



Programma delle settimane di formazione civilistica per i magistrati

ordinari in tirocinio nominati con d.m. 23 novembre 2022

Tirocinio mirato quarta settimana 8 - 12 gennaio 2024

TEAMS Aula virtuale

La causalità nella responsabilità civile.

Gabriele Positano, Componente del Comitato direttivo della SSM –

8 gennaio 2024

Premessa:

Quello del nesso causale costituisce “*un problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura (che) pare destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica", o, se si vuole, di politica del diritto*” (Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257 ss.). Il tema della causalità civile e penale rappresenta una delle tematiche più complesse e delicate, alle quali la Scuola Superiore della Magistratura ha dedicato una attenzione particolare, sia per numero di corsi, che per pregnanza degli approfondimenti, per tentare di superare la naturale ritrosia dell’operatore del diritto ad accettare l’idea stessa della convivenza di differenti criteri di valutazione della causalità, in ambito civile e penale, per l’accertamento dei medesimi fatti e per colmare la percezione di un gap tra l’elaborazione della giurisprudenza di legittimità, la visione della dottrina e l’applicazione di quei principi da parte della giurisprudenza di merito.

La nozione di causalità

La causalità civile ha la funzione di selezionare tra tutti i presupposti di un certo evento, solo quelli ritenuti giuridicamente necessari al suo accadimento.

Non è questa la sede per approfondire il divario esistente tra l’accertamento della verità reale e di quella processuale, ma è sufficiente segnalare che lo studio della causalità corrisponde oggi alla ricerca di verosimili approdi ad una “verità relativa”, che può consistere soltanto per approssimazione alla verità reale. In sostanza, lo studio della causalità calata nel processo civile tende ad concetto di verosimiglianza e cioè di una verità intesa quale corrispondenza tendenziale delle allegazioni processuali ai fatti del mondo empirico.

Nel ricercare il nesso causale l'interprete tende all'accertamento del grado di probabilità da attribuire all'ipotesi che lega un evento ad una determinata condotta umana o ad un fatto naturale, muovendosi nell'ambito di un ragionamento probatorio caratterizzato dal concetto di probabilità e non da quello di verità assoluta.

Naturalisticamente un determinato fatto non è mai il risultato di una sola causa. Quando l'articolo 2043 c.c. recita, "cagiona", si riferisce alla causalità materiale o causalità di fatto, che ha la funzione di individuare il responsabile dell'illecito e cioè risponde alla domanda: chi o cosa ha causato l'evento?

Elemento positivo e negativo e primo ciclo causale e secondo ciclo causale

Il rapporto di causalità di fatto o materiale si scompone in due elementi, uno positivo e uno negativo.

L'elemento positivo consiste nella dimostrazione che un determinato soggetto abbia posto in essere una condizione dell'evento e cioè quella antecedente, senza la quale l'evento non si sarebbe verificato. L'elemento negativo integra la prova che quell'evento non si è verificato per fattori eccezionali.

La dimostrazione dell'elemento positivo grava sul danneggiato, cioè l'attore e sin da ora si può sintetizzare con la formula "primo ciclo causale". La prova dell'elemento negativo grava, invece, sul danneggiante e consiste nella cosiddetta prova liberatoria (cd. secondo ciclo causale).

Il nesso causale va provato sempre

La circostanza che il convenuto debba provare l'elemento negativo per scagionarsi, non equivale ad una presunzione del rapporto di causalità tra la condotta del danneggiante e l'evento. Questo perché ciascuna delle due parti del giudizio deve fornire una prova. L'attore deve dimostrare che la condotta del danneggiante ha costituito una condizione dell'evento e il convenuto non deve necessariamente provare il contrario, e cioè che la condotta del danneggiante non ha rappresentato una condizione dell'evento, ma generalmente deve provare altro: e cioè, che l'evento effettivamente si è verificato, ma per l'intervento di un fattore esterno, che potrà essere sia la condotta del danneggiato, sia la condotta di un terzo, sia il caso fortuito (inteso quale fatto materiale).

Scomposizione del ciclo causale

Il debitore danneggiante deve dar prova dell'assenza d'un nesso causale tra l'insorgenza della patologia e la sua condotta negligente, soltanto laddove il paziente abbia assolto all'onere di provare che il danno sofferto è eziologicamente riconducibile alla condotta della struttura sanitaria ovvero all'azione od omissione del sanitario.

Assistiamo, per condividere le parole della giurisprudenza di merito, ad **"una scomposizione del ciclo causale"**, in due elementi, precisamente, il profilo causale attinente al creditore paziente e quello afferente al debitore struttura sanitaria.

Emerge così un 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..." (Cass. Civ., Sez. III, Sent. n. 18392 del 26 luglio 2017; Cass. civ., Sez.III, Ord. n. 17240 del 15 giugno 2023).

Causalità materiale e causalità giuridica

La causalità materiale o di fatto e la causalità giuridica costituiscono due momenti indispensabili della ricostruzione causale. La prima, risponde alla domanda “chi è stato a causare l’evento” e, quindi, chi è il responsabile dell’illecito. La seconda, è funzionale al quesito se quell’evento è un danno risarcibile dal punto di vista civile.

La causalità è assoggettata a regole differenti, nella responsabilità extracontrattuale e in quella contrattuale, cioè da inadempimento dell’obbligazione ai sensi dell’articolo 1218 c.c.

Il ruolo e l’evoluzione della giurisprudenza rappresenteranno in questa materia un profilo di assoluto rilievo, muovendo da una impostazione secondo la quale era sufficiente la mera allegazione (cioè deduzione, quindi affermazione in giudizio) dell’inadempimento, per ottenere il risarcimento del danno da azione contrattuale, per giungere alla tesi della inidoneità della deduzione di un inesatto o mancato adempimento, perché quell’inesattezza dell’adempimento deve, a sua volta, costituire oggetto di prova.

La responsabilità contrattuale

L’impostazione tradizionale ruotava intorno all’assioma dell’autosufficienza della dimostrazione l’esistenza del contratto e dell’allegazione dell’inadempimento. Così, ad esempio, in tema di responsabilità professionale medica era sufficiente dedurre che il paziente avesse fatto ingresso in una struttura sanitaria con una patologia di gravità, ad esempio, “x” ed era uscito fuori con una di menomazione con gravità “2x”.

La semplice allegazione dell’inesatto adempimento dell’obbligazione integrava la prova del primo ciclo causale, rimettendo alla controparte, e cioè al medico o alla struttura sanitaria, la prova liberatoria, che riguarda il secondo ciclo causale e, quindi, la dimostrazione del fatto negativo, che consiste nel dimostrare che l’evento si è verificato per ragioni diverse dalla presunta condotta inadempiente del sanitario.

Secondo il costante orientamento della dottrina e della giurisprudenza l’inadempimento “qualificato” e cioè l’inadempimento del professionista (quale esercente una professione) integrava esso stesso la prova del nesso causale, essendo evidente che il peggioramento della condizione del paziente dipendesse da un inesatto adempimento.

Il superamento di tale assioma da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione (in particolare la Terza Sezione civile) ha dato luogo a valutazioni critiche da parte della dottrina, soprattutto riguardo allo snodo giuridico essenziale della necessità di dimostrare, anche nella responsabilità contrattuale, il nesso causale e che, in definitiva, l’adempimento del professionista è inesatto o insussistente.

Riassumendo

La sintetica esposizione consente di individuare una serie di dati giuridici che caratterizzano la causalità: due cicli causali, quello della prova positiva e quello della prova negativa; il primo, a carico dell’attore danneggiato ed, il secondo, a carico del convenuto, professionista o struttura sanitaria.

A questi si aggiungono due aspetti del nesso di causalità. La causalità materiale o di fatto, che risponde alla domanda chi ha causato l'evento e la causalità giuridica, che risponde alla domanda l'evento è risarcibile civilmente?

In questa seconda causalità, quella giuridica, il giudizio di condanna al risarcimento del danno va, a sua volta, scomposto in due operazioni distinte.

L'an ed il quantum

La prima categoria interessa l'area del pregiudizio e le eventuali voci di danno risarcibili e risponde alla domanda: questo evento è risarcibile civilmente? Si tratta dell'accertamento dell'*an debeatur* e cioè, esiste o meno un danno risarcibile?

La seconda operazione riguarda il *quantum debeatur*, e cioè la fase di liquidazione in valori monetari della perdita economica accertata nella fase precedente.

Causalità giuridica: conseguenza immediata e diretta dell'evento

Nella fase della causalità giuridica, sia per accertare l'an che il quantum, il criterio da applicare è quello dell'articolo 1223 c.c. secondo cui deve sussistere una relazione da causa ad effetto in forza della quale la perdita patrimoniale risarcibile appaia riconducibile all'evento. Perché questo avvenga, la perdita patrimoniale deve essere "conseguenza immediata e diretta" (si veda l'articolo 1223 c.c.) dell'evento¹.

Vedremo subito che qui la chiarezza delle regole giuridiche da applicare si affievolisce. Questo in quanto la causalità giuridica svolge la funzione di stabilire l'area del danno risarcibile, per rispondere alla domanda: "quanto deve pagare il responsabile?" Nella responsabilità contrattuale l'articolo 1223 c.c. limita il danno risarcibile a quello che sia conseguenza *immediata e diretta* dell'evento.

Per comprendere quando un danno abbia queste caratteristiche, già nel 1800 R.J. Pothier, nel Trattato delle obbligazioni², ipotizzava tre serie causali riferibili ad un inadempimento contrattuale. Tizio acquista dal venditore animali affetti da un male contagioso. Questo vizio del bene acquistato produce tre effetti. Il primo: la morte per contagio di altri animali di proprietà del compratore; il secondo: la perdita del raccolto del compratore impossibilitato a coltivare il fondo perché gli animali acquistati erano dei bovini che servivano proprio per arare il fondo; il terzo: il generale dissesto economico del compratore a causa della perdita del raccolto che non gli consentiva di fronteggiare i debiti ordinari.

La prima conseguenza è certamente risarcibile; la seconda, solo a condizione che sia provata l'inevitabilità della perdita del raccolto per il compratore; la terza, è considerata non risarcibile perché non conseguenza *diretta e immediata*, ma conseguenza indiretta e remota.

L'art.1223 c.c. verrà interpretato dalla giurisprudenza di legittimità in maniera "sfumata", per allargare le maglie del danno risarcibile e controbilanciare il profilo probatorio che è a monte, che

¹ La pronuncia di condanna generica al risarcimento del danno implica l'avvenuto accertamento dell'esistenza dell'evento dannoso e del nesso causale tra questo e la condotta del responsabile, venendo rimessa al successivo giudizio di liquidazione la verifica della sussistenza delle conseguenze pregiudizievoli, alla stregua dell'art. 1223 c.c. (Cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 27016 del 14/09/2022, Rv. 665988 - 02). Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva liquidato una provvisoria sulla base di una valutazione prognostica del possibile ammontare del danno conseguenza, da accertarsi in separato giudizio.

² Trattato delle Obbligazioni, anno 1836, di Robert Joseph Pothier, giurista francese, Orléans, 9 gennaio 1699 – Orléans, 2 marzo 1772.

riguarda la causalità materiale o di fatto e cioè l'applicazione del criterio del nesso causale per rispondere alla prima domanda: chi ha causato l'evento?

Danno evento ed evento di danno

È utile introdurre un'altra distinzione e sorvolare su altre cavillose definizioni. Il concetto giuridico di "evento di danno" è cosa diversa dall'altro, apparentemente identico, di "danno evento".

Per *danno evento* si intende un concetto tendenzialmente avverso da certa giurisprudenza e cioè il pregiudizio insito nella lesione e cioè il cd danno in sé (per esempio, se il conduttore non restituisce l'immobile al locatore alla scadenza questo pregiudizio costituirebbe un danno *in re ipsa* per il proprietario, che evidentemente non può locare ad altri l'immobile). Ma oltre al caso della proprietà e dei diritti reali³, il tema del ristoro del danno da lesione ha interessato che la materia dei diritti di proprietà intellettuale⁴.

La tematica è oggetto di un'evoluzione giurisprudenziale come emerge dal contenuto di due recenti ordinanze di remissione alle Sezioni Unite della Seconda e dalla Terza Sezione in tema di occupazione abusiva e del conseguente danno *in re ipsa*⁵.

Il confronto fra le due motivazioni delle ordinanze induce anche a chiedersi quale sia il reale significato dell'espressione⁶ in questione.

Le Sezioni Unite, con le decisioni gemelle, Sez. Un. n. 33645/2022 e Sez. Un. n. 33659/2022, hanno riconosciuto in linea di principio il concetto di danno *in re ipsa* nell'ipotesi dell'occupazione *sine titulo* del terzo (e, in questo, si può dire che hanno aderito alla linea prospettata dalla Seconda Sezione della Corte di cassazione), anche se poi ne attenuato gli effetti sul piano pratico⁷.

Per "evento di danno" si intende, invece, il concetto di "evento" e cioè la lesione che potrebbe determinare il pregiudizio, solo se l'attore dimostrerà, con le regole dell'articolo 1223 c.c. che quell'evento ha determinato un danno risarcibile civilmente.

Per semplificare, l'evento di danno assume un ruolo centrale perché è collocato nella prima fase, quella della causalità materiale e costituisce l'elemento terminale della ricerca, perché si identifica con il risultato della condotta e cioè con il danno ingiusto (articolo 2043 c.c.).

Nella responsabilità contrattuale, e comunque nella seconda fase della causalità giuridica, invece, costituisce il punto iniziale del percorso, perché l'evento di danno rappresenta il presupposto per accertare un eventuale danno risarcibile.

³ Per il caso del comproprietario pretermesso dal godimento per la sua quota del bene comune *ex art.* 1102 c.c., ad esempio, Cass. 12 maggio 2010, n. 11486, in *Guida dir.* 2010, fasc. 24, 62. In tema di violazione delle distanze fra costruzioni, più di recente, Cass. 31 agosto 2018, n. 21501, in *Foro it. Rep.* 2018, voce *Distanze legali*, n. 13. Con riferimento ai pregiudizi derivanti da una occupazione abusiva, con applicazione del c.d. "danno figurativo" in relazione al valore locativo del bene, già Cass. 18 gennaio 2006, n. 827, *Rep.* 2006, n. 268.

⁴ Cass. 13 dicembre 2021, n. 39763, in *Ced Cass. Civ. rv.* 663427-01 per vari riferimenti agli schemi tramite i quali l'applicazione della figura può aver luogo, elaborati in precedenza dalla dottrina e che sembrano fatti propri in parte dalla citata pronuncia.

⁵ Cass. civ., 17 gennaio 2022, n. 1162 (ord.), e Cass. civ. 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), entrambe in *Foro it.* 2022, I, 959, con nota di richiami di Caldoro, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di C. Scognamiglio, *Il danno ingiusto e la sua prova: l'occupazione abusiva di un immobile*.

⁶ Per esempio, Cass. 13 dicembre 2021, n. 39763, afferma che il danno da violazione delle privative autorali è *in re ipsa*, lasciando però al danneggiato la prova della "estensione del lucro cessante" e ammettendo che il convenuto "fornisca la dimostrazione dell'insussistenza [...] di danni risarcibili".

⁷ Il danno, infatti, è il pregiudizio da perdita subita (danno emergente), che si deve manifestare come perdita della concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento del bene. La concretezza della possibilità di esercizio – che può essere diretto o indiretto (concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo) richiama la perdita attuale, escludendo quindi la risarcibilità di quella solo potenziale.

Evento di danno

Ci riferiremo sempre all'evento, intendendo l'evento di danno. Per evitare fraintendimenti, non ci occuperemo di "danno evento".

Il codice, a rigore, parla di evento di danno solo nel caso di rovina di edificio ex articolo 2053 c.c. e nel caso di lesione alla cosa o alla persona prodotta dai veicoli, ex articolo 2054 c.c. Negli altri casi la terminologia è generica.

La regola dell'art. 1227 c.c.

Sempre nell'ambito della causalità giuridica, oltre alla regola dell'articolo 1223 c.c. una menzione a parte richiede l'articolo 1227 c.c. e, per la responsabilità da inadempimento, l'articolo 1225 c.c.

L'articolo 1227 c.c. prevede due ipotesi distinte. Il primo comma, il concorso del danneggiato nella produzione dell'evento di danno; il secondo, riguarda i danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

A noi interessa soltanto il primo comma, perché riguarda la causalità giuridica. Infatti, la norma recita "se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

Bisogna scomporre la disposizione.

La prima parte ("se il fatto colposo del creditore") indica la modalità per ricostruire il fatto, mentre nella seconda ("il risarcimento è diminuito secondo...") è prevista la disciplina per la misura del danno.

La prima parte afferma che il fatto è unico, nel senso che le cause concorrenti devono essere tutte prese in considerazione. Ma aggiunge che il fatto colposo del creditore (e cioè quello determinato da una "condotta umana"), consente di distinguere le quote di responsabilità di coloro che hanno agito.

Da questo termine "colposo" si desume, *a contrario*, che nel concorso tra condotta umana, ad esempio, del medico, e concausa naturale, ad esempio, pregressa malattia o altro fatto, non c'è una ripartizione di responsabilità, per cui il danneggiante risponde per l'intero.

La seconda parte della norma impone al giudice di separare le perdite risarcibili, collegabili alla condotta del danneggiante, da quelle derivanti dalla condotta della vittima.

Storia giuridica del nesso causale nella responsabilità civile professionale

Nella trasposizione giuridica della storia del nesso causale in ambito civile è possibile individuare cinque fasi.

W il medico

Prima fase: negli anni '50 e sino agli anni '70, l'obbligazione del sanitario era generalmente qualificata come obbligazione di mezzi. Sul danneggiato paziente gravava la prova della difettosa esecuzione della prestazione, nonché il nesso causale tra la condotta del sanitario e il danno ricevuto (*the doctor can do not wrong*). A partire dagli anni '70 questa distinzione rigida, tra obbligazioni di mezzo e di risultato, incominciò a sfaldarsi a causa di una serie di distinguo nell'interpretazione dell'articolo 2236 c.c. (responsabilità del prestatore d'opera) tra le varie gradazioni di colpa (imperizia, negligenza e imprudenza).

Partita 0-0

La seconda fase inizia con la decisione di Cass. n. 6141 del 1978 e si fonda sulla distinzione tra interventi di facile esecuzione o di *routine* e interventi di difficile esecuzione o complessi, ex 2236 c.c. In questi ultimi il paziente dovrà provare l'errore del medico attraverso una ricostruzione precisa delle modalità di esecuzione dell'intervento. Al contrario, in quelli routinari, esiste una sorta di presunzione in base alla quale il peggioramento delle condizioni di salute consente di ritenere dimostrato l'errore medico (*res ipsa loquitur*) e, quindi, spetterà al sanitario dimostrare la causa liberatoria e cioè la sopravvenienza di un evento imprevedibile oppure le condizioni già diversamente compromesse del malato.

In questa fase storica, che dura fino alla fine del secolo, ne usciranno favoriti i danneggiati perché di fatto l'aspetto più rilevante è il rischio del "fatto impeditivo ignoto", che costituiva un profilo che, nelle operazioni di facile esecuzione, doveva essere provato dal sanitario.

L'effetto sociologico ed economico di questa giurisprudenza è stata la cosiddetta medicina difensiva cioè l'eccesso di cautele, prescrizioni di farmaci e di accertamenti da parte dei medici, al fine di limitare la responsabilità e, in definitiva, di difendersi dal rischio di una causa civile.

Terza fase: Il contatto sociale, w il paziente

La responsabilità da contatto sociale è una forma di responsabilità contrattuale che nasce da un rapporto tra due soggetti e che non trova fondamento in un accordo tra le parti, ma in obbligo legale oppure in un altro rapporto giuridico. È la figura elaborata dalla dottrina tedesca e poi introdotta in Italia dalla dottrina nazionale (Castronovo) e trasferita nella responsabilità medica a partire dal 1999 con la nota sentenza della Terza Sezione Civile della Cassazione n. 589, secondo cui tra il medico ed il paziente ricorre comunque un rapporto giuridico particolare che non rientra nell'articolo 2043 c.c.

Il cammino giurisprudenziale è stato graduale, prendendo le mosse dal riconoscimento di obblighi di protezione connessi al contratto, seppure non disciplinati da questo negozio (obblighi di protezione, obblighi di protezione in favore del terzo) per arrivare agli obblighi di protezione senza prestazione, cioè quei doveri, ad esempio del medico, che gravano su una o entrambe le parti, senza che sia necessario stipulare un contratto.

Il limite di questa impostazione è che non sono individuate con criterio oggettivo le relazioni qualificate che generano responsabilità da contatto sociale. L'effetto più rilevante è stato quello di assoggettare la violazione degli obblighi scaturenti dalla relazione qualificata alla tutela osservata dalle norme contrattuali (articoli 1218 c.c. e seguenti).

Nel 2001 si passa alla **terza fase**, ancora più favorevole ai pazienti, poiché, con la decisione della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 13533 del 2001, dettata (invero) in ambito completamente diverso da quello professionale, viene codificata la regola dell'omogeneità del riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale.

In pratica, in materia di responsabilità contrattuale deve esistere una sola regola probatoria, sia che si chiedi l'adempimento, sia la risoluzione, sia il risarcimento. Il creditore deve solo dimostrare la fonte del diritto, cioè il contratto e il debitore, ed esempio anche il medico, deve provare di avere adempiuto.

Demolizione delle fasi uno e due

Dopo le Sezioni Unite la Cassazione con tre sentenze a sezioni semplici (nn. 9471, 10297 e 11148, tutte del 2004) ha ribaltato la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, perché non era più funzionale ed ha escluso che la distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione potesse costituire un valido criterio di riparto dell'onere della prova.

A metà degli anni 2000, la partita tra attore e convenuto era così ripartita: al paziente o danneggiato spettava dimostrare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgere di nuove patologie a causa dell'intervento medico; al sanitario o all'azienda sanitaria spettava di provare, sia che la prestazione professionale era stata eseguita diligentemente, sia che gli esiti peggiorativi erano stati determinati da un evento imprevisto o imprevedibile.

Nesso causale ed inadempimento cd qualificato

Rimaneva un aspetto incerto e cioè su chi dovesse gravare la prova del nesso causale tra la prestazione e l'evento dannoso. Invero, questo aspetto era poco rilevante (al tempo) perché, in ambito contrattuale, dimostrando l'esistenza del contratto e l'*inadempimento qualificato*, cioè il peggioramento delle condizioni di salute connesse all'intervento, si supposeva che la dimostrazione dell'*inadempimento qualificato* fosse essa stessa la prova del nesso causale.

La Cassazione civile negli anni successivi ha affrontato con consapevolezza questo tema affermando che la prova del nesso causale, anche in questo regime favorevole al danneggiato, spettava proprio al danneggiato (Cassazione, 24 maggio 2006 n. 12362; Cassazione 11 novembre 2005 n. 22894; Cassazione 19 aprile 2006, n. 9085).

Queste affermazioni non ebbero effetti significativi, perché la prova dell'esistenza del contratto e la prova del peggioramento o dell'insorgenza di nuove patologie consentivano, di fatto, all'attore danneggiato - paziente di ottenere un esito favorevole dal giudizio. Avranno effetti dirompenti quando la giurisprudenza di legittimità supererà i principi delle Sezioni Unite del 2001 n. 13533.

Quarta fase: w il danneggiato contrattuale

Arriviamo alla **quarta fase** che si colloca nel 2008: sull'attore, danneggiato o paziente grava l'onere di allegare, cioè affermare, specificandolo, "l'*inadempimento qualificato*", mentre incombe sul debitore danneggiante l'onere di provare la mancanza del nesso di causa.

Siamo giunti alle decisioni delle Sezioni Unite del 2008, in particolare la n. 577. Le Sezioni Unite prendono le mosse dai principi affermati dalle sentenze del 2004 della Terza Sezione, ma “alleggeriscono” la posizione probatoria dell’attore/danneggiato, ritenendo che la prova del nesso causale non debba essere fornita dal paziente-attore che proponga una azione contrattuale di responsabilità professionale. L’attore deve limitarsi a provare l’esistenza del contratto o anche le esistenza del contatto sociale.

Le SSUU n. 577 del 2008

Con la decisione in oggetto si afferma il principio secondo cui l’attore (danneggiato) deve provare l’esistenza del contratto o del contatto sociale e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia e deve allegare, spiegando in maniera specifica, l’inadempimento del debitore-medico che sia astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Questo tipo di condotta integra il cd “inadempimento qualificato”.

A carico del convenuto medico o struttura (e solo se l’attore ha dimostrato quello che grava sulla sua posizione processuale), spetterà, invece, dimostrare due elementi alternativi: o che quell’inadempimento qualificato non c’è stato oppure che, pur esistendo, non si pone in rapporto causale con l’evento.

Le Sezioni Unite 2008 confermano il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, già affermato da Sezioni Unite n. 15781 del 2005, ma non rinnegano il principio alla base delle Sezioni Unite n. 13533 del 2001.

In particolare, però, restringono quella pronunzia, che afferma un criterio unico per tutte le obbligazioni contrattuali, precisando che nella responsabilità professionale non è rilevante qualsiasi inadempimento, ma “solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno”. In sostanza, quello che rileva è solo l’inadempimento qualificato.

Causa ignota

Le Sezioni Unite del 2008 non si occupano di un tema centrale che sarà evidenziato nei 10 anni successivi dalla dottrina e cioè: su chi grava il rischio (probatorio) della “causa ignota”?

Per causa ignota si intende quella che determina l’evento danno, per esempio la morte del paziente, e che il consulente non riesca a spiegare. Sia che il ctu abbia accertato una imperizia del medico, sia che abbia accertato un nesso causale tra la condotta del medico e il peggioramento delle condizioni, ricorre la causa ignota quando il consulente non è in grado di affermare se la morte si sarebbe verificata egualmente e in un tempo apprezzabilmente simile, a prescindere dalla correttezza della condotta del medico. Nella pratica del contenzioso medico questo aspetto rappresenta un elemento centrale e comune a buona parte delle cause per responsabilità medica, soprattutto da morte.

W il medico

Arriviamo alla **quinta stagione**, siamo nell’anno 2017. Il ruolo centrale spetta alla sentenza della Terza sezione civile della Corte di cassazione n. 18392 del 2017. Dopo nove anni dalle Sezioni Unite n. 577, dopo una fase giurisprudenziale di evidente apertura nei confronti del paziente danneggiato, la sentenza in oggetto, nota agli addetti ai lavori, con il nome del consigliere estensore, segna una svolta dirompente, ancor più dei principi introdotti in quello stesso anno dalla legge Gelli Bianco.

Riguardo all'onere della prova la Cassazione afferma che, (anche) quando è dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, grava sul danneggiato paziente dimostrare il nesso di causalità, tra l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di una nuova patologia e l'azione o l'omissione dei sanitari.

Spetta, invece, a questi ultimi dimostrare che l'esatta esecuzione della prestazione è divenuta impossibile per una causa imprevedibile e inevitabile.

La Cassazione descrive il doppio ciclo causale. Il primo, che consiste nella dimostrazione del nesso eziologico ed è a carico dell'attore danneggiato; il secondo, che individua l'onere probatorio a carico del medico o della struttura, sorge solo se il danneggiato ha dimostrato il nesso causale tra la patologia e la condotta dei sanitari.

Questa sentenza definisce in maniera esplicita i due aspetti causali:

il primo, riguarda l'evento di danno, che è comune ad ogni ipotesi di responsabilità, sia contrattuale che extracontrattuale. Esiste, quindi, un "tronco comune" delle azioni di danno, in cui gli oneri di prova del danneggiato sono uguali. Sia nella responsabilità contrattuale, che in quella extracontrattuale, l'attore deve provare il nesso causale.

Il secondo aspetto riguarda solo la responsabilità contrattuale e si coglie esaminando gli elementi che compongono il secondo ciclo causale. Trattandosi di responsabilità contrattuale e, quindi, di una obbligazione di *facere* professionale (che è diversa dalle obbligazioni di dare o di fare generico) il convenuto deve dimostrare la causa estintiva dell'obbligazione. Tanto è vero che si parla di causalità estintiva del secondo ciclo causale.

Il medico o la struttura devono dimostrare l'impossibilità di adempiere per fatto non imputabile al debitore medesimo. Devono sostanzialmente provare i presupposti di una causa di estinzione dell'obbligazione.

La causa ignota a carico dell'attore

Separando nettamente i due cicli causali, la sentenza del 2017 risolve il problema del rischio della causa ignota. Il rischio graverà sul paziente (attore-creditore-danneggiato), se questo rischio caratterizza l'evento di danno. Detto in altre parole, se la causa ignota è, ed es. la morte del paziente, che è l'evento di danno, sarà l'attore ad essere soccombente, perché non ha dimostrato l'ultimo segmento del nesso causale che compone il primo ciclo causale.

Al contrario, il rischio della causa ignota grava sul debitore (danneggiante-medico-struttura) se la causa ignota riguarda il fattore esterno imprevedibile e inevitabile.

In sostanza, se l'attore dimostra che il proprio congiunto è deceduto per fatto direttamente dipendente dalla condotta del medico, mentre il medico non è in grado di spiegare se una complicanza è insorta per fatto da lui non prevedibile e quindi ha costituito una causa ignota, in questo caso la controversia sarà favorevole all'attore ed il sanitario/struttura sarà soccombente.

L'accoglienza in dottrina dei principi da ultimo affermati dalla corte di legittimità è stata oltremodo critica. Buona parte della dottrina specializzata ha contestato i criteri affermati dalla Terza Sezione della Corte di cassazione per una moltitudine di motivi che, comunque, si possono sintetizzare nel fatto che, secondo i commentatori, quella sentenza avrebbe quasi vanificato la differenza tra

responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, tanto da risultare ancora più favorevole alle strutture sanitarie di quanto prevede la legge Gelli-Bianco n. 24 del 2017.

Inoltre, la differenza fondamentale tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale risiederebbe, secondo la dottrina, nel fatto che in quest'ultima, l'inadempimento implica di per sé l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta del debitore inadempiente e l'evento lesivo. L'evento lesivo coincide con la lesione dell'interesse del creditore-paziente-danneggiato ad acquisire l'utilità proveniente dalla prestazione del debitore-medico.

Criteri di imputazione oggettiva e soggettiva

La dottrina rileva che la prova del nesso di causalità materiale è contenuta *in re ipsa* nella prova dell'inadempimento imputabile al medico. Al contrario, la sentenza in questione mentre correttamente afferma che nella responsabilità extracontrattuale il giudizio causale è un criterio di imputazione oggettiva, cioè applica delle regole di causalità, sbaglierebbe laddove esporta all'inadempimento, che è proprio della responsabilità contrattuale, i criteri di imputazione soggettiva.

Come è noto, il nesso di causalità fa parte dei criteri di imputazione oggettiva, poiché riguarda una fenomenologia materiale in base alla quale, da un determinato fatto o da una condotta, deriva un altro evento.

Al contrario, il profilo della colpa e quello del dolo, ma anche quelli della prevedibilità e della evitabilità, attenendo esclusivamente alla condotta umana e quindi a valutazioni che riguardano la diligenza, sono criteri di imputazione soggettiva.

Quando si accerta un fatto dannoso in ambito civile, occorre prima applicare i criteri di imputazione oggettiva e cioè verificare se, per esempio, quella epatite è stata determinata da una trasfusione con una sacca di sangue infetto e dopo e solo dopo, verificare i criteri di imputazione soggettiva e cioè se esiste un responsabile che avrebbe dovuto adottare dei criteri di diligenza e che, invece, ha tenuto un comportamento colposo, nelle tre tipiche declinazioni (negligenza, imperizia, imprudenza) o addirittura doloso.

Spesso si sovrappongono erroneamente i profili di imputazione oggettiva, a quelli soggettivi. Si afferma, per esempio, che l'amministrazione proprietaria della strada non deve rispondere per il danno subito dal veicolo che abbia incrociato una grossa buca perché quell'insidia era evitabile. Ma il concetto di evitabilità attiene al profilo soggettivo. Bisogna prima chiedersi se l'attore ha provato che l'auto ha urtato quella specifica buca. In sostanza, se non viene allegata, cioè dedotta in maniera specifica e descritta in maniera analitica quella dinamica, l'attore comunque perderà la causa, perché non si può considerare il profilo dell'imputazione soggettiva se prima non si risolve il problema della causalità materiale, che è un profilo di imputazione oggettiva.

Questi chiarimenti sono indispensabili per comprendere parte delle censure mosse dalla dottrina alla decisione del 2017 in commento.

Le dieci sentenze di San Martino 2.0 dell'11.11.2019

Arrivano le sentenze di San Martino 2.0 (così denominate perché depositate tutte dalla Terza sezione civile della Corte di cassazione 11 anni dopo, l'11 novembre, in materia di responsabilità medica e per contrapporsi idealmente alle Sezioni Unite di San Martino del 2008).

Ai nostri fini rilevano solo due delle dieci decisioni: le due sentenze gemelle, nn. 28991-2 del 2019, del medesimo estensore della decisione del 2017.

Dopo le critiche, la Cassazione corregge il parzialmente il tiro (così dirà la dottrina).

Si ribadisce che, nel caso di responsabilità contrattuale, il danneggiato deve provare il nesso di causalità tra aggravamento della situazione patologica e condotta del sanitario. Ma si segnala che questa prova può essere fornita anche a mezzo di presunzioni.

Si specifica che la causalità riguarda, sia la prova dell'evento danno, sia la prova della risarcibilità civile di quel danno. E che occorre distinguere il concetto di causalità che è oggettivo, dal concetto di imputazione, che riguarda invece la colpa e che è soggettivo.

La causalità involge la relazione probabilistica, svincolata da ogni riferimento alla prevedibilità soggettiva (cioè alla imputazione), tra condotta del professionista, ad esempio sanitario, ed evento di danno. Ma la causalità attiene, anche, al rapporto tra evento di danno e conseguenze risarcibili. Mentre non riguarda mai la colpa e comunque l'elemento soggetto.

Su un altro piano, infatti, si pone la dimensione soggettiva dell'imputazione, cioè quella della colpa, della prevedibilità, della evitabilità ed eventualmente del dolo. La sentenza chiarisce che nella responsabilità extracontrattuale l'imputazione riguarda elementi della colpa e del dolo dell'articolo 2043 c.c. Nella responsabilità contrattuale, invece, non si discute dei profili della colpa e del dolo, ma dell'inadempimento, giacché è irrilevante se l'inadempimento è stato colposo o senza colpa, poiché l'articolo 1218 c.c. fa derivare comunque la responsabilità del convenuto, cioè di colui che deve porre in essere l'obbligazione oggetto del contratto.

L'art. 1227 c.c. eletto a criterio di causalità, anche nella responsabilità contrattuale

Le sentenze gemelle aggiungono un altro tassello. Il principio secondo cui anche la responsabilità contrattuale richiede la prova del nesso causale costituisce un effetto dell'interpretazione del primo comma dell'articolo 1227 c.c. che disciplina il fenomeno della causalità materiale, rispetto un danno evento, occupandosi del concorso del fatto colposo del creditore.

L'art. 1227 c.c., applicabile anche alla responsabilità contrattuale, si occupa dell'apporto di terzi elementi esterni alla condotta di chi è obbligato (medico) e quindi lascia intendere che debba essere sempre operata una verifica sulla rilevanza della causalità e cioè sulla relazione probabilistica tra condotta ed evento di danno, per acclarare l'esistenza di eventuali fattori estranei, costituiti dalla condotta di un terzo o dalla condotta del danneggiato.

Le sentenze spiegano che la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non risiede nel fatto che nella prima è sufficiente dedurre l'inadempimento qualificato, ma semplicemente nel fatto che nella prima non è necessario il requisito del danno ingiusto, che risiede, invece, nell'articolo 2043 c.c.

Il danno prodotto dall'inadempimento dell'obbligazione non deve essere anche ingiusto, come è invece necessario nella responsabilità extracontrattuale. La rilevanza dell'interesse leso, e cioè il fatto che l'interesse del danneggiato è meritevole di risarcimento, non è affidata alla natura di quell'interesse, come avviene nella responsabilità ai sensi articolo 2043 c.c., ma è regolata dalla volontà delle parti e cioè dalla corrispondenza di quell'interesse alla prestazione dedotta nell'obbligazione. E questo si desume tradizionalmente dal contenuto dell'articolo 1174 c.c.

In sintesi, la rilevanza giuridica dell'interesse regolato (detto in altre parole, la risarcibilità della lesione dell'interesse di uno dei contraenti) deriva dalla fonte contrattuale dell'obbligazione e non dall'ingiustizia del danno prodotto.

Obbligazioni di dare o *facere* generico

Tutta questa distinzione non ha una rilevanza pratica nelle azioni contrattuali, non mediche, cioè in quelle che hanno ad oggetto un dare o un fare generico. Le sentenze gemelle del 2019 puntualizzano che, nelle obbligazioni diverse da quelle sanitarie o professionali, seppure sia astrattamente possibile distinguere tra causalità materiale e inadempimento, questa differenza praticamente non esiste, perché la causalità materiale non può essere separata dall'inadempimento, in quanto l'inadempimento corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e, quindi, consiste proprio al danno evento.

In sostanza, se c'è inadempimento, la causalità materiale è supposta.

Quello che, invece, assume rilievo è la causalità giuridica e cioè la seconda fase di accertamento che risponde al quesito se è quell'evento di danno è risarcibile civilmente. Quindi, nelle cause di responsabilità contrattuale la prova del nesso causale coincide, di fatto, con la prova dell'inadempimento, per cui rimane a carico dell'attore-danneggiato-paziente solo la prova della causalità giuridica e, quindi, il risultato è quello di continuare ad applicare le Sezioni Unite n. 13533 del 2001 che affermavano che l'onere del creditore è dimostrare l'inadempimento (nel quale resta assorbita la causalità materiale), mentre il debitore (cioè l'obligato, che non sia però professionista o un medico) deve provare l'adempimento o la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione.

Obbligazioni di *facere* specifico e responsabilità professionale

Le sentenze gemelle rilevano, però, che nella responsabilità professionale e in quella medica cioè in quelle prestazioni caratterizzate da un *facere* professionale, la causalità materiale assume autonoma rilevanza rispetto all'inadempimento.

Le sentenze sfumano gli effetti di questa affermazione che, secondo la dottrina, avvicina troppo la responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale, giocando la carta degli effetti pratici dell'onere della prova nella causa, poiché l'attore, paziente, danneggiato può dimostrare la causalità materiale anche mediante presunzioni e sulla base del criterio della attendibilità del materiale probatorio⁸ e cioè quello della elevata idoneità rappresentativa e congruità logica degli elementi di prova assunti.

Le presunzioni hanno un ruolo importante, perché le sentenze gemelle sembrano far rivivere la distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato e cioè tra obbligazioni di semplice esecuzione o routinarie e quelle complesse. Nel contenzioso medico la presunzione più forte è quella secondo cui

⁸ Si veda da ultimo il principio secondo cui: "il criterio del "più probabile che non" costituisce il modello di ricostruzione del solo nesso di causalità - regolante cioè l'indagine sullo statuto epistemologico di un determinato rapporto tra fatti o eventi - mentre la valutazione del compendio probatorio (nella specie, con riferimento ad un determinato comportamento in tema di responsabilità medico-sanitaria) è informata al criterio della attendibilità - ovvero della più elevata idoneità rappresentativa e congruità logica degli elementi di prova assunti - ed è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice di merito, insindacabile, ove motivato e non abnorme, in sede di legittimità" (Cass Sez. 3, n. 26304 del 29/09/2021, Rv. 662534 - 01).

nelle obbligazioni mediche semplici l'insorgenza della patologia o il suo aggravamento fa presumere che vi sia il nesso causale con la condotta commissiva o omissiva del medico.

Per questo rivive ai fini pratici la distinzione tra prestazioni routinarie (o ad esito vincolato o con risultato predeterminabile) e prestazioni che, invece, implicano la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Per le prime, il mancato conseguimento del risultato in questione lascia presumere che ciò sia dipeso necessariamente dall'inadempimento del debitore.

Ma le presunzioni non sono solo queste: vi sono altre forme specifiche di presunzioni come, per esempio, la tenuta delle cartelle cliniche per cui l'irregolarità, l'omissione o la imprecisione di tali documenti lascia presumere la prova della causalità materiale e cioè del nesso causale tra attività medica ed evento di danno. Pertanto, riprenderanno vigore quegli orientamenti della giurisprudenza consolidati in tema di negligente tenuta della cartella clinica.

Ancora sulla scomposizione del ciclo causale

Primo ciclo causale

In premessa è stato evidenziato che il creditore deve dimostrare che vi sia un nesso eziologico tra l'insorgenza della patologia, ovvero il suo aggravamento, e la condotta della struttura sanitaria o del medico, assolvendo, così, *alla prova del fatto costitutivo del diritto* invocato in sede giudiziaria.

Secondo ciclo causale

Invece, il debitore danneggiante deve dimostrare che il danno subito non è causalmente ascrivibile all'esecuzione professionale della prestazione medica, bensì ad una causa sopravvenuta imprevedibile ed inevitabile, assolvendo, indi, per tal via, *alla prova del fatto estintivo del diritto* azionato dall'attore.

L'orientamento è ormai costante: la Suprema Corte ha statuito che “...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) ...”. (Cass. civ., Ord. n. 17240/2023).

L'oggetto del secondo ciclo causale è in sostanza la prova di una eccezione processuale e cioè di un fatto storico, che estingue la pretesa dell'attore danneggiato. La prova consiste in un fatto positivo e cioè dimostrare che il fatto dannoso, la patologia, la lesione o il pregiudizio è stato causato da un fatto diverso dalla (inadeguata) prestazione professionale e cioè da una causa sopravvenuta imprevedibile ed inevitabile, assolvendo, indi, per tal via, *alla prova del fatto estintivo del diritto* azionato dall'attore.

Se vediamo questa fattispecie dall'altro lato si può dire che la responsabilità **del sanitario consiste nel non aver impedito che una causa sopravvenuta, prevedibile ed evitabile, alla stregua della diligenza ordinaria, rendesse impossibile la prestazione professionale.** Approfondiamo ulteriormente e chiediamoci: la diligenza di cui parliamo nel secondo ciclo causale, cioè quelle che avrebbe consentito di fronteggiare la causa sopravvenuta, quale diligenza è? Quella del professionista o quella del buon padre di famiglia?

Qui parliamo della diligenza necessaria per l'esecuzione della prestazione, ma riferita ad un aspetto particolare: nel secondo ciclo causale il debitore (convenuto) danneggiante deve fornire la

c.d. prova del fatto estintivo del diritto che s'incentra sulla diligenza spesa nell'esecuzione della prestazione, ma non quella professionale evocata dal secondo comma dell'art. 1176, c.c., bensì quella ordinaria posta dal primo comma della norma da ultimo citata⁹.

In altri termini, il contenuto della prestazione del sanitario è valutato sulla base della diligenza professionale, ma il rimprovero mosso a questi consiste nel non aver impiegato, a fronte d'una causa prevedibile ed evitabile, quell'ordinaria diligenza che gli avrebbe consentito di adottare le cautele volte a prevenirla¹⁰.

E ciò in quanto “...qui non si rimprovera al debitore il mancato rispetto della regola di esecuzione esperta della prestazione professionale quale obbligazione di comportamento, ma la scelta di agire in un modo, piuttosto che in un altro che sarebbe stato efficace ai fini della prevenzione della causa che ha reso impossibile la prestazione...”. (Cass. Civ., Sez. III, Sent. n. 18392 del 26 luglio 2017).

Terzo ciclo causale

All'esito del secondo ciclo causale, la prova, da parte del debitore, di aver osservato le *leges artis* (cioè avere provato che l'evento sopravvenuto, usando la diligenza ordinaria, era NON prevedibile e NON evitabile), farebbe in altre parole scattare un nuovo ciclo causale (il terzo) questa volta a carico del creditore, tenuto a allegare e dimostrare la causa ignota e la sua prevedibilità da parte del debitore.

Un ulteriore effetto delle sentenze gemelle è la configurabilità di un terzo ciclo causale.

Se l'attore-creditore-paziente offre la prova per presunzioni del nesso causale a fondamento della propria domanda così completando il primo ciclo causale, il medico convenuto può offrire la controprova per paralizzare il risultato probabilistico raggiunto attraverso quella presunzione. A questo punto si apre il terzo ciclo causale e cioè la possibilità per l'attore di dimostrare la insufficienza della controprova del convenuto medico¹¹.

Non esiste l'onere di allegazione della colpa del sanitario

Le sentenze gemelle affermano un altro principio importante, questa volta favorevole alla posizione del danneggiato, e cioè che l'attore-danneggiato-paziente non deve allegare, cioè dedurre, anche la colpa del sanitario, ma solo il nesso causale. Nel caso in cui venga dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria il danneggiato deve fornire la prova del contratto e

⁹ Art. 1176 c.c: Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata

¹⁰ La dimostrazione di tale causa estintiva passa attraverso la prova della non imputabilità del fatto che ha reso impossibile la prestazione (*casus=non culpa*) e, dunque, della diligenza del debitore, che però a questo fine non attiene all'adempimento, ma alla «conservazione della possibilità di adempiere». In sostanza, il sanitario deve dimostrare di avere monitorato e gestito i fatti sopravvenuti conservando la possibilità di adempiere. E' invece censurabile se adottando una diligenza inadeguata ha perso la gestione della prestazione professionale.

¹¹ Da ultimo, la Cassazione ha ribadito che: in tema di responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni professionali (tra le quali si collocano quelle di responsabilità medica, anteriormente alla l. n. 24 del 2017), è onere del creditore-danneggiato provare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), il nesso di causalità, secondo il criterio del "più probabile che non", tra la condotta del professionista e il danno lamentato, mentre spetta al professionista dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile, da intendersi nel senso oggettivo della sua imputabilità all'agente (Cass. Sez. 3, n. 10050 del 29/03/2022, Rv. 664402 - 01).

dell'aggravamento della situazione patologica e quella del relativo nesso di causalità tra azione o omissione dei sanitari e l'evento di danno. Ma l'imputabilità del fattore causale a colpa dei sanitari non rientra più tra gli oneri probatori gravanti sul danneggiato.

Il paziente non deve più occuparsi del profilo soggettivo della colpa.

Le allegazioni iniziali non sono vincolanti

Infine, un altro principio ribadito nelle sentenze del 2019 del cd “progetto sanità” è che il giudice non è vincolato alle allegazioni iniziali delle parti. Siccome non è esigibile che il danneggiato (il quale non può beneficiare del principio della vicinanza della prova) individui *ex ante* in maniera specifica gli elementi tecnico scientifici dell'inadempimento, che di norma sono acquisibili solo dopo l'attività istruttoria o l'espletamento di una consulenza tecnica, il giudice non è vincolato alle indicazioni iniziali dell'attore e può accogliere la domanda sulla base di profili di responsabilità della struttura diversi da quelli inizialmente prospettati, ed emergenti dall'attività istruttoria espletata.

Giurisprudenza successiva

La giurisprudenza successiva alle sentenze gemelle ha tentato di limitare lo strappo con le Sezioni Unite del 2008 rilevando che quando nelle decisioni di San Martino (2008) le SSUU si riferivano all'inadempimento “qualificato”, quell'aggettivo veniva spiegato come “inadempimento astrattamente efficiente alla produzione del danno”.

Almeno con riferimento alle prestazioni di non speciale difficoltà, sulla base delle massime di esperienza (nozione di diritto processuale civile che sostanzialmente è la traduzione di una legge scientifica secondo il senso comune della cultura media) l'inadempimento qualificato costituisce una legge di copertura dell'inferenza causale (cioè la dimostrazione dell'esistenza del nesso causale).

Questo avvicinerebbe molto le sentenze gemelle del 2019 alle Sezioni Unite 2008 perché, se si afferma che, sia la presunzione, che la massima di esperienza riferita alle operazioni mediche di *routine*, sostanzialmente coincidono con l'inadempimento qualificato, il presunto divario tra dottrina e giurisprudenza riguarderebbe solo le prestazioni mediche di particolare difficoltà.

La causalità materiale civile: cosa significa davvero “più probabile che non”?

Accertare il nesso di causalità materiale significa provare il collegamento naturalistico esistente tra determinati fatti, valutato sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo oppure sulla base di criteri logici e inferenziali. In sostanza, la causalità corrisponde alla relazione probabilistica, svincolata da ogni riferimento al concetto di prevedibilità soggettiva, tra una condotta ed un evento di danno e, successivamente, tra quell'evento di danno e delle sue conseguenze risarcibili.

Tali regole, come detto, hanno un lieve addentellato, solo in sede penale con gli articoli 40 e 41 c.p. Inoltre, la causalità penale è orientata all'irrelevanza delle concause, come si desume dall'articolo 41 c.p.

Come anticipato, la definitiva autonomia tra nesso causale civile e penale è stata affermata dalle Sezioni Unite, 11 gennaio 2008 n. 576 secondo cui, in ambito penale, vige il principio della causalità adeguata o comunque dell'elevata probabilità e quasi certezza oggetto della motivazione della sentenza Franzese del 2002, mentre in ambito civile vige la regola della “preponderanza dell'evidenza” o del “più probabile che non”.

Il criterio della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non.

È affermazione ricorrente in giurisprudenza quella secondo cui in ambito civile, nella causalità materiale, si applichi la regola prevista dagli articoli 40 e 41 del Codice penale, mentre per valutare la causalità giuridica ci si riferisce alla regola dell'articolo 1223 c.c.

Questo in teoria, perché in realtà il problema della causalità è definito dalla stessa Terza sezione “pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura” per cui probabilmente si potrà risolvere solo sul piano della politica del diritto.

In teoria, sulla causalità materiale dovrebbe trovare applicazione il criterio della *condictio sine qua non*, penale, temperato dalla causalità adeguata. Quello che però muterebbe davvero tra penale e civile è la misura della probabilità richiesta: nel penale, vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”, mentre nel civile la regola del “più probabile che non”.

Ma se esaminiamo le decisioni della Cassazione civile sull'effettiva applicazione dei criteri in tema di causalità materiale, pochissime evocano la *condicio* e un numero maggiore richiama la regola della causalità adeguata che però, spesso, viene assimilata al parametro civilistico del “più probabile che non”.

Recentemente la Cassazione ha esplicitamente affermato che il criterio della preponderanza della evidenza o del “più probabile che non”, si applica anche all'accertamento del nesso causale materiale tra omissione ed evento di danno. Oltre che applicarsi alla seconda fase, quella della causalità giuridica, e cioè il rapporto tra evento di danno e le conseguenze dannose risarcibili¹².

¹² In tema di illecito civile, il nesso di causalità materiale va accertato secondo il criterio del “più probabile che non”, indicando esso la misura della relazione probabilistica concreta tra condotta ed evento dannoso, con apprezzamento non isolato bensì complessivo ed organico dei singoli elementi indiziari o presuntivi a disposizione. (Sez. 3 -, Ordinanza n. 16581 del 20/06/2019, Rv. 654559 - 02) e più di recente, Cass. 3 febbraio 2021 n. 2474, in Resp. civ. prev., 4/2021, 4, 1166.

Così, ad esempio, si è affermato che in tema di infezioni nosocomiali, l'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria dev'essere effettuato sulla base di criteri riconducibili sostanzialmente a quello della preponderanza dell'evidenza¹³, ed in particolare:

- quello temporale (relativo al numero di giorni trascorsi dopo le dimissioni dall'ospedale prima della contrazione della patologia)
- quello topografico (correlato all'insorgenza dell'infezione nel sito chirurgico interessato dall'intervento, in assenza di patologie preesistenti e di cause sopravvenute eziologicamente rilevanti, da valutarsi secondo il criterio della cd. probabilità prevalente)
- quello clinico (in ragione del quale, a seconda della specificità dell'infezione, dev'essere verificato quali misure di prevenzione sarebbe stato necessario adottare da parte della struttura sanitaria).

La causalità giuridica dell'articolo 1223 c.c.

L'accertamento volto a definire il perimetro delle conseguenze risarcibili attiene alla causalità giuridica e la norma applicabile non è più l'articolo 40 c.p. ma l'articolo 1223 c.c.

Qui il problema riguarda non chi è responsabile, perché questo è già stato risolto con il criterio della causalità materiale, ma la determinazione del danno, al fine di evitare che l'agente sia chiamato a rispondere anche di conseguenze pregiudizievoli non riconducibili al suo agire secondo l'articolo 1223 c.c. La norma infatti parla di "conseguenza immediata e diretta".

L'articolo 1223 c.c., che dovrebbe definire il concetto di danno immediato e diretto, non viene interpretato con uniformità dalla giurisprudenza e, comunque, spesso in maniera molto "ampia" tanto da arrivare ad includere anche danni "mediati e indiretti". Così, per esempio, il lavoratore caduto in depressione a seguito di una intossicazione da monossido di carbonio imputabile al datore di lavoro e che poi si sia tolto la vita. Tale evento viene addebitato dalla giurisprudenza al datore di lavoro, nonostante il filtro dell'articolo 1223 c.c. Nello stesso modo, la condotta del danneggiante che abbia leso a tal punto il danneggiato da obbligare il coniuge di questi al pensionamento anticipato, a scopo assistenziale. Anche in questo caso risponderà il danneggiante del pregiudizio subito per la rinuncia alla carriera del coniuge del danneggiato.

Il criterio della preponderanza dell'evidenza.

La regola del "più probabile che non", come categoria giuridica ha due versioni. Quella forte e quella debole. Quella forte, è utilizzata in molti paesi di *common law* ed è intesa in senso quantitativo, perché identifica il grado di convincimento del giudice che accoglie la domanda, perché ritiene la tesi dell'attore più credibile di quella del convenuto, in senso assoluto, senza dare un valore numerico e statistico alle varie spiegazioni causali alternative e alle retrostanti prove. Questo modello non è applicato in Italia.

Il criterio di riferimento è la versione debole, come spiega la decisione n. 15991 del 2011 della Corte di cassazione, secondo cui "la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduce di per sé alla regola aberrante del 50% +1", bensì "alla compiuta valutazione dell'evidenza del probabile".

¹³ Cass. Sez. 3 - sentenza n. 6386 del 03/03/2023 (Rv. 667112 - 01)

Che cosa significa tale locuzione? *Più probabile che non* va riferito a un giudizio relativo alle sole cause che possono spiegare quell'evento e che siano state in qualche modo provate e vagliate nel giudizio civile. Tra queste cause il giudice potrà ritenere maggiormente probabile quella che presenti l'incidenza statistica maggiore in confronto alle altre alternative possibili e questo anche se quella percentuale si collochi notevolmente al di sotto del dato numerico statistico del 50%.

Così, ad esempio, se l'emotrasfusione, secondo l'elaborato del consulente tecnico, è causa al 40% della patologia dell'attore e vi sono altre 10 spiegazioni causali possibili della patologia riscontrata (ad es. epatite C), che il consulente colloca in percentuali più basse, intorno al 3 o al 5%, la domanda potrebbe essere accolta, condannando il soggetto che ha eseguito la trasfusione con sangue verosimilmente infetto. In sostanza, è sufficiente che, secondo un criterio del "più probabile che non", la condotta del convenuto sia alla base del danno, rispetto a tutte le altre spiegazioni che entrano nello spettro dell'indagine e non in termini assoluti.

Preponderanza dell'evidenza come criterio relativo e mai assoluto

Tale principio è stato introdotto in Italia dal prof. Michele Taruffo (2006) e poi ripreso dalla Corte di Cassazione che, nel 2020 (sentenza n. 13872) combina due regole: la prima, è quella del più probabile che non, e la seconda è quella della prevalenza relativa della probabilità.

Il giudice di merito deve operare due passaggi separati per pervenire ad una valutazione probabilistica corretta che consenta di esprimere la valutazione.

Il primo passaggio riguarda l'alternativa tra fatto vero e fatto falso, sulla base delle prove acquisite.

Rispetto ad ogni tesi dell'attore, il giudice deve verificare l'eventualità che essa possa essere vera o falsa e cioè che sul medesimo fatto vi siano, una ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa. Rispetto a queste due opzioni il giudice deve scegliere quella che "in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma superiore all'altra". Qui, per la prima volta, entra in gioco il profilo della relatività (cioè non un criterio scientifico astratto, ma un parametro di valutazione riferito a quella controversia ed a quel quadro probatorio)¹⁴.

In sostanza, per dirla con un approccio sportivo, si tratta di una valutazione a due, in cui passa il turno il profilo fattuale che riceve una conferma logica superiore (per esempio, negli Stati Uniti si utilizza la versione forte e passa il turno soltanto quel fatto che presenta almeno un *raddoppio di rischio* di verifica dell'evento dannoso rispetto all'altro). Il giudice in questa prima fase deve scegliere una ipotesi, quando questa è logicamente più probabile dell'ipotesi negativa e cioè quando riceve dalle prove disponibili una conferma superiore. Dovrà, invece, scartarla quando le prove le attribuiscono una conferma debole, cioè tale da farla ritenere scarsamente credibile. Se non passa il turno, la partita per l'attore finisce in questa fase.

Vi è poi il secondo passaggio e cioè quello della prevalenza (nuovamente) relativa.

¹⁴ In tema di accertamento del nesso causale nella responsabilità civile, qualora l'evento dannoso sia ipoteticamente riconducibile a una pluralità di cause, si devono applicare i criteri della "probabilità prevalente" e del "più probabile che non"; pertanto, il giudice di merito è tenuto, dapprima, a eliminare, dal novero delle ipotesi valutabili, quelle meno probabili (senza che rilevi il numero delle possibili ipotesi alternative concretamente identificabili, attesa l'impredicabilità di un'aritmetica dei valori probatori), poi ad analizzare le rimanenti ipotesi ritenute più probabili e, infine, a scegliere tra esse quella che abbia ricevuto, secondo un ragionamento di tipo inferenziale, il maggior grado di conferma dagli elementi di fatto aventi la consistenza di indizi, assumendo così la veste di probabilità prevalente (Cass. Sez. 3, n. 25884 del 02/09/2022, Rv. 665948 - 01).

Nel caso (generalmente ricorrente) di multifattorialità nella produzione di un evento dannoso, oltre all'ipotesi formulata dall'attore in ordine all'eziologia dell'evento, si possono affiancare altre ipotesi che abbiano ricevuto una qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio. In questo caso si presentano più alternative, tutte verosimili e si applica la regola della "prevalenza relativa" per cui il giudice deve selezionare come vero quell'enunciato o quella tesi che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma.

Quindi abbiamo un primo filtro, nel quale si escludono le ipotesi non plausibili o quelle che non hanno alcun riscontro nelle prove di quello specifico processo. Passano il turno le ipotesi plausibili, che generalmente sono più di una e che sono idonee a spiegare l'evento di danno.

Poi, fra le più ipotesi plausibili, il giudice deve ritenere come vera quella che ha ricevuto il grado di maggior conferma relativa (cioè che sia probabile o possibile più di altre spiegazioni alternative, tutte plausibili) dell'esistenza del nesso, sulla base delle prove disponibili e ciò rispetto all'ipotesi negativa che tale nesso non sussiste.

Così, ad esempio se abbiamo altre spiegazioni plausibili, una probabile al 30%, una 10% ed una 15%, il giudice sceglierà la prima, anche se è notevolmente al di sotto del 50% +1.

Ricapitolando

In ambito civile si svolgono due accertamenti che riguardano, rispettivamente, la causalità materiale e la causalità giuridica civile. La causalità materiale risponde alla domanda cosa o chi ha determinato l'evento. Solo nell'ipotesi di risposta positiva (cioè gli elementi fattuali consentono di individuare una ipotesi che risponda ai requisiti sopra descritti) si esamina la causalità giuridica, che individua, tra le possibili conseguenze pregiudizievoli, quelle che sono effettivamente risarcibili.

Concause civili

La teoria della causalità giuridica consente di risolvere il problema della selezione delle conseguenze dannose risarcibili dell'evento, soprattutto nel caso di eziologia multifattoriale che riguarda le ipotesi di concorso tra causa umana colpevole e cause naturali o cause umane non colpevoli.

Se, in giudizio, risulta accertato che la causa naturale è tale da escludere il nesso di causa tra condotta umana ed evento, solo in questa ipotesi la domanda sarà rigettata.

Al contrario, se la causa naturale ha rivestito una efficacia eziologica non esclusiva, ma soltanto concorrente rispetto all'evento, la responsabilità sarà per intero ascritta all'autore della condotta illecita (tra le tante, Cass. n. 27526 del 2021).

Il caso classico è quello del decesso da traumi da incidente subito da una persona molto anziana. Il giudice di merito aveva escluso che le patologie precedenti della deceduta, ottantenne in condizioni di salute adeguate alla sua età, avessero fatto venir meno il nesso causale tra l'incidente stradale e l'evento di danno. La Corte di cassazione ha confermato l'impianto argomentativo, perché una valutazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti o concause può instaurarsi solo tra più comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile (condotta di guida determinante l'incidente stradale) ed una concausa naturale (condizioni di salute tipiche di una persona ottantenne).

Questo principio si spiega leggendo l'articolo 1227 c.c. primo comma che richiama il concetto di "fatto colposo del creditore" che ha concorso a cagionare il danno. In questo caso il risarcimento è diminuito. Da questo si desume che la causa naturale non è disciplinata dal 1227 c.c. perché la norma consente di ridurre il danno solo nel caso di "fatto colposo del creditore", quindi di condotta umana (colposa, appunto) peraltro negligente¹⁵.

L'orientamento è costante: in tema di responsabilità civile, qualora la produzione di un evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, l'autore del fatto illecito risponde, in base ai criteri della causalità naturale, di tutti i danni che ne sono derivati, a nulla rilevando che gli stessi siano stati concausati anche da eventi naturali, che possono invece rilevare ai fini della stima del danno, ossia sul piano della causalità giuridica.

La Corte d'Appello aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno patito dal figlio in conseguenza del decesso della madre, occorso allorquando la stessa si allontanava dalla R.S.A. presso la quale era ricoverata. La morte era stata causata da un infarto acuto del miocardio e quell'infarto era stato scatenato dallo stress psico-fisico dovuto alla condizione di abbandono cagionata dall'omessa sorveglianza della paziente (condotta umana). Ma quell'infarto, secondo il ctu, si era verificato in presenza di una situazione patologica pregressa (causa naturale).

La Cassazione (Sez. 3 -, Sentenza n. 13037 del 12/05/2023, Rv. 667589 - 01) ha cassato quella decisione.

Quando si applica la regola del criterio dell'*all or nothing*?

Il fatto che la norma consenta la riduzione della responsabilità solo nel caso di concorso causale fornito dalla vittima, implicitamente esclude la frazionabilità del nesso, nel caso di concorso di cause naturali o di condotte non colpevoli, con la condotta del responsabile. In sostanza, non è previsto un frazionamento e quindi per il nesso causale civile opera la regola: tutto o niente.

L'unica eccezione è il caso di esistenza di pregresse situazioni patologiche della vittima che abbiano una efficacia liberatoria o interruttiva del rapporto causale, cioè tali che, da sole, abbiano determinato l'evento di danno. Nelle altre ipotesi, a rigore, non è possibile parlare di concorso, perché il termine "concorso" è solo tra condotte umane e non tra condotte umane e profili materiali.

Tuttavia, l'art. 1223 c.c. è utile perché consente al giudice di ridurre il risarcimento provocato dalla condotta illecita del medico, in via equitativa, tenendo conto della maggiorazione del danno provocata dalle pregresse condizioni del soggetto non imputabili al medico ma a fattori naturali.

D'altra parte, l'articolo 41 c.p. primo comma prevede che nel caso di concorso di cause, non si interrompe il nesso di causalità.

Quindi nel caso di concorso di cause abbiamo questa tripartizione:

Fatto umano + fatto naturale = all or nothing

Fatto umano + altro fatto umano = 2055 c.c.

Fatto umano + fatto della vittima = 1227 c.c.

¹⁵ In motivazione in Cass. n. 27526 del 2021, si legge "l'infrazionabilità del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento di danno è confermata indirettamente dall'art. 1227 c.c.: tale norma, infatti, prevedendo la riduzione della responsabilità nel solo caso di concorso causale fornito dalla vittima, implicitamente esclude la frazionabilità del nesso nel caso di concorso di cause naturali o di condotte con colpevoli con la condotta del responsabile".

Il principio di vicinanza della prova

Si tratta di un principio secondo cui l'onere della prova deve essere ripartito tenendo conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro dei contraenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare.

La fattispecie è ricorrente in materia di rapporti bancari: l'istituto di credito ha la disponibilità dei documenti bancari rispetto ai quali ha un obbligo di conservazione decennale. Originariamente, nasceva come principio connesso alla regola prevista dall'articolo 2697 c.c. per cui l'onere della prova dei fatti costitutivi spetta a chi intende farli valere, trattandosi di fatti che sono prossimi o vicini all'attore, mentre l'onere di provare i fatti estintivi o modificativi o impeditivi, grava sul convenuto per lo stesso motivo.

Ma l'orientamento successivo della giurisprudenza di legittimità, soprattutto in materia bancaria, ne ha spostato il baricentro. Il principio di prossimità o vicinanza della prova costituirebbe ormai una deroga eccezionale al regime probatorio ordinario. In sostanza, la prova graverebbe sul soggetto più vicino al fatto, ma a tal fine non è sufficiente la "diversità di forza economica dei contendenti", ma è necessaria la "impossibilità della sua acquisizione simmetrica". In definitiva, l'attore dovrebbe dimostrare di non essere in grado di avere la disponibilità delle prove (si vedano: Cass. n. 6511 del 2016 e n. 16923 del 2016).

Vicinanza della prova in materia sanitaria

In materia di responsabilità civile, in generale, e medica in particolare, il principio della vicinanza della prova viene desunto dallo stesso tenore letterale dell'articolo 1218 c.c. (Cass. Sezioni Unite 13533 del 2001).

Il passaggio centrale della norma è questo: il debitore (ad esempio il medico) 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 imputabile". Quindi, il debitore deve attivarsi per dimostrare i fatti a sé favorevoli, giacché vi sarebbe una sorta di presunzione di responsabilità.

Secondo la giurisprudenza di legittimità il principio della vicinanza della prova assiste la prova della diligenza della condotta del convenuto (e cioè riguarda la sfera giuridica del debitore della prestazione: nell'esempio fatto, il medico), non attenendo alla prova del nesso causale tra illecito ed evento di danno, ma alla dimostrazione del secondo ciclo causale e cioè alla prova liberatoria, che è tutta posta nella sfera giuridica del debitore della prestazione (medico/struttura sanitaria).

Per essere più chiari, il paziente per provare il nesso causale non può beneficiare del principio della maggiore vicinanza della prova al debitore (ad es. medico-struttura sanitaria: Cass. 20812 del 2018). Questo perché l'art. 1218 c.c. richiede al debitore della prestazione (medico) la dimostrazione della "non imputabilità dell'impossibilità di adempiere". In sostanza, si tratta del contenuto delle cause estintive delle obbligazioni. E le cause estintive sono il tema di prova della parte debitrice e, quindi, riguardano il secondo ciclo causale (quello che compete al medico/struttura sanitaria).

In conclusione, la prova del nesso causale, coinvolge la causalità materiale; del principio di vicinanza della prova non si avvale il danneggiato-paziente che intenda dimostrare il nesso causale; al contrario, quel principio si applica al secondo ciclo causale, profilato sulla prova liberatoria che

grava sul convenuto-medico, poiché attiene al profilo della colpa (l'articolo 1218 c.c. recita, "derivante da causa a lui non imputabile").

La causalità civile e penale, il divorzio, la lite e la pace.

Come si è detto, la nozione di causalità in ambito di responsabilità civile originariamente muoveva dall'assunto che gli articoli 40 e 41 del Codice penale costituissero le uniche norme dettate dall'ordinamento italiano in tema di nesso eziologico causale, con la conseguenza che quelle regole venivano estese, in ambito civile, anche all'illecito aquiliano.

Così tradizionalmente in giurisprudenza tutti gli antecedenti senza i quali non si sarebbe verificato l'evento avevano, anche in ambito civile, pari efficacia causale, sulla base della regola della *condictio sine qua non*, mitigata dal criterio della regolarità causale (*causalità adeguata*), in conseguenza del quale non venivano considerate conseguenze dell'illecito le circostanze anomale o imprevedibili. Il carattere della abnormità della condotta veniva desunto dalla (mancanza di) regolarità statistica.

Il divorzio tra causalità penale e civile

Questo impianto anche giurisprudenziale regge per 60 anni, ma evidenzia segnali di cedimento all'inizio degli anni 2000 perché la giurisprudenza penale si assesterà sui principi espressi dalla sentenza a Sezioni Unite Francese del 10 luglio 2002, n. 30328¹⁶, relatore il futuro presidente della Corte di cassazione, Giovanni Canzio; al contrario, la Cassazione civile prenderà le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 233 del 2003 che in motivazione rilevava che non esiste più l'asserita prevalenza della giurisdizione penale rispetto a quella civile, poiché l'articolo 75 c.p.p. "ha definitivamente consacrato il principio di parità delle giurisdizioni, cosicché perfino la possibilità di giudicati contrastanti in relazione al medesimo fatto, ai diversi effetti civili e penali, costituisce evenienza da considerarsi ormai fisiologica".

E subito dopo, con le sentenze n. 4400 del 2004 e n. 21619 del 2007, la Cassazione civile inaugura una divaricazione tra causalità civile e penale, aggiungendo una importante precisazione: in ambito di responsabilità civile la causalità non si ferma alla domanda chi è il responsabile dell'evento? (tipico interrogativo del processo penale), ma deve anche occuparsi anche della risarcibilità del danno.

La Cassazione civile separerà definitivamente il nesso causale sotto due profili: il primo, riguarda il rapporto tra la condotta illecita e la lesione dell'interesse, cioè l'evento di danno; la seconda si occupa del diverso rapporto tra la lesione dell'interesse e le conseguenze dannose risarcibili scaturenti da quell'evento di danno.

Il primo profilo attiene alla causalità materiale o di fatto, comunemente ancora ricondotta, sul piano delle regole causali, ai principi penalistici degli articoli 40 e 41 c.p; la seconda riguarda la causalità giuridica e disciplinata dall'articolo 1223 c.c.

Questo impianto verrà definitivamente consacrato dalle Sezioni Unite nella sentenza 11 gennaio 2008 n. 576.

¹⁶ Cass. pen. ss.uu. 30328/2002, in Foro it. 2002, 2, pag. 601 con nota Di Giovine; Riv. pen. 2003, pag. 247 con nota di Iadecola; Dir. pen. e processo 2003, 1, pag. 50 con nota di Di Martino Danno e responsabilità 2003, pag. 195 con nota di Cacace, in Riv. pen. 2002, 885; Cass. pen. 2003, pag. 1175 con nota di Blaiotta, Di Salvo e Massa;

Criticità applicative

Va subito detto che, a rigore, il testo dell'articolo 40 c.p. non contiene alcuna effettiva regola causale, perché la norma recita semplicemente che nessuno può essere punito se il fatto di reato "non è conseguenza" della sua azione o omissione. Ma la disposizione non spiega che cosa significhi *essere conseguenza*. Meno rilevante è l'articolo 41 c.p. che si occupa del concorso di cause che non escluderebbero "il rapporto di causalità".

Per comprendere cosa si intenda per rapporto di causalità l'unico appiglio è nel secondo comma, che prevede che le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità solo quando sono state "da sole sufficienti a determinare l'evento".

Causalità civile e causalità penale, dal punto di vista processuale

L'esercizio dell'azione civile nel processo penale comporta l'insorgere di una serie di problematiche che spaziano dalla legittimazione attiva, sino ai criteri di determinazione del danno patrimoniale e non patrimoniale ed alla sua liquidabilità totale o parziale anticipata.

Nel settore civile si privilegia la tutela del danneggiato, anche per il tramite di presunzioni legali o processuali, mentre nel settore penale vige un principio di stretta legalità, che impedisce di attribuire la responsabilità a un soggetto determinato per eventi troppo distanti dalla sua sfera di azione e controllo.

Pertanto, se la responsabilità civile orbita intorno alla figura del danneggiato, quella penale ruota intorno al ruolo dell'autore del reato.

Le regole di causalità per le ipotesi oggetto dell'art. 622 c.p.p.

Una questione centrale quindi riguarda le regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi alla Corte d'appello civile a seguito di annullamento disposto dalla Corte di cassazione penale ai soli effetti civili ai sensi dell'art. 622 c.p.p.: riguarda il giudice di appello civile, quindi oltre al consigliere di Corte d'Appello, anche il giudice civile del Tribunale.

Il tema è conseguenza del recente disallineamento determinatosi tra gli orientamenti delle sezioni civili e penali della Corte di cassazione in ordine alle regole processuali e probatorie da applicare in caso di rinvio innanzi al giudice civile competente per valore in grado d'appello.

L'art. 622 c.p.p. dispone che la Corte di cassazione se annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile, rinvia al giudice civile competente per valore in grado di appello.

Volendo tracciare il quadro normativo in cui l'istituto va a collocarsi, è opportuno ricordare che a differenza di quanto previsto nel codice previgente, improntato al principio di preminenza della giurisdizione penale, il codice di procedura penale vigente ha intessuto i rapporti tra processo penale e processo civile sul principio di parità ed originarietà dei due ordini giurisdizionali e della loro sostanziale autonomia e separazione.

La parte offesa dal reato è legittimata a proporre la sua domanda di risarcimento e restituzione di fronte al giudice penale, ma si tratta di una scelta che il legislatore non incoraggia affatto. Al contrario, il sistema incentiva la proposizione dell'azione risarcitoria di fronte al giudice civile; è questo quanto si desume dall'abolizione della c.d. pregiudizialità penale (art. 75, comma secondo c.p.p.), ma anche dalle disposizioni relative all'efficacia del giudicato penale nei giudizi risarcitori e segnatamente dall'art. 652 c.p.p. che ha sostanzialmente ridimensionato il vincolo derivante dal giudicato di assoluzione, escludendolo nei casi in cui l'azione civile sia stata esercitata in sede propria.

Quando l'azione civile viene esercitata nel processo penale, la relativa domanda viene collocata in posizione di subalternità rispetto all'azione penale; infatti, la principale caratteristica dell'azione civile è l'accessorietà per cui il giudice penale si pronuncia solo in caso di condanna dell'imputato, senza peraltro aver l'obbligo di accoglimento.

Ma, se in primo grado la condanna è presupposto necessario (ma non sufficiente) alla condanna agli effetti civili, nei gradi di impugnazione la scelta è diversa perché una serie di disposizioni consentono al giudice dell'impugnazione penale di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria anche in presenza di una pronuncia di proscioglimento e quindi in assenza dell'accertamento della responsabilità penale.

Una prima ipotesi, la rinveniamo all'art. 576 c.p.p. nella parte in cui prevede che la parte civile può proporre impugnazione, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento; impugnazione che, ai sensi dell'art. 573 c.p.p., deve essere trattata e decisa nelle forme ordinarie del processo penale.

La seconda è senz'altro rappresentata dall'art. 578 c.p.p. nella parte in cui stabilisce che, a seguito della condanna, anche solo generica, agli effetti civili, il giudice d'appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare estinto il reato per amnistia o prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti civili.

L'enigmatica norma contenuta nell'art. 622 c.p.p., con cui è stato codificato uno spazio di transizione processuale tra giudizio penale e quello civile, da autorevolissima dottrina è stato ritenuto frutto di un "lapsus normativo", in quanto all'interno della disposizione convivono due ipotesi eterogenee: l'annullamento dei capi civili (ad esempio, perché i danni risultano male liquidati) e l'accoglimento del ricorso dalla parte civile contro il proscioglimento dell'imputato.

Stando alla lettera dell'art. 622 c.p.p., il rinvio davanti al giudice civile competente per valore in grado di appello viene disposto dalla Suprema Corte in due casi: a) il primo, che corrisponde a quanto già previsto all'art. 541 del codice di procedura penale del 1930, concerne le ipotesi di annullamento delle sole disposizioni o capi che riguardano l'azione civile (art. 622 c.p.p. primo periodo); il che potrà aversi nei casi in cui la sentenza penale di condanna sia impugnata o dall'imputato (art. 574 c.p.p.) o dalla parte civile (art. 576, prima parte c.p.p.);

b) il secondo, che costituisce il recepimento a livello normativo di un principio elaborato dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore del vecchio codice, riguarda invece le ipotesi di accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato (art. 622 c.p.p. secondo periodo) proposto anche ai soli effetti della responsabilità civile (art. 576, seconda parte c.p.p.).

Tuttavia, dopo la decisione del 2013 resa dalle sezioni unite penali nella sentenza Sciortino che, individuata la *ratio* a fondamento dell'art. 622 c.p.p. nel principio di economia processuale «che vieta il permanere del giudizio in sede penale in mancanza di un interesse penalistico alla vicenda», le ipotesi di investitura del giudice civile sono aumentate poiché in quella decisione si è ritenuto che l'espressione "fermi gli effetti penali" non implicasse un riferimento necessario ad un accertamento della responsabilità penale, rientrandovi anche gli effetti derivanti dalla dichiarazione di estinzione del reato.

Sulla scia della sentenza Sciortino, il rinvio al giudice civile competente per valore è stato ampliato ai seguenti casi:

c) ove la Suprema Corte accolga il ricorso dell'imputato ai soli effetti civili, avverso la sentenza con cui il giudice di appello, riformando la sentenza di condanna di primo grado, dichiara non doversi procedere per intervenuta prescrizione o per amnistia, confermando le statuizioni civili senza motivare in ordine alla responsabilità dello stesso imputato agli effetti civili;

d) ove, su ricorso dell'imputato ai soli effetti civili, la Corte annulla ai soli effetti civili, per mancata rinnovazione in appello di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, la sentenza che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento del danno;

e) infine, ove la Corte accolga il ricorso dell'imputato tanto agli effetti penali quanto agli effetti civili, fondato sull'esistenza di un vizio di motivazione in punto di affermata responsabilità penale dell'imputato condannato anche al risarcimento del danno in favore della parte civile, disponendo l'annullamento senza rinvio del capo di condanna penale in conseguenza del rilievo di una sopravvenuta causa di estinzione del reato per prescrizione o amnistia (art. 578 c.p.p.).

I casi riportati *sub c)*, *d)* ed *e)*, frutto della elaborazione giurisprudenziale, sono differenti da quelli previsti dalla norma perché il rinvio viene disposto a seguito dell'accoglimento del ricorso per cassazione presentato dall'imputato; ma sono accomunati dalla circostanza che il rinvio agli effetti civili viene disposto dopo che la causa penale è stata definitivamente risolta senza la condanna dell'imputato, ma soprattutto senza un accertamento, neppure *incidenter tantum*, della sua responsabilità penale.

In base alla previsione dell'art. 622 c.p.p., il rinvio è operato a favore della corte d'appello civile ovvero del tribunale (a seconda dell'entità del risarcimento da reato di cui si chiede ristoro) nel cui distretto/ circondario si trova il giudice penale che emise la decisione impugnata. Sono, cioè, applicabili i criteri di competenza per valore previsti dagli artt. 7 e 9 C.p.c.

Tali criteri, tuttavia, in questo caso insolitamente applicati al giudice d'appello, anziché al giudice di prime cure.

Così, se l'entità del risarcimento richiesto rientra nella competenza per valore del giudice di pace, perché è inferiore a 5000 euro (ed oggi 10.000 oppure 25 mila per la RCA), il rinvio sarà fatto al Tribunale, in quanto giudice d'appello competente, in base al codice di rito, per l'impugnazione delle sentenze del giudice di pace.

Viceversa, se la controversia risarcitoria sarebbe spettata alla competenza per valore del tribunale civile, si rinvierà alla corte d'appello.

Il contrasto tra sezioni penali e sezioni civili della Suprema Corte.

Anche la storia della fase processuale che si svolge davanti al giudice civile a seguito di rinvio disposto dalla cassazione penale ai sensi dell'art. 622 c.p.p. è stata ricca di colpi di scena.

A partire dal 2015, le sezioni penali hanno ritenuto che il giudizio di rinvio ex art. 622 c.p.p. era soggetto alle regole probatorie e processuali del processo penale; questo orientamento trovava la propria giustificazione nella considerazione secondo cui il giudice civile, chiamato ad applicare l'art. 185 c.p., fosse comunque tenuto ad accertare, sia pure *incidenter tantum*, l'esistenza del reato in tutte le sue componenti obiettive e soggettive.

Da qui i seguenti corollari:

1) quanto al nesso di causalità, si affermava che il giudice civile dovesse usare il criterio dell'«elevato grado di probabilità razionale» di cui alle celebri sezioni unite Franzese;

2) la prova penale inutilizzabile perché assunta in violazione di un espresso divieto probatorio non avrebbe potuto essere utilizzata nel processo civile posto che, diversamente, si sarebbe realizzata una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto in sede penale;

3) il giudice del rinvio ben poteva utilizzare la testimonianza resa dalla persona offesa dal reato di fronte al giudice penale.

Il quadro si è complicato nel 2019 quando la terza sezione della Cassazione civile, disattendendo il proprio precedente orientamento, ha aperto un nuovo corso a partire dalla considerazione che il giudice civile valuta la domanda risarcitoria non più alla luce dell'art. 185 c.p., bensì alla luce delle norme relative alla responsabilità aquiliana di cui agli artt. 2043 e ss. c.c.;

La Terza Sezione civile della Corte di cassazione in una serie di decisioni recenti ha affermato che il fondamento della scelta compiuta dal legislatore ex art. 622 c.p.p. nel rimettere le parti dinanzi al giudice civile, ben può essere ravvisato nella presa di coscienza del dissolvimento delle ragioni che avevano originariamente giustificato il sacrificio dell'azione civile alle ragioni dell'accertamento penale, a seguito della costituzione di parte civile, privilegiando il ritorno dell'azione civile alla sede sua propria.

su questa base, la Corte ha enunciato una serie di principi:

- a) in tema di nesso causale, il giudice civile di rinvio dovrà applicare il canone probatorio del «più probabile che non» e non quello dell'alta probabilità logica.
- b) la Corte di cassazione nella sua componente penale non ha il potere di vincolare il giudice civile elaborando il principio di diritto cui il giudice civile deve uniformarsi, ritenendo che gli artt. 173, comma 2 disp. att. c.p.p. e 384 c.p.c. siano applicabili con riferimento limitato alle ipotesi di rinvio in senso tecnico;
- c) il giudizio di fronte al giudice civile è soggetto alle regole processuali ma soprattutto probatorie del processo civile;
- d) pertanto, giusta la previsione di cui all'art. 246 c.p.c., la testimonianza resa dalla parte civile nel processo penale è priva di qualsiasi efficacia probatoria;
- e) il giudizio di fronte al giudice civile deve essere configurato “alla stregua di giudizio autonomo (benché *sui generis*), sia in senso strutturale che funzionale, essendosi realizzata la definitiva scissione tra le materie sottoposte a giudizio, mediante la restituzione dell'azione civile — con il giudizio di «rinvio», che più opportunamente andrebbe definito di rimessione — all'organo giudiziario cui essa appartiene naturalmente;

La terza sezione ha elaborato il proprio orientamento evocando il principio di autonomia e separazione della giurisdizione penale e civile, nonché la diversa funzione svolta dalla responsabilità civile in rapporto a quella penale. La Corte, infatti, ha considerato che, a fronte di quanto stabilito nell'art. 538 c.p.p., è il necessario collegamento tra la condanna dell'imputato e l'azione civile della persona offesa reato ex art. 185 c.p. a giustificare le deroghe stabilite nel codice di procedura penale alle modalità di istruzione e accertamento del diritto al risarcimento del danno; deroghe che, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, devono essere ritenute ragionevoli solo nella misura in cui dipendono dalle finalità del processo penale.

Queste condizioni, ad avviso della Corte, vengono meno nel momento in cui la sentenza agli effetti penali diventa irrevocabile per cui si realizza la scissione tra la causa penale e la causa civile.

Questa presa di posizione ha avuto una sorta di contraccolpo nella giurisprudenza penale; infatti, mentre alcune sentenze hanno portato avanti gli orientamenti in precedenza riportati rinunciando all'enunciazione del principio di diritto cui il giudice del rinvio avrebbe dovuto uniformarsi, altre hanno fatto marcia indietro e, nell'intento di conservare all'imputato l'apparato di garanzie predisposte dal codice di procedura penale, hanno offerto una lettura restrittiva dell'art. 622 c.p.p., distogliendo dall'ambito applicativo della disposizione alcune delle ipotesi in precedenza richiamate.

L'intervento delle sezioni unite penali del 2021 (SU Cremonini) e l'accordo tra sezioni unite penali e terza sezione civile.

Il contrasto di giurisprudenza sorto tra le sezioni semplici della Cassazione penale, è stato composto dalle sezioni unite penali con la sentenza 4 giugno 2021, n. 22065 (imp. Cremonini) in cui è stato affermato il principio di diritto secondo cui «in caso di annullamento ai soli effetti civili, da parte della Corte di Cassazione, per la mancata rinnovazione in appello di prova dichiarativa ritenuta decisiva, della sentenza che in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento del danno, il rinvio per il nuovo giudizio va disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado di appello».

Nella motivazione, peraltro, la Corte ha voluto delineare un quadro ben più ampio, andando a prendere posizione altresì sul contrasto sorto tra le sezioni penali e civili in ordine alle regole applicabili davanti al giudice civile competente per valore in grado di appello ex art. 622 c.p.p., ed ha affermato che «con l'esaurimento della fase penale, essendo ormai intervenuto un giudicato agli effetti penali ed essendo venuta meno la ragione stessa dell'attrazione dell'illecito civile nell'ambito della competenza del giudice penale, risulta coerente con l'assetto normativo interdisciplinare sopradescritto che la domanda risarcitoria venga esaminata secondo le regole dell'illecito aquiliano, dirette alla individuazione del soggetto responsabile ai fini civili su cui far gravare le conseguenze risarcitorie del danno verificatosi nella sfera della vittima». Di conseguenza, ha affermato che la Cassazione penale non ha il potere di enunciare il principio di diritto a cui il giudice del rinvio dovrebbe uniformarsi.

Il nostro ordinamento non prevede un organo competente a dirimere i contrasti di giurisprudenza sorti tra le sezioni penali e civili della Corte; in un simile contesto, che le sezioni unite penali abbiano accolto il principio di autonomia rivendicato con fermezza dalla terza sezione civile ha il valore di un accordo di fatto di cui si deve prendere atto senza rimetterlo in discussione nella misura in cui garantisce l'autonomia delle due componenti della Suprema Corte, ponendosi a salvaguardia della funzione nomofilattica.

Secondo la recente pronuncia della Consulta, sentenza 182/2021, il giudice penale di appello, dichiarata la estinzione del reato, dovrà pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, secondo quanto stabilito dall'art. 578 c.p.p., applicando le regole dell'illecito aquiliano;

In sostanza, nel dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 578 c.p.p., la Consulta ha affermato che il giudice dell'impugnazione penale, quando deve pronunciarsi sull'azione civile in presenza di un'estinzione del reato per prescrizione o amnistia, «non accerta la causalità penalistica che lega la condotta (azione od omissione) all'evento in base alla regola dell'"alto grado di probabilità logica" (sentenza Franzese: Cass. 11 settembre 2002, n. 30328). Per l'illecito civile vale, invece, il criterio del "più probabile che non" o della "probabilità prevalente". L'art. 622 c.p.p. prevede, secondo la Consulta, una più radicale separazione del giudizio civile dal giudizio penale, con la conseguenza che la decisione sull'azione civile avverrà non solo sulla base del suo proprio standard probatorio, ma in conformità alle norme del Codice di procedura civile.

Ciò inevitabilmente riaprirà il problema del rapporto fra le sezioni penali e civili della Suprema Corte, visto che la sentenza del giudice penale di appello sarà suscettibile di impugnazione di fronte alle sezioni penali le quali saranno chiamate a svolgere la funzione nomofilattica con riferimento alle norme civili.

Dall'affermata natura autonoma del giudizio civile, conseguente all'annullamento in sede penale agli effetti civili ex art. 622 c.p.p. rispetto a quello penale, discende, sia la possibilità che le parti possano allegare fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno, diversi, consentendo l'emendatio della domanda, sia la configurazione delle regole processuali civili applicabili sia in tema di nesso causale, sia di prove, in ragione della diversa funzione della responsabilità civile e della responsabilità penale e dei diversi fattori in gioco nei due sistemi di responsabilità.

Ma tale sviluppo giurisprudenziale deve fare i conti con il contenuto di alcune disposizioni della riforma “Cartabia” secondo cui, in caso di annullamento della sentenza ai soli effetti civili, ai sensi dell’articolo 622 c.p.p, il giudice del rinvio dovrà valutare le prove raccolte nel processo penale. In particolare, modificata la rubrica dell’articolo 578 c.p.p, il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare improcedibile l’azione penale per il superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell’articolo 344-bis, “rinviano per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo penale”, con un possibile richiamo agli strumenti già previsti per il giudice civile dall’art. 116 c.p.c.

La norma lascia intendere che il giudizio penale si interrompa comunque e le istanze civili vengano esaminate in sede civile (il primo comma del 578 è rimasto immutato e consente in caso di prescrizione al giudice penale di gravame di provvedere sulle istanze civili. La norma non appare più compatibile con il nuovo regime di improcedibilità in sede di gravame). La norma è quasi identica al 622 c.p.p. perché recita “rinviano per la prosecuzione al giudice o alla sezione civile competente nello stesso grado, che decidono sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile”.