

## ABSTRACT. TESI DI FABIANA DI GRAZIA: LA “CAUSALITA’ INCERTA”

Il presente elaborato si pone l’obiettivo di indagare il profilo dell’accertamento del nesso causale nel settore della responsabilità extracontrattuale. Partendo dagli artt. 40 e 41 c.p., che sono le uniche norme dell’ordinamento che disciplinano il nesso causale, si evidenzia come l’interpretazione delle stesse abbia destato non pochi dubbi ermeneutici, che hanno condotto alla elaborazione di diverse teorie causali.

Alla fine, a prevalere è stata la teoria condizionalistica, così come interpretata dalle SU Franzese nel 2002. Questa sentenza costituisce un pilastro in tema di accertamento del nesso causale e sancisce il passaggio dalla probabilità statistica alla c.d. probabilità logica, per cui il giudice può affermare l’esistenza o meno del nesso causale nel caso concreto, valutando tutta l’evidenza probatoria disponibile, la quale gli consente di affermare con ragionevole probabilità logica che, nel caso di specie, l’azione del soggetto abbia determinato il verificarsi dell’evento.

Ciò che rileva, peraltro, è che la regola per l’accertamento del nesso causale è unica e trova applicazione anche in ambito civilistico nonostante sia sistematicamente collocata nel codice Rocco.

Sebbene si tratti di una regola unica, tuttavia, di essa vengono fornite due interpretazioni differenti in ambito civile e penale. Le SU civili (n. 576 del 2008), chiamate a chiarire questo aspetto, fanno leva – innanzitutto – sulla distinzione tra causalità materiale (azione → danno evento) e causalità giuridica (danno evento → danno conseguenza) e sottolineano come quest’ultima rilevi nel solo processo civile. Presupposta tale distinzione, non può che essere differente la regola di accertamento: nel processo penale va rispettato il criterio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”; in quello civile, invece, è sufficiente la regola della “preponderanza dell’evidenza” (“più probabile che non”). Per sottolineare come questa distinzione sia corretta e necessaria, la Cassazione richiama ad alcuni precedenti della Corte di Giustizia, che aveva condiviso la necessità di ricorrere alle logiche probabilistiche nell’accertamento del nesso causale nel processo civile.

Nell’ambito dell’accertamento della responsabilità extracontrattuale, però, vi sono alcune ipotesi che rendono difficile l’applicazione *sic et simpliciter* della regola appena esposta.

Il primo profilo che viene analizzato è quello relativo all’accertamento del danno da perdita di *chance*. Le tesi che in passato si contendevano il campo, per la disciplina dell’accertamento del nesso causale, erano la tesi eziologica e quella ontologica. La prima non riteneva che la perdita di chance potesse considerarsi come autonoma categoria di danno, ma serviva semplicemente ad allentare l’onere probatorio nell’accertamento del nesso eziologico, ritenendo che esso potesse dirsi accertato quando le probabilità che l’evento non si verificasse in assenza della condotta dell’agente erano superiori a quelle opposte. La seconda, invece, considerava autonomo il danno da perdita di chance, ma alternativo al danno finale: per cui, quando la parte non riusciva a dimostrare la spettanza del risarcimento per il danno finale, poteva chiedere, in via alternativa, il danno da perdita di chance. La teoria eziologica è stata notevolmente criticata, prevedendo un sistema fallace: il *quantum* del risarcimento veniva ridotto in base alla quantità di probabilità di cui si dava prova, purché fosse comunque superiore al 50%. Tuttavia, è regola ormai consolidata nel nostro ordinamento che, quando vi sia una percentuale superiore al 50%, cioè quando un fatto sia più probabile che non, il risarcimento va riconosciuto per il danno finale, non per il danno da perdita di chance.

Inizialmente tale teoria ha avuto successo nel regolare i primi approcci delle nostre corti al danno da perdita di chance, perché vi erano criteri particolarmente stringenti per l’accertamento del nesso causale, i quali determinavano un’alternativa tra un integrale risarcimento, nelle ipotesi in cui fosse fornita prova certa del nesso, e una sua radicale negazione, quando questa prova non poteva essere fornita. Sennonché, intesa in questi termini, la concezione eziologica sembra dotare la sentenza di risarcimento del danno di una connotazione transattiva, snaturandone la funzione, che nell’ideologia Chiovendiana era quella di dare all’attore “tutto quello e proprio quello”, e svilendo il sistema di composizione stragiudiziale delle liti. La concezione eziologica è superata, quindi, dalla Cassazione nel 2004, con una sentenza – pronunciata in tema di responsabilità medica – con cui è stata sposata la teoria ontologica, affermando che il danno da perdita di chance costituisce una figura autonoma rispetto al danno finale. La Suprema corte si è concentrata

sull'individuazione del danno da perdita di chance: non si tratta di una mera aspettativa di fatto, ma di un'entità patrimoniale a sé stante, suscettibile di valutazione economica, la cui perdita determina un danno concreto ed attuale. Trattandosi di un danno ontologicamente diverso dal danno finale, secondo la Corte, il giudice potrà riconoscerne il risarcimento solo laddove vi sia un apposito capo di domanda da parte dell'attore che, in base alla concezione ontologica, può essere proposto in via alternativa rispetto al risarcimento del danno finale.

Vi sono, poi, specifici settori in cui l'interpretazione della categoria del danno da perdita di chance incontra ulteriori problemi. Primo fra tutti è il settore della responsabilità medica, ove l'incertezza connaturata alla chance si scontra con l'incertezza tipica dell'agire medico. Di conseguenza, le corti, soprattutto quelle penali, hanno nuovamente strumentalizzato il concetto di chance, che viene spesso e volentieri confusa con le basse probabilità di sopravvivenza non tutelate dal medico, che quindi risulta responsabile penalmente, pur non costituendo la perdita di chance una fattispecie di reato.

Si è reso necessario intervenire per porre fine a questa tendenza aberrante della giurisprudenza, sicché nel 2018 la III Sezione della Cassazione si è pronunciata elaborando il c.d. pentalogio in materia di danno da perdita di chance: in esso, la Corte individua quali sono i casi in cui si può riconoscere, in sede civile, il risarcimento per danno da perdita di chance. Il pentalogio è stato poi recepito, nell'anno successivo, all'interno del c.d. decalogo San Martino della III sez. civ. Si tratta dell'esito di un più ampio progetto di riforma in tema di responsabilità medica ad opera della III Sezione, che comprende dieci sentenze, pubblicate il giorno di San Martino, in adesione ad una scelta ben precisa della Corte, che voleva riprendere i temi già trattati dalle sentenze San Martino del 2008. Si tratta di sentenze che affrontano i temi più spinosi della responsabilità medica, cercando di risolverli, soprattutto ponendo rimedio al vigente (e secondo molti sovversivo) orientamento della III Sez. Quest'ultimo, perseguendo lo scopo di disciplinare il nesso causale in tema di responsabilità medica, si pone in contrasto sia con il dato legislativo della legge Gelli, che ha previsto il doppio binario della responsabilità (contrattuale per la struttura sanitaria; extracontrattuale per il medico); sia con le sentenze-pilastro enunciate sul tema. L'orientamento in discorso, infatti, si fonda su una reinterpretazione dell'articolo 1218 c.c.: questa norma, secondo la Corte, solleverebbe il creditore solo dall'onere di provare la colpa del debitore e l'obbligazione che si afferma non adempiuta, ma non dall'onere di provare il nesso causale tra condotta del debitore e danno. Si tratta di un orientamento non conforme alla storica e immutata sentenza 13533 del 2001, che prevede che il creditore che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento deve dare unicamente prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e allegare l'inadempimento; e poi, con la sentenza 577 del 2008, che prevede che l'attore (paziente danneggiato) deve limitarsi a provare il contratto e l'aggravamento o l'insorgenza di nuove patologie e allegare l'inadempimento, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, spettando al debitore la prova che tale inadempimento non c'è stato.

Con le sentenze del decalogo San Martino, la III Sez., quindi, destinataria di molteplici critiche, ha corretto il tiro: in esse ha previsto la possibilità di fornire la prova del nesso causale anche a mezzo di presunzioni.