⁽³⁹⁰⁾.

Altre interessanti argomentazioni in tema di prova del nesso causale si rinvencono in Cass. n. 12686/2016 ⁽³⁹¹⁾ in relazione ad un caso di risarcimento danni subiti da una donna e da sua figlia, asseritamente causati da una sofferenza annoso-ischemica verificatasi al momento del travaglio e del parto, in assenza di un medico e di uno specialista neonatologo che potessero prestare immediata assistenza alla neonata.

Si è affermato che nel caso in cui il giudice dovesse ritenere anche soltanto la ragionevole probabilità della verifica di una sofferenza fetale, dovrebbe allora accertare e valutare se l'omissione allegata dalla ricorrente possa essere stata causa o concausa «secondo un giudizio di adeguata probabilità, sul piano scientifico, della patologia della bambina»; ciò in quanto soltanto all'esito positivo di quest'ultimo accertamento potrà dirsi accertato che se i sanitari fossero intervenuti tempestivamente «è più probabile che la nascita sarebbe nata sana (o comunque affetta da patologie meno gravi) e

⁽³⁸⁹⁾ Negli stessi termini si veda Cass. 29 settembre 2015, n. 19213. In senso analogo v. Cass. 22 ottobre 2013, n. 23933.

⁽³⁹⁰⁾ Si vedano le osservazioni di G. CHIARINI, *Il nesso eziologico nella responsabilità medico-sanitaria tra causalità materiale e causalità giuridica. Osservazioni a margine della travagliata evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso tra fattori naturali e umani*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1299, ove, relativamente a tale passaggio motivazionale, afferma che, a parte l'evidente refuso, dato dal fatto che le percentuali esemplificate, tra loro assommate non identificano il 100% delle possibilità eziologiche, risulta chiaro l'intento della Cassazione: «laddove sia da riconoscere un rilievo decisamente preminente ad un antecedente causale rispetto ai restanti [...] il giudice ben può lasciarsi persuadere da tale preponderanza – ancorché non assoluta in termini strettamente numerici – e addivenire ad un giudizio (logico) di segno positivo in ordine alla sussistenza del nesso eziologico». Secondo l'A., tale constatazione sarebbe in perfetta linea con il criterio civilistico di accertamento del nesso causale, quale quello della “probabilità relativa” inteso proprio come valorizzazione dell'«antecedente connotato da incidenza causale maggiormente probabile rispetto a quella degli altri antecedenti pur ipotizzabili (questo essendo, in definitiva, il senso anche letterale del criterio “più probabile che non”)».

⁽³⁹¹⁾ Cass. 20 giugno 2016, n. 12686.

meno probabile che sarebbe nata con le patologie oggi invece riscontrabili; quindi, potrà dirsi accertato il nesso di causalità»⁽³⁹²⁾.

Sullo stesso versante si muovono quelle pronunce che declinano il criterio del “più probabile che non” in termini di «probabilità scientifica qualificata»⁽³⁹³⁾ o «ragionevole probabilità scientifica»⁽³⁹⁴⁾, criteri che, in quanti tali, intanto possono essere utilmente impiegati in sede di accertamento del nesso causale in quanto siano strettamente ancorati agli elementi specifici attinenti alla fattispecie concreta, a fronte delle astratte conclusioni svolte in termini probabilistici.

Come già ampiamente sostenuto, la giurisprudenza di legittimità è ormai costante nel ribadire che la certezza probabilistica, rispetto all’ipotesi di nesso causale da accertare, risulta dall’applicazione della regola della probabilità

⁽³⁹²⁾ Negli stessi termini v. Cass. 9 giugno 2016, n. 11789 ove, in motivazione, è stato ribadito che la prova della sussistenza di un valido nesso causale «sussiste 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».

⁽³⁹³⁾ Si veda Cass. 30 ottobre 2009, n. 23059.

⁽³⁹⁴⁾ V. Cass. 23 ottobre 2017, n. 24959, in relazione ad una domanda proposta da due genitori al fine di ottenere l'indennizzo previsto dagli artt. 1 e 2 della legge n. 210 del 1992, al motivo dell’aver il proprio figlio contratto sindrome autistica, asseritamente a causa della somministrazione dei vaccini (antipoliomielite di tipo Sabin, DTP-antidifterica, antitetanica e antipertossica- e MPR-morbillo parotite erosolia) a lui praticati tra il 1998 e il 2003. La Corte, pur dichiarando inammissibile il ricorso proposto dagli originari attori, ha comunque ritenuto corretta la motivazione della Corte territoriale per avere questa correttamente applicato i principi dettati da con riguardo alla materia in questione. Nella specie La Corte territoriale aveva recepito l'analisi e le conclusioni del c.t.u. nominato in grado d'appello, che aveva operato una valutazione complessiva degli elementi acquisiti al giudizio in relazione alla storia clinica del periziato, sulla base dei criteri temporali, della continuità fenomenica, nonché in considerazione dello stato delle acquisizioni della scienza medica ed epidemiologica. Era quindi pervenuta al convincimento circa la mera possibilità di una correlazione eziologica tra le vaccinazioni e la malattia, e non un rilevante grado di probabilità scientifica; Cass. 29 dicembre 2016, n. 27449, in relazione ad una domanda proposta dal ricorrente e volta al riconoscimento del suo diritto a percepire l'indennizzo previsto dall'art. 2 della legge n. 210 del 1992 e dell'indennità integrativa di cui alla legge n. 238 del 1997 in ragione dell’asserito nesso causale tra la somministrazione di emoderivati e l'epatite cronica da cui era affetto il ricorrente. La Suprema Corte ha confermato sul punto la sentenza della Corte d'appello, che aveva correttamente valutato l'esistenza del nesso causale indicando, quale criterio regolatore quello della ragionevole probabilità scientifica e, dopo aver rilevato che il consulente tecnico d'ufficio nominato in appello aveva formulato un giudizio di mera possibilità di contagio, aveva poi spiegato perché dalla relazione del consulente tecnico d'ufficio emergeva conclusivamente che la probabilità di contagio con il virus B fosse collegabile eziologicamente alla vaccinazione antitetanica a base di gamma globuline su un criterio di mera possibilità e non su un criterio di alta o apprezzabile probabilità né, tantomeno, in termini di assoluta certezza.

«come relazione logica, rispetto a tutti gli elementi che confermano il nesso causale e all'esclusione di altri elementi alternativi che lo escludono (cosiddetta probabilità logica o baconiana) ⁽³⁹⁵⁾.

Emblematico è il caso di un cittadino di Messina che aveva agito in giudizio al fine di ottenere il risarcimento dei danni asseritamente subiti a seguito della contrazione di una poliomielite con esiti permanenti di grave invalidità all'arto inferiore destro, avvenuta poco tempo dopo aver effettuato il vaccino antipolio Salk.

Già nel 2013 ⁽³⁹⁶⁾ la Corte aveva accolto il ricorso proposto dall'originario attore, il quale, soccombente sia in primo che in secondo grado, chiedeva la riforma della sentenza della Corte d'Appello di Palermo per non aver questa ritenuto provato il nesso causale tra effettuazione della vaccinazione e l'insorgenza della grave malattia da cui è affetto il ricorrente ⁽³⁹⁷⁾.

Cassata con rinvio la sentenza di secondo grado ⁽³⁹⁸⁾, i giudici del rinvio confermavano la sentenza di rigetto del Tribunale di Messina, recependo le

⁽³⁹⁵⁾ In questi termini si è espressa Cass. 26 gennaio 2013, n. 4792, ove, in motivazione, si afferma l'importanza della consulenza tecnica, sia nell'individuare i fattori causali, positivi e negativi, in gioco, sia nel dare spessore e contenuto alla probabilità sulla base delle conoscenze scientifiche. In particolare si richiama la centralità della consulenza tecnica c.d. "percipiente", necessaria non solo alla comprensione dei fatti, ma anche alla rilevabilità stessa di fatti che, per essere individuati, abbisognano di specifiche cognizioni e/o strumentazioni tecniche. E, proprio gli accertamenti in sede di consulenza offrono al giudice il quadro dei fattori causali entro il quale far operare la regola probatoria della certezza probabilistica per la ricostruzione del nesso eziologico. Mentre al giudice spetta di esaminare i contenuti della consulenza e pervenire alla riferibilità causale dell'evento all'ipotetico responsabile solo se il primo sia più probabile (che non) che sia attribuibile al secondo, per la presenza di fattori che probabilisticamente ad esso lo riconducono e per l'assenza di fattori che lo riconducano ad altra causa.

⁽³⁹⁶⁾ Cass. 1 agosto 2013, n. 18410.

⁽³⁹⁷⁾ Il Tribunale rigettava la domanda, ritenendo inattendibile la testimonianza del padre dell'attore circa l'esecuzione della vaccinazione, e questa non provata, a fronte della distruzione dell'archivio della ASL, disattendendo il giudizio del CTU di verosimiglianza del nesso causale vaccino-malattia. La Corte d'appello di Palermo rigettava l'appello del presunto danneggiato, ritenendo corretta la soluzione adottata dal Tribunale in merito al difetto di prova del nesso di causalità tra vaccinazione e malattia, in considerazione dell'insufficienza della deposizione del padre del ricorrente, asseverante l'avvenuta vaccinazione, dato lo stretto rapporto parentale ed in assenza di riscontri oggettivi, documentali o logici.

⁽³⁹⁸⁾ In motivazione argomentava che la Corte messinese avrebbe potuto in primo luogo accertare - ad esempio attraverso un supplemento di prova testimoniale ovvero una nuova CTU - se, nella specie, fossero praticabili le indagini virologiche e siero epidemiologiche, che, com'è noto, sono praticate dalla scienza medica a partire dal 1998 su iniziativa dell'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) in tutti i Paesi industrializzati, al fine di distinguere nell'ambito dei casi di poliomielite verificatisi, come nella specie, in età compresa fra gli 0 e i

conclusioni del c.t.u., che aveva ritenuto che l'attribuibilità della poliomielite alla somministrazione del vaccino di tipo Salk effettuata all'età di sette anni fosse, in termini causali, una mera probabilità, quantificabile nella misura del 1-2%. Contro questa decisione il danneggiato ha proposto nuovamente ricorso e la Cassazione lo ha nuovamente accolto ⁽³⁹⁹⁾ affermando che «la regola della “certezza probabilistica” non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi (c.d. probabilità quantitativa), ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica)».

La Corte ha così rilevato che a fronte degli elementi significativi in un ragionamento presuntivo, quali il fatto che la sintomatologia paralitica è insorta dopo la somministrazione del vaccino nei tempi previsti dalla scienza, della ritenuta inverosimiglianza del contagio per contatto e della affermata validità degli studi presenti a sostegno delle difficoltà di inattivazione virale durante la prima produzione del vaccino, la Corte di appello ha comunque ritenuto di escludere la ragionevole probabilità scientifica dell'imputazione della poliomielite alla vaccinazione. La Corte non sembra essersi attenuta al mandato affidatole dalla sentenza rescindente, laddove non ha esplicitato la possibilità di fare riferimento o meno nel contesto concreto ad indagini virologiche e siero epidemiologiche in ordine all'eziologia della malattia, ritenendo altresì che l'ipotesi del nesso di causalità non fosse suffragata da alta probabilità statistica.

Sotto tale profilo, fuorviante potrebbe essere la motivazione della sentenza n. 30998/2018 ⁽⁴⁰⁰⁾ della Suprema Corte, ove, se è apprezzabile l'intento di voler evitare il rischio di un possibile ritorno a quei fumosi parametri di accertamento causali invalsi nella giurisprudenza prima della sua decisa virata verso il criterio del “più probabile che non”, impropria risulta essere l'esplicazione, a livello concettuale del giudizio causale.

14 anni, quelli da vaccino poliomielitico associati (ceppi vaccinali retromutati e neurovirulenti) da quelli da virus selvaggio.

⁽³⁹⁹⁾ Cass. 24 ottobre 2017, n. 25119.

⁽⁴⁰⁰⁾ Cass. 30 novembre 2018, n. 30998.

Il caso sottoposto all'esame dei giudici di legittimità riguardava una controversia promossa da un paziente nei confronti della clinica presso cui era ricoverato per la degenza post-operatoria e di due medici che ivi avevano prestato la loro opera professionale, adducendo di aver patito una trombosi venosa profonda proprio mentre si trovava in cura presso tale struttura.

A sostegno della pretesa risarcitoria, l'attore deduceva un duplice addebito ai sanitari convenuti: da un lato, si imputava loro di aver somministrato al paziente una inadeguata dose del farmaco antitrombotico; dall'altra, di non essersi tempestivamente avveduti dell'insorgenza della trombosi, e di aver così ritardato l'inizio della terapia idonea ⁽⁴⁰¹⁾.

La Suprema Corte ha censurato la sentenza di secondo grado in relazione alla problematica relativa all'incidenza causale della ritardata diagnosi, esclusa dai giudici d'appello con motivazione irrimediabilmente perplessa. A tal proposito si è affermato che anche quando occorre stabilire se un contegno omissivo ha cagionato un danno, il giudice civile deve attenersi alla regola del "più probabile che non": «una omissione è causa di un danno quando, se fosse stata tenuta la condotta alternativa dovuta, quest'ultimo non si sarebbe verificato "con più probabilità che non"».

Nel caso sottoposto all'esame del giudizio di legittimità si sostiene che, ai fini della ricostruzione del nesso causale, è necessario anzitutto raffigurare uno scenario alternativo, pertanto caratterizzato da una tempestiva diagnosi di trombosi e da una cura avviata prima del momento in cui era effettivamente iniziata, per poi procedere ad assegnare un valore alla probabilità che le condizioni di salute del paziente sarebbero state migliori di quelle registratesi nel concreto e un valore alla probabilità che l'anticipo della terapia non avrebbe

⁽⁴⁰¹⁾ Le fasi di merito del procedimento erano state caratterizzate da esiti diametralmente opposti. Mentre il Tribunale aveva accolto la domanda, ritenendo che i sanitari avessero colposamente ridotto la posologia del farmaco e che, se lo stesso fosse stato somministrato in dose adeguata, la trombosi venosa non si sarebbe verificata con ragionevole probabilità, la Corte d'appello aveva invece accolto il gravame ritenendo insussistente sia la colpa che il nesso causale rispetto alla inadeguata somministrazione del farmaco e ritenendo invece sussistente la colpa, ma non il nesso causale in relazione alla tardiva diagnosi e cura della trombosi venosa.

comunque sortito risultati utili in relazioni alle eventuali migliori condizioni di salute del paziente.

L'applicazione della regola della preponderanza dell'evidenza fa sì che ove il primo valore di probabilità sopravanzi il secondo, il nesso causale può ritenersi sussistente. Quando invece a prevalere è il valore di probabilità di ininfluenza del ritardo diagnostico, non può affermarsi la sussistenza del nesso causale fra la condotta omissiva dei sanitari e il pregiudizio sofferto ⁽⁴⁰²⁾. Ma come compiere tale "ponderazione"? La Corte afferma che, a livello concettuale, tale giudizio «va compiuto comparando il caso concreto con una ipotesi: ovvero immaginando su una scala da 0 (falso) ad 1 (vero) quante possibilità avrebbe avuto un paziente tempestivamente curato di trovarsi nella medesima condizione fisica dell'odierno ricorrente». Tale passaggio della motivazione potrebbe tuttavia essere fuorviante, in quanto, al fine stabilire quando la probabilità dell'esistenza di una certa situazione sia superiore alla probabilità contraria, si potrebbe essere portati a credere che la concreta formulazione del principio del "più probabile che non" sia nel senso che una probabilità del 51% (o dello 0,51 nella scala da 0 a 1) è sufficiente per ritenere dimostrata la relazione eziologica tra causa ed effetto.

Oggettivizzare e formalizzare, sia pur a livello concettuale, il ragionamento giuridico potrebbe, come detto, essere fuorviante in quanto, se è vero che le regole giuridiche non ambiscono alla necessaria armonia tra verità processuale e verità scientifica dei fatti, e se è altrettanto vero che la probabilità statistica non ha un ruolo dirimente in sede di accertamento causale legittime perplessità nascono laddove il giudizio causale e il relativo esito, ancorato allo spartiacque del 50 % secondo la prospettata scala di probabilità, si concretizza,

⁽⁴⁰²⁾ In motivazione si afferma che, alla luce del criterio della preponderanza dell'evidenza «la Corte d'appello avrebbe dovuto stabilire non già se una più tempestiva cura della trombosi avrebbe avuto "serie e apprezzabili" possibilità di successo", ma avrebbe dovuto stabilire se tali possibilità erano presumibilmente maggiori o minori rispetto alla possibilità che una tempestiva cura riuscisse infruttuosa».

a livello concettuale, in un approccio matematico al tema della forza probatoria dell'ipotesi causale e del relativo convincimento del giudice ⁽⁴⁰³⁾.

Al fine di fornire un ulteriore esempio in ordine alla concreta operatività dello standard del “più probabile che non” nell'ipotesi in cui il giudice è chiamato a valutare ed accertare quale delle molteplici cause possa ritenersi effettivamente causativa del danno lamentato, la pronuncia Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024 ⁽⁴⁰⁴⁾ ha fornito interessanti argomentazioni. Si è infatti affermato che allorquando, tra le diverse e possibili concause di un medesimo fatto, non risulti né l'inverosimiglianza delle stesse, né tantomeno, e per converso, l'evidenza causale esclusiva di una di esse, «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 sol fatto che il danno sia teoricamente ascrivibile a varie alternative ipotesi».

Nel caso di specie la Suprema Corte ha cassato la sentenza di secondo grado per non aver i giudici di merito correttamente accertato il nesso causale, avendo essi negato la sussistenza del legame eziologico sulla scorta del carattere meramente ipotetico delle possibili ipotesi causali in concreto rilevanti. I giudici di legittimità censurano non solo il fatto che i giudici di merito hanno ritenuto non provato il nesso causale sulla scorta della pluralità delle possibili cause dell'evento, ma anche per aver ritenuto che una «mera ipotesi» causale non fosse di per sé in grado di fondare il giudizio eziologico; ciò in quanto l'astratta

⁽⁴⁰³⁾ La decisione della Corte d'appello denotava inoltre una certa titubanza allorché, nel procedere all'enunciazione dei criteri di accertamento del nesso di causa, muoveva dal parametro delle “serie ed apprezzabili possibilità di successo” associate ad una diagnosi tempestiva, arrivando così ad escludere il nesso causale in quanto la condotta alternativa non avrebbe garantito l'enunciato criterio. I giudici di legittimità censuravano tale statuizione in quanto eccessivamente sbilanciata verso il più rigoroso criterio utilizzato in ambito penalistico; il nesso di causa, infatti, «sussiste non solo quando la condotta alternativa corretta avrebbe avuto “serie ed apprezzabili” probabilità di successo, ma anche quando avrebbe avuto probabilità “ragionevoli”, e comunque superiori alle probabilità di insuccesso». Tuttavia, i giudici di merito sembrano argomentare correttamente sostenendo che una più tempestiva cura non avrebbe dato al paziente “maggiori probabilità” di guarire con postumi minori di quelli effettivamente patiti”. Ma, ciò nonostante, la Corte Suprema ha riscontrato un inconciliabile contrasto tra quest'ultima affermazione e quella che richiamava le “serie ed apprezzabili possibilità di successo”, e tale contraddittorietà finiva col rendere imperscrutabile la *ratio decidendi* della impugnata sentenza, essendo impossibile sondarne la correttezza *in iure*.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024, in www.dirittoegiustizia.it.

improbabilità che un evento possa dirsi causa di un danno non esclude la concreta probabilità, in termini causali, dello stesso e ciò allorquando, nella fattispecie *sub iudice*, la minor probabilità delle possibili altre cause avvalori la maggior probabilità della causa in astratto meno probabile.

Sezione II - Struttura e metodo dell'accertamento del nesso causale

1. La struttura dell'accertamento del nesso causale

«Nel considerare gli argomenti che sono prodotti dal ragionamento, il logico si chiede se la conclusione raggiunta (in ogni caso specifico) segua dalle premesse usate o assunte, se le premesse forniscano buone ragioni per accettare la conclusione. Se le premesse forniscono basi adeguate per accettare la conclusione, se affermare che le premesse sono vere garantisce l'affermazione che anche la conclusione è vera, allora il ragionamento è corretto. Altrimenti non è corretto»⁽⁴⁰⁵⁾.

In queste brevi battute, mutate dal contesto filosofico⁽⁴⁰⁶⁾, si compendia il modello logico basilare del ragionamento giuridico che, in quanto strutturalmente inferenziale, ci consente di porre le basi per un'analisi sistematica dei paradigmi in cui la cennata connessione tra premesse conclusioni potrebbe estrinsecarsi, secondo gli schemi della deduzione, dell'induzione e dell'abduzione⁽⁴⁰⁷⁾. Questi, pur facendosi portatori di diversi modi di intendere la correttezza tra premesse e conclusioni, consentono di addivenire, mediante

⁽⁴⁰⁵⁾ I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1999, p. 20.

⁽⁴⁰⁶⁾ Il giurista è infatti tradizionalmente attratto dai modelli sviluppatasi partendo da teorie conoscitive della filosofia della scienza, prodotte da scuole di pensiero fortemente intrise di razionalismo e per questo molto vicine alle esigenze del giudice.

⁽⁴⁰⁷⁾ Nel senso che nel ragionamento probatorio si combinano schemi di logica abduttiva, induttiva e deduttiva M.A. BONFANTINI, *La semiosi e l'abduzione*, Milano, 1987, p. 45; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1103 ss.; A.A. SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, p. 170.

inferenze, ad informazioni ulteriori rispetto ai risultati probatori raccolti. Inoltre, giova sin da ora puntualizzare che il giudice non fa propria solo una degli indicati modelli d'inferenza, ma potrebbe utilizzarli tutti, combinandoli tra loro, per cercare di ricostruire, secondo un certo grado di probabilità, il fatto da accertare, cosicché ognuno degli schemi concettuali innanzi nominati potrebbe venire in uso per la delineazione di un aspetto dell'iter conoscitivo.

Queste osservazioni preliminari costituiscono una premessa indispensabile per tentare una più cosciente riflessione attorno all'operatività di questo circolo ermeneutico che dovrebbe condurre all'accertamento del fatto. E il primo passo da compiere è proprio quello di passare in rassegna, singolarmente, i diversi modelli d'inferenza a cui abbiamo fatto riferimento.

1.1. Il modello nomologico-deduttivo: limiti alla sussunzione della causalità nel modello nomologico di spiegazione

In relazione al modello deduttivo, per indicare che la conclusione di un'inferenza è conseguenza deduttivamente valida delle premesse, si impiegano, con valenza ai nostri fini interscambiabile, espressioni del tipo di quelle che affermano che la conclusione segue logicamente dalle premesse ⁽⁴⁰⁸⁾, che la conclusione è deducibile dalle premesse ⁽⁴⁰⁹⁾, che la conclusione segue necessariamente dalle premesse ⁽⁴¹⁰⁾ o, ancora, che le premesse implicano logicamente la conclusione ⁽⁴¹¹⁾.

Sebbene l'equivalenza di questi modi alternativi di esprimersi richiederebbe una specifica riflessione, basti rilevare come essi condividano un'idea comune: il nesso di consequenzialità che lega le premesse alla conclusione è necessario, sia in ragione della "valenza euristica" delle

⁽⁴⁰⁸⁾ C. DE FLORIO, *Conseguenza logica*, in *Portale italiano di filosofia analitica*, 2014.

⁽⁴⁰⁹⁾ R. FESTA, V. CRUPI, P. GIARETTA, *Deduzione, induzione e abduzione nelle scienze mediche*, in *Logic & Philosophy of Science*, 2009, p. 41 ss.

⁽⁴¹⁰⁾ R. FESTA, V. CRUPI, P. GIARETTA, *op. e loc. ultt. citt.*

⁽⁴¹¹⁾ A. CORRADINI, *Epistemologia delle scienze umane*, Milano, 2005, p. 49.

proposizioni utilizzate, consistenti in leggi di copertura di forma strettamente universale ⁽⁴¹²⁾, sia in ragione del nesso di validità ad implicazione necessaria dell'inferenza, nel senso che da premesse valide non possono derivare conclusioni invalide.

In sede di accertamento del nesso causale, il modello deduttivo si palesa secondo il seguente schema: *A* causa *B*, se *B* segue ad *A* secondo una legge che funge da regola che consente di dedurre da un presupposto una conseguenza ⁽⁴¹³⁾. E proprio in ciò consiste il modello nomologico-deduttivo: nomologico, perché dipendente da leggi di natura, riconosciute dalla scienza; deduttivo in quanto procede dalla legge generale al singolo evento ⁽⁴¹⁴⁾.

Tuttavia, l'estensione del paradigma deduttivo alle discipline del ragionamento giuridico ha suscitato critiche sin troppo note, volte essenzialmente a rimarcare l'inadeguatezza del modulo esplicativo secondo cui l'inferenza verso il singolo evento si può ottenere ponendo alla base della stessa generalizzazioni che rivestono i connotati di legge deterministica ⁽⁴¹⁵⁾.

⁽⁴¹²⁾ È infatti generalmente noto che i "criteri" cognitivi di riferimento che consentono al giudice di ricostruire la realtà processuale dei fatti e che, nello specifico, possono fungere da regole di copertura dell'inferenza causale sono sia le leggi scientifiche che le massime d'esperienza. Le prime possono ulteriormente distinguersi in leggi universali, portatrici di una regolarità fenomenica senza eccezioni, e leggi statistico-probabilistiche, che invece esprimono frequenze probabilistiche di successioni di eventi. In proposito, e con specifico rilievo in sede di accertamento del nesso causale, si vedano M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 114 ss.; C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit.; A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 1037 ss. Per l'analisi delle massime d'esperienza v., più ampiamente *infra*, nota 425.

⁽⁴¹³⁾ In un'ottica più relazionale si sostiene tradizionalmente che un dato fenomeno empirico è spiegato con la deduzione dell'*explanandum*, cioè dell'asserto che descrive l'evento, da un insieme di proposizioni chiamate *explanans*. Questo insieme consta di alcune leggi generali e di proposizioni descrittive certi fatti o condizioni particolari, che normalmente sono antecedenti e/o simultanei all'evento da spiegare. In questo senso v. 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*, cit., p. 1191.

⁽⁴¹⁴⁾ In questi termini v. Cass. 6 luglio 2020, n. 13872.

⁽⁴¹⁵⁾ Alcuni aspetti critici del modello deduttivo generale sono ben compendati nella breve ma efficace analisi di L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in AA. VV., *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Cagliari, 2007, p. 160 il quale, in prima battuta, rivendica il fatto che il tipo di necessità che si può attribuire alle leggi fisiche, che si pongono da guida delle inferenze, non è certamente una pura necessità logica, e il fatto che proprio questa legge fisica e non un'altra valga in questa circostanza è un fatto contingente (sul carattere congetturale della conoscenza scientifica v. altresì K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 2010, p. 308). In secondo luogo, e come specificheremo anche nel testo in

In particolare, e con specifico riferimento all'accertamento del nesso causale, il paradigma deduttivo ha perso attualità almeno sotto due aspetti.

In primo luogo, è stata predicata l'inadeguatezza (nonché l'insufficienza) del suo modulo esplicativo nella misura in cui esso è volto ad elaborare una "visione generalizzata del sapere" ⁽⁴¹⁶⁾. In particolare, il fatto che l'affidabilità della conclusione venga fatta discendere dalla forza esplicativa del parametro nomologico utilizzato, presupporrebbe sempre la presenza di leggi di tipo deterministico. Tuttavia, non solo è innegabile che molte leggi scientifiche, rilevanti in campo giuridico, sono riconducibili al paradigma probabilistico (anziché universale o strettamente deterministico) ⁽⁴¹⁷⁾ ma è altrettanto indubbio

riferimento all'accertamento del nesso causale, l'A. mette in evidenza un'altra rilevante difficoltà dello schema in esame, non essendo esso in grado di spiegare un fatto storico (in tutte le sue peculiarità irripetibili) ma soltanto un caso rappresentativo di una classe.

⁽⁴¹⁶⁾ Per una critica a tale generalizzazione del linguaggio, portatrice di moduli formali inidonei alla trattazione di qualunque questione conoscitiva, v. G. FORNERO, S. TASSINARI, *Le filosofie del Novecento*, Milano, 2002, p. 825. Nel senso che il modello deduttivo di spiegazione mostra la propria insufficienza proprio nell'ambito della spiegazione storica e di quella giudiziaria v. R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, cit., p. 249.

⁽⁴¹⁷⁾ V. A. PAGLIARO, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2007, p. 161; ID., *Causalità e diritto penale*, cit., 2005, p. 1040; L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, cit., p. 155. Sul punto v. Cass. pen. 17 giugno 2019 ove, in motivazione, si afferma che «leggi probabilistiche si incontrano praticamente in tutte le discipline, dalla fisica all'economia, dalla biologia alla medicina, dalla psicologia alle scienze sociali. Si distinguono leggi probabilistiche epistemiche e leggi probabilistiche intrinseche: le prime assumono che esistano, in relazione ai fenomeni oggetto d'indagine, autentiche leggi universali, che però sono ignote, ragion per cui il probabilismo è soltanto frutto dei *limiti* della conoscenza scientifica attuale; le seconde costituiscono invece, per quel che ad oggi è dato sapere, autentiche leggi stocastiche, irriducibili a leggi universali. Ve ne sono innumerevoli, ad esempio nella fisica quantistica e nella genetica. La Corte di cassazione ha affermato che il ricorso alle leggi statistiche da parte del giudice è più che legittimo perché il *modello* della sussunzione sotto leggi sottende, il più delle volte, necessariamente il distacco da una spiegazione causale *deduttiva* che implicierebbe una impossibile conoscenza di tutti i fatti e di tutte le leggi pertinenti». Nello stesso senso v. Cass. pen. 19 novembre 2018, n. 47748; Cass. pen. 19 luglio 2016, n. 30557. Nella giurisprudenza civilistica si veda Nello stesso senso v. Cass. 4 maggio 2012, n. 6748, ove, in motivazione, si afferma che «Sicuramente il massimo rigore scientifico è garantito dalle leggi universali di copertura, consistenti in regole sempre costanti espresse dal brocardo *dell'id quod usque ad huc accidit*, per cui un'azione ha sempre dato, fino ad oggi e in tutte le sperimentazioni note, il medesimo risultato. In altre parole, una regolare successione di fenomeni non smentita da eccezioni. Il massimo rigore scientifico ben si coniuga con le esigenze di certezza proprie del processo penale, ma si rivela insoddisfacente a fronte di eventi ad eziologia multifattoriale e, soprattutto, presuppone un'assoluta uniformità di saperi condivisi dalla comunità scientifica internazionale in ordine a dati eventi perfettamente sovrapponibili, il che di rado si riscontra nella realtà. Il rischio è che, a fronte di condotte altamente suggestive di idoneità causale rispetto all'evento in concreto verificatosi, una sia pur minima periferica possibilità contraria (magari in lettura riportata in relazione a contesti non

che le generalizzazioni causali in un ragionamento “esplicativo”, qual è quello sulla causalità, non possono andare separate dalle contingenze fattuali ⁽⁴¹⁸⁾. Ne deriva, dunque, che non ci si potrebbe accontentare del coefficiente probabilistico espresso da una generalizzazione scientifica (peraltro vicino o pari all’universalità nomologica), dovendosi, invece, ponderare il rapporto che sussiste tra una categoria di condizioni ed una categoria di eventi, attraverso un giudizio riferito al passato, con cui il giudice si interroga sulla concreta correlazione causale da accertare ⁽⁴¹⁹⁾.

In secondo luogo, il modello esplicativo sin ora descritto rischia di limitare fortemente il ruolo del sapere esperienziale in sede di accertamento giuridico, estremizzando oltremodo il fondamento epistemico delle massime d’esperienza e quindi rendendo problematico il riferimento ad esse come regole di copertura per la formulazione di un’inferenza causale ⁽⁴²⁰⁾. Appare infatti

esattamente sovrapponibili) faccia venir meno la legge universale di copertura e, con essa, la possibilità di affermare il nesso eziologico fra azione ed evento».

⁽⁴¹⁸⁾ Parla espressamente di ragionamento esplicativo, proprio in relazione all’accertamento del nesso causale, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 354 ss. Sul punto si veda altresì L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, p. 161, il quale, al fine di meglio esplicitare la criticità del modello nomologico-deduttivo esposta nel testo, riporta il seguente esempio: «il medico, cui si domanda perché è morto un paziente, risponderà specificando quale malattia egli avesse, quali fossero le circostanze aggravanti e così via; e la sua spiegazione sarà del tipo “nelle circostanze x e y, la gente muore, e nel caso del paziente si sono verificate appunto tali circostanze”. In sostanza, il singolo paziente farà parte di una classe di individui che hanno in comune il fatto di trovarsi nelle date condizioni. Non sarà spiegata perciò la morte del paziente esaminato in tutte le sue peculiarità, bensì quella di qualsivoglia paziente che si fosse trovato nelle medesime circostanze, *coeteris paribus*».

⁽⁴¹⁹⁾ In nessun caso è possibile ridurre il nesso causale ad una correlazione statistica, per quanto elevata essa sia, vale a dire surrogarlo con una definizione in termini non causali, come appunto quelli di successione e associazione di eventi, neanche se si tratti di una successione connotata da un coefficiente del 100%.

⁽⁴²⁰⁾ Per ragioni di completezza è bene anzitutto specificare che la dottrina italiana tende a sottolineare il carattere ampio e notoriamente eterogeneo del concetto di massima di esperienza, riconducendo sotto tale espressione ipotesi tra loro assai diverse e dotate di differenti gradi di utilità conoscitiva, quali ad esempio “leggi naturali e logiche, nozioni scientifiche, generalizzazioni empiriche, regole del senso comune, frequenze statistiche e nozioni volgarizzate e superficiali di psicologia, economia, sociologia, etc.”, di cui il giudice può servirsi per formulare inferenze e valutazioni nell’ambito del giudizio di fatto. In questo senso si veda, specificamente, M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d’esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 551 ss.; ID., voce *Libero convincimento del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Eng. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 4; ID., *La prova nel processo civile*, cit., p. 1102 ss. V. altresì L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 152 ss.; F.P. CORDOPATRI, *Interferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio*, in *Giur. merito*, 1999, p. 362 ss.; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 99 ss.; F. CARNELUTTI, *Massime d’esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639; E. BETTI,

difficile ipotizzare che dal puro senso comune sia possibile derivare regole o categorie cognitive idonee a fungere da leggi di copertura per l'inferenza causale specifica, salvo che alla base di queste regole o categorie vi siano leggi

Diritto processuale civile italiano, Roma, 1936, p. 286 ss.; P. CALAMANDREI, *Per la definizione di fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 273. Nel senso che nelle massime di esperienza rientrano non solo le nozioni generali acquisite attraverso la conoscenza comune ma anche quelle tratte dall'esperienza scientifica v., autorevolmente, G. CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 101, secondo cui le massime d'esperienza sono «quelle nozioni generali, acquisite attraverso l'esperienza delle cose dalle più elementari alla più scientifica, mediante le quali è possibile considerare un dato fatto, di cui si è avuta o si ha percezione o della cui certezza si è comunque convinti, come argomento o indizio della realtà di un altro fatto». In ordine alle differenti caratteristiche delle massime d'esperienza e delle leggi scientifiche v. L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, cit., p. 421, il quale rileva che le massime d'esperienza sono tratte dal senso comune e sono il frutto di generalizzazioni fondate sull'osservazione di fenomeni empirici mentre le leggi scientifiche implicano un'elaborazione a livello teorico, che è propria del contesto concettuale in cui opera la scienza. Sul punto v. altresì G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, p. 183, ove le differenze strutturali tra massime d'esperienza e leggi scientifiche vengono individuate nel fatto che queste ultime sono inserite in un sistema di asseriti generalmente accettato, collocandosi nell'ambito di un ambito teorico e nomologico, mentre le massime d'esperienza vengono riconosciute come sussistenti o no ciascuna indipendentemente dalle altre. Parte della dottrina (M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 121 ss.) ha tuttavia sostenuto che, essendo possibile rinvenire delle massime d'esperienza la cui validità conoscitiva corrisponde, di fatto, a quella, rispettivamente, di leggi scientifiche generali (universali) oppure di leggi statistiche di grado molto elevato, sarebbero proprio questi i casi in cui una massima d'esperienza potrebbe essere utilizzata dal giudice nel contesto del ragionamento probatorio e, nello specifico, quale criterio che consente di accertare la sussistenza del nesso di causalità tra due fatti. In sostanza, nel caso in cui vi sia una massima d'esperienze in grado di “tradurre” nei termini del senso comune le generalizzazioni proprie, rispettivamente, di una legge scientifica che mostra una regolarità senza eccezioni, oppure di una legge, ugualmente scientifica, ma caratterizzata da un'altissima probabilità statistica e quindi in grado di inglobare la quasi totalità di casi particolari, allora, la massima d'esperienza, nel primo caso, potrà sicuramente fungere da legge di copertura dell'inferenza causale in quanto rappresenta l'equivalente di una legge scientifica universale, mentre nel secondo, esprimerà una validità conoscitiva in termini di alto grado di probabilità e potrà, pertanto, ugualmente fungere da regola di copertura della correlazione causale specifica. Tale corrente dottrinale, consapevole del fatto che una massima d'esperienza potrebbe non essere “supportata” dal sapere scientifico bensì solo ed esclusivamente dall'esperienza, sostiene che in tale ipotesi, non sarebbe possibile derivare direttamente dal senso comune la dimostrazione di una regola di copertura che sia tale da fondare la dimostrazione di un nesso causale individuale, in quanto, dovendosi evitare che il giudice possa trarre la legge di copertura del nesso eziologico dalla sua scienza privata, senza approntare controlli in ordine alla validità scientifica delle nozioni poste a base del suo ragionamento. E anche in tale caso, al fine di verificare l'esistenza oppure il fondamento della legge di copertura derivata dal puro senso comune, il ricorso alla prova scientifica sembra irrinunciabile. Di guisa che, la mancata “copertura” scientifica della presunta legge di copertura esperienziale non consentirebbe di ritenere raggiunta la prova dell'enunciato causale. Tale modo di ragionare, sebbene criticabile per le ragioni cui si è fatto e si farà cenno nel testo, sembra proprio avallare la preminenza, nel ragionamento giuridico, della spiegazione causale come deduzione logica, ove la legge scientifica posta a base della premessa, è universale (o quasi) ed è espressione di una regolarità empirica che sottintende una necessità (non quindi una connessione meramente accidentale, bensì un nesso necessario tra eventi).

scientifiche universali o pressoché tali. In quest'ordine di idee non si è infatti mancato di osservare come, qualora non si disponga di regole elaborate scientificamente, il ricorso alle generalizzazioni del senso comune costituisce una reale, insuperabile necessità del giudizio, *anche se, sulla base di esse, non è possibile attingere la certezza che connota l'argomentazione di carattere deduttivo* ⁽⁴²¹⁾.

L'incapacità del modello in esame di adattarsi a quei tipi di spiegazione che presuppongono un necessario coinvolgimento del concetto di probabilità, si dimostra, pertanto, il vero limite strutturale cui lo stesso è destinato a soggiacere. Strutturale in quanto scaturisce proprio dalla congiunzione delle due componenti fondamentali di tale modello, quali la natura deduttiva del procedimento logico e l'universalità delle leggi ivi impiegate.

1.2 Il ragionamento induttivo e la logica delle relazioni tra causa ed effetto

Anche sulla scia di un modello inferenziale del tutto differente da quello appena descritto, quale quello induttivo, altre problematiche si palesano all'orizzonte giuridico, aperto più che mai al tema delle decisioni in condizioni di incertezza, ovvero della scelta tra alternative possibili con risultati diversi e con altrettanti diversi gradi di probabilità.

⁽⁴²¹⁾ La criticità esposta nel testo risulta ben compendiata nel pensiero di R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, cit., p. 249, secondo il quale il paradigma nomologico-deduttivo diviene tanto più inutilizzabile quanto più ci si allontani dai settori nei quali dominano teorie scientifiche ampiamente confermate o si pervenga all'analisi di contesti fenomenici cui sia addirittura estranea l'elaborazione scientifica, come l'ambito dell'umano. In questo senso, dunque, non possono essere utilizzate in chiave deduttiva, ad esempio, le massime d'esperienza, costituendo esse tutt'altro che leggi deterministiche. Tale modello viene quindi ritenuto insufficiente a governare, *da solo*, il *complesso* contesto dell'accertamento processuale, che si trova di fronte le manifestazioni più varie della realtà; accade infatti frequentemente che nel giudizio si debbano utilizzare leggi statistiche ampiamente diffuse nell'ambito delle scienze naturali, talvolta dotate di coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista; nonché generalizzazioni empiriche del senso comune e rilevazioni epidemiologiche.

L'induzione, infatti, definisce qualcosa che prima era del tutto indefinito e nemmeno implicitamente assunto ⁽⁴²²⁾. In questo senso, la situazione può essere considerata binaria, in quanto «le possibili alternative sono due, l'esserci e il non esserci, ma niente affatto simmetriche come il sì/no, +/-, alto/basso, vero/falso e così via della logica che vale per la deduzione» ⁽⁴²³⁾.

Questa relazione di supporto o probabilità induttiva costituisce il concetto centrale delle teorie logiche della probabilità.

Infatti, sebbene la base osservativa del modello in esame risulti essere costituita dall'annotazione della ripetizione di eventi nella prospettiva dell'individuazione di regolarità statistiche o universali ⁽⁴²⁴⁾, la netta bivalenza tra vero e falso è da intendersi come caso limite all'interno del quale l'evento, l'enunciato e anche i predicati d'una proposizione interna del ragionamento si muovono. Pertanto, la forza induttiva di un ragionamento è una questione materiale e *di gradi*: le premesse di un'inferenza induttiva trasmettono alla conclusione qualche livello di probabilità. Questi livelli possono variare indefinitamente tra lo 0 (nessuna probabilità) e l'1 (verità). Ovviamente, se le premesse non sono vere, non trasmettono la minima probabilità; ma anche quando l'inferenza è fondata, un'induzione può risultare debole, in quanto, o le osservazioni su cui è basata sono poco pertinenti alla conclusione, o costituiscono un campione statisticamente poco rilevante ⁽⁴²⁵⁾.

⁽⁴²²⁾ G. FIORENTINO, *I diversi volti della logica*, in *Strumenti critici*, 2008, p. 439, per cui, per ciò che si induce, il non esserci, è la regola, così prevalente che solo l'esserci dell'induzione è significativo.

⁽⁴²³⁾ Così G. FIORENTINO, *op. e loc. ult. cit.* Il fondamento logico dell'induzione muove dall'idea per cui un enunciato è induttivamente valido se, compiute un numero sufficiente di osservazioni "coerenti" su stati di cose particolari, le rilevazioni ottenute possono poi tradursi in generalizzazioni (leggi o teorie) o predizioni, da cui è possibile derivare enunciati particolari. V., sul punto, D. GILLIES, G. GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Bari, 2005, p. 5 ss. Il tratto saliente, in chiave relazionale, di tale tipo di spiegazione è che la sussunzione dell'*explanandum* sotto le leggi di copertura si fonda non su un'implicazione deduttiva, ma su una relazione di supporto induttivo tra l'*explanans* e l'*explanandum*. Naturalmente, l'*explanans* di una spiegazione conferisce all'*explanandum* una probabilità induttiva più o meno alta. In proposito, si veda R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo*, cit., p. 1191 ss.

⁽⁴²⁴⁾ V. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 359, il quale in proposito discorre di «induzione per enumerazione».

⁽⁴²⁵⁾ V., in proposito, I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, cit., p. 40, ove si sostiene che «gli argomenti induttivi, perciò non possono essere "validi" o "invalidi" nel senso

In altri termini, nell'induzione si ricava una regola sull'assunto che determinate regolarità osservate in un fenomeno continueranno a manifestarsi nella stessa forma anche in futuro. Pertanto, se la forza di un argomento induttivo dipende dalla cumolazione delle osservazioni effettuate, la probabilità di ottenere conclusioni "vere" dipende dalla quantità e qualità delle premesse. Ne deriva che la misura d'incertezza insita in una proposizione esplicativa di natura probabilistica non può non trasferirsi nelle conclusioni del procedimento inferenziale ⁽⁴²⁶⁾.

In ambito processuale e di riflesso a quanto sin qui esposto, si assume che la probabilità che le conclusioni su una data ipotesi di fatto siano "vere" è influenzata dalla qualità e/o quantità dei dati probatori. Nell'argomento induttivo si parla, infatti, di «forza» o di «debolezza» proprio con riferimento alle caratteristiche dei dati probatori disponibili per la conclusione ⁽⁴²⁷⁾, il cui contenuto informativo non può dirsi incluso integralmente nelle premesse.

In particolare, in sede di accertamento del nesso causale, il modello induttivo si palesa secondo lo schema della logica statistico-induttiva ⁽⁴²⁸⁾, che mostra una mera regolarità 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 soltanto in una certa percentuale di casi. In tal caso, dunque, le asserzioni che fungono da premesse della spiegazione causale, indicano quest'ultima solo come più o meno probabile ⁽⁴²⁹⁾.

in cui questi termini si applicano agli argomenti deduttivi. [...]. Così maggiore è la verosimiglianza, o la probabilità, che le sue premesse assegnano alla conclusione, maggiore è il valore di un argomento induttivo. Ma quella verosimiglianza, anche quando le premesse sono tutte vere, deve restare al di sotto della certezza». Si badi tuttavia che l'inferenza induttiva di cui si discute è quella che suole definirsi osservativa, in cui sia le premesse che le conclusioni ineriscono ad entità osservabili. Vi sono tuttavia delle inferenze induttive operate pur sempre nelle scienze empiriche che però concernono cause osservabili di fenomeni inosservabili: si parla, in proposito, di inferenze teoriche.

⁽⁴²⁶⁾ In particolare, mentre con il modello deduttivo, data una premessa vera è impossibile che le conclusioni siano false, con quello induttivo, invece, non è impossibile ma, semplicemente, improbabile che da delle premesse vere si giunga a delle conclusioni false.

⁽⁴²⁷⁾ V. A. BRUSCHI, *Metodologia delle scienze sociali*, Milano, 1999, p. 551.

⁽⁴²⁸⁾ L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, cit., p. 162 ss.

⁽⁴²⁹⁾ L. LOMBARDO, *op e loc. ult. cit.*

Sebbene al ragionamento induttivo può farsi riferimento anche nella prospettiva dell'analisi causale retrospettiva di un accadimento verificatosi e quindi della spiegazione di eventi singoli ⁽⁴³⁰⁾, anche rispetto al modello in esame, nella prospettiva sin qui esaminata, sono state mosse delle critiche che ne hanno minato, in parte, il fondamento ⁽⁴³¹⁾.

L'obiezione più rilevante, peraltro autorevolmente sostenuta, consiste nella possibile mancata spiegazione dell'errore che, sul piano processuale, è di solito determinato da un'errata interpretazione dei fatti, da uno sbaglio nelle informazioni o, piuttosto, dalla prova contraddittoria prodotta da una nuova osservazione ⁽⁴³²⁾. Ciò discende essenzialmente dall'utilizzazione delle leggi probabilistiche come premessa della spiegazione che, affermando che determinate classi di eventi si susseguono secondo un dato rapporto di proporzione tra loro, ossia secondo una regola di frequenza che pretende di avere valore *ad infinitum*, possono solo valere per descrivere le frequenze relative ai fenomeni di massa, ma nulla possono dire in ordine ad un singolo e concreto

⁽⁴³⁰⁾ R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 359. Ed è proprio nel suddetto senso che la Corte di legittimità evoca il concetto di induzione inteso come copiosa caratterizzazione del fatto storico da accertare nel suo concreto verificarsi (su tale diversa accezione del termine induzione si vedano le considerazioni contenute *infra* § 1.3).

⁽⁴³¹⁾ Si ritiene che l'induttivismo, oltre a non offrire un'idea del reale andamento dell'ideazione, presenta taluni vizi che possono essere sintetizzati nell'obiezione per cui tale teoria non fornisce un incentivo formale ad effettuare un'osservazione piuttosto che un'altra, essendo ben lontana da una teoria dell'incentivazione o della motivazione. Si veda, in proposito, R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo*, cit., p. 1194, ove ulteriormente si constata che «più spesso che del tutto rifiutate, le teorie vengono emendate; e una metodologia della rettifica (variante logica del *feedback* negativo) è qualcosa che dobbiamo aspettarci di trovare in ogni soddisfacente spiegazione formale del ragionamento scientifico. L'induttivismo non offre una spiegazione adeguata della possibilità dell'errore scientifico. L'errore non dipende di solito da un'errata interpretazione dei fatti». La teoria classica dell'induzione non rivela alcuna chiara comprensione della funzione critica della sperimentazione. Il ragionamento induttivo costituisce un processo semplice, chiaro e quasi banale: un ragionamento "logico" nel senso che può essere realizzato mediante una formula o uno schema meccanico; un ragionamento che è o può essere conclusivo soltanto se i fatti empirici, così come sono stabiliti, rappresentano solo e tutta la verità. Nello stesso senso si vedano le osservazioni di Popper, richiamato da D. GILLIES, G. GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, cit., p. 35. Altra fallacia classica del modello in esame è quella della generalizzazione impropria che consiste nel trarre conclusioni da un numero di casi troppo limitato per rendere plausibile l'inferenza. In questo senso si vedano F. PIRO, *Manuale di educazione al pensiero critico. Comprendere e argomentare*, Napoli, 2015, p. 160 e A. IACONA, *L'argomentazione*, Torino, 2010, p. 107 ss.

⁽⁴³²⁾ V. R. BLAIOTTA, *op. ult. cit.*, p. 359.

evento. Una legge probabilistica non esclude infatti alcun evento singolo in contratto con essa ⁽⁴³³⁾.

Le considerazioni che precedono sembrano quindi mostrare come anche la logica induttiva, così come quella deduttiva, nei termini innanzi descritti, siano destinate ad infrangersi, quantomeno nel loro autonomo operare, dinnanzi alla natura «troppo umana del processo inferenziale» ⁽⁴³⁴⁾, non essendo esse in grado né di produrre leggi (ma solo di trarne le conseguenze e di generalizzarle) né tantomeno di tracciare una storia coerente su un singolo caso, che riesca a incastrare «tutti gli indizi come pezzi di un puzzle» ⁽⁴³⁵⁾.

1.3. L'abduzione e la fluidità delle conclusioni in un necessario sguardo d'insieme

Il percorso inferenziale che caratterizza il modello abduttivo, quale unico paradigma logico in grado di produrre informazioni ⁽⁴³⁶⁾, si connota per il suo

⁽⁴³³⁾ L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, cit., p. 163, il quale aggiunge che da una legge statistico-frequentista può seguire in modo logicamente necessario solo una conclusione anch'essa statistico-frequentista, relativa cioè a sequenze più o meno numerose di eventi, essendo chiaro che ciò non può affatto costituire una spiegazione causale dell'evento singolo del passato.

⁽⁴³⁴⁾ V. C. CONTI, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 829.

⁽⁴³⁵⁾ F. PIRO, *Manuale di educazione al pensiero critico. Comprendere e argomentare*, cit., p. 58.

⁽⁴³⁶⁾ Già a partire dall'opera del filosofo statunitense Charles Sanders Peirce, che introdusse il concetto di abduzione svolgendo le prime ricerche sistematiche sulla natura del ragionamento abduttivo e sul suo ruolo nell'indagine scientifica, si parla di abduzione in due accezioni: *a)* con riferimento a un particolare genere di inferenze dotate di caratteristiche peculiari che le distinguerebbero sia dalle inferenze deduttive sia da quelle induttive, o almeno dalle forme tradizionalmente più discusse di inferenze induttive, seguendo il senso epistemico del ruolo delle prove che giustificano un'ipotesi abduttiva; *b)* con riferimento a procedure euristiche impiegate nella generazione, o scoperta, delle ipotesi scientifiche. Poiché in questa sede siamo interessati all'analisi delle forme di ragionamento coinvolte nella valutazione di ipotesi, ci occuperemo solo della prima accezione di abduzione, vale a dire delle inferenze abduttive. In proposito, si vedano G. TUZET, *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006, *passim*; G. MADDALENA, *Istinto razionale. Studi sulla semeiotica dell'uomo Peirce*, Torino, 2003, *passim*; E. FITTIPALDI, *Euristiche sociologico-giuridiche*, in *Soc. dir.*, 2003, p. 127 ss.; G. FORNERO, S. TASSARINI, *Le filosofie del Novecento*, cit., p. 325; G. CARCATERRA, *Indizi di norme*, in *Social. dir.*, 2002, p. 124 ss.; A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars. int.*, 2001, p. 319 ss.

dipinarsi dal risultato alla regola e da quest'ultima al caso: la direzione o derivazione si dà sempre tra enunciati particolari, nel senso che un enunciato afferma che *B* è razionale abduttivamente, se, dato un evento particolare *A*, è verosimile (o probabile) che si sia dato l'altro evento particolare *B* ⁽⁴³⁷⁾.

L'abduzione cerca quindi di risalire dai fatti alle loro cause, procedendo dal conseguente all'antecedente e implica un ragionare all'indietro: dall'esperienza all'ipotesi. Il punto cruciale del modello inferenziale in esame è, dunque, la formulazione di un'ipotesi, che è un tentativo di ricondurre l'evento alle sue cause sulla base di una qualche forma di regolarità nomologica.

Sul piano dell'accertamento giudiziario, il ragionamento abduttivo ha origine da un caso concreto e arriva per inferenza, attraverso l'applicazione di una regola generale, ad un altro fatto particolare. Tale metodologia presenta una struttura bifasica, ove la prima fase consta nell'enunciazione di tutte le possibili spiegazioni causali di un evento mentre la seconda si occupa della selezione dell'ipotesi ricostruttiva, si ritiene, più probabile ⁽⁴³⁸⁾.

L'abduzione è infatti comunemente definita come l'inferenza che conduce alla miglior spiegazione possibile (*abductive inference to the best explanation*) ⁽⁴³⁹⁾, partendo da un'osservazione empirica della realtà attraverso

⁽⁴³⁷⁾ Dunque, al fine di trovare una spiegazione di un fatto problematico, dobbiamo elaborare un'ipotesi o congettura da cui dedurre delle conseguenze, le quali, a loro volta, possano essere collaudate induttivamente, cioè sperimentalmente. Il primo passo è pertanto la formulazione di un'ipotesi esplicativa. Si procede poi, per via deduttiva, a trarre dall'ipotesi le previsioni dei risultati di determinati esperimenti. Si eseguono quindi gli esperimenti e si confrontano le previsioni con i risultati di essi. Dunque, all'inferenza come atto logico viene aggiunta una parte sperimentale comprendente l'attuazione delle condizioni sperimentali prestabilite e la notazione dei risultati. La logica si fonde così con la pratica osservativa e sperimentale. Al momento sperimentale segue poi il momento generalizzante, che si conclude con la validazione o l'invalidazione dell'ipotesi. Pertanto, se ad esempio un cane da guardia non ha abbaiato di notte e il suo padrone è stato trovato assassinato in casa l'indomani mattina, è abduttivamente razionale che il cane conoscesse l'assassino. Tuttavia, la conclusione di un'inferenza abduttiva può dirsi «buona» solo se tutte le spiegazioni alternative sono state scartate con buone ragioni: sul punto v. F. PIRO, *Manuale di educazione al pensiero critico. Comprendere e argomentare*, Napoli, 2015, p. 58.

⁽⁴³⁸⁾ E. FASSONE, *Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1104 ss.

⁽⁴³⁹⁾ Scrive E. FASSONE, *op. ult. cit.*, p. 1104, il «nesso causale percorso» all'indietro «è sempre frutto di un'opinabile selezione tra gli infiniti altri antecedenti astrattamente possibili. La scelta operata attraverso l'abduzione è la proposta di una regola che conduce ad una causa la quale, per economia di pensiero, viene individuata come l'antecedente più probabile dell'evento conosciuto». Nello stesso senso v. C. PIZZI, *Abduzione e serendipità nella*

la formulazione di un'ipotesi per spiegare il fenomeno osservato. Ragion per cui, l'abduzione, rispetto alla deduzione e all'induzione, rappresenta l'unico ragionamento che accresce la conoscenza dei fatti, che origina una nuova idea e che spesso consente di ricostruire la verità ⁽⁴⁴⁰⁾, pur non condividendo la

scienza e nel diritto, in *Cass. pen.*, 2005, p. 240, secondo cui «la verità è che l'abduzione non è la ricerca di una qualsiasi spiegazione di un evento anomalo, ma la ricerca della migliore spiegazione entro una rosa di spiegazioni possibili e alternative di uno stesso fenomeno. Peirce in alcuni scritti suggerisce che la migliore spiegazione è la spiegazione più economica (cioè, diremmo oggi, la più semplice e la più informativa). L'idea è seducente ma poco applicabile: in primo luogo non è ovvio che ci sia sempre una spiegazione classificabile come "la più semplice", e secondariamente la semplicità sembra avere carattere che potremmo dire "paradigmatico": è più semplice pensare che la terra stia ferma al centro dell'universo o che abbia un doppio movimento di rotazione e rivoluzione?». A tal proposito, posto che in sede di accertamento del nesso causale il peso della ricerca della migliore spiegazione possibile si intreccia con il tema del ruolo e della rilevanza (probatoria) delle ipotesi causali alternative il modello abduttivo, proprio con riferimento a queste ultime, assume la peculiare configurazione della abduzione serendipiana. Sul punto v. C. PIZZI, *op. e loc. ult. cit.*, ove si specifica che la scoperta è serendipiana quando «una o più delle ipotesi alternative viene esclusa in base ad elementi di informazione che non sono oggetto intenzionale di ricerca nell'ambito della procedura abduttiva». In proposito, l'A. riporta l'esempio del noto caso del "delitto con la penna a sfera", trovata completamente intatta nel cranio della presunta vittima. Una serie di esperimenti condotti dopo la condanna per omicidio del figlio della donna aveva evidenziato l'impossibilità dell'azione causale di un agente umano, in virtù del peculiare comportamento osservato della cannucchia dell'inchiostro, che comprometteva l'integrità della penna a sfera. Restava l'ipotesi, per quanto improbabile, di un rarissimo incidente domestico. Pertanto, la scoperta di un particolare comportamento della cannucchia dell'inchiostro, dovuta alla costruzione di quel particolare tipo di penna, era una scoperta serendipiana (perché non cercata) che scagionava chiaramente il figlio, nonostante questi avesse reso una confessione che era un'invenzione dovuta ad uno stato confusionale. Per quanto strano potesse sembrare all'inizio, la morte della donna era dunque dovuta a un incidente domestico (presumibilmente una caduta dovuta a malore) rarissimo ma non per questo impossibile. Sul punto si veda altresì D. WALTON, *Abductive Reasoning*, Tuscaloosa, 2004, p. 26, il quale descrive l'*abductive inference*, come l'inferenza che conduce alla miglior spiegazione possibile (*abductive inference to the best explanation*). L'A., nella specie, nell'affermare che la miglior spiegazione possibile è quella che abbraccia il maggior numero degli elementi fattuali e li contraddice il meno possibile, specifica, a sostegno di tale assunto, che la natura dell'abduzione sia quella di un argomento *defeasible*; un argomento cioè che può essere sconfitto da altri argomenti che nel caso concreto vengono ad essere più calzanti. Gli argomenti *defeasible* sono quelli che possono essere accettabili in un determinato momento, sebbene in futuro potrebbero essere sconfitti da altri: «Defeasible arguments are ones that can be acceptable at the moment even though in the future they may be open to defeat».

Per un'analisi, non prettamente giuridica, dell'abduzione serendipiana v. K. MERTON, E.G. BARBER, *The Travels and Adventures of Serendipity. A Study in Historical Semantics and the Sociology of Science*, Princeton, 1992, trad. it., *Viaggi e avventure della Serendipity. Saggio di semantica sociologica e sociologia della scienza*, Bologna, 2002; R.K. MERTON, S. FALLOCCO, *La serendipity nella ricerca sociale e politica: cercare una cosa e trovarne un'altra*, Roma, 2002; P. DRI, *Serendippo, come nasce una scoperta: la fortuna nella scienza*, Roma, 1994.

⁴⁴⁰ V. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 362, secondo cui ciò che caratterizza l'abduzione, rispetto alla deduzione e all'induzione, è il ruolo *critico* ed *informativo* attribuito ai fatti in rapporto alle generalizzazioni esplicative.

certezza della deduzione (che, poste delle premesse deriva necessariamente le conseguenze) e la *probabilità* dell'induzione (che, poste delle osservazioni, inferisce conseguenze probabili da esse) ⁽⁴⁴¹⁾.

Dato, infatti, il suo carattere ipotetico e la sua non derivazione da una regolarità nelle serie delle osservazioni, l'abduzione attesta ciò che è *plausibile* e non ciò che è probabile, sebbene possa essere controverso che i due termini rappresentino situazioni completamente diverse l'una dall'altra o se, al contrario, la plausibilità non sia un tipo speciale di probabilità ⁽⁴⁴²⁾.

È dunque causale ciò che è plausibile (ossia probabilmente logico, nel linguaggio della giurisprudenza di legittimità ⁽⁴⁴³⁾) e non ciò che nel caso concreto sia stato causale. Non a caso si sostiene che raramente la conclusione di un'abduzione sia di per sé giustificata, divenendolo, piuttosto, solo se articolata ad altre inferenze o confrontata con ipotesi rivali ⁽⁴⁴⁴⁾.

Al contempo, e forse più degli altri percorsi logici, è soggetto alla possibilità di errore, nella misura in cui l'ipotesi esplicativa è formulata con il pensiero associativo (che percepisce la regolarità nel manifestarsi di alcuni eventi) e con il pensiero analogico (che si fonda sulla somiglianza tra eventi e

⁽⁴⁴¹⁾ Evidenziano il carattere ibrido dell'abduzione G. BONIOLO, P. VIDALI, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 2003, p. 67. Definisce l'abduzione come «inferenza incerta» G. TUZET, *Ragionamento giuridico, prove e regole*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2011, p. 1066, pur ritenendola indispensabile in molti aspetti del ragionamento giuridico.

⁽⁴⁴²⁾ Nel contesto che stiamo esaminando, abbiamo infatti avuto modo di constatare come la probabilità finisca col prendere in considerazione un gruppo di proposizioni esclusive (e, sembra, esaustive), fornendo una serie di informazioni che si basano sul contenuto di partenza di ogni proposizione; la plausibilità, invece, assegna valore alle cose sulla base della base di un sostegno esterno ad ogni proposizione, anziché sulla scorta del contenuto della singola proposizione.

⁽⁴⁴³⁾ V. *infra*, Sezione II.

⁽⁴⁴⁴⁾ Si veda G. TUZET, *op. ult. cit.*, p. 1067. L'A. concepisce la ricostruzione dei fatti in un processo come un'inferenza "alla migliore spiegazione", con ciò intendendo fare riferimento a quella complessa attività inferenziale e valutativa con cui il decisore sceglie, fra le ipotesi in competizione, quella che meglio rende conto dei fatti alla luce del quadro probatorio e nel rispetto delle regole processuali.

conoscenze precedenti) ⁽⁴⁴⁵⁾, immanente essendo il rischio di percepire come non casuali eventi che invece sono casuali e viceversa ⁽⁴⁴⁶⁾

L'abduzione, pertanto, pur essendo l'unico tipo di inferenza che aumenta le cognizioni fattuali del giudice e quindi l'unico schema argomentativo sempre e davvero indispensabile per giungere all'enunciato finale, rappresenta lo strumento inferenziale dotato di minore necessità logica, e perciò di maggiore debolezza intrinseca ⁽⁴⁴⁷⁾. Se infatti il nesso causale "in avanti" può assumere carattere di cogenza ("se p, allora q; è p, dunque è q"), il nesso causale percorso all'indietro, secondo questa logica, è sempre frutto di un'opinabile selezione tra gli infiniti antecedenti astrattamente possibili ("è q, dunque è, verosimilmente, p; ma può essere anche p', p'', ecc...") ⁽⁴⁴⁸⁾.

Avendo dunque l'abduzione il pregio di generare ipotesi, che hanno però il difetto di rimanere tali, tale modello d'inferenza palesa più che mai il proprio *deficit* di autosufficienza ⁽⁴⁴⁹⁾; ciò proprio in relazione alla complessità del ragionamento del giudice, profondamente intessuto di elementi di volta in volta definibili secondo una o più forme logiche, oppure secondo schemi di qualificazione quasi logici o puramente topici, valutativi o retorici ⁽⁴⁵⁰⁾, in

⁽⁴⁴⁵⁾ V. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, p. 91 ss. secondo cui tale modalità conoscitiva richiede procedimenti di generalizzazione, di definizione analogica, di classificazione sedimentati in pratiche sociali e rimanda a passaggi argomentativi che poggiano su: a) codici indicali forti, tipici di certe scienze sperimentali, o di settori di esse istituzionalizzati e ben consolidati; b) codici indicali forti, tipici di saperi speciali e di tecniche classificatorie e identificatorie; c) repertori di sapere concernenti gli usi della vita quotidiana; d) semplice sapere comune concernente la logica e l'economia delle azioni umane. Sul rapporto tra abduzione e analogia v. C. CONTI, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, cit., D.A. SCHUM, *Species Of Abductive Reasoning In Fact Investigation In Law*, in *Cardozo Law Rev.*, 2001, p. 1645 ss.; S. BREWER, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, in *Harv. Law Rev.*, 1996, p. 925 ss.; D. HUNTER, *Reason Is Too Large: Analogy And Precedent In Law*, in *Emory L. J.*, 2001, p. 1197 ss.; W.R. HUHN, *Teaching Legal Analysis Using a Pluralistic Model of Law*, in *Gonz. Law Rev.*, 2000, p. 433 ss.; A. GOLANSKY, *Nascent Modernity In The Case Of Sherwood V. Walker. An Intertextual Proposition*, in *Willamette Law Rev.*, 1999, p. 315 ss.

⁽⁴⁴⁶⁾ C. CONTI, *op. ult. cit.*

⁽⁴⁴⁷⁾ E. FASSONE, *Qualche riflessione in tema di prova*, cit., p. 8.

⁽⁴⁴⁸⁾ E. FASSONE, *op. e loc. ult. cit.*

⁽⁴⁴⁹⁾ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 212.

⁽⁴⁵⁰⁾ Raramente il processo conosce casi in cui un conseguente sia derivabile univocamente da un solo antecedente, sicché all'epistemologia giudiziaria viene richiesto di compiere una scelta tra le diverse ipotesi ricostruttive. Non può essere, infatti, revocato in dubbio che gli impulsi retroduttivi che innervano il giudizio costituiscono il supporto necessario

necessario combinato tra loro, al fine di dotare la decisione finale di una adeguata solidità decisoria.

Tale ultima constatazione, sebbene mai oggetto di compiuta puntualizzazione da parte della giurisprudenza civile di legittimità, è stata invece oggetto di puntuale analisi da parte della giurisprudenza penale che, proprio riguardo al profilo dell'accertamento del nesso di causalità e in ossequio alle caratteristiche proprie dei modelli d'inferenza analizzati, ha sviluppato le seguenti coordinate metodologiche, peraltro perfettamente mutuabili dal giudice civile e che pertanto è necessario richiamare:

a) la considerazione, come utopistico, del metodo di indagine fondato su strumenti di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, cioè affidato esclusivamente alla forza esplicativa di leggi scientifiche universali o dotate di un coefficiente probabilistico prossimo ad uno. Tale modello viene ritenuto insufficiente a governare, da solo, il contesto processuale che, in quanto tale, si trova di fronte le manifestazioni più varie della realtà. Ciò proprio in ragione del fatto che, come già evidenziato, non è affatto infrequente utilizzare leggi statistiche ampiamente diffuse nell'ambito delle scienze naturali, talvolta dotate di coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista; nonché generalizzazioni empiriche del senso comune e rilevazioni epidemiologiche. E pur occorrendo una verifica particolarmente attenta sulla fondatezza delle generalizzazioni e sulla loro applicabilità nella fattispecie concreta, nulla esclude che, quando sia

per risalire dal *probans* noto al *probandum* ignoto. Il ragionamento probatorio si caratterizza per un ben più articolato compendio di fattori inferenziali: «dall'abduzione, che consente la formulazione di nuove ipotesi, alla contestazione dialettica delle ipotesi stesse, da passaggi deduttivi ad inferenze probabilistiche, dal ricorso alle nozioni del senso comune all'uso di prove scientifiche»: così M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 327 ss. In generale, sul tema della complessità del ragionamento probatorio v. altresì R. POLI, *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 515 ss.; J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, *passim*; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit., p. 1103 ss.; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, *passim*; M. TARUFFO, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, cit., 2002, spec. p. 235 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., *passim*; A. NAPPI, *Il controllo della Corte di cassazione sul ragionamento probatorio del giudice di merito*, in *Cass. pen.* 1998, p. 1262 ss.; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 1996, pp. 58 ss., 132 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1991, *passim*.

esclusa l'incidenza, nel caso specifico, di fattori interagenti in via alternativa, possa giungersi alla dimostrazione del nesso di condizionamento ⁽⁴⁵¹⁾;

b) la necessità di adottare modello dell'indagine causale di tipo ipotetico, che integra abduzione (l'ipotesi circa la spiegazione degli accadimenti) e l'induzione (intesa come concreta, copiosa caratterizzazione del fatto storico). Induzione e abduzione si intrecciano così dialetticamente in quanto l'induzione (il fatto) costituisce il banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa ⁽⁴⁵²⁾.

La prospettiva che emerge alla luce della già citata connessione tra i modelli esaminati è quella di un necessario rafforzamento delle generalizzazioni

⁽⁴⁵¹⁾ V., per tutte, 11 settembre 2002 n. 30328, cit.

⁽⁴⁵²⁾ V. Cass. pen. 13 dicembre 2010, n. 43786, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1712, con nota di R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*; in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 489, con nota di M. BARNI, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*. In particolare, in motivazione, si afferma che «Occorre un approccio critico: la teoria del caso concreto deve confrontarsi con i fatti, non solo per rinvenirvi i segni che vi si conformano ma anche e forse soprattutto per cercare elementi di critica, di crisi. Non può esservi conoscenza senza un siffatto maturo e rigoroso atteggiamento critico, senza un disinteressato impegno ad analizzare severamente le proprie congetture ed i fatti sui quali esse si basano. La spiegazione di un accadimento richiede sempre tale approccio dialettico che, tuttavia, non è semplice contesa verbale tra opinioni a confronto (che alimenta degenerazioni di tipo retorico) quanto piuttosto di contraddizioni all'interno dell'ipotesi esplicativa e soprattutto tra tale ipotesi ed alcuni fatti. La dialettica di cui si parla è dunque confronto tra l'ipotesi e i fatti; e tra le diverse ipotesi, alla ricerca della più accreditata alla luce delle concrete contingenze di ciascuna fattispecie. La congruenza dell'ipotesi non discende dalla sua coerenza formale o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dalla aderenza ai fatti espressi da una situazione data. In breve occorre rivolgersi ai fatti, ricercarli ed analizzarli con determinazione». In dottrina, nello stesso senso, v. R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 259. V. altresì le specificazioni contenute in Cass. pen. Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, cit., secondo cui il processo penale, passaggio cruciale ed obbligato della conoscenza giudiziale del fatto di reato, appare sorretto da ragionamenti probatori di tipo prevalentemente ragionamenti probatori di tipo prevalentemente inferenziale-induttivo «che partono dal fatto storico copiosamente caratterizzato nel suo concreto verificarsi (e dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva di esso secondo lo schema argomentativi dell'abduzione), rispetto ai quali i dati formativi e giustificativi della conclusione non sono contenuti per intero nelle premesse, dipendendo essi, a differenza dell'argomento deduttivo, da ulteriori elementi conoscitivi estranei alle premesse stesse». A questo rilievo le Sezioni Unite aggiungono che d'altra parte, lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo, che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale e di tutte le leggi pertinenti da parte del giudice, il quale ricorre invece, nella premessa minore del ragionamento, ad una serie di assunzioni tacite, presupponendo come presenti determinate condizioni iniziali e di contorno, spazialmente contigue e temporalmente continue, non conosciute o soltanto congettrate, sulla base delle quali, mantiene validità l'impiego della legge stessa. Nello stesso senso si vedano altresì Cass. pen. 27 marzo 2015, n. 13031; Cass. pen. 20 luglio 2012, n. 29695; Cass. pen. 15 marzo 2011, n. 10411; Cass. pen. 09 giugno 2009, n. 23813.

probabili con i segni fattuali del contesto processuale, onde poter verificare la loro capacità di spiegare e raccogliere in un costrutto coerente quegli stessi segni ⁽⁴⁵³⁾, al fine di fornire una ricostruzione del fatto dotata di un certo grado di probabilità. Pertanto, è proprio il descritto assetto strutturale del ragionamento del giudice ad introdurre, nel contesto del ragionamento probatorio, una questione altrettanto controversa e che riguarda strettamente il profilo metodologico dell'accertamento processuale del nesso eziologico alla luce della teoria della probabilità. Nozione, questa, ampiamente avallata, come abbiamo avuto modo di constatare ⁽⁴⁵⁴⁾, anche dalla giurisprudenza civile di legittimità e il cui utilizzo, nei termini che ora vedremo, sembra fugare ogni dubbio circa l'impiego delle coordinate metodologiche che devono guidare l'accertamento del nesso causale nel suo complesso dipanarsi tra i vari modelli d'inferenza fin ora descritti.

2. L'accertamento causale alla luce della logica della probabilità: i metodi di valutazione del grado di fondatezza delle spiegazioni causali

Il concetto di probabilità che viene in gioco in sede di accertamento del nesso causale, venendo frequentemente invocato quale chiave di volta del relativo giudizio, pone anzitutto una difficoltà di tipo definitorio. Ciò in ragione del fatto che, come avremo modo di constatare, il lessico delle sentenze in punto

⁽⁴⁵³⁾ R. BLAIOTTA, *op. ult. cit.*, p. 361.

⁽⁴⁵⁴⁾ V. *supra*, Sezione I.

di probabilità sembra essere tratto, senza troppe mediazioni, da ponderose opere di epistemologia ⁽⁴⁵⁵⁾, non solo giuridica ⁽⁴⁵⁶⁾.

⁽⁴⁵⁵⁾ Come osserva G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2005, p. 13, in tema di causalità, «una certa terminologia specialistica – se non proprio “esoterica” – tipica dell’epistemologia neopositivista, poco accessibile al senso comune» ha finito «col trasmigrare dagli studi di taglio accademico nelle motivazioni delle stesse sentenze». Nello senso si veda A. DI LANDRO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza “Franzese”? Due nuovi esempi di causalità more iuridico dimostrata*, in *Foro it.*, 2006, c. 623.

⁽⁴⁵⁶⁾ Il concetto di probabilità, di cui spesso se ne fa uso in senso meramente intuitivo, è stato fatto oggetto di studio, quantomeno in termini di “proprietà formali” soddisfatte da tale concetto, attorno alla metà del Seicento ad opera di alcuni matematici che hanno fortemente contribuito alla formazione di una vera e propria teoria della probabilità. In particolare, il probabilismo matematico elabora una prima nozione di probabilità quale rapporto tra il numero dei casi favorevoli all’evento e quello dei casi possibili purché tutti equiprobabili (ossia in diretta proporzionalità con il numero dei casi favorevoli ed inversa proporzionalità con quello dei possibili). Tale modo di intendere il concetto di probabilità è tradizionalmente attribuito a P.S. LAPLACE, *Saggio sulle probabilità*, Bari, 1951, *passim*, e riassume le riflessioni, tra gli altri, di Pacioli e Tartaglia, indi, nel '600 e '700, di Galileo, Fermat, Pascal, Bernoulli, Huygens e Leibniz. In linea generale, assai frequentemente nelle scienze analitiche si rinveniva un’accezione oggettiva della probabilità, considerata come una mera caratteristica ontologica di tutti fenomeni reale ed esprimibile come calcolo della frequenza dell’accadere (sul punto v. I. GOLDMAN, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, London, 1986, p. 312 ss.; C.R. CALLEN, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory*, in *Ind. Law Journal*, 1982, p. 3. Nondimeno, in pieno ‘800, sulla scorta dell’esigenza di spiegare i fenomeni in chiave anti-deterministica, si palesò l’insufficienza di tale concezione nella spiegazione di fenomeni complessi, quali quelli verificabili *ex post* (v. M. DAPOR, M. ROPELE, *Elaborazione dei dati sperimentali*, Milano, 2005, p. 67) e si suggerisce di collegare la probabilità alla frequenza, definendo la prima sulla scorta della nota legge dei grandi numeri (v., sul punto, S. HOLZER, *Probabilità elementare*, Trieste, 2017, p. 111). Tuttavia, anche tale approccio fu messo in crisi dalla necessità di dover spiegare tutti gli eventi estemporanei e non ripetibili. Si ritenne così di dover ricorrere ad una nozione soggettiva di probabilità, intendendo la probabilità di un esito «il prezzo che un individuo ritenga equo pagare per ricevere 1, se l’evento si verifica, 0 se l’evento non si verifica»: così B. DE FINETTI, *Fondamenti logici del ragionamento probabilistico*, in *Boll. un. mat. it.*, Bologna, 1930, il quale prosegue affermando che «il calcolo delle probabilità è la logica del probabile. Come la logica formale insegna a dedurre la verità o falsità di certe conseguenze dalla verità o falsità di certe premesse, così il calcolo delle probabilità insegna a dedurre la maggiore o minore verosimiglianza o probabilità di certe conseguenze dalla maggiore o minore verosimiglianza o probabilità di certe premesse. Per chi attribuisca alla probabilità un significato obbiettivo, il calcolo delle probabilità dovrebbe avere un significato obiettivo, i suoi teoremi esprimere delle proprietà che nel campo del reale risultano soddisfatte. Ma è inutile fare simili ipotesi. Basta limitarsi alla concezione soggettiva, considerare cioè la probabilità come grado di fiducia sentito da un dato individuo nell’avverarsi di un dato evento, e si può dimostrare che i noti teoremi del calcolo delle probabilità sono condizioni necessarie e sufficienti perché le opinioni di un dato individuo non siano intrinsecamente contraddittorie e incoerenti». Altre furono le proposte definitorie in chiave soggettiva del concetto di probabilità che, sempre nell’intento di spiegare i “casi unici”, concepirono la probabilità di un esito come la relazione logica di esso con le conoscenze date per certe in un dato momento (per utili riferimenti si rimanda a S. HOLZER, *op. e loc. ult. cit.*).

In linea di prima approssimazione si può anzitutto constatare che la probabilità come metodo di giudizio e, quindi, giuridicamente rilevante, suole tradizionalmente essere connotata in termini meramente negativi, definendosi probabile ciò che non è falso ma che al contempo non può dirsi certamente vero ⁽⁴⁵⁷⁾.

Tuttavia, arrestarsi ad una concezione negativa del concetto in esame non permetterebbe di analizzare razionalmente i complessi problemi che si pongono in sede di accertamento fattuale, nella specie, causale. Ma, d'altro canto, non è neanche possibile in questa sede estremizzare il profilo teorico del concetto in esame attraverso l'analisi delle molteplici teorie della probabilità che sono state fornite nel corso del tempo nei vari campi del sapere ⁽⁴⁵⁸⁾.

A ben vedere, le coordinate attraverso cui confinare l'analisi del ruolo del concetto di probabilità nel contesto processuale sono fornite dalla stessa giurisprudenza di legittimità che, come già specificato ⁽⁴⁵⁹⁾, afferma, in maniera pressoché stereotipata, che lo *standard* di "certezza probabilistica" vigente 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) ⁽⁴⁶⁰⁾».

A fronte di quanto sostenuto dall'unanime giurisprudenza di legittimità, è tuttavia necessario precisare che i concetti di probabilità quantitativa e di

⁽⁴⁵⁷⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 167. Si veda altresì la concezione del termine probabilità fornita da S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Milano, 2003, p. 47, il quale la intende come rapporto fra il numero dei casi favorevoli e il numero dei casi possibili, *alla condizione che essi siano tutti egualmente possibili*.

⁽⁴⁵⁸⁾ Cfr. M. TARUFFO, *op e loc. ult cit.*

⁽⁴⁵⁹⁾ V. *supra* Sezione I.

⁽⁴⁶⁰⁾ In questa direzione v. per tutte, Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, nn. 577, 578, 581, 582 e 584, cit.

probabilità logica sono ben più ampi e complessi rispetto a quelli che si evincono dalla massima innanzi riportata. Ed è pertanto necessario analizzarne i connotati essenziali onde poterne comprendere la funzionalizzazione al contesto giudiziario.

2.1. La probabilità statistica e la probabilità logica

Il termine probabilità statistica o quantitativa, per quel che interessa ai nostri fini, compendia almeno due diverse nozioni ⁽⁴⁶¹⁾.

Secondo una prima concezione, la probabilità in esame afferisce al grado di conferma che l'enunciato fattuale ottiene sulla base dei dati statistico-probabilistici raccolti con metodo scientifico. Il suo carattere fondamentale è quello di ricercare la determinazione quantitativa delle frequenze relative di classi di eventi, sulla scorta delle rilevazioni del valore della frequenza relativa ad un dato accadimento ⁽⁴⁶²⁾.

Secondo altra e diversa concezione, la probabilità quantitativa è intesa come strumento volto a razionalizzare il convincimento del giudice intorno all'attendibilità o meno dell'ipotesi sul fatto attraverso un calcolo che dovrebbe fornire il grado al quale è razionale ritenere che la proposizione che lo asserisce sia vera ⁽⁴⁶³⁾.

Le due nozioni si intersecano nella misura in cui il convincimento del giudice in termini di grado (quantitativo) di probabilità si determina attraverso un calcolo che ricomprende sia il grado soggettivo di adesione ad una data

⁽⁴⁶¹⁾ Deve a tal proposito specificarsi che, spesse volte, si fa riferimento alla probabilità quantitativa anche in termini di probabilità pascaliana, così battezzata da Cohen in richiamo a Pascal, a cui va il merito di aver superato le ambizioni di certezza della gnoseologia. Sulle origini di questa concezione v. L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 3 ss.

⁽⁴⁶²⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 196 ss.; ID., *La prova del nesso causale*, cit., p. 111 ss.

⁽⁴⁶³⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 196 ss.

ipotesi, sia il grado di attendibilità fornito dalla frequenza relativa degli eventi della classe in cui rientra il fatto da accertare ⁽⁴⁶⁴⁾.

Tale aspetto emerge chiaramente nella esemplificazione più nota della concezione quantitativa della probabilità, quella del c.d. teorema di Bayes ⁽⁴⁶⁵⁾.

In particolare, e in termini necessariamente semplificati, quest'ultimo permetterebbe di stabilire la variazione della probabilità di un enunciato, di cui si conosce la probabilità iniziale (o *a priori*) dovuta all'introduzione di un'informazione (nella specie, di una prova) nel contesto processuale di riferimento. In tal modo si giunge a individuare un risultato numerico che rappresenterebbe il grado di probabilità *a posteriori* dell'enunciato in questione ⁽⁴⁶⁶⁾.

⁽⁴⁶⁴⁾ M. TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽⁴⁶⁵⁾ In particolare, sul teorema di Bayes come criterio di valutazione di prove scientifiche a struttura probabilistica v. A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.* 2004, p. 1808 ss.; P. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, cit., p. 298 ss.; ID., *Probabilità e prova in un'ottica operativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, p. 998 ss. Per i significativi contributi della dottrina di *common law*, specie quella nord-americana, e della dottrina svedese al dibattito insorto verso la metà degli anni '80 sugli usi e i limiti del *bayesianesimo* nel ragionamento probatorio, v. AA.VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove*, Milano, 2003, *passim*; G. SHAFER, *La costruzione degli argomenti probabilistici*, in P. Tillers, E.D. Green (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, Milano, 2003, p. 275 ss.; A. GOLDMAN, *Epistemology and Cognition*, in *M.I.T. Press*, Cambridge-London, 1986, p. 312 ss.; C.R. CALLEN, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, in *Ind. Law Journal*, 1982, p. 3.

⁽⁴⁶⁶⁾ Una prima esemplificazione del metodo di calcolo in esame, fornita dalla dottrina civilistica, è rinvenibile in M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 171, per cui a fronte della necessità di valutare l'attendibilità dell'ipotesi sul fatto X, è necessario stabilire la probabile frequenza di X in una classe determinata di eventi considerando la distribuzione degli X in quella classe. Ebbene, il teorema di Bayes permette di attribuire a questa frequenza probabile un valore numerico frazionato compreso nell'intervallo $0 \rightarrow 1$ per indicare gli estremi entro i quali graduare questa credenza, dove 0 corrisponde alla totale mancanza di fiducia nell'ipotesi X, e 1 all'irraggiungibile certezza della sua verità. Un'esemplificazione (più articolata) del teorema è invece rinvenibile in A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in G. Ubertis (a cura di), *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1809 ss., ove, si prende in considerazione il caso in cui il soggetto giudicante di un processo penale crede che l'ipotesi accusatoria H («Tizio ha ucciso Caio con un coltello») sia vera, sulla base di un determinato numero di risultanze probatorie $E_{1,2,n}$. L'abduzione di H è seguita dalla deduzione di tutte le possibili conseguenze di H, da ricercare sulla scena del delitto. Sicché, dato per vero che Tizio abbia ucciso Caio con un coltello, si *deduce* che Tizio potrebbe aver lasciato con un'elevata probabilità le sue impronte digitali sull'arma del delitto. Sia E_1 la prova da cui emerge la presenza delle impronte digitali di Tizio sull'arma del delitto, così come accertato in sede di istruttoria. Ci si chieda con quale probabilità soggettiva ci si aspetterebbe di osservare E_1 , data H per vera, e, successivamente, con quale probabilità ci si aspetterebbe di osservare E_1 data H per falsa ($\neg H$, da leggersi 'non H'). Se il grado di probabilità soggettiva di osservare E_1 data H per vera è pressoché identico a quello riscontrabile in caso di

verità di $\neg H$, allora E_1 è *irrilevante* ai fini della decisione. Invero, è riconosciuto valore pienamente probatorio a un'evidenza E_1 solo quando essa riesca ad avvalorare H , indebolendo $\neg H$, o viceversa. Se la *probabilità statistica* di osservare E_1 in caso di verità dell'ipotesi di accusa H [più semplicemente: $P(E_1|H)$] è superiore rispetto alla *probabilità statistica* di osservarla in caso di $\neg H$ [cioè $P(E_1|\neg H)$], allora E_1 avvalorata l'ipotesi accusatoria. Pertanto, seguendo il ragionamento *bayesiano*, si ha una maggiore credenza in H sulla base della singola prova E_1 soltanto se $P(E_1|H) > P(E_1|\neg H)$: il rapporto tra $P(E_1|H)$ e $P(E_1|\neg H)$ indica il grado di verosimiglianza di H rispetto ad E , anche noto come “quoziente di verosimiglianza” di H o “rapporto di Bayes” (v., in proposito, F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 57; P. GARBOLINO, *Introduzione*, in P. Gärdenfors, B. Hansson, N.E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit., XV; A. MURA, *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, cit., p. 1812). Più specificamente, la verosimiglianza dell'ipotesi risulta direttamente proporzionale al “rapporto di Bayes”, che diviene indice su cui fondare e quantificare la credenza in un'ipotesi alla luce di una prova. Al crescere del quoziente di verosimiglianza, cresce la probabilità di H , ove il valore pari ad 1 costituisce la soglia superata la quale l'ipotesi H è più probabile del suo contrario $\neg H$. Mentre, nel caso di prova irrilevante, il coefficiente all'esito del rapporto risulta pari a 1 per l'equiprobabilità di $P(E_1|H)$ e $P(E_1|\neg H)$, e un'evidenza che non sia statisticamente conforme a H , genera un coefficiente minore di 1 suffragando $\neg H$, essendo il numeratore inferiore al denominatore (cfr. P. GARBOLINO, *op. e loc. ult. cit.*). In termini generali, dunque, la conclusione desiderata si ottiene da un calcolo matematico (deduttivo), che è esso stesso una conseguenza deduttiva delle regole del calcolo matematico delle probabilità.

Sulla scorta della rassegna effettuata da E.M. CATALANO, *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 132 ss., e a cui si rimanda per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, si può rilevare come nel processo penale italiano il teorema di Bayes è stato adottato sporadicamente non al fine fisiologico di valutare l'impatto sulla pregressa probabilità di colpevolezza prodotto da ciascuna delle prove via via introdotte, ma al fine minore di esprimere il grado di attendibilità di singoli elementi di prova. Nell'ambito della esecuzione di una perizia fonica la metodologia *bayesiana* è stata utilizzata dal perito di ufficio al fine di pervenire a un valore medio di probabilità di esatta identificazione della voce, attraverso l'elaborazione statistica dei risultati dei metodi comunemente adottati in materia. Per un'applicazione del teorema di Bayes in tempi relativamente recenti si veda la sentenza del 18 Giugno 2015 del G.I.P. del Tribunale di Milano (rinvenibile in www.dirittopenalecontemporaneo.com, con nota di J. DELLA TORRE, *Il teorema di Bayes fa capolino al tribunale di Milano*) riguarda un tentativo di rapina compiuto da due malviventi che indossando caschi e guanti si introducevano nei locali di un supermercato. Uno di questi colpiva una guardia giurata la quale, reagendo contro l'aggressore, cercava di sventare il furto. I due rapinatori, vedendo ormai fallito ogni tentativo di successo dell'operazione, si davano alla fuga a bordo di uno scooter rubato che veniva poi ritrovato qualche giorno dopo. Il presunto colpevole è stato individuato ed indagato in quanto le sue impronte digitali furono ritrovate sul motociclo e per questo gli venivano contestati il tentativo di rapina e, in concorso con persona non identificata, i reati di lesione personale a danno della guardia giurata, detenzione illegale, trasporto di armi in pubblico e ricettazione. Nel caso di specie il giudice ha fatto uso del *bayanesimo* giuridico per escludere che l'impronta dattiloscopica, quand'anche sicuramente lasciata dal colpevole e verificata con un errore inferiore al 99.9%, sia in sé sufficiente per suffragare una sentenza di condanna. Ciò, in quanto tale dato deve essere inserito all'interno di una logica combinatoria di tipo *bayesiano*, nella quale $P(H|E)$ è data dal raffronto di tutte le risultanze disponibili e, ove queste individuino un quoziente di verosimiglianza inferiore a 1 (screditando l'ipotesi accusatoria), il dato potrebbe non raggiungere nemmeno lontanamente la soglia critica del ragionevole dubbio, comunque la si intenda determinare. Nel caso di specie, partendo da una probabilità iniziale di colpevolezza pari a 0,1 % sulla base delle altre risultanze istruttorie, la prova scientifica con un margine di attendibilità pari a 99,9% offre una probabilità di colpevolezza pari soltanto al 50%.

Trattasi di una concezione che tuttavia non pare idonea a fornire un metodo effettivamente in grado di razionalizzare il ragionamento probatorio che il giudice pone in essere nel processo. In *primis* perché, per poter compiutamente applicare i criteri del c.d. teorema di Bayes occorrerebbe disporre sempre di quantificazioni numeriche sulle cui basi svolgere il relativo calcolo, come, d'altro canto, in qualunque altra operazione matematica; ma è assai raro che nel processo possano essere utilizzati dati statisticamente controllati cui fare riferimento onde poter stabilire la probabilità *a priori*, essenziale ai fini del calcolo proprio del teorema di Bayes ⁽⁴⁶⁷⁾.

D'altro canto, se solo si pensa che le stesse massime di esperienza, frequentemente e diffusamente utilizzate nel processo come regole d'inferenza, sono raramente esprimibili attraverso rigorosi dati statistici, è chiaro che l'assenza di dati quantitativi di partenza è praticamente sempre inemendabile ⁽⁴⁶⁸⁾.

Il secondo aspetto problematico dell'applicazione del teorema di Bayes al ragionamento probatorio è rappresentato dalla difficoltà di dare conto di come andrebbe risolto un problema che ricorre normalmente nel processo, e che sorge

Nel processo civile è stato attribuito un ruolo più incisivo alla metodologia *bayesiana* negli accertamenti di paternità naturale. «L'equazione di Essen-Möller, basata sul teorema di Bayes, costituisce la formula più usata in genetica forense per stabilire la probabilità di paternità calcolata in funzione della distribuzione della frequenza dei marcatori genetici sia nella popolazione di riferimento sia nella coppia madre-figlio. L'equazione di Essen-Möller, nel rielaborare su base statistica i risultati della prova immunogenetica, assume convenzionalmente quale probabilità *a priori* di paternità il valore 0,5. La giurisprudenza civile, nel rimarcare l'affidabilità del metodo, sottolinea la necessità di elementi sussidiari di riscontro che corroborino l'attribuzione di paternità. La trasposizione nel processo penale di questa metodologia – suscettibile di assumere efficacia dimostrativa rispetto ai reati di violenza sessuale – si scontra contro il tradizionale ostacolo, difficilmente aggirabile, costituito dal rapporto di sofferenza tra la assegnazione di un valore *a priori* alla probabilità di paternità (e quindi di colpevolezza) e la cornice costituzionale del processo penale» (v. E.M. CATALANO, *op. e loc. ult. cit.*).

⁽⁴⁶⁷⁾ V., per tutti, C.R. Callen, *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law*, in *Ind. Law Journal*, 1982, p. 4, il quale, efficacemente, aggiunge che una precisa e coerente applicazione del teorema obbliga ad escludere dal calcolo *bayesiano prior probabilities* non fondate su basi oggettive, poiché non avrebbe senso alcuno architettare una struttura logica con componenti e linguaggi matematici, se poi il calcolo consequenziale non è fondato su basi quantitativamente affidabili.

⁽⁴⁶⁸⁾ Sulla nozione di massima d'esperienza v. *supra* nota 425.

tutte le volte in cui si tratta di valutare congiuntamente l'esito dei diversi elementi di prova ⁽⁴⁶⁹⁾.

Di tutti i limiti dell'impianto *bayesiano*, il ricorso ai dati statistici è forse quello che più di tutti merita di essere evidenziato, in quanto esso consente di sgomberare il campo dall'errata considerazione per cui la probabilità quantitativa, nella formula delle frequenze statistiche, non assume alcun ruolo nell'ambito del ragionamento probatorio. Quanto detto in precedenza, infatti, non implica né tantomeno comporta che il ricorso alla prova statistica rimanga

⁽⁴⁶⁹⁾ M. TARUFFO, voce *Verità processuale*, in *Enc. it.*, 2015.

appannaggio solo dei *bayesiani* o dei fautori di altri metodi quantitativi ⁽⁴⁷⁰⁾, poiché essa può comunque mostrare una qualche utilità processuale ⁽⁴⁷¹⁾

A tal proposito, abbiamo già avuto modo di osservare, anche mediante la disamina della casistica giurisprudenziale ⁽⁴⁷²⁾ che, se la prova statistica cerca di imporre una tendenziale uniformità osservata in precedenza a eventi nuovi e non ricompresi nel calcolo frequenziale che la caratterizza, essa verosimilmente

⁽⁴⁷⁰⁾ Nella misura in cui l'esperienza *bayesiana* non esaurisce lo spettro degli approcci matematico-statistici al giudizio, altre teorie hanno tentato di applicare il calcolo della probabilità alla valutazione delle prove. Tra queste, una delle più complesse e conosciute è la versione non ortodossa dell'impostazione classica *bayesiana*, nota come *Evidentiary Value Model* (EVM), sviluppatasi autonomamente in Svezia al fine di risolvere i dubbi sollevati dalla codificazione del concetto di libero e razionale convincimento del giudice. Sul punto v. P. GÄRDENFORS, B. HANSSON, N.E. SAHLIN, in *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit. Della concezione *bayesiana* il modello svedese conserva l'idea che la credenza in un'ipotesi *H* sia quantificabile e che il teorema di Bayes rappresenti il modello base per il calcolo del peso probatorio di una singola evidenza. Tuttavia, escludendo che la formazione di una credenza si sostanzi in una mera determinazione statistica della probabilità di osservare *H* alla luce di *E*, l'EVM propone di definire il giudizio come valutazione della "relazione probatoria" tra l'ipotesi accusatoria e il compendio probatorio acquisito. In altri termini, al giudice non interessa principalmente stabilire la verità del *factum probandum*, «quanto stabilire che esista un'appropriata "relazione probatoria" fra *probandum* e *probans*, poiché anche un alto grado di credenza nella verità di una proposizione accusatoria "al di là di ogni ragionevole dubbio", ha valore giudiziario solo se è stabilito sulla base di una "appropriata" relazione probatoria» che la giustifica. Ne deriva la necessità di indirizzare la ricerca giudiziale anche sulla presenza, o possibile presenza, di una connessione causale o logica fra la prova ed il tema. In questo senso, valutare la prova significherebbe stimare la probabilità che la singola prova di volta in volta acquisita "dimostrì" l'ipotesi. Come noto, l'attendibilità delle misurazioni scientifiche rappresenta un dato imprescindibile di qualsiasi ricerca. Se l'apparato di misurazione «funziona bene, allora la lettura dell'apparato dà il valore corretto, ma, se non funziona bene allora la lettura dell'apparato appare inattendibile» (così A.N.S. FREELING, N.E. SAHLIN, *La combinazione delle prove*, in P. Gärdenfors, B. Hansson, N.E. Sahlin (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, cit., p. 59 ss.). Allo stesso modo una testimonianza, ad esempio, assume un certo valore nella misura in cui riteniamo che il testimone sia realmente sincero e informato sui fatti su cui è chiamato a deporre, ma anche che ricordi sufficientemente bene quanto richiesto. Questa connessione è quantificata in termini di *relazione probatoria*, che è pari a zero ove si ha motivo di ritenere che la testimonianza che avvalorà *H* sia completamente inattendibile ed è pari ad 1 ove si ritenga che sia, invece, attendibile. Il *punctum puriens* consiste nell'impossibilità di quantificare con precisione il fattore elementare con il quale tutta la teoria opera, vale a dire l'*evidentiary value* di partenza di ogni singola evidenza probatoria. La realtà nella quale il giudizio opera è connotata da incertezza non solo sul *factum probandum*, ma anche sul suo rapporto con il *factum probans*. A questo punto, occorre domandarsi quale senso avrebbe l'efficace analogia tra la prova e lo strumento di misura se ciò che la teoria del valore probatorio intende misurare è solo sommariamente valutabile. Come nel caso della dottrina *bayesiana*, ci si trova dinnanzi ad una formulazione che ha il pregio teorico di spiegare il complesso fenomeno della ponderazione della decisione alla luce del valore delle nuove prove, senza però fornire strumenti per valutarlo (v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 184).

⁽⁴⁷¹⁾ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 196 ss.

⁽⁴⁷²⁾ V. *supra* Sezione I.

rientra nel patrimonio di conoscenze del giudice per l'accertamento del nesso causale.

Ciononostante, abbiamo anche avuto modo di constatare come il grado di fondatezza dell'ipotesi fattuale che è necessario accertare non può mai coincidere con la frequenza con cui il tipo di evento che si intende provare si osserva in una classe data ⁽⁴⁷³⁾, dovendo il giudice accertare una relazione che riguarda un singolo caso e non un insieme di casi ⁽⁴⁷⁴⁾.

In quest'ordine di idee, la probabilità quantitativa di una legge statistica, laddove presente, non può che assurgere a possibile componente di quella che la Corte di legittimità definisce come probabilità logica e che si risolve in un'affermazione di credibilità razionale (in un senso o nell'altro) del risultato (complessivo) dell'operazione logica compiuta dal giudice.

Nella specie, tra i criteri che possono essere seguiti per individuare il percorso logico del ragionamento probatorio del giudice, appare particolarmente utile quello che si riferisce alla connessione tra le prove, che si assumono come premesse, e la conclusione fattuale che ne consegue ⁽⁴⁷⁵⁾. Il rapporto tra ipotesi

⁽⁴⁷³⁾ Conoscere l'esatta frequenza di un certo evento entro una classe, a meno che sia pari al 100% o un valore ad esso approssimabile, risulta sostanzialmente inconcludente, per lo meno sul piano probatorio e motivazionale. «Perché un giudice in una serie di circostanze che probabilmente non si ripeterà mai, dovrebbe basare le proprie conclusioni relative al merito del procedimento su ciò che egli ritiene un bilancio delle probabilità» relative a casi precedenti solo simili?»: così, efficacemente, R. EGGLESTON, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Milano, 2004, p. 45.

⁽⁴⁷⁴⁾ La giustificazione di una credenza razionale posta alla base della motivazione non può mai tradursi in una mera individuazione della legge causale in grado di spiegare il maggior numero di ipotesi simili. Per questo motivo, ad esempio, anche il dato statistico su cui si basa il *bayanesimo* deve essere integrato, transustanziato ed eventualmente smentito dalle peculiarità del caso concreto, la cui forza probatoria non sembra allo stato quantificabile numericamente.

⁽⁴⁷⁵⁾ Sulle origini del concetto di probabilità logica si vedano M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 200 ss.; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., p. 57 ss.; ID., *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, cit., p. 163 ss.; C. BESSO, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, cit. Più di recente si veda altresì A. FORZA, R. RUMIATI, G. MENEGON, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, *passim*. Giova specificare che i campi di applicazione della nozione di probabilità in esame sono stati essenzialmente due: il primo attiene al problema della giustificazione dell'induzione, e quindi alle condizioni in presenza delle quali può ritenersi fondata un'asserzione di carattere generale o quasi generale di natura non assiomatica; il secondo, che è quello che in questa sede maggiormente interessa, concerne il problema della fondatezza di ipotesi su eventi particolari e specifici in relazione agli elementi di prova disponibili. In proposito v. M. TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*

fattuale ed elementi di prova che ne confermano, *in vario grado*, l'attendibilità, rappresenta tradizionalmente il modo di ricostruire la forma del ragionamento posto a base della prova dei fatti giuridici, essendo quella intorno alla quale autorevole dottrina ricostruisce l'intera teoria della prova e della motivazione ⁽⁴⁷⁶⁾.

Trattasi, in particolare, del ragionamento che si svolge attraverso un insieme di inferenze che collegano proposizioni fattuali di volta in volta configurate come premesse e come conclusioni, e tra loro connesse in vari modi a seconda della complessità della situazione di fatto e della qualità e quantità delle informazioni probatorie disponibili. In questa prospettiva, la probabilità logica che viene applicata nel processo si riferisce al grado di giustificazione razionale che le prove sono in grado di attribuire agli enunciati che riguardano i fatti della causa ⁽⁴⁷⁷⁾.

Tuttavia, anche rispetto all'impiego della probabilità logica nel processo, non sono mancate voci dissenzienti, soprattutto nella misura in cui la funzionalizzazione delle nozioni rispetto al contesto di riferimento potrebbe condurre a casi di omonimia concettuale, nel senso di attribuire ad alcuni concetti etichette simili a quelle utilizzate in altri campi, in ragione della loro carica suggestiva.

La difficoltà di applicare nelle argomentazioni processuali sofisticati concetti epistemologici è stata colta da attenta dottrina ⁽⁴⁷⁸⁾, che non ha mancato di esprimere riserve sull'impiego del concetto di probabilità in esame «al di fuori delle condizioni di validità logica, riconosciute comunemente dai logici» ⁽⁴⁷⁹⁾, anche in considerazione del fatto che il concetto in questione ha avuto versioni diverse ed ha subito nel tempo diverse interpretazioni ⁽⁴⁸⁰⁾.

⁽⁴⁷⁶⁾ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 199 ss.

⁽⁴⁷⁷⁾ Essa mira a ricondurre il grado di fondatezza di un'ipotesi sul fatto nell'ambito degli elementi di conferma che l'organo giudicante ha a disposizione in relazione all'ipotesi sottoposta al suo vaglio.

⁽⁴⁷⁸⁾ P. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, cit., p. 298 ss.

⁽⁴⁷⁹⁾ P. GARBOLINO, *op. ult. cit.*, p. 300.

⁽⁴⁸⁰⁾ M. TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*

In proposito, l'uso improprio della probabilità logica viene ancorato dalla dottrina che ne critica l'utilizzo alla versione formalizzata della stessa, che ha preso forma nel pensiero di Rudolph Carnap e a cui risale uno dei primi tentativi di elaborare un concetto di probabilità induttiva come relazione logica tra l'ipotesi e i relativi elementi di conferma, da intendersi come una particolare interpretazione del calcolo delle probabilità secondo lo schema formalizzato dell'induzione per enumerazione ⁽⁴⁸¹⁾.

Rilevando come sia lo stesso Carnap ad ammettere che il sistema formale da lui delineato non sarebbe utilizzabile sul piano del ragionamento probatorio, si sostiene che sarebbe più corretto esprimersi in termini di «grado di credenza assegnato ad una proposizione sulla base dell'evidenza disponibile» ⁽⁴⁸²⁾, onde evitare di manipolare indebitamente, snaturandolo, un concetto non dominabile dai giuristi ⁽⁴⁸³⁾.

⁽⁴⁸¹⁾ P. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile: la valutazione del nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 300 ss. L'A. mette a punto talune considerazioni in ordine all'utilizzo congiunto, da parte della giurisprudenza, dei termini *probabilità logica* e *grado di conferma* (o di fondatezza), osservando, in proposito, che entrambe le espressioni si riferiscono, nella lettura filosofica, ad «una peculiare interpretazione del calcolo delle probabilità, secondo la quale la probabilità è una relazione di implicazione logica 'parziale' fra due enunciati. Secondo tale interpretazione, l'implicazione logica 'totale' si ha quando dalla verità di uno dei due enunciati deriva necessariamente anche la verità (o la falsità) dell'altro: quando dalla verità dell'enunciato A è possibile inferire, secondo le regole della logica deduttiva, la verità (o la falsità) dell'enunciato B, allora diremo che la probabilità di B dato A è pari a 1 (oppure, rispettivamente, è pari a 0)», mentre, per converso, nei casi in cui dalla verità di A non si può dedurre la verità o la falsità di B ci si trova davanti alla implicazione logica non totale, bensì parziale ove «la probabilità di B dato A sarebbe pari ad un valore *p*, compreso fra 0 e 1»: da ciò il problema di come misurare l'elemento incerto *p*. A tal proposito, l'A. richiama l'idea di Rudolph Carnap (che ha messo in atto il più fecondo tentativo di misurare la probabilità logica), la cui elaborazione del concetto di probabilità induttiva come relazione tra l'ipotesi e i relativi elementi di conferma ha tuttavia mostrato un «linguaggio formalizzato in grado di esprimere enunciati del tipo 'tutti gli individui che sono P sono Q e nel quale era possibile rappresentare soltanto l'induzione per enumerazione». Osserva, a tal proposito, l'autore che l'induzione del giudice non è l'induzione per enumerazione, poiché le ipotesi che deve valutare non sono enunciati del tipo «tutti i cigni sono bianchi», onde il sistema formale di Carnap non è utilizzabile per il ragionamento probatorio. Dunque, conclude l'A., l'impiego dei termini *probabilità logica* e *grado di conferma*, adottati nel loro senso proprio, non risulta del tutto corretto, nonostante il diffuso costume della giurisprudenza italiana nell'utilizzare impropriamente questi termini «per indicare, in mancanza di meglio, una probabilità che si intuisce, giustamente, non essere identica alla probabilità statistica [...]». Sul concetto di probabilità come induzione per enumerazione v. L.J. CHOEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, pp. 87, 143 ss.

⁽⁴⁸²⁾ P. GARBOLINO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽⁴⁸³⁾ P. GARBOLINO, *op. ult. cit.*, p. 301.

Tuttavia, la dottrina che si è tradizionalmente occupata del tema ha concordemente escluso che il richiamo alla probabilità logica nella teoria delle prove dovesse ritenersi espressione di versioni epistemologiche formalizzate, come quella teorizzata da Carnap, intendendo piuttosto rimarcare il vincolo del concetto di probabilità alla evidenza probatoria in chiave logica ⁽⁴⁸⁴⁾.

Tale precisazione non incide significativamente sul senso dell'orientamento giurisprudenziale che continua a richiamare il concetto di probabilità logica, quantomeno se si fa leva sull'intento di fornire un quadro conoscitivo "teorico" incerto ma «processualmente *persuasivo*» ⁽⁴⁸⁵⁾, al di là del formalismo espressivo, che comunque non rende meno razionale la conclusione giudiziaria, se intesa secondo le coordinate metodologiche sin qui descritte.

⁽⁴⁸⁴⁾ Più specificamente, sulla distinzione tra le nozioni di probabilità logica, quella che ha preso forma nel pensiero di Rudolph Carnap e quella facente capo a Jonathan Cohen v. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 230 ss.; C. BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, cit., p. 1134 ss.

⁽⁴⁸⁵⁾ Così R. PUCELLA, G. DE SANTIS, *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, Padova, 2007, p. 134, intendendosi, non del tutto condivisibilmente, per "persuasività" quello che alcuni autori identificano con la sola coerenza narrativa, ritenuta logicamente "credibile" dalla maggior parte dei consociati. Discorre di "diritto come argomentazione" M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli, 2012, *passim*, attraverso la riscoperta del momento argomentativo-giustificativo segnato, nell'esperienza giuridica, dalla svolta linguistica che attribuisce alle categorie del discorso e della giustificazione un ruolo preminente nell'analisi e valutazione dei processi decisionali attraverso le tre dimensioni, formale, materiale e pragmatica, dell'argomentazione giustificativa, che accompagna ogni decisione, alla ricerca del nesso (mancante) tra diritto e argomentazione.

CAPITOLO V

STANDARD DI PROVA

1. Una riflessione preliminare

A seguito delle considerazioni svolte in relazione alla struttura e al metodo dell'accertamento del nesso causale resta da indagare la questione della costruzione di una possibile teoria della *sufficienza* degli elementi di giudizio, cioè di una teoria che espliciti quando, o sotto quali condizioni, gli elementi di giudizio disponibili sono sufficienti perché risulti razionale definire come processualmente vera la soluzione offerta dal giudice all'esito del ragionamento probatorio di tipo inferenziale.

Il primo passo da compiere, onde evitare il rischio di fraintendimenti, come talvolta accaduto in dottrina ⁽⁴⁸⁶⁾, è quello di sgomberare il campo dalla scomoda ma necessaria premessa in base alla quale l'operatività dello schema della conferma logico-probabilistica dell'ipotesi sul fatto sia di per sé dirimente ai fini dell'individuazione del *quantum* probatorio da ritenersi necessario, su di un piano per quanto possibile oggettivo, alla prova del nesso di causalità.

La probabilità logica, come innanzi descritta, rappresenta infatti il nucleo concettuale di un vero e proprio strumento di conoscenza e non un canone di conferma probatoria dell'ipotesi causale ⁽⁴⁸⁷⁾. Avvalendosi del modello in

⁽⁴⁸⁶⁾ V. *infra*, nota 488.

⁽⁴⁸⁷⁾ V. C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, cit., p. 135. L' A., del tutto condivisibilmente e sia pur con riferimento ai canoni conoscitivi propri del diritto penale, opera talune precisazioni concettuali vevoli anche per l'ambito civilistico. Egli afferma che il metodo della probabilità logica viene spesso sovrapposto al concetto (caratteristico del diritto penale) di elevata credibilità razionale, sebbene risulterebbe concettualmente più corretto sostenere che «[...] il risultato cui si è pervenuti, con l'uso del

questione si può infatti anche giungere a negare l'esistenza (*rectius* la prova) del rapporto eziologico, essendo la probabilità logica «muta rispetto al grado di conferma per una decisione giusta del giudice civile e penale»⁽⁴⁸⁸⁾.

Che la razionalità della conferma logico-probabilistica dell'ipotesi non abbia valenza risolutiva è d'altro canto dimostrato dal fatto che, come abbiamo avuto modo di rilevare, la probabilità logica costituisce un criterio metodologico applicabile sia nell'ambito civilistico sia in quello penalistico⁽⁴⁸⁹⁾, onde il problema della determinazione della soglia qualitativa di certezza probabilistica che contraddistingue l'accertamento della causalità materiale nell'ambito del processo civile, quale ultimo tassello del percorso di ricostruzione del fenomeno eziologico, è tutt'altro che definitivamente risolto.

2. Libero convincimento e standard di prova nell'accertamento del nesso causale

L'elaborazione di una teoria che definisca un canone o un criterio oggettivo di sufficienza, e cioè un criterio di prova formalizzato o formalizzabile, è questione strettamente correlata al più ampio e generale problema di come integrare la concezione razionalistica (o razionalizzata) del

criterio della probabilità logica, corrisponde ad un risultato di elevata credibilità razionale. Quello che utilizza il criterio della probabilità logica è uno strumento di conoscenza; l'elevata credibilità razionale è il risultato della ricerca; questo risultato [...] costituisce l'esito finale del criterio utilizzato, che non necessariamente è positivo. Insomma, utilizzando il criterio della probabilità logica si perviene anche a negare l'esistenza (della prova) del rapporto di causalità».

⁽⁴⁸⁸⁾ Così F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, cit., p. 812, ove più ampiamente si osserva che alla logica del probabile «[...] sono estranee le valutazioni che impongono di decidere in un modo o nell'altro. Decisive sono invece le valutazioni complessive del giudice, richieste dall'ordinamento, in relazione alle funzioni svolte dal processo civile e dal processo penale, e in una prospettiva che tenga conto dei valori posti in gioco nell'uno e nell'altro tipo di processo, degli argomenti orientati alle conseguenze». Non pare dunque condivisibile quanto affermato da S. PREVITI, *Le prove civili*, Milanofiori Assago, 2014, p. 432, ove, in commento a Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, afferma che il concetto di "probabilità logica" già di per sé manifesterebbe un livello determinato di certezza processuale. Ancor meno condivisibile potrebbe risultare quanto sostenuto da P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., che rispetto al processo penale utilizza la locuzione probabilità logica come sinonimo di "certezza processuale al di là del ragionevole dubbio".

⁽⁴⁸⁹⁾ V. *supra* Cap. I.

libero convincimento del giudice ⁽⁴⁹⁰⁾, ove da sempre si sono manifestati vari orientamenti, taluni volti ad assecondare interpretazioni irrazionali del principio, altri ad ancorarlo a criteri razionali e controllabili.

A tal proposito, la questione della giustificazione della decisione giudiziale sconta da sempre l'insufficienza delle risposte tradizionali che, nate come reazione illuministica alla subordinazione della giurisdizione al potere politico, sono ben lontane dall'indicare criteri razionali identificabili di valutazione delle prove ⁽⁴⁹¹⁾. È certamente poco razionale l'orientamento che evoca il criterio dell'*intime conviction* o di formule affini ⁽⁴⁹²⁾, in virtù delle quali la discrezionalità del giudice potrebbe fondarsi esclusivamente sulla persuasione morale dello stesso in ordine alla verità dei fatti e, quindi, su una sorta di soggettivismo incontrollato ed irragionevole ⁽⁴⁹³⁾.

È invece apprezzabile il tentativo di svincolare la giustificazione della decisione giudiziale dall'utilizzazione di criteri soggettivi attraverso la

⁽⁴⁹⁰⁾ Sul principio del libero convincimento e sulle complesse elaborazioni che si prefiggono lo scopo comune di elaborare criteri di analisi e di valutazione delle prove fondati su principi di razionalità generale basti in questa sede richiamare G. MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 124 ss.; S. PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 481 ss.; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Padova, 1974, *passim*; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 368 ss.

⁽⁴⁹¹⁾ Sul rapporto tra il libero convincimento e lo *standard* del "più probabile che non" in sede di accertamento del nesso causale, M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 123; B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., p. 208.

⁽⁴⁹²⁾ Si tratta di un termine che viene associato al convincimento arbitrario e soggettivo del giudice: v. E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 3 ss.; M. NOBILI, voce *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, cit.

⁽⁴⁹³⁾ Si veda quanto affermato da A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1042, secondo il quale, affinché il giudizio causale condizionalistico possa essere fondato, occorre il «convincimento morale motivabile, motivato e perciò "oggettivo" che esistano leggi di copertura». In senso critico v. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 116, il quale rileva l'intrinseca contraddittorietà di tale formulazione, in quanto l'aggettivo «morale», riferito al convincimento del giudice relativamente all'esistenza di una legge causale di copertura, non farebbe altro che evocare la natura «morale» della certezza fondata sull'*intime conviction*; da ciò emergerebbe una chiara contraddizione con l'affermazione che vuole che il convincimento del giudice sia oggettivo, in quanto motivato e motivabile. L' A. osserva che, in realtà, sembrerebbe non richiedersi una giustificazione davvero oggettiva e che «si giochi sull'equivoco anche usando questo termine, quasi che un'opzione soggettiva del giudice diventasse oggettiva a condizione che egli spieghi di essere davvero convinto dell'esistenza di una legge di copertura, anche se non si capisce da dove ne ha derivato l'esistenza».

costruzione di un quadro teorico in grado di compendiare criteri composti di razionalità decisoria, quali: l'utilizzo di metodi di valutazione del compendio probatorio che non siano irrazionali secondo la cultura comune del contesto sociale in cui la decisione è resa, l'impiego dei dati empirici disponibili, la validità dei passaggi inferenziali che strutturano il ragionamento ⁽⁴⁹⁴⁾, nonché il ricorso ad un uso appropriato del metodo probabilistico, così escludendo l'impiego di nozioni vaghe e inattendibili che si annidano nel più ampio concetto di probabilità ⁽⁴⁹⁵⁾.

In generale, vale dunque la considerazione che il giudice non è esente dal dovere di osservare criteri di razionalità e controllabilità logica del ragionamento probatorio, soprattutto negli ordinamenti, come quelli continentali, nei quali egli è soggetto all'obbligo di motivare la sua decisione con argomenti idonei a fornire di essa una giustificazione razionale e, pertanto, intersoggettivamente accettabile ⁽⁴⁹⁶⁾.

Il problema di come riempire il vuoto di razionalità che caratterizza la componente positiva del libero convincimento, in assenza di una specifica e puntuale regola normativa, si è riversato, di riflesso, e con le medesime oscillazioni, sul versante dell'accertamento del nesso causale.

A tal proposito, vani sono risultati i tentativi della giurisprudenza di legittimità di fare ricorso a parametri del tipo di quelli della "certezza morale" ⁽⁴⁹⁷⁾, della "ragionevole certezza" ⁽⁴⁹⁸⁾ o, ancora, delle "serie ed apprezzabili

⁽⁴⁹⁴⁾ Valgano, in proposito, le considerazioni svolte *supra*, Cap. IV, Sezione II.

⁽⁴⁹⁵⁾ Si veda in proposito M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 395 ss.; ID., *La prova del nesso causale*, cit., p. 126. Cfr. B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 975, il quale, in generale, evidenzia la sostanziale inutilità di far riferimento a dei criteri specifici al fine di descrivere il ragionamento decisorio in quanto « [...] dato o immaginato un certo compendio di regole legali di valutazione delle prove, non si può pensare di sostituirlo con un equivalente apparato di precetti razionali, come se si trattasse di due entità logicamente fungibili, o, metaforicamente, di due diversi cartigli affissi a una parete della camera di consiglio»; quindi, pensare che «si possano desumere logicamente, da principii razionali, regole idonee a guidare in termini omogenei i processi mentali di chiunque si trovi a dover utilizzare un certo repertorio di informazioni [...] è semplicemente un'illusione».

⁽⁴⁹⁶⁾ Così M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 126.

⁽⁴⁹⁷⁾ V. Cass. 28 aprile 1994, n. 4044, cit.; Cass. 11 maggio 1977, cit.; Cass. 7 novembre 1974, n. 3403, cit.; Cass. 3 dicembre 1969, n. 3958 cit.

⁽⁴⁹⁸⁾ V. Cass. 11 giugno 2004, n. 11128, cit.; Cass. 5 aprile 1984, n. 2222.

possibilità”⁽⁴⁹⁹⁾, in quanto tali formule avrebbero consentito ai giudici di elaborare concezioni personalizzate di certezza causale⁽⁵⁰⁰⁾ celando l’incapacità di offrire un’adeguata spiegazione eziologica sul piano processuale⁽⁵⁰¹⁾.

Non è allora un caso se è solo con l’avvento del più “probabile che non” nella giurisprudenza civile di legittimità⁽⁵⁰²⁾ che si è per la prima volta parlato di *standard* anziché di *criterio* probatorio⁽⁵⁰³⁾. Precisazione importante, questa, in quanto solo il termine *standard* sembra evocare, quantomeno a livello semantico, una dimensione di oggettività funzionale, tale da rendere possibile il controllo intersoggettivo della sua applicazione⁽⁵⁰⁴⁾ e costituire un argine a

⁽⁴⁹⁹⁾ V. Cass. 6 febbraio 1998, n. 1286, cit., in cui la Corte afferma che «posto che, in materia di responsabilità per colpa professionale, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta del professionista e l’evento, quello della probabilità di tali effetti e dell’idoneità della condotta a produrli, il rapporto causale sussiste anche quando l’opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo». In tema di responsabilità sanitaria, una tendenza destinata a consolidarsi aveva già sostituito il criterio della certezza con quello della probabilità: in questo senso V. Cass. 12 maggio 1983, n. 4320 in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 871 ove si legge che «il rapporto causale sussiste anche quando l’opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza quanto serie ed apprezzabili possibilità di successo».

⁽⁵⁰⁰⁾ Così R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 13.

⁽⁵⁰¹⁾ V. G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, cit., p. 694; ID., *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 77 ss. ove rilievi critici vengono mossi, in particolare, al parametro della “certezza morale”. Tale regola probatoria, essenzialmente rinvenibile nei casi giurisprudenziali concernenti il tema della responsabilità professionale dell’avvocato, pareva essere stata superata grazie ad una diversa presa di posizione da parte dei giudici di legittimità con la pronuncia di cui a Cass. 6 febbraio 1998, n. 1286, cit.; la Corte, dopo aver criticamente riesaminato taluni suoi precedenti orientamenti ha ritenuto, come in parte già evidenziato, del tutto inadeguato il criterio della certezza morale asserendo, in motivazione, che non «è dato esprimere, in relazione ad un evento esterno e già verificatosi certezze di sorta (nemmeno di segno morale) come si vorrebbe dal ricorrente, ma semplici “probabilità” di un possibile diverso esito». Torna però a parlare di certezza morale Cass. 27 maggio 2009, n. 12354 ove, in motivazione, si asserisce nuovamente che «l’accertamento della responsabilità del professionista (in specie, dell’avvocato) implica il raggiungimento della certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente».

⁽⁵⁰²⁾ V. *supra*, Cap. IV, Sezione I.

⁽⁵⁰³⁾ Anche se talvolta la giurisprudenza di legittimità utilizza i termini *standard* e *criterio* come sinonimi è significativo che ciò avvenga solo in riferimento al “più probabile che non” e non anche rispetto gli altri *criteri* che abbiamo visto essere stati adottati nel corso del tempo in sede di accertamento del nesso causale.

⁽⁵⁰⁴⁾ Sul tema degli *standard* di prova v. R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Gir. it.*, 2018, p. 2526 ss. Si vedano altresì le considerazioni di J.F. BELTRÁN, G. TUZET, *Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali*, in *Dir. e quest. pub.*, 2018, p. 457 ss., le cui ricostruzioni in proposito rendono perfettamente il senso del discorso svolto nel testo e che pertanto è opportuno richiamare in maniera compiuta: «Affinché una regola possa denominarsi correttamente “standard di prova” deve rispettare tre requisiti: a)

quelle declinazioni del libero convincimento che possano trasformarlo in mero arbitrio ⁽⁵⁰⁵⁾.

La rilevanza di tali considerazioni ai fini di un'adeguata trattazione del più volte invocato standard del "più probabile che non", e i problemi che si pongono in sede funzionale comporta allora la necessità di analizzare i meccanismi operazionali ad esso sottesi onde potergli assegnare, eventualmente, la funzione di rivestire di caratteri di razionalità il ragionamento probatorio in tema di accertamento del nesso causale.

3. Il più probabile che non nella teoria dell'accertamento del nesso causale

All'indomani dell'adozione da parte della giurisprudenza civile di legittimità dello standard del "più probabile che non", non si è riscontrato un particolare approfondimento sugli schemi decisori effettivamente sottesi a tale

fare appello a criteri relativi alla capacità giustificativa dell'insieme probatorio rispetto alle conclusioni stabilite. Questo, evidentemente, esclude l'utilizzazione dei criteri soggettivi del decisore, cosicché qualsiasi formulazione di *standard* di prova che rimandi a stati mentali o psicologici del giudice non soddisfa tale requisito. Indipendentemente da chi abbia competenza per decidere e dal fatto che esistano o meno mezzi per poterla impugnare, la decisione deve essere governata da criteri intersoggettivamente controllabili; *b*) i criteri che si utilizzano nello *standard* di prova devono adempiere la funzione di stabilire una soglia il più possibile precisa, superata la quale, un'ipotesi fattuale può essere considerata sufficientemente corroborata ai fini della decisione che deve essere presa. Evidentemente, non soddisfano tale criterio gli appelli alla sana critica (che, nel migliore dei casi, sarebbe un metodo di valutazione, ma non una soglia probatoria), né all'induzione (per le stesse ragioni) e neppure il rinvio a leggi scientifiche o a quelle della logica. Così risulta chiaro che, per esempio, il ragionamento probatorio è sempre un ragionamento induttivo, che deve rispettare le leggi della logica o della scienza, e che ciò deve essere fatto in tutti gli stadi del procedimento. Per contro, in quei diversi stadi [...] le esigenze probatorie sono e devono essere distinte, quindi non è sufficiente dire che tali decisioni debbano essere induttivamente giustificate, ecc., è necessario determinare la soglia a partire dalla quale le decisioni si considereranno giustificate o, in altri termini, il grado di supporto induttivo necessario in ogni distinto momento; *c*) dal momento che la struttura del ragionamento probatorio è data dalla probabilità logica o induttiva e non matematica, la soglia di sufficienza probatoria non può stabilirsi mediante numeri né formule matematiche, ma attraverso l'utilizzo di criteri qualitativi».

⁽⁵⁰⁵⁾ B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., p. 208.

criterio, pur non mancando contributi utili e la costante menzione del tema nelle opere sulla responsabilità civile ⁽⁵⁰⁶⁾.

Allo stato, gli schemi decisorii implicati dal “più probabile che non” trovano una compiuta analisi negli studi di un’autorevole dottrina processual-civilistica che, nel tentativo di avallarne la fondatezza in termini di razionalizzazione del principio del libero convincimento del giudice, ne ha fornito un’elaborazione concettuale a cui sembra formalmente ispirarsi la giurisprudenza di legittimità e di cui, pertanto, è necessario dare conto ⁽⁵⁰⁷⁾.

L’impostazione dommatica che si intende esaminare parte dall’assunto che la regola probatoria del “più probabile che non”, anche denominata, forse in modo preferibile, come “preponderanza dell’evidenza”, costituisce, in realtà, la combinazione di due regole: la regola del «più probabile che non» e la regola della «prevalenza relativa» della probabilità ⁽⁵⁰⁸⁾.

La regola del “più probabile che non” comporta che, rispetto ad ogni enunciato causale, si consideri che lo stesso possa essere vero o falso, prospettandosi cioè l’eventualità che su uno stesso fatto vi sia un’ipotesi positiva ed una *complementare* ipotesi negativa. In altri termini, deve considerarsi che vi siano proposizioni che si riferiscono allo stesso fatto, ma, mentre una ne afferma l’esistenza, l’altra la nega ⁽⁵⁰⁹⁾. In questo caso un’ipotesi fattuale (*rectius* causale) va chiaramente privilegiata se la sua probabilità prevale sulla probabilità dell’ipotesi contraria. In particolare, la prevalenza dell’ipotesi positiva (che conferma la verità dell’enunciato causale) su quella negativa è fondata su un compendio probatorio che offre un grado di conferma maggiormente predicabile rispetto a quest’ultima. Tale situazione si può verificare o nel caso in cui l’ipotesi positiva sia confermata da una o più prove dirette (che abbiano superato il vaglio della credibilità ⁽⁵¹⁰⁾) oppure nel caso in

⁽⁵⁰⁶⁾ Lo rileva, del tutto condivisibilmente, B. TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 179.

⁽⁵⁰⁷⁾ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 129.

⁽⁵⁰⁸⁾ M. TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽⁵⁰⁹⁾ M. TARUFFO, *op. e loc. ult. cit.*

⁽⁵¹⁰⁾ Per la nozione di prova diretta v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 429. L’A. afferma che, nel caso della prova diretta, la prova verte direttamente sull’ipotesi e, conseguentemente, il grado di conferma dell’ipotesi coincide con il grado di attendibilità della prova, ossia con il grado di conferma della proposizione che enuncia l’elemento di prova,

cui vi siano una o più prove indirette da cui è possibile trarre inferenze che producono conclusioni convergenti in favore dell'ipotesi positiva ⁽⁵¹¹⁾. Nel caso in cui, invece, in favore dell'ipotesi positiva vi siano indizi incerti, presunzioni deboli o non concordanti ⁽⁵¹²⁾, prove divergenti o contraddittorie allora l'ipotesi positiva avrà una conferma debole e prevarrà quella negativa ⁽⁵¹³⁾.

La regola della «prevalenza relativa» pare invece riferirsi alla situazione in cui, in relazione ad una medesima fattispecie causale, vi siano 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 porre a fondamento del conclusivo giudizio causale, l'unico metodo razionale di scelta sembra far leva sul rapporto tra i diversi valori di probabilità logica: è destinata a prevalere l'ipotesi causale che risulta avere il supporto *relativamente* maggiore di conferma sulla base dell'evidenza disponibile. Tale costruzione concettuale fa leva sull'ontologica complessità della realtà fenomenologica che caratterizza l'accertamento eziologico. Il punto nodale dell'accertamento del nesso causale è infatti rappresentato dal fatto che, spesse volte, eventi del tipo di quelli che vengono in rilievo nel processo hanno una genesi plurifattoriale, sicché la pluralità delle possibili cause dell'evento potrebbe comportare che la verifica critica in ordine all'enunciato causale, così come descritto dalla presunta parte lesa, consista nel confrontare in chiave problematica la ricostruzione del

potendosi comunque rilevare che, sotto il profilo strutturale, «il grado di attendibilità della prova viene determinato attraverso una serie di presupposti e di inferenze compiute dal soggetto che utilizza la prova, in base alle quali costui stabilisce il grado di credibilità razionale della proposizione che costituisce l'elemento di prova».

⁽⁵¹¹⁾ Per la nozione di prova indiretta, v. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 241 ss., ove si afferma si ha prova indiretta quando la prova che concerne l'ipotesi sul fatto dimostra l'esistenza di un fatto diverso da quello definito in tale ipotesi; essa ha ad oggetto un fatto diverso (il c.d. fatto secondario) che risulta utile ai fini della conoscenza del fatto principale, in quanto è da esso possibile trarre delle inferenze che riguardano la fondatezza dell'ipotesi in questione. In questo caso, il grado di conferma che l'ipotesi sul fatto può ricevere dipende sia «dal grado di attendibilità che la prova attribuisce all'affermazione dell'esistenza del fatto secondario», sia «sia dal grado di attendibilità dell'inferenza che si fonda sulla premessa costituita da questa affermazione».

⁽⁵¹²⁾ Sui rapporti tra indizi e presunzioni con specifico riferimento alla prova del nesso di causalità v. G. TRAVAGLINO, *Nessi causali e presunzioni*, in AA. VV., *Il ragionamento presuntivo*, S. Patti, R. Poli (a cura di), Torino, 2022, in corso di pubblicazione.

⁽⁵¹³⁾ Così M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., p. 129.

fenomeno eziologico da essa prospettata con più ipotesi (alternative) concernenti il medesimo fatto, tutte corroborate da elementi probatori ad esse favorevoli. Si determina così una situazione in cui sono presenti diverse ipotesi causali in conflitto, le quali, narrando uno stesso fatto in maniera diversa, necessitano di essere vagliate in chiave comparativa, proprio al fine di stabilire quale sia l'ipotesi dotata del grado più alto di probabilità logica ⁽⁵¹⁴⁾. In tale contesto, ove ciascuna delle ipotesi positive abbia ricevuto un *adeguato* grado di conferma probatoria, un criterio razionale di scelta sembra essere proprio quello che si fonda sul *rapporto* tra i diversi valori di probabilità logica e che privilegia l'ipotesi che ha ottenuto il supporto *relativamente* maggiore di conferma sulla base dell'evidenza disponibile ⁽⁵¹⁵⁾.

⁽⁵¹⁴⁾ V. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, cit., p. 130; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 274, ove si aggiunge che la scelta del giudice è, invero, una scelta relativa e comparativa in quanto si pone «all'interno di un campo rappresentato da *alcune* ipotesi dotate di senso perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi. Scelta tuttavia razionale, e razionale proprio perché relativa, dato che si tratta di individuare l'alternativa più fondata in una situazione di incertezza definita proprio dalla presenza di più ipotesi significative».

⁽⁵¹⁵⁾ In giurisprudenza v. Cass. 6 luglio 2020, n. 13872, ove testualmente si propone, l'impostazione dottrinale di cui si è dato conto nel testo, affermandosi che «La regola del “più probabile che non” [...] “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 ipotesi alternative, “il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra: sarebbe infatti irrazionale preferire l'ipotesi che è meno probabile dell'ipotesi inversa”. In altri termini, l'affermazione della verità dell'enunciato implica “che vi siano prove preponderanti a sostegno di essa: ciò accade quando vi sono una o più prove dirette - di cui è sicura la credibilità o l'autenticità - che confermano quell'ipotesi, oppure vi sono una o più prove indirette dalle quali si possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa”. Per parte propria, la regola della “prevalenza relativa” rileva - quanto al nesso causale, nel caso di cd. “multifattorialità” nella produzione di un evento dannoso (ovvero quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso, possano affiancarsene altre) - allorché “sullo stesso fatto esistano diverse ipotesi, ossia diversi enunciati che narrano il fatto in modi diversi, e che queste ipotesi abbiano ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio”, dovendo, invero, essere prese in considerazione “solo le ipotesi che sono risultate “più probabili che non”, poiché le ipotesi negative prevalenti non rilevano”. Orbene, ricorrendo tale evenienza, vale a dire se “vi sono più enunciati sullo stesso fatto che hanno ricevuto conferma probatoria, la regola della prevalenza relativa” - sempre secondo l'impostazione dottrinale di cui sopra - “implica che il giudice scelga come vero” l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili». Nella specie, la Corte ha accolto il ricorso proposto dagli eredi una donna che, ricoverata presso un'azienda ospedaliera per l'esecuzione di un intervento chirurgico al cuore, poi mai eseguito, veniva sottoposta ad intervento di toracotomia resosi necessario d'urgenza in ragione dell'insorgenza di un emotorace massivo e a seguito del quale la paziente decedeva a causa di un violento shock emorragico. La sentenza di secondo grado, infatti, sul presupposto che la disposta CTU ebbe ad evidenziare che l'emotorace, a seguito di toracentesi, è evenienza rara,

sicché la possibilità di ravvisare la causa dell'emotorace nella toracentesi può essere posta in dubbio, ha escluso di poter stabilire con certezza un rapporto di causa effetto tra due accadimenti. Anzi, ha soggiunto che «il mancato riconoscimento di una lesione vascolare in sede operatoria e autoptica» (un esito questo, tuttavia, non del riscontro della inesistenza di tale lesione, bensì del fatto che i chirurghi e il medico legale - impegnati, rispettivamente, in tali sedi non effettuarono, per le ragioni già illustrate, verifiche di sorta, atte ad identificare la fonte del sanguinamento che determinò il decesso della paziente) avrebbe impedito «di stabilire in maniera inequivocabile che la causa dell'emotorace sia stata la toracentesi». Così argomentando, tuttavia, la Corte territoriale ha affidato il riscontro del nesso causale ad un criterio persino più rigoroso di quello utilizzato in sede penale, giacché, in tale ambito, l'efficienza eziologica della condotta addebitata all'imputato è vagliata non già in termini di certezza ma, come detto, secondo la regola probatoria che impone di affermarne la responsabilità «oltre ogni ragionevole dubbio». La sentenza impugnata avrebbe dovuto verificare, sulla scorta delle evidenze probatorie acquisite (anche a mezzo della disposta di consulenza tecnica d'ufficio), innanzitutto, se l'ipotesi sulla verità dell'enunciato relativo all'idoneità della toracentesi a cagionare l'emotorace presentasse un grado di conferma logica maggiore rispetto a quella della sua falsità (criterio del «più probabile che non»). Di seguito, essa avrebbe dovuto stabilire - in applicazione, questa volta, del criterio della «prevalenza relativa della probabilità» se tale ipotesi avesse ricevuto, sempre su un piano logico, ovvero nuovamente sulla base delle prove disponibili, un grado relativamente maggiore di conferma rispetto ad altrettante, differenti, ipotesi sulla eziologia tanto dell'emotorace, quanto del decesso della paziente, ipotesi anch'esse, però, da riscontrare preliminarmente, nella loro verità, nello stesso modo, ovvero in applicazione del principio del «più probabile che non». Nello stesso senso v. Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024, cit.; Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, cit., ove si afferma che in caso di concorrenza di più ipotesi causali è necessario che la scelta del giudice ricada «sull'ipotesi che riceve il supporto relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili. Trattasi, quindi, di una scelta comparativa e relativa all'interno di un campo rappresentato da alcune ipotesi dotate di senso perché in vario grado probabili, e caratterizzato da un numero finito di elementi di prova favorevoli all'una o all'altra ipotesi». Nella specie, la Corte ha ritenuto non correttamente motivata la sentenza impugnata nella parte in cui quest'ultima, nel rigettare la richiesta risarcitoria avanzata dall'Aereolinee Itavia s.p.a. contro i Ministeri della Difesa, dell'Interno e delle Infrastrutture, ha acriticamente recepito le conclusioni del giudice penale circa l'impossibilità di attribuire il disastro aereo di Ustica alternativamente ad un'esplosione interna per la presenza di un ordigno, al cedimento strutturale dell'aeromobile oppure ad un'esplosione esterna dovuta al lancio di un missile, così omettendo un'autonoma valutazione delle prove e l'adozione dei diversi principi civilistici di valutazione probatoria. Per una più completa disamina della giurisprudenza di legittimità in ordine all'applicazione dello *standard* in esame, anche in relazione all'utilizzo e alle implicazioni pratiche dell'esaminato concetto di probabilità logica si rimanda a Cap. IV., Sezione I. Per un richiamo al principio della «probabilità prevalente» nella giurisprudenza di merito v. Trib. Padova 17 febbraio 2011, secondo cui, «Il criterio di attribuzione della responsabilità nel processo civile promosso per il risarcimento del danno derivato dalla illecita prestazione di cure odontoiatriche da parte del soggetto non abilitato all'esercizio della professione medica, deve essere individuato nella certezza probabilistica. All'uopo deve rilevarsi che l'autonomia del processo civile rispetto a quello penale si riflette anche in materia probatoria, vigendo in quest'ultimo la regola della prova oltre il ragionevole dubbio e nel primo la diversa regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non. Lo *standard* della certezza probabilistica deve trovare applicazione anche qualora vi sia un problema di scelta di una delle ipotesi, tra loro incompatibili o contraddittorie, sul fatto, con la conseguenza di dover porre a base della decisione civile la soluzione derivante dal criterio di *probabilità prevalente* la quale riceva comparativamente il supporto logico relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili».

4. Il principio di attendibilità

Alla luce del quadro teorico innanzi esaminato, posto che il nucleo essenziale della regola della probabilità logica prevalente verte sulla scelta dell'ipotesi sostenuta da prove preponderanti (dovendosi stabilire se la probabilità logica sia in favore dell'ipotesi positiva o dell'ipotesi negativa, o dell'una o dell'altra ipotesi positiva ⁽⁵¹⁶⁾), il problema che la decisione è chiamata a risolvere è se l'ipotesi sul nesso causale abbia raggiunto o meno un grado di probabilità logica sufficiente a farla assumere come versione *attendibile* del fatto. Nel descrivere e analizzare gli schemi decisorii sottesi allo standard del "più probabile che non" si è già fatto riferimento a casi in cui la prevalenza di un'ipotesi causale sull'altra (quella positiva su quella negativa o viceversa) è conseguenza di una conferma *forte* dell'ipotesi destinata a *prevalere* e, specularmente, della conferma *debole* di quella destinata a soccombere; con ciò lasciando intendere, evidentemente, che la scelta del giudice avviene in un contesto in cui l'ipotesi scelta come *più probabile* o *relativamente* probabile risulta avere un *sufficiente grado* di conferma logica, tale da non far residuare margini di incertezza in ordine all'adeguatezza del grado di conferma che l'enunciato in questione ha raggiunto. In questi casi, insomma, la scelta del giudice avviene in un contesto in cui ognuna delle ipotesi ha conseguito un certo grado di conferma probabilistica, ma soltanto una ha ricevuto una conferma *forte*, tale cioè da far sì che il giudice possa porla a fondamento del giudizio finale in ordine all'esistenza del nesso eziologico.

Ma cosa si intende per grado di conferma *forte*? E cosa, per grado di conferma *debole*? Quando, in sostanza, il criterio in esame può essere razionalmente impiegato in sede di scelta logica tra ipotesi su uno stesso fatto?

Posto che, come detto, la formula concettuale dello *standard* di prova civilistico dovrebbe risolversi nella scelta dell'ipotesi sostenuta da prove preponderanti, sembra evidente che esigenze di certezza del diritto nonché di

⁽⁵¹⁶⁾ Così M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 315; ID., *Sui confini, Scritti sulla giustizia civile*, cit., p. 288.

tutela delle parti in causa da eccessive indeterminatezze nell'accertamento del fatto impongono, anche in sede civile, il raggiungimento di uno standard di certezza processuale ⁽⁵¹⁷⁾ non essendo sufficiente che l'ipotesi prescelta sia semplicemente prevalente rispetto a quella scartata in termini di preponderanza dell'evidenza, dovendo, invece, essere essa stessa dotata di un *significativo grado di conferma*.

Invero, un elemento mancante nelle argomentazioni della giurisprudenza è la *preliminare e necessaria* specificazione giusta la quale il criterio della "preponderanza dell'evidenza" può essere razionalmente impiegato solo allorquando almeno una delle ipotesi sul fatto, ove rapportata agli elementi di prova disponibili, costituisca un'*attendibile* versione del fatto stesso; con ciò intendendosi che non basta dimostrare la sua non inattendibilità o che vi sia un qualche elemento di conferma in grado di conferirle un minimo di credibilità ⁽⁵¹⁸⁾, in quanto l'ipotesi ritenuta più probabile tra le altre disponibili in relazione alla medesima fattispecie concreta deve essere di per sé dotata di un grado di probabilità logica *necessario e sufficiente* ⁽⁵¹⁹⁾. Non è infatti un caso se la

⁽⁵¹⁷⁾ V. G. IADECOLA, *La causalità nella responsabilità civile del medico*, cit., p. 2057 ss.

⁽⁵¹⁸⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 276 e 277.

⁽⁵¹⁹⁾ G. IADECOLA, *op. ult. cit.*, p. 2063, il quale afferma che un'interpretazione meramente letterale della regola probatoria del «più probabile che non» potrebbe risultare fuorviante proprio perché si rischierebbe di selezionare «[...] quale ipotesi sul fatto meritevole di essere opzionata, direttamente ed immediatamente quella provvista di un maggior coefficiente di probabilità logica rispetto alle altre (e cioè la più probabile tra tutte), indipendentemente dal riscontro del valore «assoluto» di tale coefficiente, e cioè dall'attingimento, da parte dell'ipotesi individuata, del grado minimo di attendibilità logica [...]». Proprio in ragione della non chiara portata applicativa dello *standard* in esame, parte della dottrina si è pronunciata in senso fortemente critico asserendo che «gli schemi del "più probabile che non" e della "probabilità relativa" (nonché della "preponderanza della prova", o della "probabilità prevalente") - sembrano poter rappresentare un efficace strumento per stabilire quando, in concreto, un enunciato di fatto ha ricevuto sufficiente conferma probatoria per poter essere considerato vero, o prevalentemente vero rispetto ad un altro enunciato; e d'altro canto anch'esse riflettono una struttura eccessivamente semplificata del più complesso ragionamento del giudice. Inoltre, tali strumenti non sembrano in grado 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. In effetti, il criterio del "più probabile che non" appare, a seconda delle prospettazioni e dei punti di vista, almeno per come è applicato in *Italia*: eccessivamente schematico e semplicistico, superfluo, tautologico, autoreferenziale, vago ed indeterminato, improprio, erroneo, pericoloso, occultatore, inadatto, arbitrario: così R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, cit., p. 2529 ss. Evidenzia invece i meriti dell'impiego del "più probabile che non" nell'accertamento del nesso causale B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., p. 210 ss., ritenendo che lo stesso: a)

valenza dimostrativa dell'ipotesi causale posta a base della decisione finale viene sovente fatta coincidere, sia pur a mero titolo esemplificativo, con la soglia di «certezza probabilistica» del 51% ⁽⁵²⁰⁾, nella piena consapevolezza, lo si ribadisce, che il riferimento a coefficienti soltanto numerici di probabilità ha il solo scopo di esemplificare un grado astratto di convincimento in ordine all'*attendibilità* dell'ipotesi accolta.

Tale scenario sembra allora prospettare un'ulteriore versione della costruzione teorica innanzi formulata del criterio della “probabilità logica prevalente”, essendo indubbio che l'indirizzo della giurisprudenza civile di legittimità in *subiecta materia* non coglie la capacità dell'evocato canone probatorio di farsi “significante” di un significato che va ben oltre la sua portata semantica.

Sicché, la (ri)lettura del concetto del “più probabile che non”, in armonia con le considerazioni appena svolte, dovrebbe allora implicare che, se nessuna delle due ipotesi, positiva e negativa, formulate sul medesimo enunciato, supera il livello minimo di *attendibilità necessaria*, non si pone per il giudice un effettivo problema di scelta, proprio nella misura in cui nessuna delle ipotesi

rappresenta una particolare garanzia di razionalità della decisione giudiziale in quanto la sua corretta applicazione deve portare a riporre una particolare attenzione alla stesura della motivazione, o addirittura a configurare un onere motivazionale rafforzato, dovendo il giudice domandare a sé stesso se davvero la probabilità prevalente è presente in ogni momento della sua valutazione e immaginare già in sede di valutazione delle prove, se ne potrà dare adeguatamente conto quando stenderà la sentenza; *b*) ha sgominato la pluralità di formule con le quali le probabilità potevano sostenere una sentenza; *c*) ha consentito di assorbire nella valutazione processuale le numerose teorie enunciate in materia di causalità, eliminando così il rischio che le relative definizioni si traducano in tecniche argomentative in forza delle quali «alla medesima proposizione conseguono risultati opposti e a proposizioni diverse risultati identici».

⁽⁵²⁰⁾ V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 276; G. IADECOLA, *op. ult. cit.*, p. 2061 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 430. V. altresì le considerazioni critiche di G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., p. 116. In giurisprudenza v. Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit., ove, in motivazione, si afferma che, in caso di concorrenza di una pluralità di ipotesi eziologiche, nella misura in cui la regola della probabilità prevalente venga intesa come analisi specifica dell'evidenza disponibile attorno alla peculiare fattispecie oggetto del processo «[...] la conseguente svalutazione della regola statistica e sovente di quella scientifica non appare un metagiuridico cedimento ad ideali riparatori cui dar respiro tout court in seno al processo, quanto piuttosto una attenta valorizzazione e valutazione della specificità del caso concreto, onde la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduca *ipso facto* alla aberrante regola del 50% plus unum, bensì alla compiuta valutazione dell'evidenza del probabile [...]». Nello stesso senso v. Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024, cit.

prospettate rappresenta un'alternativa *attendibile* nei termini poc'anzi esposti. Se, invece, una sola delle ipotesi è attendibile, la scelta del giudice deve inevitabilmente ricadere su di essa; e ciò, si badi, non solo perché risulta essere dotata di un grado più alto di probabilità logica rispetto all'ipotesi causale complementare, bensì per l'intrinseca valenza dimostrativa dell'ipotesi ritenuta attendibile.

Il criterio dell'attendibilità minima (necessaria e sufficiente) di un'ipotesi sul fatto entra in gioco anche nel caso in cui l'organo giudicante si trovi a dover scrutinare più enunciati causali che hanno ricevuto, ciascuno, conferma probatoria. Se più sono le ipotesi causali positive, stando alla ricostruzione prospettata nella disamina del criterio della "prevalenza relativa", non può essere accordata preminenza a quella che risulti essere probatoriamente più forte delle altre, senza che la stessa abbia raggiunto «un grado di corroborazione dalle risultanze di causa che la renda intrinsecamente - ossia di per sé attendibile» (⁵²¹). Rispetto a tale contesto, affinché possa essere razionalmente impiegato il criterio della «probabilità prevalente», è necessario che tutte le ipotesi positive sul medesimo enunciato causale siano dotate di valori di probabilità logica superiori al già predicato *limite minimo di attendibilità* (⁵²²).

In entrambi i casi prospettati, la prova del nesso causale non può dirsi raggiunta se nessuna delle ipotesi fattuali sottoposte al vaglio giudiziale risulti dotata di un'attendibilità non sufficiente per essere considerata credibile.

5. *Quale sufficienza?*

(⁵²¹) Così G. IADECOLA, *La causalità nella responsabilità civile del medico*, cit., p. 2063. Nello stesso senso R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 430, l'A. sostiene che nel caso in cui siano presenti diverse ipotesi in conflitto, prevale quella che risulti essere corroborata da un livello di probabilità logica sufficiente per poterne decretare la vittoria, in quanto il rispetto di uno *standard* minimo assoluto (quale quello dello 0,51), «giacché nel caso contrario difetta un'ipotesi con un livello minimo di attendibilità idoneo a fondare la decisione».

(⁵²²) M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 272.

La rilettura dello standard civilistico di prova alla luce del criterio del grado minimo di attendibilità di un'ipotesi sul fatto, se, da un lato, evita il rischio che se ne fornisca una costruzione teorica unicamente incentrata sull'indubbia (ma insufficiente) constatazione dell'intrinseca ragionevolezza di una decisione fondata sulla premessa più probabile, dall'altro non esclude l'incertezza che, in sede applicativa, accompagna il tentativo di specificare l'esatta estensione della soglia di certezza probabilistica che qualifica lo *standard* del "più probabile che non", al di là delle (esemplificative) entità numeriche cui sovente si allude e che non fanno altro che introdurre una distorsione concettuale in un contesto argomentativo imperniato sullo schema della probabilità logica.

Tale ultima tendenza è frutto del fatto che, sul piano strettamente operativo, l'elaborazione di una teoria che definisca un canone o un criterio "oggettivo" di sufficienza, cioè un criterio di prova formalizzato o formalizzabile, non può non tenere conto della intrinseca difficoltà di graduare il peso che la valutazione soggettiva del giudice riveste nel passaggio dalla valutazione dei singoli elementi probatori raccolti al giudizio di sufficienza o meno dell'ipotesi sul fatto (⁵²³).

Il problema della sufficiente razionalità della decisione giudiziale, se inteso nel senso di commisurarla alla valutazione soggettiva del giudice, lungi dal trovare una soluzione, anche solo ipotetica, potrebbe restare sempre relegata in una sorta di "punto cieco", esposto al rischio di interventi arbitrari, improntati al potere di cui il giudice dispone.

Invero, la razionalità della decisione giudiziale sul fatto è il fine ultimo cui tende il necessario bilanciamento tra l'inevitabile soggettivismo giudiziario

(⁵²³) Basti in questa sede osservare, in linea generale, come l'indagine vada rivolta al metodo di valutazione degli elementi di prova disponibili e sulla scelta tra un generico modello olistico ovvero un rigoroso metodo analitico. La soluzione da privilegiare non può che risultare la seconda, atteso che il modello olistico si presterebbe facilmente a sovrapporre alla realtà dei fatti la loro (sola) narrazione, con il rischio che una perfetta coerenza narrativa, possa fuorviare il giudice e condurlo ad una decisione ingiusta, mentre il metodo analitico-atomistico si fonda sulla premessa che la base della decisione sia rappresentata dai fatti e soltanto da essi. Su questi temi v. M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009; ID., *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 789; ID., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 382 ss.; ID., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 40 ss.

e l'irrinunciabile oggettività della valutazione dei fatti, un fine che potrà ritenersi raggiunto tutte le volte in cui il secondo aspetto del ragionamento probatorio prevalga sul primo (⁵²⁴).

Così, nell'ottica della necessaria valorizzazione della complessità dell'accertamento giudiziale, in una prima fase del ragionamento probatorio, che *precede* la valutazione probabilistica degli elementi di prova disponibili, intesa come probabilità prevalente dell'una ipotesi sull'altra, un metodo strutturale-criterio logico da utilizzare (*rectius* valorizzare) da parte del giudice potrebbe essere quello della *probabilità logica combinata*, da intendersi nel senso che il giudice, dopo aver valutato la certezza sul piano storico-processuale di ciascun elemento di prova, esamina poi ciascuno dei fatti così valutati in combinazione con ciascuno degli altri fatti allegati al processo e caratterizzati dal *medesimo* grado di certezza. La combinazione logica degli elementi di prova di segno positivo (e cioè rispondenti al criterio di non contraddizione, di omogeneità organica e di logica sia strutturale che funzionale) porterebbe così all'approdo alla seconda fase del giudizio sulla base del criterio della probabilità prevalente sull'ipotesi negativa o sulle concorrenti ipotesi positive alternative che diano invece un risultato "di segno meno" rispetto al giudizio sull'eziologia del fatto. La seconda fase dell'indagine del giudice si fonderà, diacronicamente, sul criterio, rispettivamente, del più probabile che non e della probabilità prevalente.

Il giudizio di prevalenza logica dell'ipotesi positiva potrebbe allora condurre, al termine del ragionamento probatorio così strutturato, all'affermazione dell'esistenza del nesso eziologico sul piano processuale che, non si dimentichi, è dimensione altra rispetto al piano naturalistico della causalità (⁵²⁵).

(⁵²⁴) L.J. COHEN, *Belief and Acceptance*, in *Mind New Series*, 1989, p. 376 ss.; ID., *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, 1992, p. 5., la scelta dell'ipotesi non riguarda, quindi, l'accettazione della stessa, ovvero, secondo un significato accolto anche in ambito giuridico, l'atto mentale volontario con cui si adotta la linea di usare in un qualche contesto un dato asserto come elemento o premessa di un ragionamento.

(⁵²⁵) I limiti del presente scritto non consentono di approfondire l'indagine sulla causalità da perdita di *chance* (su cui v. R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., *passim* e B. TASSONE, *Causalità e perdita di chance*, cit., *passim*) e sul nesso causale nei territori della

responsabilità oggettiva così come ricostruiti dalla giurisprudenza di legittimità (su cui v. B. DE SANTIS, *Brevi note su recenti riletture giurisprudenziali dell'art. 2051 c.c.*, in *Judicium*, 2020). Sembra peraltro legittimo porsi l'interrogativo se i medesimi criteri probabilistici, adottati in sede di valutazione del nesso causale "ordinario", possano specularmente applicarsi, anzitutto alla fattispecie della perdita di *chance* così come recentemente ricostruita sul piano morfologico dalla sentenza di cui a Cass. 9 marzo 2018, n. 5641: si intende cioè interrogarsi sulla predicabilità di un livello non di probabilità ma di certezza causale nella relazione tra la condotta del danneggiante e l'evento di danno costituito dalla perdita della possibilità di conseguire un risultato diverso e migliore. Interrogativo ancor più delicato e pregnante è quello che sorge al cospetto delle fattispecie di responsabilità oggettiva, e cioè a dirsi se la sostanziale elisione della rilevanza dell'elemento soggettivo dell'illecito possa comportare la ricerca di un più alto livello di probabilità nell'indagine sulla relazione causale tra la *res* e il danno, se cioè in casi consimili possa non infondatamente evocarsi il criterio penalistico dell'alto grado di credibilità razionale e di credibilità razionale. Tali interrogativi, invero, e le riflessioni che essi comportano, potrebbero assumere un ruolo decisivo anche ai fini di una più compiuta specificazione del criterio probabilistico che abbiamo esaminato in questa sede, potendo esso essere maggiormente specificato dalle argomentazioni che, *a contrario*, si ricaverebbero dalle riflessioni sugli indicati aspetti, ad oggi tutt'altro che indagati.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove*, Milano, 2003.
- AA. VV., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza "Franzese". Riflessioni e problematiche nel settore penale e in quello civile*, Tropea, 2013.
- AA.VV., *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017.
- AA. VV., *La nuova responsabilità e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Gelli F., Hazan M., Zorzit D. (a cura di), Milano, 2017.
- AA. VV., *La nuova responsabilità professionale in Sanità. Commentario alla riforma Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n.24)*, Genovese U., Martini F. (a cura di), Rimini, 2017.
- AA. VA., *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24. Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, Meoli B., Sica S., Stanzione P. (a cura di), Napoli, 2018.
- AA. VV., *Le responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge 24/2017*, Bottari C., De Angelis P. (a cura di), Bologna, 2018.
- AA. VV., *La nuova responsabilità medica. Le responsabilità della struttura e quelle del medico ("strutturato" e non). Le linee guida, il consenso informato, la privacy. Le nuove frontiere: Artificial Intelligence, staminali, product liability, medicina "estetica". I profili processuali*, Ruffolo U. (a cura di), Milano, 2018.
- AA. VV., *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Romagnoli G. (a cura di), Napoli, 2018.
- AGAZZI E., *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 393 ss.

AGAZZI E., *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in AA. VV., *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 379 ss.

ADORNO M., *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in De Santis A.D. (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Roma, 2017, p. 114 ss.

AGNINO F., *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement ed oggettivazione della responsabilità medica.*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 628 ss.

AGOSTINI F., *La tutela delle malattie professionali dopo la sentenza della Corte cost. del 18 febbraio 1988, n. 179*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1988, p. 3 ss.

AL MUREDEN E., *I danni da uso del cellulare tra tutela previdenziale e limiti della responsabilità del produttore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1392 ss.

AL MUREDEN E., *Uso del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità "tollerabile", principio di precauzione e nuovi obblighi informativi*. in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 737 ss.

AL MUREDEN E., *I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli standard legislativi, principio di precauzione e autoresponsabilità dell'utilizzatore*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1077 ss.

AL MUREDEN E., *Danno da cellulare e doveri di informazione tra precauzione e autoresponsabilità*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 365 ss.

ALBANESE A., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 1128 ss.

ALEO S., *Causalità, complessità e funzione penale*, Milano, 2003.

ALIBRANDI G., *Sistema misto per le tecnopatologie dopo la sentenza n. 179/1988 della Corte Costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 1988.

ALIBRANDI G., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2002.

ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 318 ss.

ALPA G., *Manuale di Diritto Privato*, Padova, 2017.

ALPA G., *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 728 ss.

- ALPA G., *La responsabilità civile*, Torino, 2018.
- ALTIMARI M., *Malattie a eziologia multifattoriale e presunzione legale di origine professionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 340 ss.
- AMIRANTE V., *Brevi note sulla legge di riforma della responsabilità*, in www.questionegiustizia.it.
- AMODIO E., *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 3 ss.
- AMRAM D., *La persona, le “forzose rinunce” e l’algebra: qualche considerazione all’indomani delle sentenze di San Martino 2019*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 49 ss.
- ANCONA V.E., *All’origine della svolta epistemologica della sentenza Franzese. Ricerche sulla probabilità logica o baconiana*, in *Riv. it. fil. dir.*, 2017, p. 679 ss.
- ANDRIOLI V., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1967, p. 923 ss.
- ANGELICI C., *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991.
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità del diritto penale*, Padova, 1934.
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.
- ARNONE G.M.D., *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33 ss.
- ASTONE A., *Profili civilistici (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1122 ss.
- ASTONE A., *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessi a margine della L. 8 marzo 2017, n. 24)*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1115 ss.
- ATIENZA M., *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, Napoli, 2012.
- AULETTA G.G., *La risoluzione per inadempimento*, in Messina G. (a cura di), *Studi di diritto privato diretti*, Milano, 1942.
- AZZALI G., *Contributo alla teoria della causalità nel diritto penale*, Milano, 1954.

- BARBARISI A., *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, p. 217 ss.
- BARCELLONA M., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul concetto di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 228 ss.
- BARCELLONA P., *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 313 ss.
- BARNI M., *È in atto un effettivo viraggio (anche) della Cassazione in tema di responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 639 ss.
- BARNI M., *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 489 ss.
- BASILE F., *Morte come conseguenza del delitto di cessione illecita di sostanze stupefacenti*, in *Corr. mer.*, 2005, p. 821 ss.
- BAUDI A., *Considerazioni sul rapporto di causalità giuridica*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2042 ss.
- BELFIORE A., *Il binomio "causalità giuridica-causalità materiale" e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, p. 117 ss.
- BENEDETTI V.A.M., *Verso una 'medicalizzazione' della responsabilità contrattuale? Esercizi di discutibile riscrittura dell'art. 1218 c.c.*, in www.giustiziacivile.com, 2020.
- BERDA R., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 953 ss.
- BERTI L., *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, Milano, 2013.
- BESSO MARCHEIS C., *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1383 ss.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953.
- BELTRÀN J.F., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004.

BIANCA C.M., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario cod. civ.* Scajola e Branca, Roma-Bologna, 1979, p. 176 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 2018.

BLAIOTTA R., *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*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1775 ss.

BLAIOTTA R., *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004.

BLAIOTTA R., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 365 ss.

BLAIOTTA R., *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 3 ss.

BLAIOTTA R., *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in Bartoli R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, p. 147 ss.

BLAIOTTA R., CANZIO G., voce *Causalità (dir. pen.)*, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 821.

BLAIOTTA V., *Causalità giuridica*, Torino, 2010.

BOCCA C., *Il rapporto di causalità*, in *Resp. civ.*, 1957, p. 107 ss.

BOCCHIOLA M., *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 55 ss.

BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle sezioni unite penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 362 ss.

BONA M., *(Itinerari della giurisprudenza) "Nesso di causa"*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 395 ss.

BONA M., *Relazione*, in AA. VV., *Il rapporto di causalità a 10 anni dalla sentenza "Franzese". Riflessioni e problematiche nel settore penale e in quello civile*, 2012, p. 69 ss.

BONA M., *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, San Marino, 2013.

- BONAVERA E., *Responsabilità per contatto sociale della persona fisica designata dall'amministratore persona giuridica di S.r.l. all'esercizio delle funzioni gestorie*, in *Le Società*, 2017, p. 959 ss.
- BONDI A., *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999.
- BONFANTINI M.A., *La semiosi e l'abduzione*, Milano, 1987.
- BONIOLO G., VIDALI P., *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 2003.
- BORDON R., *Il nesso di causalità*, Torino, 2006.
- BORDON R., *La perdita di chances di guarigione*, 2007, in www.personaedanno.it.
- BOVE M., *Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 398 ss.
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BRECCIA U., *La colpa professionale*, in Visintini G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, 1988, p. 317 ss.
- BREDA R., *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*. in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 77 ss.
- BREWER S., *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, in *Harv. Law Rev.*, 1996, p. 925 ss.
- BRUSCHI V.A., *Metodologia delle scienze sociali*, Milano, 1999.
- BRUSCO C., *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2599 ss.
- BRUSCO C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.
- BRUSCO C., *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 646 ss.
- BUSNELLI F., *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974.

- BUSNELLI F., *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 461 ss.
- BUSONI F., *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Torino, 2011.
- BUSSANI M., *La colpa soggettiva: modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1991.
- CACACE S., *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 201 ss.
- CACACE S., *L'estate dell'autodeterminazione, a San Martino 2019*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 21 ss.
- CACCAMO V., *Il problema dell'accertamento del nesso causale nell'attività medico-chirurgica: la soluzione tedesca*, in Canestrari S., Giunta F., Guerrini R., Padovani T. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 94 ss.
- CALAMANDREI P., *Per la definizione di fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, p. 273 ss.
- CALAMANDREI P., *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, c. 284 ss.
- CALETTI G.M., MATTHEUDAKIS M.L., *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, p. 85 ss.
- CALETTI G.M., MATTHEUDAKIS M.L., *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 1369 ss.
- CALLEN C.R., *Notes on A Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory*, in *Ind. Law Jour.*, 1982, p. 3 ss.
- CALOGERO G., *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937.
- CALVO R., *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 397 ss.
- CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017.

- CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in Rescigno P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1994, p. 34 ss.
- CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1103 ss.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2002.
- CAPECCHI M., *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 257 ss.
- CAPECCHI M., *Note in tema di illecito omissivo*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 276 ss.
- CAPECCHI M., *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 492 ss.
- CAPECCHI M., *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni Unite penali alle Sezioni Unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 148 ss.
- CAPUTI L., *Il nesso causalità nella responsabilità civile: un problema irrisolto o sopravvenuto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 185 ss.
- CAPUTO M., *"Promossa con riserva". La legge Gelli Bianco passa l'esame della Cassazione e viene "rimandata a settembre" per i decreti attuativi*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2201 ss.
- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.
- CAPUTO M., *Le Sezioni unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomo poiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 345 ss.
- CARBONE E., *Sviluppi in tema di onere probatorio e adempimento delle obbligazioni*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2557 ss.
- CARBONE V., *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Torino, 1987.
- CARBONE V., *Il rapporto di causalità*, in Alpa G., Bessone M. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 51 ss.
- CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss.

- CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.* 2013, p. 377 ss.
- CARBONE V., *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 737 ss.
- CARCATERRA G., *Indizi di norme*, in *Social. dir.*, 2002, p. 124 ss.
- CARCHIO C., *Ancora sulla prova del nesso causale nelle malattie multifattoriale*, in *Lavoro nella giur.*, 2017, p. 991 ss.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni in generale*, Roma, 2011.
- CARLI A., *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1002 ss.
- CARNELUTTI F., *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali*, 1933, p. 1 ss.
- CARNELUTTI F., *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 639 ss.
- CARNEVALI U., *Inadempimento e onere della prova*. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 355 ss.
- CARRATTA A., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 27 ss.
- CARRESI F., *Il contratto*, in Cicu A., Messineo F. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1987.
- CARUSI D., *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 488 ss.
- CARUSO G., *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013.
- CASALE D., *La prova del nesso di causalità professionale per le tecnopatîe non tabellate (a proposito della prima pronuncia che riconosce gli effetti cancerogeni dei campi elettromagnetici dei telefoni cellulari)*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 1331 ss.
- CASALE D., *Campi elettromagnetici e tumori professionali: Unione Europea e Cassazione a confronto*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 737 ss.

- CASTALDO A.R., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.
- CASTRONOVO C., *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, p. 120 ss.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.
- CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 69 ss.
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 87 ss.
- CASTRONOVO C., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 708 ss.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Torino, 2015.
- CATALANO E.M., *Logica della prova, statistical evidence e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 132 ss.
- CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- CAVALLONE B., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 975 ss.
- CERDONIO CHIAROMONTE G., *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 505 ss.
- CHIARINI G., *Il nesso eziologico nella responsabilità medico- sanitaria tra causalità materiale e causalità giuridica. Osservazioni a margine della travagliata evoluzione giurisprudenziale in tema di concorso tra fattori naturali e umani*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1299 ss.
- CHINDEMI D., *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. "legge Balduzzi"?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 1318 ss.
- CHINDEMI D., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Milano, 2018.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

CIAMPI F., *Riconosciuta l'indennità INAIL al lavoratore che ha contratto una rara malattia all'orecchio per l'uso eccessivo del cellulare*, in *Guida dir.*, 2017, p. 73 ss.

CIATTI A., *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 612 ss.

CICERO C., *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1510 ss.

CINELLI M., *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, Milano, 2000.

CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2016, p. 491 ss.

CIPRIANI G., *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1104 ss.

COHEN L.J., *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977.

COHEN L.J., *Belief and Acceptance*, in *Mind New Series*, 1989, p. 376 ss.

COHEN L.J., *An Eassy on Belief and Acceptance*, Oxford, 1992, p. 5.

COMOGLIO L.P., *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985.

COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Torino, 2010.

COMPORITI M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965.

CONSOLO C., BERTOLLINI P., BUONAFEDE A., *Il «tentativo obbligatorio di conciliazione» nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 763 ss.

CONSOLO C., BARONE S., *Responsabilità del medico e regolazione della successione di leggi di qualificazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 169 ss.

CONTE P., GOGGIAMANI A., OSSICINI A., *La denuncia/segnalazione delle malattie correlate al lavoro: una sintesi sull'attualità*, in *Riv. inf. mal prof.*, 2009, p. 571 ss.

CONTI C., *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 829 ss.

COPI I.M., COHEN C., *Introduzione alla logica*, Bologna, 1999.

CORDOPATRI F.P., *Interferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio*, in *Giur. mer.*, 1999, p. 362 ss.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

CORRADINI A., *Epistemologia delle scienze umane*, Milano, 2005, p. 49.

CORSARO L., *Colpa e responsabilità civile: l'evoluzione del sistema italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 270 ss.

CORSO S., *Sulla "retroattività dei nuovi criteri di valutazione del danno biologico nell'ambito della responsabilità medica"*, in www.rivistaresponsabilitàmedica.it.

COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955.

CRIMI E.M., *Responsabilità civile del sanitario ex decreto Balduzzi: una prima applicazione*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 633 ss.

CUCCIA S., *La responsabilità dell'Azienda sanitaria da deficit organizzativo*, in R. De Matteis, S. Aleo, G. Vecchio (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, p. 1121 ss.

CUGIA F.O., *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1751 ss.

CUGNO GARRANO V., *Spetta sempre al medico fornire la prova della mancanza di colpa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 948 ss.

CUPELLI C., *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco approda in Cassazione: prove di diritto intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 299 ss.

CUPELLI C., *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito operativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 250 ss.

CUPELLI C., *L'art. 590-sexies nelle motivazioni delle Sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1470 ss.

CURSI M.G., *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1653 ss.

D'ADDA A., *I limiti alla rivalsa della struttura sanitaria sul medico (e del debitore sul proprio ausiliario): la Suprema Corte si confronta con il sistema della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 59 ss.

D'ADDA A., *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 345 ss.

D'ALESSANDRO F., *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4812 ss.

D'AMICO G., *La prova del nesso di causalità "materiale" e il rischio della c.d. "causa ignota" nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 2018, c. 1348 ss.

D'AMICO G., *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 345 ss.

D'AMICO G., *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Foro. It.-Gli speciali, Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, R. Pardolesi (a cura di), 2020, c. 150 ss.

D'AURIA M., *Evento dannoso e nesso di causalità tra diritto civile e diritto penale*, in *Corr. mer.*, 2005, p. 891 ss.

DALIA A.A., *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975.

DALLA MASSARA T., *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *Contratti*, 2019, p. 373 ss.

DAPOR M., RAPELE M., *Elaborazione dei dati sperimentali*, Milano, 2005.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966.

DE FINETTI B., *Fondamenti logici del ragionamento probabilistico*, in *Boll. un. mat. it.*, Bologna, 1930.

- DE FLORIO C., *Conseguenza logica*, in *Portale italiano di filosofia analitica*, 2014.
- DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012.
- DE MARI CASARETO DAL VERME T., *La prova dell'inadempimento dell'obbligazione di prestare professionalmente la cura: tornare all'obbligazione di mezzi senza dirlo?*, in *www.giustiziacivile.com*, 2019.
- DE MARI CASARETO DAL VERME T., *Prestazione professionale sanitaria e prova dell'inadempimento dell'obbligazione: tornare ai "mezzi" senza dirlo?*, in *www.giustiziacivile.com*, 2020.
- DE MATTEIS A., *La nuova tabella delle malattie professionali nell'industria e nell'agricoltura*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2008, p. 444 ss.
- DE MATTEIS A., *La prova della malattia multifattoriale. L'equivoco continua*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2014, p. 583 ss.
- DE MATTEIS A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2016.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.
- DE MATTEIS R., *Causalità e danno nella responsabilità professionale*, in AA. VV., *I fatti illeciti. Causalità e danno*, Padova, 1999, p. 634 ss.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra scienza iuris e regole di formazione giurisprudenziale, Danno e resp.*, 1999, p. 781.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 26 ss.
- DE MATTEIS R., *Responsabilità e servizi sanitari*, in Galgano F. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico economico*, Padova, 2007, p. 124 ss.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 612 ss.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 123 ss.

DE VIRGILIO V., *Le nuove frontiere delle malattie professionali. Tecnopatie e nuove prassi in tema di nesso di causalità*, in *Boll. Adapt*, 8 maggio 2010.

DEL PUNTA R., *Malattia del lavoratore*, in *Annali*, 2012, p. 838 ss.

DELL'ANNO P., *Obbligo di motivazione e "ragionevole dubbio"*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, p. 522 ss.

DELLA TORRE J., *Il teorema di Bayes fa capolino al tribunale di Milano*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

DI CIOMMO F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro.it*, 1999, c. 3332.

DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, c. 601 ss.

DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 667 ss.

DI GIOVINE O., *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2151 ss.

DI LANDRO A., *La giurisprudenza in tema di responsabilità professionale segue i principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza "Franzese"? Due nuovi esempi di causalità more iuridico demonstrata*, in *Foro it.*, 2006, c. 623 ss.

DI MAJO A., *L'obbligo senza prestazione approda in Cassazione*. in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 661 ss.

DI MAJO A., *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 33 ss.

DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

DI MAJO A., *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 119 ss.

DI MAJO A., *La salute responsabile*, Torino, 2018.

DI MAJO A., *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, 2020, p. 37 ss.

DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, p. 58 ss.

DI SALVO E., *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3799 ss.

DI VITO B., *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 354 ss.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 35 ss.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 588 ss.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'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, p. 42 ss.

DONINI M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 646 ss.

DONZELLI R., *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1212 ss.

DRAGONE M., *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 687 ss.

DRI P., *Serendippo, come nasce una scoperta: la fortuna nella scienza*, Roma, 1994.

EGIZIANO V.L., *Le nuove prospettive del contezioso italiano in materia di danni da fumo attivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 815.

FACCI G., *Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 144 ss.

FACCI G., *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 348 ss.

FACCIOLI M., *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *Resp. civ.*, 2000, p. 952 ss.

FACCIOLI M., *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018.

- FANELLI A., *Sangue infetto e risarcimento del danno: tutele e responsabilità alla luce del principio di precauzione*, in Nanna C.M. (a cura di), *Diritto vivente e sensibilità dell'interprete*, Bari, 2010, p. 123 ss.
- FARNETI M., *Inadempimento e onere della prova*, in *Studium iuris*, 2002, p. 389 ss.
- FASSONE E., *Dalla certezza all'ipotesi preferibile: un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1104 ss.
- FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di mafia*, in *www.questionegiustizia*, 2002.
- FEOLA M., *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 50 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1991.
- FERRARI G., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 1995.
- FERRER BELTRÁN J., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004.
- FESTA R., CRUPI V., GIARETTA P., *Deduzione, induzione e abduzione nelle scienze mediche*, in *Logic & Philosophy of Science*, 2009, p. 41 ss.
- FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 120.
- FIANDACA G., *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in Costantino S., Rinaldi C. (a cura di), *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, Palermo, 2004, p. 178 ss.
- FIANDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2005, p. 13 ss.
- FIANDACA G., *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 945 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2011.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, Torino, 2019.
- FIorentino G., *I diversi volti della logica*, in *Strumenti critici*, 2008, p. 435 ss.
- FIORI A., *La causalità nelle malattie professionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 784 ss.

- FIORI A., LA MONICA G., ALBERTACCI G., *Le Sezioni Unite Penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 1599 ss.
- FIORI A., CASCIANI F., AUSANIA F., *La Cassazione civile accentua le differenze tra responsabilità medica penale e prospetta la risarcibilità autonoma della perdita di chance da colpevole inadempimento professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 809 ss.
- FITTIPALDI E., *Euristiche sociologico-giuridiche*, in *Soc. dir.*, 2003, p. 127 ss.
- FONTANA G., *'Causalità giuridica', ovvero l'arte di governare l'incertezza. Un caso emblematico: il dato eziologico nelle malattie professionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 33 ss.
- FORCHIELLI P., *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960.
- FORESTIERI A., *La nuova responsabilità sanitaria: sul danno morale e parentale resta il divieto delle duplicazioni*, in www.professionegiustizia.it.
- FORNERO G., TASSINARI S., *Le filosofie del Novecento*, Milano, 2002.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FORTI R., *Concorso di cause, professionali ed extraprofessionali, nelle malattie professionali tutelate dall'Inail*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 1126 ss.
- FORZA A., RUMIATI R., MENEGON G., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.
- FORZIATI M., *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 661 ss.
- FOSSÀ C., *Responsabilità per difetto del consenso informato: l'irresponsabile inadempimento dell'obbligo informativo e i suoi risvolti, sostanziali, processuali e probatori*, in *Foro pad.*, 2016, c. 10 ss.
- FRANCESCHELLI V., *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 688 ss.
- FRANZONI M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988.

- FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario cod. civ.* Scajola e Branca, Roma-Bologna, 2004, p. 22 ss.
- FRANZONI M., *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011.
- FRANZONI M., *La “vicinanza della prova”, quindi...*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 360 ss.
- FRANZONI M., *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 195 ss.
- FREELING A.N.S., SAHLIN N.E., *La combinazione delle prove*, in Gärdenfors P., Hansson B., Sahlin N.E. (a cura di), *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici*, Milano, 1997, p. 59 ss.
- FRIXIONE M., *Come ragioniamo*, Bari-Roma, 2007.
- FUSELLI S., *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano, 2008.
- GAETA L., *Il nesso di causale tra lavorazione “tabellata” e malattia professionale*, in *Giur. it.*, 1982, p. 701 ss.
- GALATI A., *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 933 ss.
- GALGANO F., *Contratto e responsabilità contrattuale nella responsabilità sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 995 ss.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990.
- GALLO P., *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1759 ss.
- GARBOLINO P., *Dall’effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 298 ss.
- GARIBOTTI A., *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l’interpretazione della Legge Balduzzi*, in *Riv.it. med. leg.*, 2014, p. 737 ss.
- GATTARI P., *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all’art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1039 ss.

GAZZARA M., *Le Sez. Un. «fanno il punto» in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, p. 795 ss., in *Danno e resp.*, 2008, p. 788 ss.

GERI V., *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 204 ss.

GIGLIO G., *Malattia professionale non tabellata e onere della prova*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 195 ss.

GILLIES D., GIORELLO G., *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Bari, 2005.

GIORGIANI M., *L'inadempimento*, Milano, 1975.

GIOVANARDI C.A., GUARNIERI G., LUDOVICO G., TREGLIA G., *La neoplasia provocata dall'uso prolungato del cellulare come malattia professionale*, in *Lavoro nella giur.*, 2012, p. 1213 ss.

GIOVENE A., *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941.

GIROLAMI P., *La responsabilità contrattuale (o da contatto) del medico dipendente. Alcune considerazioni alla luce della sentenza Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 311 ss.

GOLANSKY A., *Nascent Modernity In The Case Of Sherwood V. Walker. An Intertextual Proposition*, in *Willamette Law Rev.*, 1999, p. 315 ss.

GOLDMAN I., *Epistemology and Cognition*, Cambridge-London, 1986.

GORGONI M., *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 996 ss.

GORGONI M., *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Riv. civ. e prev.*, 2008, p. 77 ss.

GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 405 ss.

GRAZZINI B., *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1239 ss.

GRISPIGNI F., *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 12 ss.

- GRONDONA M., *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcimento del danno morale riflesso: la Cassazione fa il punto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1104 ss.
- GUARNIERI G., *Causalità dell'omissione*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1934, XII, p. 19 ss.
- GUERINONI E., *Obbligazione da contatto sociale e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*. in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss.
- GIORGIANNI M., voce *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 581 ss.
- HAACK S., *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, 2015.
- HART H.L.A., HONORÉ A.M., *Causation in the law*, Oxford, 1959.
- HANZ M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (d.d.l. Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 75 ss.
- HOLZER S., *Probabilità elementare*, Trieste, 2017.
- HUHN W.R., *Teaching Legal Analysis Using a Pluralistic Model of Law*, in *Gonz. Law Rev.*, 2000, p. 433 ss.
- HUNTER D., *Reason Is Too Large: Analogy And Precedent In Law*, in *Emory Law Jour.*, 2001, p. 1197 ss.
- IACONA A., *L'argomentazione*, Torino, 2010.
- IADECOLA G., *Colpa medica e adeguata scelta del perito nel processo*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 1942 ss.
- IAMICELI P., *La responsabilità civile del medico*, in Cendon P. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Torino, 1998, p. 311 ss.
- IANNELLO E., *L'onere della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in www.giustiziainsieme.it.
- IANNONE P., *La responsabilità medica. Le novità della legge 24/2017*, Roma, 2018.

- IZZO U., *Il tramonto di un “sottosistema” della responsabilità della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 130 ss.
- IZZO U., *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, in *Giur. it.*, 2020, p. 198 ss.
- KAUFMANN A., *Il ruolo dell’abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars. int.*, 2001, p. 319 ss.
- LA MONICA B., *Orientamenti della giurisprudenza in tema di danno da contagio post-trasfusionale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 496 ss.
- LABELLA E., *Il nesso di causalità nelle «obbligazioni di diligenza professionale»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, p. 277.
- LAGHEZZA P., *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro. it.*, 2002, c. 769 ss.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LANOTTE A., *L’obbligazione del medico dipendente è un’obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro.it*, 1999, c. 3332
- LAPLACE P.S., *Saggio sulle probabilità*, Bari, 1951.
- LAUDISA V.F., *Causalità. Storia di un modello di conoscenza*, Roma, 1999.
- LEGA C., *In tema di responsabilità del medico chirurgo*, in *Giur. it.*, 1976, p. 953 ss.
- LEONE F., *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 84 ss.
- LEPRE A., *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell’obbligazione sanitaria*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 97 ss.
- LICCI G., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996.
- LOCATELLI V. L., *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o “regola del più probabile che non”?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 339 ss.
- LOMBARDO L., *Riflessioni sull’attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 611 ss.

- LOMBARDO L., *La prova giudiziale, contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999.
- LOMBARDO L., *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in AA. VV., *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Cagliari, 2007, p. 126 ss.
- LONGOBARDO C., *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 649 ss.
- LUMINOSO A., *Della risoluzione per inadempimento*, Bologna, 1990.
- MACARIO F., *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it.*, 2020, c. 162 ss.
- MACCORMICK N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001.
- MACRÌ M., *Responsabilità medica: unico criterio metodologico processuale di accertamento della sussistenza del nesso causale per i reati omissivi e commissivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 94 ss.
- MADDALENA G., *Istinto razionale. Studi sulla semeiotica dell'uomo Peirce*, Torino, 2003.
- MAGLIULO M., *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle Sezioni Unite e la rilettura del principio della vicinanza alla fonte di prova*, in *Foro it.*, 2019, c. 2726 ss.
- MAGNI F.A., *I limiti della rivalsa della casa di cura nei confronti del medico, prima e dopo la legge Gelli- Bianco (cuiuscommoda...)*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 335 ss.
- MANNA L., *Le obbligazioni senza prestazione*, in Garofalo L., Talamanca M. (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2010, p. 42 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2017.
- MARICONDA V., *Inadempimento ed onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss.
- MARINUCCI E., DOLCINI G., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018.

- MARUCCI B., *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018.
- MASIERI C., *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 769 ss.
- MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a “nuvole ed orologi”*: osservazioni sparse sul principio di causalità, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3661 ss.
- MASSIMO P., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 703 ss.
- MATTEINI CHIARI S., *Note in tema di imputazione causale dell’evento nella causalità attiva e nella causalità omissiva e obbligo giuridico di impedire l’evento*, in *Giur. mer.*, 1994, p. 317 ss.
- MATTINA L., *Legge Balduzzi: natura della responsabilità civile del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 452 ss.
- MATTINA L., *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 64 ss.
- MAZZAMUTO S., *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 504 ss.
- MEMMO D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 ss.
- MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 184 ss.
- MENGONI L., voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1098 ss.
- MEOLI B., *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Dir. e giust.*, 2001, p. 24 ss.
- MERTON K., FALLOCCO S., *La serendipity nella ricerca sociale e politica: cercare una cosa e trovarne un'altra*, Roma, 2002.
- MERTON K., BARBER E.G., *The Travels and Adventures of Serendipity. A Study in Historical Semantics and the Sociology of Science*, Princeton, 1992, trad. it., *Viaggi e avventure della Serendipity. Saggio di semantica sociologica e sociologia della scienza*, Bologna, 2002.

- MILL J.S., *Sistema di logica razionativa e induttiva*, Roma, 1968.
- MIRABELLI DI LAURO A.P., *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 71 ss.
- MIRIELLO C., *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 226 ss.
- MISSIAGGIA M.L., *La responsabilità sanitaria. Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, Piacenza, 2017.
- MONATERI P.G., *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 458 ss.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, Torino, 1998.
- MONATERI P.G., BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in AA. VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005.
- MONTANARI VERGALLO G., *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017.
- MONTELEONE G., *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 124 ss.
- MORSELLI E., *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 886 ss.
- MORSELLI E., *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Annali*, 2010, p. 635 ss.
- MURA A., *Teorema di Bayes e valutazione della prova*, in *Cass. pen.* 2004, p. 1808 ss.
- MURA A., *Attuale insostenibilità dell'epistemologia sottesa alla sentenza Franzese*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3396 ss.
- MUSOTTO G., *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, Milano, 1952.
- MUSY A.M., *Sicilcasse ed il danno da perdita una chance*, in *Giur. it.*, 1994, p. 234 ss.
- NAPPI A., *Il controllo della Corte di cassazione sul ragionamento probatorio del giudice di merito*, in *Cass. pen.* 1998, p. 1262 ss.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Cicu A., Messineo F. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, p. 14 ss.

NAVARRETTA E., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La responsabilità e il danno*, Milano, 2009.

NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 873 ss.

NICOLUSSI A., *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, in Capograssi L., Corsi M.F. (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011, p. 107 ss.

NICOLUSSI A., *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 2015, p. 659 ss.

NICOTRA D., TASSONE B., *Autonomia e diversità di modelli di accertamento del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 325 ss.

NIVARRA L., *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai: il punto sulla giurisprudenza)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 513 ss.

NIVARRA L., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 45 ss.

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Padova, 1974.

NOBILI M., *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990.

NOCCO L., *Il nesso di causalità materiale, la probabilità logica e la ritrovata (?) centralità della colpa in responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1015 ss.

NOCCO L., *La probabilità logica del nesso causale approda in sede civile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 59.

NOCCO L., *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1238 ss.

- NOCCO L., *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010.
- NOCCO L., *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 949 ss.
- NORELLI G.A., BONELLI A., FOCARDI M., PINCHI V., *Rigore giuridico ed opportunità sociale nella valutazione della concausa di malattia professionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 887 ss.
- NORELLI G.A., FOCARDI M., *Causalità e malattie professionali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1495 ss.
- NUCCI R.V., *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: “qualificato inadempimento” e prova del nesso causale*, in *Resp. med.*, 2017, p. 527 ss.
- NUVOLONE P., *Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
- OSTI G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 ss.
- OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 ss.
- OSTI G., voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 288 ss.
- PACCES A.M., *Alla ricerca delle chance perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 661 ss.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1996.
- PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1035 ss.
- PAGLIARO A., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2007, p. 161.
- PALADINI M., *Linee guida, buone pratiche e quotidiane del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 881 ss.
- PALIERO C.E., *La causalità dell’omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 830 ss.

- PALMA G., *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità sanitaria*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, p. 913 ss.
- PARADISO M., *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 331 ss.
- PARADISO M., *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 703 ss.
- PARDOLESI R., MAGLIULO M., *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 256 ss.
- PARDOLESI R., SIMONE R., *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 5 ss.
- PARDOLESI R., SIMONE R., *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, in *Foro. It.-Gli speciali, Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, Pardolesi R. (a cura di), 2020, p. 136 ss.
- PARTISANI R., *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 357 ss.
- PASCALE G., *Responsabilità del medico e risarcimento del danno dopo la riforma Gelli Bianco*, Rimini, 2017.
- PASCALI V., *Causalità e inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011.
- PASCAZIO V., *Tecnopatie tabellate, non tabellate o ad eziologia multifattoriale ed onere della prova*, in *Lavoro nella giur.*, 2018, p. 139 ss.
- PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 1996.
- PATTI S., *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 481 ss.
- PATTI S., *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1987, p. 34 ss.
- PATTI S., *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 601 ss.
- PATTI S., *Onere della prova e giuramento suppletorio: un problema di coordinamento*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2516 ss.

PAZIENZA S., *Cause sopravvenute ed esclusione del nesso di causalità: incertezze dommatiche e istanze punitive nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1675 ss.

PECORARO ALBANI A., *Caso e causalità*, in *Arch. pen.*, 1960, p. 81 ss.

PEIRCE C.S., *Causalità e forza*, in Maddalena G. (a cura di), *Scritti scelti*, Torino, 2005, p. 339 ss.

PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano.

PERSIANI M., *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, p. 310 ss.

PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 1998.

PERSIANI M., *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, p. 1 ss.

PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2016.

PICCININNO S., *La tutela assicurativa delle malattie professionali alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 179 e n. 206/1988*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, p. 309 ss.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004.

PIRAINO F., *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 305 ss.

PIRAINO F., *Corsi e ricorsi nelle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, p. 888 ss.

PIRAINO F., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 719 ss.

PIRAINO F., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro. It.-Gli speciali, Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, R. Pardolesi (a cura di), 2020, c. 178 ss.

PIRAINO F., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 559 ss.

PIRO F., *Manuale di educazione al pensiero critico, Comprendere e argomentare*, Napoli, 2015.

PIZZI C., *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Milano, 1997.

PIZZI C., *Pluralità di cause e formula della «condicio»*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 750 ss.

PIZZI C., *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 238 ss.

PLAIA A., *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1327 ss.

PLAIA A., *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *I contratti*, 2020, p. 349 ss.

POLI R., *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2526 ss.

POLI R., *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 515 ss.

PONTICELLI P. G., *La responsabilità medica e servizio sanitario nazionale*, in *Giur. it.*, 1987, p. 136 ss.

PONZANELLI G., *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 816 ss.

PONZANELLI G., *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 268 ss.

PONZANELLI G., *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 65 ss.

POPPER K.R., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 2010.

PREVITI S., *Le prove civili*, Milanofiori Assago, 2014.

PRINCIGALLI A., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983.

PRINCIGALLI A., *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*, 1988, in *Foro it.*, 1988, c. 2296 ss.

PROCCHI F., *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005.

PUCELLA R., *La causalità «incerta»*, Torino, 2007.

PUCELLA R., *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 445 ss.

PUCELLA R., *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 43 ss.

PUCELLA R., *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 37 ss.

PUCELLA R., *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 821 ss.

PUCELLA R., DE SANTIS G., *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, Padova, 2007.

PULIATTI A., *Colpa omissiva fra medico e ospedale: cambia il nesso causale, ecco i paletti*, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 25 ss.

QUERCI V., PASQUINI F., *In tema di responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, p. 467 ss.

RAGNI M., *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 276 ss.

REALMONTE F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.

RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1979, p. 133 ss.

RICCA P., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965.

RICCETTI I., *Responsabilità della struttura sanitaria: non è più sufficiente la (già difficile) allegazione dell'inadempimento qualificato per soddisfare l'onere probatorio del danneggiato?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 712 ss.

RICCIO A., *Le diverse specie di obbligazioni: pecuniarie, alternative, solidali, indivisibili*, in Franzoni M. (a cura di), *Le obbligazioni*, Torino, 2004, p. 1208 ss.

RISICATO L., *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in www.legislazionepenale.eu, 2017.

- RISICATO L., *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2201 ss.
- RISICATO L., *Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1515 ss.
- RIZZO N., *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 327 ss.
- RODOTÀ S., voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539 ss.
- RODOTÀ S., *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1978, p. 3 ss.
- ROIATI A., *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, p. 233 ss.
- ROIATI A., *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen. online*, 2017.
- ROLFI F., *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la cassazione alla ricerca di un modello unitario*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 257 ss.
- ROLFI F., *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*. in *Resp. civ.*, 2007, p. 402 ss.,
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 366.
- RONCALI D., *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 280 ss.
- RONDELLI S., *La presunzione nelle malattie professionali: aspetti medico-legali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1985, p. 385 ss.
- RONDELLI S., *Ancora sulla presunzione legale nell'assicurazione contro le malattie professionali: aspetti medico-legali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, p. 227 ss.
- ROSSETTI M., *Allargati ancora i confini della responsabilità del medico. Ma è contrasto tra le sezioni civili e penali della Suprema Corte*, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 35 ss.

ROSSETTI M., *Unicuiquesuum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2218 ss.

ROSSI A., *I nuovi rischi per la salute del lavoratore. Tutela previdenziale e tutela preventiva della più recente giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1988, c. 1032 ss.

ROVELLI R., *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino, 1964.

ROXIN C., *La problematica dell'imputazione oggettiva. Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1998.

RUBINI TARIZZO E., *Nesso di causalità e danno psichico*, in *Giur. it.*, 1991, p. 1 ss.

RUFFINI GANDOLFI M.L., *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 303 ss.

RUVOLO M., CIARDO S., *Approvata la nuova Legge sulla responsabilità sanitaria, cosa cambia?*, in www.questionegiustizia.it.

SACCO R., *Il contratto*, Torino, 1993.

SACCO R., *I rimedi sinallagmatici*, Padova, 2018.

SAMMARCO A.A., *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001.

SANGIORGIO M. R., *Contratti: al debitore (convenuto) tutto l'onere di provare l'adempimento*. in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss.

SANTORO G., *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1992.

SANTORO G., *L'inadempimento*, in Cendon P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 108 ss.

SARACENO P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940.

SCHELINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 651 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1515 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e “contatto sociale qualificato”*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1950 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *La rilevanza delle linee guida ed il problema dell’onere della prova*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 741 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *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, p. 307 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Sulla irretroattività della disciplina sostanziale della l. n. 189/2012 e della l. n. 24/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 318 ss.

SENESE S., *Esposizione a rischio e nesso di causalità nelle malattie a genesi multifattoriale, relazione al seminario nazionale avvocati Inail 2006*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2007, p. 2 ss.

SERENI A., *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008.

SFERRA C., *Confronto tra malattia professionale non tabellata e malattia comune*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2010, p. 471 ss.

SHAFER G., *La costruzione degli argomenti probabilistici*, in Tillers P., Green E.D. (a cura di), *L’inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, Milano, 2003, p. 275 ss.

SCHUM D.A., *Species Of Abductive Reasoning In Fact Investigation In Law*, in *Cardozo Law Rev.*, 2001, p. 1645 ss.

SIMONE R., *Equivoci della causalità adeguata e contaminazioni di modelli di spiegazione causale*, in *Danno resp.*, 2008, p. 1011 ss.

SIMONE R., *Ombre e nebbia di San Martino. la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, 2020, in *Foro. It.-Gli speciali, Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, R. Pardolesi (a cura di), 2020, c. p. 210 ss.

- SINISCALCO M., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 639 ss.
- SMORTO G., *Responsabilità medica*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2013, p. 640 ss.
- SORGI C., *Il nesso di causalità nelle malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2001, p. 1013 ss.
- SORGI A., *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Torino, 2010.
- STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1259 ss.
- STELLA F., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma 1991, p. 16 ss.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.
- STELLA F., *Etica e razionalità del processo nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.
- STELLA F., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1215 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.
- STELLA F., *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 1160 ss.
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.
- TARUFFO M., voce *Liberio convincimento del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 4 ss.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.
- TARUFFO M., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 733 ss.
- TARUFFO M., voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, p. 68 ss.
- TARUFFO M., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in Bessone M. (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, 1999, p. 296 ss.
- TARUFFO M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.

TARUFFO M., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 2005, p. 1084 ss.

TARUFFO M., *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 101 ss.

TARUFFO M., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 551 ss.

TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012.

TASSONE B., *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 525 ss.

TASSONE B., *Orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 633 ss.

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

TASSONE B., *La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione*, in *Foro it.*, 2020, c. 197 ss.

TASSONE B., *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020.

TENELLA SILLANI C., *Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1247 ss.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Torino, 2017.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017.

TRAPASSO M.T., *Imputazione oggettiva e colpa tra "azione" ed "omissione": dalla struttura all'accertamento*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1225 ss.

TRAVAGLINO G., *Causalità civile e penale: modelli a confronto*. in *Corr. mer.*, 2008, p. 694 ss.

TRAVAGLINO G., *La questione dei nessi di causa*, Milanofiori Assago, 2012.

TRAVAGLINO G., *Nessi causali e presunzioni*, in AA. VV., *Il ragionamento presuntivo*, S. Patti, R. Poli (a cura di), Torino, 2022, in corso di pubblicazione.

TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967.

TUZET G., *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006.

- TUZET G., *Ragionamento giuridico, prove e regole*, in *Dir. e questioni pubbliche*, 2011, p. 1065 ss.
- TUZET G., *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016.
- VALCAVI G., *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 411 ss.
- VALENTE P., *Appunti in tema di fatto, nesso causale e danno*, in *Dir. e giust.*, 1955, p. 372 ss.
- VALORE P., *Profili di responsabilità medica per omessa informazione al paziente delle carenze strutturali della clinica*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1720 ss.
- VALORE P., *Responsabilità del medico e onere della prova*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 129 ss.
- VARANESE G., *Sonderverbindung e responsabilità precontrattuale da contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 116 ss.
- VARVARESSOS A., *Riscontro epidemiologico e probabilità qualificata: nuove prospettive per l'accertamento in concreto dell'elemento causale nelle ipotesi di malattie non tabellate o ad eziologia multifattoriale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1563 ss.
- VENOSTA F., *Prestazioni non dovute, «contatto sociale» e doveri di protezione «autonomi»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 154 ss.
- VERDE G., *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, c. 177 ss.
- VETTORI G., *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in www.personaemercato.it, 2013.
- VILLA G., *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*. in *Studium iuris*, 2002, p. 389 ss.
- VILLA G., *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*. in *Contratti*, 2019, p. 373 ss.
- VINCIGUERRA G., *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 795 ss.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999.

- VISINTINI G., *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 532 ss.
- VITI M., *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1026.
- WALTON D., *Abductive Reasoning*, Tuscaloosa, 2004.
- ZACCARIA A., “*Contatto sociale*” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *www.juscivile.it*, 2017, p. 187 ss.
- ZANA M., *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Torino, 1993.
- ZATTI V.P., *L’interesse leso e il danno risarcibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, p. 123 ss.
- ZAULI F., *Sintetica analisi del nesso causale e della colpa medica: due categorie giuridiche su piani morfologicamente distinti*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 402 ss.
- ZAULI F., *Responsabilità medica e interventi di natura routinaria: l’onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 402 ss.
- ZENO ZENOVICH V., *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 308 ss.
- ZORZIT D., *La responsabilità del medico alla luce del decreto Balduzzi: un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 74 ss.
- ZORZIT D., *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 696 ss.
- ZUMPARO M.A., *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 483 ss.