

Il danno da perdita di *chances*: evoluzioni e “intersezioni” giurisprudenziali

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La relazione fra la causalità generale e la *chance*. - 3. Una breve parentesi: i regimi processuali del nesso di causa e la *chance*. - 4. Alcune questioni processuali: la tecnica della domanda separata, la versione “forte” e “debole” del “più probabile che non”, la disciplina delle concause. - 5. L'emersione della *chance* quale tecnica per sanzionare un illecito senza danno accertato o accertabile, la casistica in tema di malattie terminali e il problema del c.d. “danno da morte”. - 6. Gli orientamenti sulla inversione dell'onere dalla prova del nesso nella responsabilità contrattuale. - 7. La razionalizzazione della *chance*. - 8. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Un efficace modo per trattare del danno da perdita di *chances* è quello di mettere in evidenza sia le principali “tappe” della sua evoluzione giurisprudenziale, sia le “intersezioni” che esse generano rispetto all'applicazione di altri istituti. Del resto, ampliando per un attimo lo sguardo, è chiaro che la *chance* è una figura “trasversale” rispetto alla responsabilità civile nel suo complesso, dacché essa nasce sulla scia dell'allargamento dell'area coperta dall'illecito aquiliano, tocca i nervi più scoperti dell'elemento eziologico, mette in crisi il requisito dell'ingiustizia del danno e abbraccia il reame della responsabilità tanto contrattuale quanto extracontrattuale.

Ciò premesso, il presente contributo muoverà dalla storia recente della causalità e della *chance*, proponendo un percorso “per temi e problemi”, invece che rigidamente cronologico; passerà in rassegna le principali questioni poste dalle ultime decisioni in materia di *chance* e onere della prova, senza trascurare quelle che coinvolgono il nesso di causalità e la responsabilità contrattuale; si soffermerà, infine, su alcune “direttrici” che si possono trarre da una indagine a compasso allargato.

Inoltre, sia per ragioni di spazio sia perché l'odierno lavoro si inserisce all'interno di una serie di studi che riguardano specificamente la

causalità e la *chance*, le citazioni bibliografiche saranno ridotte all'essenziale¹.

2. La relazione fra la causalità generale e la *chance*

Secondo molti studiosi la causalità è oggi più che mai una coperta sempre troppo lunga o troppo corta – il che, come si vedrà, ridonda sullo spazio lasciato alla *chance* –, essendo opinione abbastanza condivisa quella per cui è sostanzialmente impossibile elaborare una teoria che sia valida in ogni situazione².

Non a caso un interessante lavoro comparatistico inventaria le incongruenze sussistenti fra le definizioni teoriche e le applicazioni pratiche del nesso in sei distinti ordinamenti della *Western Legal Tradition*³; mentre vari autori – in Italia e all'estero – non hanno risparmiato critiche ai tentativi di costruire una formula *bonne a tout faire*, fino a sostenere, ad esempio, che “la causalità è un chiodo al quale il giudice può appendere il cappello che più gli piace” e che essa è, in definitiva, “incerta”⁴.

Del resto – il dato è significativo – nel dare avvio ad una profonda riflessione sulla causalità la stessa Terza Sezione della Cassazione ha riconosciuto nel 2005 che quello del nesso è un “problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura [...] destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione ‘storica’, o, se si vuole, di politica del diritto”⁵. E si vedrà che anche gli ultimi interventi tesi alla “razionalizzazione” della *chance*

¹ Il presente lavoro prende spunto, con vari aggiornamenti e alcune riflessioni aggiuntive sulle “intersezioni” di cui nel testo, da B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020, il cui impianto – al fine di ricomprendere anche il diritto amministrativo e del lavoro – viene completato da ID., *La chance nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *I federalisimi*, 2020, fasc. 29, 199 ss., e ID., *La perdita di chances fra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, fasc. 4, 1009 ss.

² Fra gli altri, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012, L. NOCCO, *Il «sincetismo causale» e la politica del diritto*, Torino, 2010, R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, nonché B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile – Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007.

³ M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Napoli, 2012.

⁴ H.L.A. HART e T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, 1985, 488, nonché PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit.

⁵ Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, fra le altre in *Corr. giur.*, 2006, 257 ss., con nota di F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*.

valorizzano proprio le scelte di *policy* che oggi l'interprete non solo può ma – probabilmente – deve compiere⁶.

Inoltre, la decisione per prima richiamata (in nota) ricorda che il modello dominante è – con alcuni temperamenti – ancora quello della *condicio*, come del resto riconoscono pure le note decisioni rese dalle Sezioni Unite in data 11 gennaio 2008⁷. Ma esso, a veder bene, è tanto affascinante, quanto “vuoto”, perché per affermare che senza la condotta del convenuto (giusta il noto procedimento di “sottrazione mentale”) il danno non si sarebbe verificato, occorre conoscere già la relazione che li lega. E in forza della *condicio* le maglie della causalità possono essere non solo troppo larghe, ma soprattutto troppo strette, specialmente quando la causalità è applicabile solo su base probabilistica: come la casistica in tema di ritardata diagnosi di una patologia tumorale più oltre esaminata – non a caso inerente alla *chance* – ben evidenzia⁸.

Orbene, proprio tale premessa consente di mettere in luce “l'incontro giurisprudenziale” fra il nesso e la *chance*, sebbene attraverso una dinamica raramente percepita dai commentatori e che chiama in causa la fondamentale nozione (inizialmente extragiuridica) della causalità generale.

In specie, è noto che secondo la celeberrima sentenza *Franzese* “[n]on è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale” e che “il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile”: cosicché “all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico

⁶ Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, fra le altre in *Foro it.*, 2020, I, 917, con nota di B. TASSONE, *La chance fra razionalizzazione, sanzione e finzione*.

⁷ Cass., S.U., 11 gennaio 2008, nn. 576-585, in specie rispetto all'identico *pattern* motivazionale contenuto nelle sentenze nn. 576, 577, 578, 581, 582 e 584, che si leggono, fra le altre, in *Foro it.*, 2008, I, 453, con nota di richiami di A. PALMIERI.

⁸ In effetti, pensando al caso in cui in presenza di una tempestiva diagnosi, il 60% dei pazienti sarebbe deceduto comunque e il 40% sarebbe sopravvissuto fino a cinque anni, è impossibile affermare che a fronte di una prestazione medica corretta il paziente avrebbe superato il ridotto lasso temporale ancora in vita. Sul tema, anche per le complicazioni derivanti dal fatto che le classi di riferimento sono spesso più di due, H. LUNTZ, *Loss of Chance in Medical Malpractice*, [2010] UMELBLRS 14, reperibile presso www.ssrn.com.

è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con 'alto o elevato grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica'⁹.

Tali passaggi sono assai interessanti per diversi motivi.

Intanto, la pronuncia consacra quella vera e propria operazione di "trapianto giuridico" che porta anche nel nostro sistema a ritenere che lo standard da applicare in sede penale sia quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio, corrispondente al nordamericano "*beyond any reasonable doubt*", già recepito dall'art. 533 c.p.p.¹⁰: il che conduce in sede civile – di lì a poco – a rendere operativo il criterio del "più probabile che non", corrispondente al "more likely than not" e alla "preponderance of the evidence" in uso d'oltremarina e d'oltreoceano¹¹.

Ed è da notare – ecco il punto che interessa – che le *chances* di sopravvivenza o guarigione nascono, con Cass. 4400/2004, come "risposta" al doppio irrigidimento che deriva dall'applicazione tanto del citato standard, quanto dalla precisazione per cui la legge dei grandi numeri non è da sola idonea (per quanto alta la percentuale sia) a giustificare l'affermazione del nesso, perché essa spiega cosa accade in un certo numero di casi, ma non in quello sottoposto all'attenzione del giudice¹².

Il rilievo di una tale affermazione merita qualche approfondimento.

Si supponga che un paziente sia ricoverato d'urgenza per un infarto intestinale, che il sanitario convenuto effettui l'intervento chirurgico dopo quattro ore, che il paziente muoia e che secondo gli studi clinici il paziente aveva il 30% delle probabilità di sopravvivere se il medico fosse intervenuto entro due ore dall'insorgenza della patologia: ciò vuol dire – il dato è di estrema importanza – che 70 pazienti su cento sarebbero deceduti comunque, anche se operati dal luminare del settore, e che solo 30 sarebbero invece sopravvissuti, senza che vi sia alcun modo di sapere

⁹ Cass., S.U. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, fra le tante in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 246 ss., con nota di M. CAPECCHI, *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva: quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*

¹⁰ Sul complessivo impianto alla base di detto "trapianto giuridico", per tutti, il compianto F. STELLA, *Giustizia e modernità – La protezione dell'innocente e la difesa delle vittime*, Milano, 2003.

¹¹ È appena il caso di notare che la validità del criterio è autorevolmente contestata da una parte dei processualisti, con argomenti che meriterebbero ben altro spazio: per tutti, R. POLI, *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in cassazione*, in AA. VV., *Atti del XXXII Convegno nazionale (Messina, 27-28 settembre 2019)*, Bologna, 2021, 417 ss.

¹² Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, fra le altre in *Danno resp.*, 2005, 57 ss., con nota di L. NOCCO, *La «probabilità logica» del nesso causale approda in sede civile.*

se l'attore sarebbe rientrato nella "classe fortunata" o nella "classe sfortunata".

Secondo i più tale problema dovrebbe trovare soluzione demandando al giudice un'opera di c.d. concretizzazione, sì da stabilire se la legge scientifica sia o no applicabile nel caso singolo¹³. E ad aiutarlo soccorre il rilievo per cui il "più probabile che non" va inteso in modo "qualitativo" invece che "quantitativo": la prova scientifica, epidemiologica e statistica (di seguito, per brevità, indicate come "prova scientifica") vengono ricomprese in un quadro più ampio, sì da costituire solo un elemento di quel "mix" che porta ad affermare la preponderanza dell'evidenza¹⁴.

Tuttavia, è spesso la stessa struttura della legge scientifica a postulare che essa non sia in radice utilizzabile per decidere la fattispecie concreta.

Tornando al citato esempio, si supponga ancora che durante il processo emerge che i citati studi clinici sono stati effettuati su soggetti ultracinquantenni, laddove il paziente era un atleta fresco di una vittoria alle Olimpiadi, per cui verrebbe istintivamente da dire che tale circostanza una differenza la fa.

Ma se lo studio è affidabile – ecco un primo snodo problematico – si deve supporre che tutti i fattori rilevanti (l'età, il sesso, determinati eventi che hanno caratterizzato o no la pregressa storia clinica del paziente, ecc.) siano stati valutati a monte per definire la "classe statistica di riferimento", sicché quelli che appaiono a prima vista peculiari dovrebbero essere in verità irrilevanti¹⁵.

Se invece detti studi si fanno carico di chiarire che in altre condizioni la percentuale di successo potrebbe essere diversa, ci si trova

¹³ Ad esempio, i "numeri" che indicano la probabilità di trasmissione del virus dell'HIV sono generalmente bassi e validi solo in chiave statistica. Ma se ad aver contratto la sindrome da immunodeficienza è una suora violentata in Bosnia dalle milizie organizzate dei ribelli del Kosovo, ecco che una seria possibilità di concretizzazione della causalità è presente, come ricorda STELLA, *Il giudice corpuscolariano - La cultura delle prove*, Milano, 2005, 78.

¹⁴ Per vari riferimenti, B. TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione* (nota a Cass. 19 marzo 2018, n. 6688, e Cass. 9 marzo 2018, n. 5641), in *Corriere giur.*, 2018, 912 ss.

¹⁵ Per un approfondimento di tali aspetti, B. TASSONE, *Dalla chance individuale alla chance collettiva nella responsabilità medica (e non solo)*, in *Foro it.*, 2020, V, 358 ss.

in presenza di un secondo snodo problematico: ove le ricerche sul punto non siano ancora state condotte, è ovvio che il giudice non può attendere il loro avvio e completamento; se invece altri studi vi sono, è assai probabile che gli stessi si limitino alla “rifinitura” di detta classe statistica, cioè solo ad abbassare o alzare una percentuale che rimane sempre “muta” con riferimento a ciò che sarebbe accaduto nel caso singolo¹⁶. In altri termini, l’ipotesi in cui lo studio può davvero essere impiegato nel caso concreto, seppur per approssimazione, è più unica che rara¹⁷.

A rigore, dunque, ove l’applicazione della legge scientifica alla fattispecie rimanga dubbia, il giudice dovrebbe semplicemente rigettare la domanda, se si vuole in base alla tesi che vede nell’art. 2697 c.c. una vera e propria regola decisoria invece che inerente alla distribuzione dei carichi probatori¹⁸. Tuttavia, i tribunali sono pieni di giudizi in cui i consulenti tecnici si arrestano all’indicazione delle statistiche applicabili (e i giudici di merito si limitano a recepirne acriticamente le conclusioni) senza che l’istruttoria metta a disposizione altri (utili) elementi, all’esito dei quali la domanda è invece accolta.

Ebbene, proprio tali considerazioni offrono una delle più convincenti spiegazioni circa la menzionata nascita delle *chances* di sopravvivenza o guarigione, nonché a individuare uno dei suoi campi elettivi nelle situazioni in cui la sola causalità generale è applicabile, come si vedrà in chiusura.

Inoltre, le medesime considerazioni inducono a riporre una particolare attenzione – anche all’interno del difficile dialogo con i CTU – sul significato che viene attribuito al concetto di “probabilità” utilizzato, del quale esistono “accezioni” decisamente diverse e che vanno ben comprese.

Volendo fare un solo esempio, se uno studio afferma che una data patologia è attribuibile per il 75% al fumo attivo, si potrebbe pensare che tale percentuale sia in principio idonea (fatto salvo il citato problema della sua concretizzazione nel caso singolo) a fondare il “più probabile che

¹⁶ Fra i tanti, P. GREENBERG, *The Cause of Disease and Illness: Medical Views and Uncertainties*, in I. FRECKLETON e D. MENDELSON (a cura di), *Causation in Law and Medicine*, Londra, 2002, 47 ss.

¹⁷ Sempre fra i tanti, S. HAACK, *Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge, 2014, 73 ss.

¹⁸ Per tutti, PATTI, *Delle prove - Art. 2697-2739*, in DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015, 5 ss.

non”. Ma le conclusioni cambiano se si scopre che la medesima patologia è attribuita per il 67% al consumo di alcool, venendo da chiedersi come sia possibile che la somma di entrambe le percentuali sia superiore al 100%¹⁹.

La spiegazione risiede nel fatto che tutti i fattori considerati hanno una *qualche* incidenza sullo stato patologico oggetto di indagine, dal che però deriva che la singola percentuale – isolatamente considerata – non fa emergere un’incidenza realmente pari a quella derivante dalla lettura del numero. Invero, gli studi epidemiologici spesso si limitano a stabilire “associazioni” fra le variazioni della frequenza degli eventi nei gruppi di popolazione considerati, cioè non a dire quanto probabile sia che un dato evento è la causa di un altro ma, piuttosto, quanto ciò non sia improbabile.

Infine, il riferimento ad un “ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l’interferenza di fattori alternativi” di cui al citato passo della sentenza *Franzese* ci conduce a formulare un diverso ordine di considerazioni, anch’esse rimaste in parte estranee alla riflessione che dottrina e giurisprudenza hanno compiuto sul tema.

3. Una breve parentesi: i regimi processuali del nesso di causa e la *chance*

Come si è detto, secondo la sentenza *Franzese* l’assenza di spiegazioni alternative ha un proprio rilievo ai fini dell’accertamento del nesso.

La logica che sta dietro a tale modo di ragionare è chiara: se *in genere* il fattore X è alla base della conseguenza Y secondo legge Z, l’assenza di spiegazioni alternative corrobora la conclusione per cui la legge Z si applica nel caso di specie.

Tuttavia, il riferimento alla necessità di escludere fattori causali alternativi diventa alquanto scivoloso in sede civile, non essendo secondario stabilire chi e a quali condizioni debba dimostrare che *non* vi sia una (perlomeno più convincente) spiegazione eziologica differente dell’evento rispetto a quella enunciata dall’attore.

¹⁹ Ancora una volta per tutti, M. DORE, *A Commentary on the Use of Epidemiological Evidence in Demonstrating Cause-in-Fact*, (1983) 7 Harvard Environmental Law Review 429 ss.

In effetti, se in sede penale il giudice non può evitare di porsi “d’ufficio” il relativo problema, la regola non pare “ricevibile” in sede civile, perché non spetta al giudice far pendere l’ago della bilancia in favore dell’attore usando l’assenza di spiegazioni alternative per ritenere sussistente un nesso non dimostrato: tanto è vero che una recente dottrina ha affermato che (in mancanza di leggi scientifiche universali o ad esse assimilabili) la individuazione e la prova di circostanze che rendono inapplicabili le leggi scientifiche “antagoniste” va ricondotta ai fatti costitutivi e non a quelli impeditivi²⁰.

Ciò nonostante, si deve rilevare che dopo la sentenza *Franzese* non sono mancate ricadute – magari tanto inconsapevoli, quanto contraddittorie – nell’ambito che qui interessa, come dimostra un attento esame della giurisprudenza in materia²¹.

Soprattutto, si deve rilevare che la suddetta logica di tipo “binario” (di cui al modo di ragionare esposto all’inizio del paragrafo) ispira molti di quelli che sono stati indicati come i “regimi processuali del nesso di causa”, che condizionano fortemente la portata delle regole sostanziali ad esso inerenti e definiscono il reale “campo” sul quale la partita si gioca²².

Pur non essendovi lo spazio per esaminarli in dettaglio, si può ricordare – senza pretese di completezza – che il nesso di causa è stato affermato in base:

- 1) alla semplice assenza di spiegazioni alternative, come si è appena detto;
- 2) all’inversione dell’onere della prova di recente stabilito con riferimento alla responsabilità contrattuale per talune tipologie di obbligazioni di cui *infra*, la quale è in parte basata su una norma, quale l’art. 1218 c.c., espressa in termini a sua volta probatori e tali da esprimere sempre la logica di cui sopra²³;

²⁰ G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1359.

²¹ Si confrontino Cass. 11 gennaio 2005, n. 22894, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Professioni intellettuali*, n. 215, e Cass. 29 agosto 2013, n. 19873, in *banca dati De Iure*.

²² Già B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali* (nota a Trib. Rovereto 2 agosto 2008, Trib. Modena 25 agosto 2008, Trib. Roma 27 novembre 2008, e Cass. 18 settembre 2008, n. 23846), in *Danno resp.*, 2009, 538 ss.

²³ Premesso che secondo l’art. 1218 c.c. “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, *se non prova* che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non

- 3) alle c.d. presunzioni giurisprudenziali, la cui applicazione è supportata proprio dall'orientamento appena richiamato e che vengono elaborate per classi di casi e non per singoli eventi, muovendo ad esempio dalla considerazione per cui siccome un certo intervento *solitamente* riesce, se non è così è il debitore a dover spiegare cosa è accaduto²⁴;
- 4) alla natura routinaria dell'intervento²⁵;
- 5) alla "idoneità della condotta" a cagionare il danno²⁶;
- 6) alla *res ipsa loquitur* di origine anglosassone²⁷;
- 7) al danno evidenziale e alla vicinanza della prova²⁸;
- 8) alla prova indiziaria e/o presuntiva (o meglio, si dovrebbe dire, l'univocità degli indizi che ad essa danno corpo, secondo la prevalente tesi dottrinarie), ricordando che per le Sezioni Unite anche una sola presunzione può valere, in certe condizioni, a fondare la decisione²⁹;
- 9) al danno *in re ipsa*, cui si nega cittadinanza, ma che trova applicazione ora "di fatto", ad esempio in relazione alla liquidazione della

imputabile", sul primo aspetto ancora PATTI, *Delle prove*, cit., 161 ss. Sul secondo, TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 102 ss.

²⁴ Per vari riferimenti, M. FACCIOLI, "Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità medica, in *Contratto impr.*, 2014, 100 ss.

²⁵ Cass. 29 luglio 2010, n. 17694, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 173, resa in tema di omessa diagnosi di una patologia tumorale, cioè in un contesto in cui è in verità difficile che la logica di cui nel testo possa operare, a riprova della incidenza dei "regimi processuali" del nesso sulle regole realmente applicate.

²⁶ Cass. 13 gennaio 2005, n. 583, in *Resp. e ris.*, 2005, fasc. 2, 44, in tema di scelta fra parto naturale e cesareo.

²⁷ Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 580, con nota di E. GUERINONI, «Vecchio» e «nuovo» nella responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni, in tema di ipossia e ritardo nel parto cesareo, con accertamento della irrilevanza di altro evento di asfissia.

²⁸ Nel contesto del noto "progetto sanità", Cass. 13 novembre 2019, n. 29331, Cass. 14 novembre 2019, n. 29498 e Cass. 14 novembre 2019, n. 29502, fra le altre in R. PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria in cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, in *Foro it. - Gli speciali*, n. 1 del 2020, 169 ss.

²⁹ Fra le tante in *Danno resp.*, 2009, 19, con nota di C. SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*. Per un approfondimento dei vari temi legati all'uso delle presunzioni nella materia *de qua*, B. TASSONE, *Lo standard probatorio del "più probabile che non" e il ragionamento presuntivo*, in S. PATTI e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, in corso di stampa per i tipi della Gappichelli.

componente morale del danno non patrimoniale, ora anche “in diritto” in tema di proprietà³⁰;

- 10) ad altre inversioni dell’onere della prova specificamente elaborate, ad esempio in tema di consenso informato della gestante o di infezioni nosocomiali³¹.

Anche se tale elencazione non è esaustiva, se ne ricava una direttrice importante: se il nesso in larga parte dipende dai “regimi processuali” che il formante giudiziale ha via via elaborato, occorre un’attenta opera di razionalizzazione degli stessi, al fine di definire quando e se l’applicazione dell’uno o dell’altro – in deroga alla regola generale per cui è l’attore a dover provare la sussistenza del nesso – è giustificato in via normativa o da una precisa scelta di *policy* che poi aiuta a definirne i contorni.

Inoltre, riprendendo il filo del discorso principale che si sta svolgendo, è chiaro che quanto più è indefinita la sfera di applicazione di tali regimi, tanto più lo è quella della *chance*, anche perché essa è stata oggetto – dopo gli arresti di cui si diceva – di una evoluzione giurisprudenziale poco coerente, come di seguito esposto.

4. Alcune questioni processuali: la tecnica della domanda separata, la versione “forte” e “debole” del “più probabile che non”, la disciplina delle concause.

Come si è detto, Cass. 4400/2004 evita lo scontro frontale con la sentenza *Franzese*, affermando che i medesimi criteri da essa enunciati per l’accertamento del nesso valgono in sede civile, ma anche che il danno derivato alla vittima dall’errata o tardiva diagnosi può determinare la perdita di *chances* di sopravvivenza o guarigione.

Accedendo alla teorica che vede nella *chance* un autonomo bene giuridico leso, sempre Cass. 4400/2004 sostiene poi che occorre una specifica domanda, secondo una regola che pare solo di recente essersi

³⁰ In tema di diritti reali, ad esempio, Cass. 12 maggio 2010, n. 11486, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 24, 62.

³¹ Cass., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25767, fra le altre in *Foro it.*, 2016, I, 494, con nota di C. BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*, nonché Cass. 9 luglio 2020, n. 14615, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2020, cui aggiungere Cass. 15 settembre 2020, n. 19188, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, sempre in tema di colpa medica.

stabilizzata, laddove altre pronunce avevano affermato che detta domanda si poteva ritenere inclusa in quella risarcitoria ordinaria³².

Il tema, peraltro, è legato a quello della *mutatio* ed *emendatio libelli*, i cui confini – spezzando una certa linea di continuità che esisteva fra il primo termine di cui all’art. 183 c.p.c. e il divieto dei *nova* in appello di cui all’art. 345 c.p.c. – sono stati ridisegnati nel 2015 dalle Sezioni Unite, secondo un orientamento ribadito nel 2018 e sul quale sarebbe esuberante soffermarsi in questa sede³³.

Ad ogni modo, è chiaro che il consolidamento della tecnica della domanda separata potrebbe al massimo incidere, nel lungo periodo, sulla formulazione degli atti processuali, mercé l’impiego di intuibili formule di stile, per cui essa varrebbe come (non condivisibile) soluzione solo nel breve periodo.

Inoltre, merita un cenno – lungo l’evoluzione di cui si stanno tratteggiando le linee – Cass. 21619/2007, la quale propone un triplice livello nell’accertamento del nesso, cioè quello della causalità penale secondo l’oltre ogni ragionevole dubbio, della causalità civile ordinaria secondo il “più probabile che non” e della causalità da perdita di *chances* attestata sul versante della “mera possibilità”³⁴.

Ebbene, con Cass. 21255/2013 – cioè la assai interessante decisione resa nel caso CIR-Fininvest, sulla quale non ci si può qui soffermare, ancorché essa offra vari spunti di riflessione rispetto ad uno degli usi della *chance* che saranno menzionati – tale modello sarà abbandonato. Ma lo

³² Disattendono la regola enunciata da Cass. n. 4400/2004, limitandoci alla giurisprudenza civile, Cass. 29 novembre 2012, n. 21245, in *Foro it.*, 2013, I, 499, con nota di richiami di A. PALMIERI, Cass. 14 giugno 2011, n. 12961, in *Danno resp.*, 2013, 649 ss., con nota di B. TASSONE, *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, e Cass., sez. lav., 21 febbraio 2007, n. 4003, in *Foro it.*, Voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 83. Tornano però a richiedere una separata domanda, Cass. 30 aprile 2009, n. 10120, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, Cass. 19 marzo 2015, n. 5482, *id.*, Rep. 2015, voce *Cassazione civile*, n. 212, nonché l’importante arresto rappresentato da Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, fra le altre in *Foro it.*, 2018, I, 1607 ss. con nota di R. PARDOLESI e B. TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della Terza sezione*.

³³ Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310, fra le altre in *Foro it.*, 2016, I, 255, con nota di C. M. CEA, *Tra «mutatio» ed «emendatio libelli»: per una diversa interpretazione dell’art. 183 c.p.c.*, nonché Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22404, *id.*, 2019, I, 989, con nota di richiami di E. ITALIA.

³⁴ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, fra le altre in *Corr. giur.*, 2008, 35, con nota di M. BONA, *Il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*.

“schema” adottato consente di svolgere varie riflessioni sul modo in cui il “più probabile che non” e la *chance* devono coordinarsi³⁵.

È infatti chiaro che è difficile far convivere una situazione protetta che è accertata in chiave probabilistica, con un criterio di accertamento del nesso basato anch'esso su una logica probabilistica. Tanto per evidenziare una sola delle aporie che si creano, se si accede ad una visione “quantitativa” del criterio e si moltiplica il 50% proprio del “più probabile che non” per il 50% quale soglia che identificava le *chances* risarcibili, si perviene – matematicamente – al 26% (senza contare che la soglia sarà definitivamente abbandonata a seguito di una decisione del 2014, sicché il “più probabile che non”, se inteso in senso numerico, potrebbe portare al risarcimento integrale anche in presenza di una percentuale di fatto ancora più bassa di quella appena indicata)³⁶.

Pertanto, è necessario intendere il “più probabile che non” in maniera differente, la quale non può che essere affine a quella di stampo “qualitativo” in uso nei Paesi di *Common Law*, alla quale si è già fatto cenno.

A chiarirlo è un'altra decisione di fondamentale importanza, vale a dire Cass. 15991/2011, secondo la quale – in sede di causalità ordinaria – “la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduc[e] *ipso facto* alla aberrante regola del 50% *plus unum*, bensì alla compiuta valutazione dell'evidenza del probabile”³⁷: il criterio identifica dunque il grado di convincimento del giudice, che dovrà accogliere la domanda se ritiene la tesi dell'attore più credibile di quella del convenuto.

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

³⁵ Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, fra le altre in *Giur. it.*, 2014, I, 40 ss., con nota di B. TASSONE, *L'arresto finale sul caso CIR-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*.

³⁶ Per le citate aporie, TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, cit. 538 ss. La decisione di cui nel testo è Cass. 27 marzo 2014, n. 7195, in *Foro it.*, 2014, I, 2150, con nota di R. PARDOLESI, *Perdita di chance: quando il dottore gioca con la vita del paziente*.

³⁷ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, fra le altre in *Corr. giur.*, 2011, 1672, da BONA, *La cassazione rigetta il «modello della causalità proporzionale»*, cit.

spiegazioni che entrano nello spettro dell'indagine e non in termini assoluti³⁸.

In ultimo, il discorso in parola viene ripreso da una decisione ancora più recente, cioè Cass. 13872/2020, secondo la quale la c.d. preponderanza dell'evidenza costituisce la combinazione di due regole, (a) quella del “più probabile che non” e (b) quella della “prevalenza relativa” della probabilità³⁹.

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

La seconda rileva invece “nel caso di c.d. ‘multifattorialità’ nella produzione di un evento dannoso [...] ovvero quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso, possano affiancarsene altre [...] che [...] abbiano ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio [...] la regola della ‘prevalenza relativa’ [...] implica che il giudice scelga come ‘vero’ l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma”⁴⁰.

Orbene, anche se su tale specifico schema – che non sembra potersi condividere, apparendo preferibile aderire alla “versione forte” del criterio – non ci si può qui soffermare, vale la pena di formulare almeno due considerazioni di fondo.

Intanto, se lo stesso “più probabile che non” può scendere al di sotto del 50%, diventa ancora più pressante l'esigenza di meglio definire il ruolo della *chance*, che rischia evidentemente di evaporare del tutto e che, comunque, non può essere fondata sul grado delle probabilità andate perdute di per sé considerato.

³⁸ Cass. 22 ottobre 2013, n. 23933, in *Giur. it.*, 2014, 2153 ss., con nota di B. TASSONE, *L'accertamento del nesso di causalità e il “caso Ustica”*, Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, 562, nonché Cass. 20 giugno 2019, n. 16581, *id.*, Rep. 2019, voce, 2019, *Responsabilità civile*, n. 77.

³⁹ Cass. 6 luglio 2020, n. 13872, in *Foro it.*, 2020, I, 3467.

⁴⁰ La decisione si ispira chiaramente a F. PIRAINO, *Il nesso di causa*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 399 ss., nonché a M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101 ss.

Di poi, il modo di impostare la relazione fra il “più probabile che non” e la *chance* impiegato già nel 2007 porta alla importante opera di razionalizzazione che la Suprema Corte realizza nel 2018 e completa nel 2019 di cui sempre *infra*, affermando – in definitiva – che fra la condotta del convenuto e la privazione della *chance* deve sussistere un nesso di causa secondo il criterio del “più probabile che non”.

Come si vedrà, nemmeno questa è però un’appagante sistematizzazione della figura. Ma prima di occuparcene è opportuno un ulteriore cenno al tema delle concause, che pure interessa il quadro inerente alla causalità e alla *chance*.

In proposito, due fra le dieci decisioni “pilota” ormai note come le sentenze di San Martino 2019 confermano che la possibilità di affrancare il danneggiante dal ristoro della parte di danno riconducibile alla concausa naturale non può avvenire sul piano dell’*an*, residuando solo la possibilità di operare su quello del *quantum*⁴¹.

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

Ne deriva un modello composito, che solleva una serie di interrogativi⁴².

Limitandoci agli aspetti più strettamente legati al tema posto, se la concausa naturale ha una efficacia eziologica preponderante rispetto a quella umana e si dà comunque luogo alla riduzione del risarcimento, sorge qualche problema di coordinamento con il “più probabile che non”, perché il convenuto si fa carico (almeno in parte) del danno anche se la

⁴¹ Cass. 11 novembre 2019, n. 28986 e n. 28990, entrambe in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione*, cit., con note di B. TASSONE, *La Cassazione e le cause naturali 2.0. O forse no*, di U. VIOLANTE, *Concause e preesistenze: il contributo della terza sezione*, e di D. RONCALI, *Preesistenze e danno differenziale. Riflessioni medico-legali a margine di Cass. 28986/19*.

⁴² Per una prima applicazione, Cass. 15 gennaio 2020, n. 514, in *Foro it.*, 2020, I, 1663, ancora con nota di B. TASSONE, *La Cassazione e il nuovo statuto delle cause naturali: prime applicazioni e nuove incertezze*.

sua condotta integra la causa che lo ha cagionato – per certo – con una incidenza minoritaria⁴³.

Inoltre, l'affermazione per cui gli stati di vulnerabilità della vittima non sono (più) rilevanti interessa il rapporto fra concause e perdita di *chances*⁴⁴: proprio una pregressa patologia può infatti generare e/o accrescere l'incertezza e/o i rischi di un trattamento sanitario, dunque le sue stesse *chances* di successo o i rischi di insuccesso.

Tuttavia, la delineazione della relazione fra *chance* e concause solo “in negativo” – mercè l'affermazione che quanto non si traduce in uno stato invalidante, non ha rilievo quale concausa – meriterà un ulteriore approfondimento giurisprudenziale, perlomeno alla luce dei diversi meccanismi di quantificazione del danno che si applicano nelle due ipotesi.

5. L'emersione della *chance* quale tecnica per sanzionare un illecito senza danno accertato o accertabile, la casistica in tema di malattie terminali e il problema del c.d. “danno da morte”.

Esaminando le fattispecie concrete di due decisioni sulle quali si è appuntata l'attenzione, le stesse rendono evidente come talvolta la *chance* sia impiegata per accogliere una domanda relativa a un illecito senza (prova del) danno. In quella del 2005 colpisce l'affermazione della sussistenza del nesso a fronte della dichiarata impossibilità di percentualizzare *a priori* la probabilità di completa guarigione o esiti meno gravi a fronte di un più tempestivo trattamento di un attacco epilettico⁴⁵. In quella del 2007, similmente, ciò accade pur se non è dato di sapere con che probabilità un più rapido trasporto nella camera iperbarica del subacqueo salito troppo velocemente in superficie avrebbe diminuito gli effetti di una grave tetraparesi⁴⁶.

Tuttavia, sembra che sia soprattutto l'orientamento inaugurato in tema di malattie terminali a portare il tema ancora più in esponente, nonostante il parziale cambiamento di rotta offerto dopo una decina d'anni⁴⁷.

⁴³ Lo rileva VIOLANTE, *Concause e preesistenze*, cit., 262 ss.

⁴⁴ Un qualche rilievo a detti stati invece lo dava Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit.

⁴⁵ Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, cit.

⁴⁶ Cass. 16 ottobre 2017, n. 21619, cit.

⁴⁷ Cass. 19 maggio 2008, n. 23846, fra le altre in *Corr. giur.*, 2009, 815, con nota di V. AMENDOLAGINE, *La risarcibilità del danno da perdita di chance conseguente all'omessa tempestiva diagnosi di un processo morboso terminale*.

In specie, a fronte dei danni lamentati (dall'erede) per la tardiva scoperta di una patologia tumorale, si sostiene nel 2008 che l'omissione della diagnosi corretta ha cagionato un danno alla persona da liquidarsi *sub specie* di perdita di *chances* perché la condotta corretta (a) avrebbe assicurato alla paziente una migliore qualità della vita (dacché sarebbe stata rimossa un'occlusione gastrica) e (b) avrebbe diminuito le sue sofferenze grazie all'anticipata somministrazione dei farmaci poi prescritti nonché della minore invasività dell'intervento (da effettuare su masse tumorali più ridotte), cui aggiungere che essa (c) le avrebbe permesso di disporre di un maggior tempo per "programmare il suo essere persona" in vista dell'*exitus* e (d) avrebbe aumentato (seppur marginalmente) le sue aspettative di vita.

Orbene, è chiaro che rispetto ai primi due elementi non viene in considerazione alcuna perdita di *chances*, perché questi si sono verificati con un grado prossimo alla certezza. Quanto al terzo – relativo alla diminuita possibilità di "auto-determinarsi" una volta saputo del male – il danno rischia di porsi fra l'incerto e l'imponderabile, di là dal fatto che esso è totalmente estraneo alla *chance* ed evoca piuttosto uno schema causale "ordinario": se è sicura la privazione di una possibilità, non è dato di sapere come la stessa sarebbe stata "usata"⁴⁸.

Rispetto, poi, alla riduzione delle aspettative di vita non si trova nella motivazione (e nei brani delle consulenze da essa riportati) alcun riferimento alla probabilità con cui la paziente avrebbe potuto giovare di qualche mese o settimana in più: sicché anch'essa si pone – nel caso specifico –, fra l'incerto e l'imponderabile.

Peraltro, proprio il cambiamento di rotta che la Cassazione propone dopo due lustri conferma come le "voci" di cui sub (a), (b) e (c) siano state erroneamente ricondotte alla *chance*⁴⁹: affermando anzi – e siamo al profilo sub (d) – che pure la domanda tesa al ristoro della perdita anticipata del rapporto parentale sta al di fuori del contesto in cui essa opera, mentre una coeva decisione afferma il contrario⁵⁰.

In ultimo, la casistica che si sta qui commentando crea delle evidenti contraddizioni con gli orientamenti in tema di c.d. "danno da morte".

⁴⁸ Ad esempio, se vivendo con maggior afflizione l'imminente *exitus* o prendendo contatto con l'amico o il parente con il quale ci si sarebbe da tempo voluti riconciliare.

⁴⁹ Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, cit.

⁵⁰ Cass. 19 marzo 2018, n. 6688, in *Foro it.*, 2018, I, 1607 ss., con nota di PARDOLESI e TASSONE, *La perdita della chance*, cit.

È noto che per la posizione giurisprudenziale consacrata dalle Sezioni Unite esso non è risarcibile, ancorché residui il “bonsai” costituito dal danno da lucida agonia (e figure affini), del tutto inidoneo allo scopo⁵¹: il che vale anche a seguito delle sentenze di San Martino 2019, nonostante la maggiore articolazione dei pregiudizi che possono venire in considerazione⁵².

Ebbene, pur senza affrontare diffusamente il tema dovrebbe essere abbastanza intuitivo che se la privazione della vita in sé non comportasse l’insorgenza di un danno risarcibile, la riduzione della sua durata dovrebbe avere analoghe conseguenze: il più comprende il meno e se non è sanzionata la condotta di colui il quale priva un soggetto della vita *tout court*, non dovrebbe esserlo nemmeno quella di colui che toglie all’attore solo qualche mese o qualche anno di esistenza⁵³.

Il problema, comunque, è stato di recente percepito dalla giurisprudenza di merito, dacché una pronuncia ha negato il ristoro della perdita delle aspettative di vita per via di detta sentenza delle Sezioni Unite, mentre altra quasi contemporanea ha sostenuto il contrario, a prescindere da quelle – assai numerose – che continuano a ristorare la perdita delle *chances* di vivere più a lungo senza porsi affatto il problema⁵⁴.

A ogni modo, tale “spaccato” sulla casistica in tema di malattie terminali dimostra quanto il contesto in cui opera la *chance* sia ancora

⁵¹ Cass., S.U., 22 luglio 2015, n. 15350, fra le altre in *Foro it.*, 2015, I, 2682, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Danno da morte: l’arrocco delle sezioni unite e le regole (civiltistiche) del delitto perfetto*, e di R. CASO, *Le sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*, nonché di R. SIMONE, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita: le sezioni unite tra principio di inerzia e buchi neri dei danni non compensatori*.

⁵² Cass. 11 novembre 2019, n. 28989, e Cass. 14 novembre 2019, n. 29492, entrambe in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione*, cit., 313 ss., con note di G. STORMILLO, *Danno da morte e dintorni*, e di M. NATALE, *Geometria e prassi del danno da morte*.

⁵³ Il rilievo formulato con TASSONE, *La ripartizione di responsabilità*, cit., 237 ss., è ora condiviso, ad esempio, da L. LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico e l’insostenibile incertezza della chance perduta* (nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28993), in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in cassazione*, cit., 125.

⁵⁴ Trib. Monza 5 dicembre 2017, e Trib. Milano 4 settembre 2017, assieme ad App. Bari 30 agosto 2017, in *Danno resp.*, 2018, 183 ss., con nota di B. TASSONE, *Le chances: fra danno da morte, illecito senza danno, risarcimenti sotto-soglia e concause naturali*. Fra le altre decisioni di cui nel testo, già Trib. Monza 30 gennaio 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 696 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Il risarcimento per la perdita di chance*, nonché Trib. Venezia 13 dicembre 2004, in *Danno resp.*, 2005, 989 ss., Trib. Venezia 15 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2256, nonché, più di recente, App. Bari 30 agosto 2017, cit.

bisognoso di definizione e quanto siano informate ad una logica non propriamente compensativa le applicazioni da cui si sono prese le mosse⁵⁵.

Inoltre, le decisioni richiamate valgono anche a far emergere quanto l'accertamento del nesso e la *chance* si debbano sempre più confrontare con il tema della gestione dell'incertezza, il che ci conduce a esaminare gli ultimi arresti in tema di inversione dell'onere della prova del nesso.

6. Gli orientamenti sulla inversione dell'onere dalla prova del nesso nella responsabilità contrattuale

Nel già richiamato contesto del primo intervento nomofilattico del 2008, con la sentenza n. 577/2008 le Sezioni Unite completano le regole via via elaborate a partire da Cass., S.U., 13533/2001⁵⁶: in specie, laddove affermano che il debitore non deve solo dimostrare di essere stato diligente circa l'allegazione dell'inadempimento, dovendo (ove non provi di esserlo stato) pure dimostrare l'assenza di un legame fra la sua condotta e il danno⁵⁷.

Parrebbe allora sovvertito l'antico principio per cui la prova del nesso spetta sempre al danneggiato, il quale chiama in causa il dibattito – che non si può qui approfondire – sulla interpretazione dell'art. 1218 c.c. e sul suo difficile rapporto con l'art. 1176 c.c., salvo notare che non poche sentenze di legittimità successive mettono in crisi l'idea che l'inversione dell'*onus probandi* riguardi altresì l'elemento oggettivo⁵⁸.

Le cose cambiano quando, a metà del 2017, la Suprema Corte affronta *ex professo* la questione, tentando di rileggere detto arresto in modo non disarmonico rispetto al *corpus* di regole elaborato dalla tradizione, affermando in sostanza che la prima mossa “probatoriamente rilevante”

⁵⁵ Per una decisione che torna a risarcire sub specie di perdita di *chances* i danni derivanti dalla preclusione di un diverso percorso terapeutico a causa della ritardata diagnosi e, in specie, la possibilità di una maggiore durata e qualità della vita, Cass. 3 giugno 2020, n. 12928, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*.

⁵⁶ Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, fra le altre in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*.

⁵⁷ Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁵⁸ B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione dell'onere della prova del nesso*, in *Danno resp.*, 2018, 14 ss.

dev'essere compiuta dall'attore⁵⁹.

È così si innesca un dibattito via via più inteso e si giunge alla presa di posizione operata nel contesto delle sentenze di San Martino 2019, le quali circoscrivono l'inversione dell'onere della prova sul nesso alle obbligazioni di dare e fare, dichiarandola inapplicabile a quelle aventi ad oggetto un *facere* professionale⁶⁰.

Sebbene non sia questa la sede per esaminare il complesso apparato motivazionale delle due decisioni, in estrema sintesi si afferma che la responsabilità contrattuale deriva dalla lesione dell'interesse alla prestazione, sicché la causalità materiale è solo in teoria distinguibile dall'inadempimento ed è il creditore a doverne provare l'assenza: tuttavia, per le obbligazioni di "*facere*" o diligenza professionale si torna alla regola del 2017, perché qui l'interesse è strumentale rispetto a quello primario, in quanto la prestazione oggetto dell'obbligazione non è la guarigione dalla malattia, ma il perseguimento delle *leges artis*⁶¹.

Viene dunque ripristinata (senza mai menzionarla) la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato (o figure ad esse, di fatto, sovrapponibili)⁶².

Ebbene – ecco il punto –, secondo alcuni autori ove il debitore abbia allegato un inadempimento astrattamente idoneo a cagionare il danno tramite la causalità generale, spetta al debitore dimostrare che la legge di copertura *non* è applicabile nel caso di specie giusta i canoni della causalità individuale⁶³.

⁵⁹ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, fra le altre in *Foro it.*, 2018, I, 1348, con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica.*

⁶⁰ Posto che l'impianto di fondo era stato già enunciato da E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la L. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265 ss., il riferimento è a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, fra le altre in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in cassazione*, cit., 129 ss., ivi commentate, fra gli altri, da G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, 150 ss., da U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, 198 ss., da R. PARDOLESI e S. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, nonché da F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, 169 ss.

⁶¹ Sulla motivazione delle due decisioni e sui relativi commenti, TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 78 ss.

⁶² Rileva il punto, ad esempio, IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, cit., 210.

⁶³ D'AMICO, *L'onere della prova del nesso*, cit., 152, nt. 7, PARDOLESI e SIMONE, *Prova del nesso di causa*, cit., 143-144, nonché PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale*, cit., 733-734, con esito criticato da A. PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *I contratti*, 2020, 341 ss.

Ma ciò, evidentemente, “polverizza” il ruolo della *chance*, che in molti casi si appoggia di necessità alla prima e, inoltre, non si sa più quando la causalità generale porta ad un risarcimento integrale o parziale, il che vale ancora di più ora che è venuta meno la più volte citata “soglia” della *chance*.

Inoltre, sorgono problemi peculiari quando concorrono una responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, intanto dal lato dei convenuti e anche rispetto ai connessi problemi di rivalsa / regresso (come rende evidente la Legge Gelli-Bianco): di fronte alla stessa fattispecie una “incertezza probatoria” sul nesso sarebbe risolta accogliendo la domanda verso la struttura e respingendo quella verso il medico⁶⁴.

E consimili problemi si possono porre dal lato degli attori, tanto per la diversità di soggetti che esercitano una domanda contrattuale ed extracontrattuale (ad esempio, la gestante e i suoi congiunti), quanto per la diversità di domande proposte *iure proprio* o *iure hereditatis*, ritenute, rispettivamente, dell’uno e dell’altro tipo⁶⁵.

Infine, è chiaro che occorre una maggior definizione delle obbligazioni di “*facere*” o diligenza professionale, considerando ad esempio le norme sulla responsabilità degli amministratori, che richiamano la “diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze” senza definirla “professionale”⁶⁶; le norme della legge 14 gennaio 2013, n. 4, sulle professioni non organizzate, che crea non pochi problemi circa il rapporto con le professioni sanitarie e, probabilmente, rispetto alla stessa distinzione fra lavoro autonomo intellettuale e no⁶⁷; nonché gli orientamenti sulla responsabilità della P.A. e del datore di lavoro, che peraltro non hanno fino ad ora recepito gli insegnamenti della Suprema Corte che si stanno commentando⁶⁸.

⁶⁴ Si veda ancora TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 202 ss.

⁶⁵ Cass. Cass. 9 luglio 2020, n. 14615, cit., e Cass. 8 luglio 2020, n. 14258, in *Foro it.*, 2020, I, 3467. In tema di *chance* e perdita del rapporto parentale, Trib. Lecce 9 settembre 2020, *id.*, 2021, I, 1336, con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita del rapporto parentale «potenziale» tra criteri di quantificazione e aporie di sistema*.

⁶⁶ Peraltro, la novella del diritto societario del 2003 ha distaccato dal paradigma del mandato l’identificazione dei doveri e delle responsabilità degli amministratori giusta il nuovo testo dell’art. 2392 c.c.

⁶⁷ Si veda, al riguardo, la definizione di professione non organizzata in ordini o collegi di cui all’art. 1.

⁶⁸ Per una rassegna sui primi, TASSONE, *La chance nel diritto amministrativo*, cit., cui adde però C. Stato, sez. IV, 30 novembre 2020, n. 7560, *Foro it.*, 2021, III, 124, con note di A. PALMIERI, *Il nesso di causalità tra la mancata protezione del militare esposto all’uranio impoverito e l’insorgenza di una grave patologia: verso una nomofilachia a geometria variabile?*, e di P. NASINI, *Responsabilità del ministero*

7. La razionalizzazione della *chance*

Come anticipato, nell'anno 2018 la Cassazione affida a due importanti decisioni una prima opera di razionalizzazione della *chance*, volta – fra le altre cose – a ridimensionare la sua ipertrofia.

Per le ragioni fra un attimo esplicitate – che ruotano attorno all'idea per cui ogni schema di lettura della *chance* diverso da quello causale risponde ad una finzione e secondo la quale non ha allora particolari ricadute la distinzione fra *chance* patrimoniale e no –, non è necessario in questa sede soffermarsi sulla serrata revisione che viene proposta rispetto alla ricostruzione adottata da Cass. 4400/2004⁶⁹.

Qui vale solo la pena di osservare che viene di nuovo in esponente il tema dell'incertezza, che la già citata e coeva Cass. 5641/2018 sviluppa tramite un apparato motivazionale poi posto alla base, con alcuni affinamenti, di una delle dieci sentenze “pilota” rese in data 11 novembre 2019⁷⁰.

Al riguardo, la Suprema Corte ribadisce intanto che la perdita della possibilità di conseguire un beneficio o di evitare un pregiudizio costituisce una lesione attuale e rivede l'approccio che usa la *chance* per sostituire uno degli elementi della fattispecie, cioè il nesso causale, con il suo oggetto – vale a dire il bene tutelato che è stato leso –, ricordando che autorevole dottrina ha definito la relativa teorizzazione in termini di “stampella della zoppia causale”⁷¹.

Inoltre, i giudici di legittimità collocano la *chance* in due diversi quadranti tramite le coppie *chance* “pretensiva” e “oppositiva”, nonché patrimoniale e no, sicché di fronte alla *chance* patrimoniale si può far

della difesa per danni da esposizione all'uranio impoverito: il punto sulla giurisprudenza, sulla “responsabilità lato sensu da posizione” dello Stato ex art. 2087 c.c. per aver esposto un militare al rischio per la salute derivante dai residui di esplosione di metalli pesanti durante alcune missioni all'estero. Per una rassegna sui secondi, sempre TASSONE, La chance fra diritto civile e diritto del lavoro, cit., cui adde Cass., sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6485, id., Le banche dati, archivio Cassazione civile sul dibattito inerente alla possibilità di usare il mero dato “statistico” derivante dal rapporto fra il numero dei concorrenti e i vincitori per stimare la chance.

⁶⁹ Si vedano Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, cit., e Cass. 19 marzo 2018, n. 6688, cit.

⁷⁰ Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

⁷¹ R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione* (nota a Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619), in *Danno resp.*, 2008, 64.

riferimento a “valori “oggettivi” e “proporzionali al risultato perduto”, mentre al cospetto di quella non patrimoniale il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, bensì “commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo”, purché la *chance* abbia i connotati della “apprezzabilità, serietà e consistenza”⁷².

Tuttavia, suscita riserve l’idea per cui debbano essere trattate diversamente la situazione tipica della gara in cui la condotta impedisce che il preesistente “*quid*” di cui l’attore è già portatore si evolva in modo migliorativo e quella tipica dell’intervento medico in cui è la stessa condotta a crearlo e impedire “solo” lo sviluppo di una condizione di suo sfavorevole⁷³: senza contare che le formule usate per definire la *chance* non patrimoniale richiamano orientamenti invalsi soprattutto in ambiente amministrativistico dove la *chance* è però e perlopiù patrimoniale, sicché la tendenziale assimilazione fra *chance* pretensiva e interesse legittimo lascia perplessi⁷⁴.

In ogni caso, gli aspetti di maggior interesse ruotano attorno agli esiti cui conduce il “decalogo”, una volta chiarito quando non è lecito discorrere di perdita di *chances*⁷⁵: essa si ritaglia infatti uno spazio laddove la condotta colpevole del sanitario ha avuto come conseguenza un evento di danno incerto perché “le conclusioni della c.t.u. risultano espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all’eventualità di maggior durata della vita e

⁷² E sono evidenti le difficoltà di applicazione delle formule di cui nel testo, come ad esempio evidenza D. FREANDA, *Errore o ritardo nella diagnosi: quanto devono essere concrete le chances perdute?*, in *La Resp. medica*, 2018, 276 ss., cui adde ID., *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 305 ss.

⁷³ Fa notare che la prospettiva potrebbe essere ribaltata, sì da affermare che nel primo caso non pre-esista a ben vedere alcun *quid*, a differenza del secondo, LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico*, cit., 116, nt. 64. Per ulteriori considerazioni critiche P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2^a ed., 2019, 461 e 589 ss.

⁷⁴ E ciò pur se a fronte dei rilievi esposti in PARDOLESI e TASSONE, *La perdita della chance*, cit., 1607 ss. è stata ridimensionata la più netta affermazione contenuta in Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, cit.

⁷⁵ Invero, se la *chance* è la “possibilità perduta di un risultato migliore ed eventuale”, non si possono ricondurre a essa le ipotesi in cui la condotta del medico (i) ha cagionato la morte del paziente e/o ne ha impedito la guarigione, (ii) ha ridotto significativamente la durata della sua vita e/o ne ha peggiorato la qualità, (iii) ha avuto conseguenze solo sull’organizzazione del tempo residuo del paziente anche in considerazione del mancato ricorso a cure palliative (venendo così leso il diritto all’autodeterminazione), senza avere alcuna incidenza sullo sviluppo, sulla durata e sull’esito della patologia, cui aggiungere la lapalissiana ipotesi sub (iv) in cui la condotta del medico *non* ha avuto alcuna delle conseguenze indicate, sicché nessun ristoro è riconosciuto.

di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo”.

Soprattutto, desta perplessità l’idea che il nesso debba sussistere fra la condotta e la perdita di *chances*: se la *chance* ruota sempre attorno alla “possibilità un risultato migliore”, la sua elisione avviene sempre in misura prossima al 100%⁷⁶.

La *pars destruens* è dunque compiuta ed essa ha fatto apprezzare l’opera tesa allo sfrondamento di molti rami secchi, ma anche rilevare che i germogli di una costruzione armonica sono di là da venire, sicché occorre lavorare sul poliedrico concetto di incertezza per circoscrivere la *chance*⁷⁷.

In tale direzione, del resto, vanno sia l’ultimo riferimento che la decisione del 2018 fa alla “dimensione di insuperabile incertezza [della] possibilità perduta”, l’unica che consente “di temperare equitativamente il criterio risarcitorio del c.d. *all or nothing*”, avallando appunto l’idea per cui è la strutturale incertezza processuale o sostanziale su come sarebbero andate le cose a dare corpo alla *chance*; sia il confronto fra la premessa della pronuncia del 2019 e la sua conclusione: l’una basata su celebre frase contenuta in un libro di John Maynard Keynes a tenore della quale la probabilità “is the measure of our ignorance”⁷⁸; l’altra volta ad arrendersi, anche se in modo non così disarmato né rinunciatario, alle ragioni della politica del diritto⁷⁹.

⁷⁶ Riconsiderando il più volte citato caso del paziente che aveva *chances* di sopravvivenza del 30% ove il medico fosse tempestivamente, correttamente e/o *tout court* intervenuto, è chiaro che egli sarebbe restato in vita oppure no, ma non che avrebbe conservato il mero 30% della sua esistenza. Lo stesso vale, a pensarci bene, per l’impresa pretermessa da una gara e per il dipendente illegittimamente escluso dalla prova tesa ad un avanzamento di carriera, dacché l’appalto sarebbe stato o no aggiudicato alla prima e l’inquadramento superiore o no conseguito dal secondo.

⁷⁷ Nel senso cui nel testo PARDOLESI e TASSONE, *La perdita della chance*, cit., 1616.

⁷⁸ La icastica espressione per cui la *chance* “is the measure of our ignorance” si deve a J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, London, 1921 – di recente ristampato (Mineola [New York], 2013) – 315.

⁷⁹ Ci si riferisce alla finale affermazione per cui “provato il nesso causale secondo le ordinarie regole civilistiche, rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente. Sul medesimo piano d’indagine, che si estende dal nesso al danno, ove quest’ultimo venisse morfologicamente identificato, in una dimensione di insuperabile incertezza, con una possibilità perduta, tale possibilità integra gli estremi della *chance*, la cui risarcibilità consente (come scelta, *hic et nunc*, di politica del diritto, condivisa, peraltro, anche dalla giurisprudenza di altri Paesi di *Common e di Civil law*) di temperare equitativamente il criterio risarcitorio del c.d. *all or nothing*, senza per

8. Riflessioni conclusive

La (seppur parziale) ricostruzione della evoluzione del rapporto fra il nesso e la *chance* sembra far emergere una generale funzione attribuibile alla figura: vale a dire la sua vocazione a confrontarsi con l'applicazione del nesso in situazioni di (ineliminabile e variamente determinata) incertezza (sostanziale e/o processuale), in linea con l'idea per cui, in molti casi, *può* essere opportuno ripartire fra le parti del processo la responsabilità quando essa non è (o non si può affermare che sia) ascrivibile al solo convenuto (non per colpa dell'attore).

Dal quadro sopra abbozzato emerge poi che la *chance* è talvolta utilizzata in modo da rispondere a più specifiche funzioni, come quella (di cui si è detto) di suddividere le conseguenze dell'illecito tenendo conto dell'incidenza delle concause naturali, ferma restando l'esigenza di una demarcazione fra il terreno delle concause stesse e quello della *chance*; quella – solo menzionata – che la fa “reagire” sugli esiti cui la ordinaria applicazione del nesso porterebbe (esemplificata dal noto caso CIR-Fininvest), in considerazione dell'incertezza di per sé legata ad un nesso la cui affermazione dipende da una serie di circostanze che hanno luogo in contesti spazio-temporali assi diversi⁸⁰; ancora, la funzione di sanzionare una condotta in presenza di un illecito senza danno accertato o accertabile; infine, lasciando da parte il diritto del lavoro e amministrativo, la funzione volta a tener conto di un nesso di causa affermato e affermabile solo sulla scorta della causalità generale.

Di qui, dunque, il destro per trarre alcune direttrici, la cui estesa esposizione richiederebbe ben altro spazio⁸¹.

In estrema sintesi, l'area tipica del “più probabile che non” andrebbe circoscritta ai casi in cui può essere applicata una legge universale o – con una prima scelta di *policy* – una legge statistica con valenza prossima a 1; di poi, una scelta di *policy* ancora più marcata può essere quella di risolvere il

questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, né ad integrarne il necessario livello probatorio”.

⁸⁰ In questi termini la lettura del caso, in linea con la decisione di prime cure, già offerta con B. TASSONE, *Perdita di chances e nesso causale nel caso Cir-Fininvest* (nota ad App. Milano 7 luglio 2011), in *Danno resp.*, 2011, 1067 ss.

⁸¹ Sia permesso un ultimo richiamo a TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 337 ss.

problema circa la applicabilità o no di una legge probabilistica al caso concreto usando sempre il criterio del “più probabile no”.

Di contro, l’area tipica della perdita di *chance* diviene – fra le altre – quella della citata causalità generale, in cui solo la macchina del tempo consentirebbe di sapere come sarebbero andate le cose, peraltro potendosi configurare la *chance* individuale astratta (perché non si sa in quale “classe statistica” sarebbe rientrato l’attore) come il frammento di una *chance* collettiva concreta.

Riprendendo sempre l’esempio da cui si sono prese le mosse, se una certa tipologia di intervento ha mediamente una probabilità di successo del 30%, i soggetti deputati a effettuarlo potrebbero tenere una condotta strutturalmente negligente confidando sul fatto che a nessuno dei pazienti sarebbe dato di ottenere un risarcimento pieno nell’ottica tradizionale.

Ecco che, tuttavia, il danno non accertabile su base singola, diviene tale in chiave aggregata: se tutti e cento i pazienti potessero idealmente tornare al momento precedente l’intervento e farlo correttamente eseguire, non vi sarebbe dubbio su chi sono i 30 che hanno diritto ad essere ristorati per l’intero.

L’effetto, dunque, è sostanzialmente equivalente a quello che deriva dal dare a ciascuno di essi il 30% del danno finale.

Peraltro – tornando al profilo che ci ha indotto a discorrere dei regimi processuali del nesso –, si possono sempre affidare a specifiche ragioni di *policy* deviazioni sostanziali e/o processuali dalla regola di base.

Ma tale possibilità andrebbe ammessa dopo aver preso atto che problemi complessi come quelli della causalità e della *chance* richiedono probabilmente soluzioni improntate alla regola del “*keep it simple*”; e che, come suggeriva il compianto Antonio Romano Tassone durante una chiacchierata di qualche anno fa, la causalità – e lo stesso vale per la *chance* – è, in definitiva, una “visione del mondo”.