

**“Multi-fattorialità dell’evento” e perdita di chances nella responsabilità medica:
risarcimento parziale, risarcimento proporzionale, risarcimento equitativo... nessun
risarcimento?**

di Daniela M. Frenda

SOMMARIO: 1. L’invincibile “incertezza eventistica”: una premessa. – 2. Multi-fattorialità dell’evento e responsabilità parziale: i) il problema del rilievo della concausa naturale. – 3. Multi-fattorialità dell’evento e responsabilità proporzionale (o equitativa): ii) il problema dell’esistenza di fattori naturali *alternativi* alla condotta. – 4. Responsabilità incerta e risarcimento proporzionale-equitativo: il danno da perdita di *chances* – 5. *Chances* “autonome” e *chances* “concrete”: la contraddizione in termini nel danno da perdita di *chances*. – 6. Multi-fattorialità dell’evento e perdita di *chances*: presupposti analoghi, soluzioni differenti?

1. L’invincibile “incertezza eventistica”: una premessa.

Il profilo dell’incertezza causale tra l’operato del medico e l’evento lesivo riportato dal paziente fa da cornice ai temi, rispettivamente, del risarcimento “proporzionale-equitativo”, in risposta alla “multifattorialità dell’evento”¹ (condotta del medico, patologie pregresse del paziente, o sue peculiari condizioni di salute), e del risarcimento del danno da perdita di *chances* (terapeutiche, in questo contesto), quest’ultimo in risposta alla difficoltà di attribuire, alla condotta pur negligente, imperita o imprudente del medico, la paternità dell’evento infausto occorso al paziente.

Ad un’analisi più attenta, tuttavia, non si può fare a meno di riscontrare come i due profili indicati – multi-fattorialità dell’evento, da un lato, perdita di *chances*, dall’altro – siano soltanto in apparenza due profili distinti, in quanto, nella sostanza, essi si mostrano piuttosto come epifanie di una medesima questione, consistente nella ricostruzione del ruolo della condotta del sanitario in relazione all’evento lesivo lamentato dal paziente in seguito al suo intervento nei riguardi di quest’ultimo.

In presenza di un danno occorso ad un soggetto vittima di *malpractice* medica², infatti, tanto il tema della responsabilità proporzionale, quanto quello delle *chances* perdute, nasce in funzione di rimedio contro la paralisi del giudizio causale avente ad oggetto la riconducibilità, o meno, di detto pregiudizio alla condotta del medico. Per superare questo *empasse*, pur a fronte di un’incertezza pressoché assoluta sul fattore scatenante (o sui fattori scatenanti) l’evento lesivo lamentato, la giurisprudenza ha adottato soluzioni – alternative all’accertamento della causalità “materiale” e, in una certa misura, potremmo dire innovative – volte ad assicurare comunque al protagonista dell’evento infausto (nel nostro caso, il paziente o i suoi eredi) un risarcimento, benché – in ragione dello scenario di incertezza in cui esso è accordato – in misura inferiore al pregiudizio sofferto. In particolare, le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza si caratterizzano – in questo loro percorso “semplificante” dell’attribuzione di responsabilità – per il fatto di addossare un obbligo risarcitorio al medico, senza passare per l’accertamento dell’efficienza eziologica della sua condotta rispetto all’evento dannoso (e

¹ Per riprendere l’espressione di Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 89 ss., e in *Corr. giur.*, 2020, 297 ss.

² Come pure – il discorso può essere generalizzato – in presenza di un danno occorso ad un soggetto in qualunque altro contesto.

proprio in ciò facendo risiedere, infatti, la ragione della riduzione del contenuto dell'obbligo risarcitorio).

Se è la medesima – come già si è detto – la ragione che spinge la giurisprudenza all'elaborazione (e all'utilizzo) di detti rimedi, e che consiste nella volontà di riconoscere (comunque) una (qualche) pretesa risarcitoria in capo alla vittima di *malpractice* medica, diversi sono però i profili cui, in ciascuna delle situazioni indicate, si è voluto dare rilievo; e di tali distinti profili danno ragione gli argomenti differenziati che le corti hanno speso per legittimare, nell'uno e nell'altro caso, la pretesa risarcitoria a favore della vittima di un danno incerto, nei riguardi del(l'ipotetico) danneggiante.

Volendo seguire *les fils rouges* disegnati dalle corti, ripercorriamo dunque, separatamente, ciascuna situazione con la soluzione operativa ad essa abbinata; con la consapevolezza però, fin da queste prime righe, che multifattorialità dell'evento e perdita di *chances* non sono che due tessere del medesimo mosaico e che perciò, per coerenza, di tale comunanza dovrà tenersi conto nella loro trattazione.

2. Multi-fattorialità dell'evento e responsabilità parziale: i) il problema del rilievo della concausa naturale.

Venendo al primo dei due profili sopra indicati, un motivo di difficoltà nell'accertamento del nesso di causalità “materiale”³ tra l'evento negativo occorso al paziente e l'operato dei sanitari si presenta nel caso in cui, accanto all'ipotesi secondo cui l'evento lesivo del paziente debba imputarsi a questi ultimi, neppure si possa però escludere che esso sia derivato da fattori alternativi alla condotta del medico, quali patologie pregresse della vittima o condizioni di quest'ultima che, benché non propriamente patologiche, tuttavia denotino un suo particolare stato di “vulnerabilità”.

Entro questi binari, il problema della causalità incerta si combina – fino a sposarvisi – con il dibattito sul rilievo delle concause naturali nel giudizio di responsabilità, in cui queste ultime, anziché porsi in una logica di possibile alternativa alla condotta umana (del medico, nel nostro contesto), a quest'ultima si *aggiungano*, riducendone la portata eziologica rispetto all'evento lesivo.

Benché la giurisprudenza non sempre distingua, lo scenario in cui l'esistenza di una causa naturale si presenti come *alternativa* alla condotta del medico si differenzia da quello in cui la medesima causa naturale *coesista*, nella produzione dell'evento lesivo, con la condotta di questi: nel primo caso, infatti, fattore naturale e condotta umana sono (entrambe) possibili cause dell'evento lesivo, sicché si tratterà di stabilire – laddove possibile, alla luce dei parametri forniti dalla scienza medica, oltre che delle caratteristiche del caso clinico – *quale*, tra le due, abbia scatenato l'evento⁴; nel secondo, accertato che entrambe – causa naturale e causa umana – insieme si sono combinate nel

³ Stando alla bipartizione tradizionalmente accolta, in dottrina ed in giurisprudenza, con riferimento alla causalità civile, nonostante le ragioni che fondano una critica a tale distinzione e, in particolare, al carattere, rispettivamente, pleonastico e fuorviante degli aggettivi “materiale” e “giuridica” ad accompagnare il termine “causalità”: v. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 7 ss., e ora anche in Belvedere, *Scritti giuridici*, cit., p. 799 ss.

⁴ Quanto meno con maggiore probabilità rispetto all'altra, e oltre la soglia minima di probabilità accettata nel giudizio civile, che la giurisprudenza ha fissato nel “più probabile che non”: v., per tutte, Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, 43 ss.

determinare l'evento infausto per il paziente, si tratterà invece di stabilire *in quanta parte* ciascuna vi abbia concorso.

Così prospettati, solo il primo scenario profila un problema di causalità incerta, laddove il secondo invece si concentra, potremmo dire, su questioni di disciplina della causalità civile *tout court*.

Chiara nella teoria, la differenza va tuttavia a perdersi nella pratica, in cui – e ciò tanto più accade nell'ambito della responsabilità medica – risulta tutt'altro che semplice anche solo separare le situazioni, sicché i due interrogativi (*se* il fatto sia imputabile alla condotta umana o ad un fattore naturale, il primo; *in quanta parte* sia addebitabile all'una o all'altro, il secondo) finiscono con il sovrapporsi, trascinando anche il secondo contesto nella medesima incertezza che connota il primo.

Concettualmente, tuttavia, i contesti meritano di essere separati.

Con riguardo al secondo, ovverosia quello in cui alla condotta colposa del medico *si aggiunga*, a scatenare l'esito infausto per il paziente, una patologia pregressa di quest'ultimo (o un suo stato di particolare vulnerabilità), il problema che si pone è se, una volta “misurato” il ruolo di ciascun fattore nell'evento, l'obbligo risarcitorio gravante sul medico possa essere ridotto della parte corrispondente alla porzione di evento dannoso ascrivibile alla causa naturale.

In questo quadro, perciò, l'ipotesi di partenza è quella in cui il nesso di causalità (materiale) tra l'evento dannoso e le sue premesse sia stato già verificato, e pertanto si possa concludere, con un grado di probabilità superiore alla soglia stabilita dalla giurisprudenza per la causalità civile⁵, sia che entrambi i fattori si sono combinati insieme a scatenare l'evento, sia per quanta parte quest'ultimo è ascrivibile a ciascuno di essi⁶; e tocca, ora, stabilire se una tale combinazione di condizioni possa riflettersi sul *quantum* della responsabilità imputabile al(l'unico) soggetto danneggiante, o se, invece, la multifattorialità sul piano empirico non abbia alcun riflesso sui meccanismi di attribuzione della responsabilità.

Sostanziale concordia, in proposito, si riscontra sul ruolo della concausa naturale “sopravvenuta da sé sola sufficiente a determinare l'evento”, in linea con quanto l'art. 41, capoverso, cod. pen. prevede per la responsabilità da reato: il fattore naturale rileva cioè senz'altro pacificamente, scagionando l'autore della condotta umana, quando è idoneo ad *interrompere* il nesso causale tra l'evento lesivo e detta condotta. In questo caso infatti, operando alla stregua di un caso fortuito (esclusivo), la causa naturale innesca un decorso causale del tutto atipico rispetto alla portata della condotta umana, sicché l'esonero da responsabilità per l'autore di quest'ultima non è che l'attuazione del principio di regolarità causale, che nella responsabilità civile trova appiglio, in particolare, nell'interpretazione corrente dell'art. 1223 cod. civ.⁷.

⁵ V. nota prec.

⁶ Possiamo ipotizzare, a questo proposito, il caso – che assomiglia, in parte, alla vicenda che ha occupato Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, 1653 ss., di cui ci occuperemo più specificamente nel prosieguo – in cui un errore durante un intervento chirurgico al femore di un paziente abbia provocato una lesione all'aorta, a sua volta ragione di un infarto, correlato però anche alle pregresse condizioni vascolari di questi.

⁷ Cfr., sul punto, anche D'Adda, *Concorso di causa naturale e responsabilità proporzionale: l'apparente ortodossia della Suprema Corte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1058.

La comunanza di vedute sul ruolo della concausa naturale sopravvenuta si arresta, però – ma il dibattito si estende, qui, anche all’ambito della causalità penale – davanti alle caratteristiche che la situazione deve avere, affinché la causa sopravvenuta possa dirsi davvero “da sola sufficiente” a determinare l’evento dannoso. Accanto a chi sostiene, infatti, che una causa sopravvenuta sia da sé sufficiente a produrre l’evento soltanto quando, già su un piano naturalistico, essa sia *autonomamente* in grado di determinarlo, altri ritengono, invece, che la formula dell’art. 41, 2° comma, cod. pen. farebbe propendere per una lettura meno intransigente, secondo cui, in particolare, la causa sopravvenuta possa far scomparire dall’orizzonte causale la condotta umana, pur occorsa, ogni qualvolta l’interferenza del fattore naturale nello scenario innescato dall’azione umana provochi un tale rivolgimento nel susseguirsi degli eventi, da portare ad un epilogo del tutto eccezionale e anomalo rispetto a quello che si sarebbe altrimenti prodotto.

Solo quest’ultima lettura, a ben vedere, coglie il senso del concetto di interruzione del nesso causale, poiché se (come invece predica la prima) una precedente azione umana non deve esservi neppure stata, che nessuno debba rispondere dell’evento lesivo ad altri occorso è già un portato dell’art. 40 cod. pen. – norma cardine della causalità sia in ambito penale, nel cui contesto si colloca, sia in quello civile, cui pacificamente si applica – secondo cui, ai fini dell’attribuzione di responsabilità ad un soggetto, occorre che l’evento che gli si imputa sia conseguenza della sua azione (od omissione).

Ma, vieppiù, solo quest’ultima lettura coglie davvero il senso (e permette il rispetto) del principio di regolarità causale – che, lo si è detto, è la *ratio* del capoverso dell’art. 41 cod. pen. – poiché consente, pur in presenza di uno scenario inaugurato da una condotta colposa, di escludere la responsabilità del suo autore quando l’evento che ne è scaturito non possa comunque dirsi davvero il prodotto⁸.

L’altra lettura dell’art. 41, 2° comma, cod. pen., invece, secondo cui l’autore della condotta debba rispondere *per intero* dell’evento anche in presenza di fattori naturali sopravvenuti quando essi, in assenza della condotta, non sarebbero invece occorsi (e dunque quando essi *non* siano davvero indipendenti dall’antecedente umano⁹), si pone nel solco dell’orientamento della giurisprudenza (civile) dominante a sostegno della “teoria dell’equivalenza delle condizioni” (predicata al 1° comma dell’art. 41 cod. pen.¹⁰), secondo cui, a fronte di più premesse di un evento lesivo, *tutte* sono da considerarsi, allo *stesso modo*, suoi antecedenti causali necessari¹¹; sicché, nei casi in cui i fattori naturali si siano a qualsiasi livello combinati con la condotta umana, l’autore di questa risponderà dell’intero evento lesivo, che senza il suo apporto non si sarebbe verificato.

⁸ Cfr. G. Fiandaca– E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Zanichelli, 2007, 245 s., che precisano come l’art. 41, comma 2°, cod. pen. rappresenti l’unica sede normativa di diritto positivo a legittimare teorie causali diverse da quella condizionalistica.

⁹ E, perciò, non lo sia neppure l’evento.

¹⁰ Cui il 2° comma, a determinate condizioni, costituirebbe soltanto un’eccezione.

¹¹ E dunque, appunto, sono “equivalenti” nel determinare l’evento, atteso che, anche senza una soltanto di tali premesse, anche la meno influente, l’evento lesivo non si sarebbe verificato. Cfr., sul punto, Ruffini Gandolfi, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l’esperienza francese e il diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 44, che riporta esempi tipici della letteratura francese a sostegno di questo orientamento.

Nel sistema di responsabilità civile la bontà della tesi esposta troverebbe conferma, secondo la giurisprudenza maggioritaria – ma l’idea è piuttosto condivisa anche in dottrina – nel 1° comma dell’art. 2055 cod. civ., che obbliga *in solido* al risarcimento tutti i soggetti cui un medesimo fatto dannoso è imputabile; né verrebbe scoraggiata dal 1° comma dell’art. 1227 cod. civ. che, disponendo la riduzione del risarcimento spettante al danneggiato che abbia avuto un ruolo nella causazione del proprio stesso danno, sarebbe il solo caso davanti a cui si arresterebbe l’indifferenza del sistema per l’occorrenza di concause naturali accanto alla condotta del danneggiante.

Il meccanismo di attribuzione della responsabilità farebbe perno, così, sul canone del “*tutto o niente*”, che consente la scelta tra una sola alternativa: che l’autore della condotta colposa possa liberarsi *del tutto* (se non ha avuto alcun ruolo nella causazione dell’evento), o che gli sia imputato *l’intero evento* dannoso (se invece ha avuto un ruolo, anche minimo); nessuna sfumatura sarebbe cioè concessa all’interprete dall’applicazione, in ambito civilistico, dell’art. 41 cod. pen: tutto o niente per l’appunto, *tertium non datur*.

In quest’ottica, in cui il problema della graduazione della responsabilità del danneggiante in ragione dell’efficienza delle concause naturali – perciò non imputabili a nessuno – è tagliato in radice, la soluzione del caso sarà certamente più semplice dal punto di vista tecnico¹², poiché l’accertamento causale si arresterà davanti alla prova di una qualsiasi partecipazione umana all’evento, senza doversi spingere a misurarne la portata.

Così, nell’ambito della responsabilità medica, sarà interamente imputata al chirurgo la morte del paziente occorsa, durante un rischioso e incauto intervento di chirurgia maggiore, per effetto della necrosi del tessuto miocardico dovuta all’occlusione di parte delle coronarie per l’improvviso distacco di un embolo da un distretto periferico; come pure al medico sarà integralmente addebitata la responsabilità per la morte del paziente a cagione di un errore di diagnosi, anche quando la morte sia sopraggiunta soltanto poco tempo prima di quanto sarebbe verosimilmente avvenuto se l’intervento del medico fosse stato adeguato, per via dello stadio piuttosto avanzato della malattia terminale in cui il paziente già versava all’epoca della diagnosi¹³; o, ancora, sempre tutta del medico sarà la responsabilità per i danni neurologici derivati ad un neonato per una non appropriata assistenza al parto, anche quando detti danni si debbano spiegare altresì in ragione di malformazioni congenite del feto.

E analogamente avverrebbe per casi più delicati, in cui l’errore medico si combini non già con una patologia vera e propria del paziente, bensì con delle sue particolari caratteristiche, atte a renderlo più vulnerabile di quanto normalmente ci si possa attendere: a questo proposito potremmo immaginare, ad esempio, il caso di un fisioterapista che imprima una forza eccessiva nella riabilitazione del bicipite del paziente, atrofizzato per la prolungata sua immobilità, provocandogli così la frattura

¹² Sul piano soggettivo, invece, la decisione potrà essere sofferta, proprio a causa dell’intransigenza insita nel meccanismo del “tutto o niente”, specie quando l’apporto umano, paragonato al fattore naturale, sia minimo.

¹³ Pensiamo ad esempio al caso in cui il medico, a fronte di un dolore cronico alla spalla lamentatogli dal paziente, diagnostichi a quest’ultimo un’artrosi, quando invece il dolore era causato da un tumore ormai avanzato, e dunque non più curabile, all’apice del polmone.

dell'osso sottostante a causa di una sua fragilità singolare – e ignota al sanitario – dovuta, ad esempio, ad una osteoporosi avanzata¹⁴.

A ritenere diversamente, precisa Cass. 15991/2011 – che nel panorama giurisprudenziale recente si è distinta per avere ribadito il principio dell'equivalenza delle condizioni ma anche, come vedremo nel prosieguo, per averne vanificato gli effetti all'atto pratico¹⁵ – si finirebbe per penalizzare coloro che, «per disgrazia (e non già per colpa imputabile *ex art.* 1227 c.c. o per fatto addebitabile a terzi)», versino in una situazione di particolare debolezza, atteso che essi non potrebbero aspirare ad una tutela risarcitoria altrettanto appagante di quella riservata a chi, essendo invece in salute, avrebbe riportato conseguenze meno gravi a seguito della condotta colposa altrui¹⁶. Altrimenti – suole essere questo l'argomento principe di quanti predicano tale insegnamento – sarebbe come attribuire al danneggiante il “*diritto ad un danneggiato ideale*”, che, per la sua sana e robusta costituzione, per la sua giovane età, o per sue altre caratteristiche fisiche, possa reagire nel migliore dei modi alle condotte offensive del danneggiante, sì da mantenere il danno entro limiti comunque contenuti¹⁷.

Fare leva sull'argomento dell'assenza di colpa del danneggiato, a fronte di una condotta invece colposa del danneggiante, accresce la convinzione (o genera l'illusione, a seconda dell'angolo visuale da cui si guardi al fatto) di essere pervenuti ad esiti di giustizia sostanziale; così, in ambito sanitario, addossare tutta la responsabilità dell'evento infausto del paziente al medico distratto, impreparato o improvvido darebbe all'interprete l'impressione di avere riequilibrato la situazione iniziale, “facendo giustizia” della condizione “doppiamente negativa” del paziente (“danneggiato” dalla malattia prima, dal medico poi).

Se qualche perplessità sull'equità dell'esito, però, può aversi già nei casi in cui il contributo del medico sia ridotto in confronto al ruolo della patologia pregressa o delle condizioni di vulnerabilità del paziente nell'evento dannoso (pensiamo agli esempi, di cui sopra, dell'errata diagnosi ad un malato già terminale, o della frattura ossea in un soggetto dallo scheletro inusitatamente sottile), il dubbio può assumere dimensioni (ancora) più importanti nel caso in cui il contributo del medico all'evento lesivo sia finanche incerto.

3. Multi-fattorialità dell'evento e responsabilità proporzionale: ii) il problema dell'esistenza di fattori naturali alternativi alla condotta.

È proprio nelle vicende in cui l'intervento di fattori naturali, in modo alternativo alla condotta colposa, sia soltanto una supposizione – sicché permane un'incertezza pressoché

¹⁴ Esempi simili possono costruire la base della “*thin skull rule*”: v. nota 16.

¹⁵ V. *infra*, par. 3.

¹⁶ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, in *Danno e resp.*, 2012, 149 ss.

¹⁷ Cfr. ancora Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit., 153. Si tratta, e la pronuncia citata infatti se ne occupa, della regola nota sotto l'etichetta di “*thin skull rule*”, che prende il nome dalla vicenda di un soggetto che, per avere un cranio inusitatamente sottile, riporta danni abnormi (la frattura dello stesso) da un lieve urto. Sul punto v. Pucella, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 189 ss.; e D'Adda, *Concorso di causa naturale e responsabilità proporzionale*, cit., 1058.

assoluta sulle cause realmente determinanti l'evento lesivo – che il dibattito sul rilievo della concausa naturale si fa più impegnativo¹⁸.

Attribuire l'intera responsabilità al medico per l'esito infausto occorso al paziente non appare infatti una soluzione soddisfacente – neppure secondo i canoni di una giustizia sostanziale sopra evocati – quando la patologia pregressa di quest'ultimo (come, pure, sue altre condizioni peculiari di salute) potrebbe, al pari della condotta colposa del primo, essere l'unico fattore scatenante l'evento; o, comunque, quando l'incertezza cada sulla misura del loro diverso combinarsi.

A fronte di una situazione in cui la morte per infarto del paziente, ad esempio, possa essere ricondotta tanto alle sue già gravi condizioni vascolari, quanto all'erroneo intervento chirurgico che ha provocato la lesione dell'aorta, potendo essere la morte la conseguenza, autonomamente, delle une o dell'altro¹⁹; o di quella in cui le gravissime malformazioni in un neonato siano spiegabili sia con l'errore del medico al momento del parto, sia con l'importante malformazione congenita del feto (sempre potendo essere il portato di uno o dell'altra singolarmente presi)²⁰, non sarà agevole, né lieve, la decisione del giudice di addossare al medico tutta quanta la responsabilità per l'evento lesivo o, per contro, di scagionarlo del tutto, facendone gravare il peso interamente sulla vittima²¹.

Nel ricercare una soluzione operativa mediana, è capitato così che le corti mettessero in discussione il principio dell'equivalenza delle condizioni: a volte apertamente, come si legge nella nota pronuncia della Corte di cassazione, n. 975/2009²², altre volte dietro la falsa invocazione della regola sul concorso colposo del danneggiato, come si legge in alcune sentenze di merito²³.

Non è un caso che proprio di responsabilità medica trattino le pronunce che, in questo dibattito, si contendono il campo: la prospettazione di varie possibili cause è la regola in questo contesto, riflettendo tale scenario la complessità del reale, dove un dato accadimento è il prodotto di più fattori di diversa natura e combinati tra loro in vario modo, di talché neppure sia agevole individuare l'apporto di ciascuno nella causazione dell'evento.

In particolare, prendendo le distanze dall'orientamento accolto dalla giurisprudenza tradizionale²⁴, Cass. 975/2009 ha espresso il principio secondo cui, «qualora la produzione dell'evento dannoso risalga, come a sua causa, alla concomitanza di una azione dell'uomo e di fattori naturali [...] non si può accogliere la soluzione della irrilevanza di tali fattori»²⁵.

La dubbia ripartizione delle “forze causali” date, rispettivamente, dall'intervento del medico e dalla malattia cardiovascolare pregressa della vittima, spinge così, inoltre, la

¹⁸ Siamo così scivolati nel primo degli scenari indicati in apertura del secondo paragrafo sotto l'espressione di “multi-fattorialità dell'evento”.

¹⁹ O delle due insieme: è il caso oggetto di Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, cit.

²⁰ È il caso oggetto di Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit.

²¹ O sui suoi eredi.

²² Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, cit. O, anche, App. Genova 29 marzo 2012, riformata da Cass. 29 gennaio 2016, n. 3893, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1049 ss.

²³ Ad es., App. Roma, 11 marzo 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1157 ss., con nota di Frenda, *Quel che resta dell'accertamento del nesso causale*.

²⁴ E richiamando una pronuncia risalente nel tempo, quella di Cass. 25 ottobre 1974, n. 3133, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1489.

²⁵ Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, cit., 1655.

S.C. oltre il principio del frazionamento delle responsabilità in ragione della diversa efficienza dei singoli contributi²⁶ e la porta ad affermare che, quando non è dato spiegare l'evento in forza dell'una o dell'altra premessa, «sarà compito del giudice del merito procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo»²⁷.

Muovendo dalla ammissibilità del frazionamento della responsabilità in seguito all'accertamento, in punto di causalità "materiale", della derivazione dell'evento da più fattori – e in una logica opposta a quella, di cui abbiamo dato conto nel paragrafo precedente, dell'equivalenza delle condizioni – la pronuncia in parola giunge a legittimare però, in tal modo, un meccanismo ancora diverso da quello della ripartizione della responsabilità in ragione dei singoli apporti, poiché concede al giudice finanche di commisurare l'obbligo risarcitorio del (presunto) danneggiante al grado di probabilità secondo cui l'evento dannoso sia a questi ascrivibile; e persino, nel caso in cui non si riesca a dare un'idea, neppure indicativa, di tale grado di probabilità, che la misura del risarcimento possa essere stabilita "con criterio equitativo".

Ora, atteso il breve passo – peraltro mosso, effettivamente, da Cass. 975/2009 – che separa il riconoscimento della responsabilità *parziale* dal sostegno ad una responsabilità *proporzionale* e, finanche, *equitativa*, non sorprende che il contenuto della pronuncia del 2009 abbia prestato il fianco a preoccupazioni e critiche.

È piuttosto comprensibile, del resto, che un meccanismo di *partagement* della responsabilità, se combinato con il metodo equitativo, faccia temere per l'introduzione di una discrezionalità giudiziale eccessiva nell'operazione di accertamento dell'efficienza dei vari fattori causali (in cui già la ricostruzione dei fatti può essere inquinata dal personale sentimento di giustizia del giudice), minacciando il rigore che dovrebbe assistere questa fase²⁸, per sua natura non presidiata da criteri atti ad orientare (e limitare) l'interprete come invece quello della "diretta consequenzialità" tra eventi può fare in punto di causalità giuridica.

A distanza di poco tempo non è mancata, infatti, la smentita della stessa Corte di cassazione che, con sentenza 15991/2011²⁹, è tornata a dare sostegno alla tesi, tradizionale, dell'irrelevanza delle concause naturali, negando innanzitutto che nella responsabilità civile possa avere senso un discorso sull'efficienza concausale del fattore naturale sul piano della causalità materiale e precisando, inoltre, che «l'attuale modello normativo della causalità civile sia tale da escludere *tout court* un'imputazione in via equitativa dell'evento dannoso sul piano della causalità materiale»³⁰.

Tuttavia, non volendo neppure cedere ai rigori (ritenuti eccessivi) del canone del "tutto o niente" – come vorrebbe invece, per coerenza, il principio dell'equivalenza delle condizioni – Cass. 15991/2011 finisce col rimanere soggiogata dalla suggestione del

²⁶ E dunque, in questo caso, della riduzione della responsabilità dell'unico danneggiante (il medico).

²⁷ Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, cit., 1655.

²⁸ Che comunque non viene meno per l'ingresso, anche in questa fase, di elementi non propriamente "naturalistici", come considerazioni o valori: cfr. Belvedere, *Causalità giuridica?*, *Scritti giuridici*, cit., 801 s., e Rizzo, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in corso di pubblicazione su *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, che parla in particolare, a questo riguardo, di «valori elaborati sulla base dei fatti a cui si riferiscono».

²⁹ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit., già evocata con riguardo alla tesi dell'irrelevanza delle concause.

³⁰ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit., 152.

«risarcimento c.d. equitativo-proporzionale», pur in tesi avverso, poiché essa conclude con l’affermare – arrivando a convergere, nei fatti, con la soluzione accolta dalla sentenza criticata – la possibilità che l’apporto di fattori naturali estranei alla condotta colposa del danneggiante sia considerato per così dire «a valle», cioè «*sul piano della causalità giuridica*», ed «*eventualmente anche con criteri equitativi*», al fine di diminuire il risarcimento dovuto dal danneggiante³¹.

L’introduzione, in particolare, del canone equitativo (solo) nella fase della causalità giuridica pare alla S.C. un modo per difendere il rigore necessario all’accertamento del nesso causale materiale – e così per esercitare un controllo maggiore sul meccanismo di attribuzione della responsabilità (e, dunque, sull’estensione dell’obbligo risarcitorio del danneggiante) – e, al contempo, per avere “le mani libere” per eventuali “sconti” al danneggiante in un momento per definizione più aperto ai soggettivismi del giudice, ovvero sia quello della determinazione del danno (giusta anche il disposto dell’art. 1226 cod. civ., in una sua interpretazione per la verità molto più libera di quanto la norma stessa non consenta³²). Una volta “salvato”, così, il giudizio causale, si potrebbe tenere conto poi (anche) delle ragioni del danneggiante grazie al disposto dell’art. 1223 cod. civ., che limita il risarcimento ai danni che siano (*rectius*, agli eventi il cui contenuto dannoso intrinseco sia)³³ “conseguenza immediata e diretta” della condotta e che, dunque, può costituire un argine all’estensione della sua responsabilità.

In realtà, così ragionando, Cass. 15991/2011 commette diversi errori: (i) il primo, che è dato dal credere che l’utilizzo del canone equitativo nella fase della determinazione del danno risarcibile, una volta imputato l’intero evento lesivo alla condotta umana, consenta una discrezionalità giudiziale più contenuta (e controllabile); al contrario, non avendo posto limiti nell’attribuzione dell’evento al danneggiante, neppure potrebbero seguire limitazioni risarcitorie a suo vantaggio, se non per mera “concessione” del giudice (se parliamo, beninteso, dei danni intrinseci all’evento lesivo *primario*); (ii) il secondo, che consegue al primo, dato dall’aver sovrapposto il procedimento di selezione de(gli eventi secondari) i cui danni siano risarcibili, al procedimento di verifica della derivazione di un evento da una data condotta³⁴; quando, invece, la parte di responsabilità imputabile al danneggiato è, prima ancora che questione di entità del danno risarcibile, circostanza di accertamento del nesso causale (in fatto); (iii) il terzo, che è comune anche a Cass. 975/2009, dato dall’utilizzare il metodo (probabilistico-)equitativo per calcolare il *quantum* del danno risarcibile, senza avere prima accertato *se* quel danno sia espressione dell’evento derivante dalla condotta colposa del (presunto) danneggiante³⁵.

³¹ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit., 156.

³² E, tuttavia, piuttosto diffusa in giurisprudenza.

³³ V. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Scritti giuridici*, cit., 806 ss.

³⁴ Così mostrando tutta l’ambiguità che circonda il significato dell’espressione “causalità giuridica” e la sua sovrapposizione al momento della determinazione del danno risarcibile: v. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Scritti giuridici*, cit., 816 ss.; e, in giurisprudenza, Cass. 29 gennaio 2016, n. 3893, cit.

³⁵ Una siffatta soluzione, infatti, snatura il giudizio causale, poiché lo trasformerebbe in un «*giudizio sulla misura del danno da risarcire, che con la causalità e con la probabilità nulla ha a che fare*»: Belvedere, *Osservazioni minime sul nesso di causalità nel diritto civile*, in *Science Law and the Courts in Europe*, a cura di A. Santosuosso-G. Gennari-S. Garagna-M. Zuccotti-C.A. Redi, Ibis, 2004, 193 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, cit., 796.

La soluzione accolta da Cass. 15991/2011 finisce così per avere – pur dietro spinte opposte – le medesime ricadute pratiche provocate da Cass. 975/2009: entrambe, in particolare, finiscono per legittimare soluzioni “a metà”, che se non gravano in modo eccessivo sulle tasche del potenziale danneggiante (la cui responsabilità non è peraltro provata, ma solo “adombrata” tra le altre alternative possibili), neppure scontentano del tutto coloro che, avendo subito un evento sfavorevole a fronte di una condotta (almeno) negligente altrui, si trovano tuttavia nell’impossibilità di dimostrare il percorso causale che a tale evento ha condotto.

Nell’ambito della responsabilità medica, in particolare, ciò ha consentito di giungere a una condanna risarcitoria (per quanto contenuta nel suo ammontare) nei confronti del medico negligente, o imperito, anche in casi in cui è piuttosto improbabile che sia stato il suo errore ad aver condotto ad un esito pregiudizievole per il paziente; e, dunque, anche nel caso in cui rimanga pressoché totale incertezza sulla causa (o le cause) cui l’evento debba essere ricondotto.

Sul punto, l’insegnamento della giurisprudenza sembra tuttavia subire un cambio di rotta rappresentativo nel novembre 2019, quando la terza sezione della S.C., prefiggendosi di ri-disegnare lo statuto della responsabilità medico-sanitaria all’indomani dell’entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco³⁶, interviene altresì sul tema dell’accertamento del nesso causale³⁷.

Per quanto interessa in questa sede, in particolare, significativo è l’apporto costituito da Cass. 28993/2019 che, nel tentativo di fare ordine all’interno della nozione e della disciplina del danno da perdita di *chances*, entra nel vivo del tema della causalità incerta anche sfiorando il problema, da cui la presente trattazione ha preso le mosse, della multi-fattorialità dell’evento³⁸.

Cass. 28993/2019 ha perso l’occasione, per la verità, di conciliare tra loro concause naturali e perdita di *chances*³⁹; tuttavia, nelle pieghe della motivazione avente ad oggetto principalmente la seconda, ha avuto modo di pronunciarsi anche sulle prime, lasciando un segno forte⁴⁰ all’interno del dibattito avente ad oggetto il loro rilievo nel sistema di responsabilità civile.

4. Responsabilità “incerta” e risarcimento proporzionale-equitativo: il danno da perdita di chances.

Il risarcimento del danno da perdita di *chances* rappresenta, come si è anticipato in apertura del primo paragrafo, l’altro polo all’interno del tema della “causalità incerta”.

³⁶ La nota L. 8.3.2017, n. 24.

³⁷ Sul disegno di rielaborazione organica in materia di responsabilità sanitaria, che la Corte di Cassazione ha portato a termine con il deposito delle dieci sentenze di “San Martino 2”, per essere state tutte depositate, simbolicamente, nello stesso giorno (11 novembre), v. *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di R. Pardolesi (che riporta i testi, corredati da commenti, delle dieci sentenze: Cass. 11 novembre 2019 n. 28989/28990/28991/28992/28993/28994/28995/28996/28997/28998).

³⁸ Si tratta della già citata Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

³⁹ Al contrario, l’intervento della S.C. di San Martino ha semmai cancellato, come vedremo, la coerenza sul piano operativo tra i due aspetti di causalità incerta: si veda al riguardo *infra*, par. 6.

⁴⁰ Non è tuttavia dato sapere, dato la brevità (e la laconicità) del riferimento, quanto consapevole sia stato l’intervento della S.C. Sul punto torniamo *infra*, par. 6.

Con l'espressione "danno da perdita di *chances*" si indica, com'è noto, quel pregiudizio che deriva ad un soggetto dalla "perdita della possibilità" di ottenere un determinato risultato favorevole, o di evitarne uno sfavorevole, quando il mancato conseguimento di quel risultato positivo, o il verificarsi di quell'evento negativo, non sia riconducibile a condotte altrui nemmeno in termini probabilistici.

L'area coperta dalla perdita di *chances* è, infatti, quella del cd. "meno probabile che non", con ciò intendendo che il nesso, che lega la condotta del soggetto indicato come danneggiante all'evento dannoso che se ne vorrebbe fare conseguire, non soltanto non è verificato con certezza, ma neppure vi è un'accettabile probabilità che esso sia verificato⁴¹.

In un tale scenario, limitare il giudizio causale al "momento" della perdita delle possibilità del verificarsi di un dato evento, interrompe l'indagine all'"ultimo dato certo", vale a dire al fatto che una determinata condotta abbia tolto *delle possibilità*, ad altri, di realizzare un risultato positivo sperato, o di scongiurarlo uno negativo temuto⁴².

È in questa prospettiva che è invalsa, in giurisprudenza, una nozione di *chance* in senso "ontologico", ossia intesa come una "entità patrimoniale a sé stante giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione", la cui perdita si configura non come il mancato conseguimento di un risultato solo possibile, bensì già come il "sacrificio della possibilità di conseguirlo"⁴³.

In quest'ottica di autonomia della *chance* rispetto al bene giuridico che sarebbe leso con il verificarsi dell'evento lesivo cd. finale, il danno da perdita di *chances* non si limiterebbe a rivestire i caratteri del pregiudizio "meramente ipotetico o eventuale", ma, al contrario, viene considerato come un pregiudizio "concreto e già attuale"⁴⁴: esso consisterebbe, infatti, proprio nella stessa perdita di *chances*.

Una tale sistemazione concettuale, predicando l'autonomia della *chance* rispetto al bene giuridico finale, abiliterebbe al risarcimento – seppure in misura ridotta, seguendo l'idea che la perdita di *chances* costituisca comunque un "diminutivo astratto dell'illecito" – anche colui che, non potendo provare il percorso causale che dalla condotta illecita altrui ha condotto al danno, si affermi però vittima (almeno) della perdita della possibilità di evitarlo (o, sotto altra prospettiva, della possibilità di conseguire un dato risultato favorevole).

In particolare, la vicenda da cui Cass. 28993/2019 prende le mosse ha ad oggetto il caso di una donna che, in cura presso un'azienda ospedaliera per un tumore (benigno) al timo, trova la morte in seguito ad un'emorragia interna provocata da una lesione aortica

⁴¹ Se, infatti, fosse raggiunta la soglia del "più probabile che non", l'evento dannoso sarebbe interamente addebitato alla condotta colposa altrui.

⁴² Anziché estenderla fino a verificare se quella condotta abbia precluso, *tout court*, il risultato positivo sperato, o abbia cagionato l'evento negativo temuto.

⁴³ Al riguardo, ad esempio, Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Contratti*, 2004, 1091 ss.; Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 284 ss.; Cass., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1285 ss.; Cass., 15 aprile 2019, n. 10424, in *Foro it.*, 2019, I, 2346 ss. In questi termini, di *chance* si parlava già nelle prime pronunce che hanno ammesso il risarcimento per la sua perdita, ossia Cass., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1843, e Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, cit., 89 s., entrambe in tema di privazione della possibilità di vincere un concorso per l'assegnazione di un posto di lavoro (sicché il danno, che si assumeva risarcibile, era di natura patrimoniale).

⁴⁴ Cfr., ancora, Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., 1091 ss.

occorsa in occasione di un intervento chirurgico volto all'asportazione del tumore, a nulla potendo un secondo intervento – dai parenti della donna, e dalla stessa Corte di Appello, comunque giudicato tardivo e inadeguato – finalizzato a fare cessare l'emorragia in corso.

Sia in primo grado sia in appello, i giudici del merito rigettano le richieste risarcitorie avanzate dagli eredi della donna, e ciò sia con riguardo al suo decesso (non ritenendo in alcun modo provato il nesso causale tra esso e la condotta dei medici), sia in relazione ad una ipotetica perdita di sue *chances* terapeutiche a causa del tardivo ed inadeguato intervento sanitario volto a fermare la perdita di sangue conseguente alla lesione aortica (non ravvisando, neppure, possibilità apprezzabili di maggiore sopravvivenza o di migliore qualità della vita della paziente a fronte di una più solerte condotta medica).

Ad avviso della Corte di Cassazione, la decisione dell'Appello è corretta: anche se l'intervento volto a fermare l'emorragia interna fosse stato più tempestivo, la donna non avrebbe avuto possibilità statisticamente e scientificamente apprezzabili di salvarsi (e, di più, la Cassazione esclude altresì che la lesione aortica sia conseguente all'intervento chirurgico, «potendo questa individuarsi quale lesione di origine ignota comunque non accertabile, il cui accadimento doveva ritenersi complicanza dell'intervento del tutto rara ed inusuale»⁴⁵).

Pur nel rigetto delle richieste risarcitorie degli attori, la vicenda offre alla S.C. l'occasione per tornare ad occuparsi del danno da perdita di *chances*, che essa coglie delineandone caratteristiche e perimetro nell'intento di fare chiarezza su di un istituto tanto invocato dalle corti, quanto indefinito nelle sue applicazioni (come indefinito è, del resto, il risarcimento dei danni che predica).

Cass. 28993/2019 comincia la propria disamina sulla nozione di *chance* dalla differenza tra *chance* patrimoniale – che ne è il modello di riferimento, perché di danno (da perdita di *chance*) patrimoniale si trattava nei primi casi in cui, storicamente, l'idea di danno da perdita di *chances* ha preso piede nella nostra giurisprudenza⁴⁶ – e *chance* non patrimoniale, di elaborazione successiva⁴⁷, e peculiarmente in casi di responsabilità medica.

A giudizio della S.C., in particolare, il modello “patrimonialistico” della *chance* non può essere preso a riferimento per entrambi i tipi di *chance*, in quanto il meccanismo con cui l'evento di danno si produce nel caso di perdita di *chance* patrimoniale è diverso da quello con cui l'evento lesivo è determinato invece nella perdita di *chance* non patrimoniale. Infatti, mentre il danno da perdita di *chance* patrimoniale risponde allo schema dell'“interesse legittimo pretensivo”⁴⁸, poiché «postula la preesistenza di una

⁴⁵ Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

⁴⁶ Cfr. Cass. 19 novembre 1983, n. 6906, cit., e Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, cit., entrambe in tema di privazione della possibilità di vincere un concorso per l'assegnazione di un posto di lavoro (sicché il danno, che si assumeva risarcibile, era di natura patrimoniale). Oltre che, probabilmente, per il fatto che la giurisprudenza a lungo ha risarcito il danno non patrimoniale solo entro i rigidi canoni di cui all'art. 185 c.p.

⁴⁷ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

⁴⁸ Che mira, cioè, ad ottenere una posizione di vantaggio grazie ad un'attività della Pubblica Amministrazione che incida in modo favorevole sulla sua situazione soggettiva; vs. interesse legittimo oppositivo, in cui l'interesse del soggetto si realizza attraverso il mancato esercizio del potere della Pubblica Amministrazione, che potrebbe cagionargli una vicenda giuridica svantaggiosa.

situazione “positiva”, *i.e.* di un *quid* su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante, impedendone la possibile evoluzione migliorativa»⁴⁹; il danno da perdita di *chance* non patrimoniale, invece, non ha alla sua base una situazione “positiva” (che, dunque, la condotta altrui possa andare a peggiorare), ma, al contrario, una situazione già di per sé “negativa” (che la condotta altrui potrebbe, se diligente, forse migliorare): se, allora, nel primo caso la condotta altrui “toglie”, idealmente, *chances* esistenti, nel secondo al contrario “non ne fa acquisire”.

Questa diversità strutturale, secondo la Cassazione, porta a differenze di rilievo anche negli effetti, precisamente sul piano risarcitorio e, in particolare, sui criteri di liquidazione del danno: solo nel calcolo del danno derivante da perdita di *chances* patrimoniali, infatti, si potrebbe fare uso di criteri oggettivi (una percentuale del valore del risultato finale non conseguito, pari alle possibilità – poi perdute – di realizzare quel risultato⁵⁰), mentre nel calcolo del danno derivante da perdita di *chances* non patrimoniali «il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo»⁵¹.

Tanto l’idea di una differenza sotto il profilo morfologico, quanto quella di una divergenza sotto il profilo risarcitorio, sembrano in realtà frutto di un malinteso (nella ricostruzione della nozione di *chances* perdute, nonché del concetto del risarcimento del danno che le esprime).

L’idea di una differenza strutturale è costruita, preme innanzitutto osservare, su di un’equivoca sovrapposizione tra patrimonialità o meno della *chance*, da un lato, e patrimonialità o meno del danno derivante dalla sua perdita, dall’altro.

Quando Cass. 28993/2019, così come le pronunce che di poco l’hanno preceduta⁵², parla di danno da perdita di *chance* patrimoniale pensa, ad un tempo, sia al “bene” leso (e, cioè, alla violazione di un diritto su di un “bene” che sia passibile di valutazione economica), sia al danno che ne deriva (e, cioè, al danno, *patrimoniale*, che ne scaturisce): in questo modo, riferisce l’aggettivo “patrimoniale”, ad un tempo, sia al termine “*chance*”, sia al termine “danno”. Il danno da perdita di *chance* patrimoniale sarebbe, così, un danno *patrimoniale* derivante dalla perdita di una *chance patrimoniale*.

Così, per converso, quando la S.C. in parola parla di *chance* non patrimoniale, essa si riferisce alla lesione di un bene non suscettibile in sé di valutazione economica (la salute) e foriero di danni a sua volta *non* incidenti sul patrimonio della vittima.

Tale ragionamento contiene almeno due errori: (*i*) il primo, che la lesione ad un bene patrimoniale generi giocoforza un danno patrimoniale, e non anche (o solo), eventualmente, un danno non patrimoniale; tale errore è agevolato, in questo contesto, dalla sovrapposizione tra il concetto di “perdita di *chance*” (inteso come evento lesivo) e quello – che esso richiama alla mente – di “perdita subita dal creditore” di cui all’art. 1223 cod. civ. (e, cioè, il contenuto dannoso intrinseco all’evento lesivo). Specularmente,

⁴⁹ Cass. 11 novembre 2019, n. 28993 ha in mente, qui, la situazione di un partecipante ad un concorso illegittimamente escluso dalla selezione.

⁵⁰ Seguendo un meccanismo analogo a quello usato per il calcolo del risarcimento del danno nel caso di multi-fattorialità dell’evento.

⁵¹ Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

⁵² In particolare Cass. 5641/2018, ma in realtà si potrebbe andare anche molto più indietro nel tempo, ad esempio con Cass. 4400/2004.

tale errore agevola quello di segno contrario, e cioè che la lesione a beni non patrimoniali generi unicamente danni non patrimoniali e non, anche (o solo), danni patrimoniali.

Il secondo errore (*ii*), veicolato dal primo, che la perdita di *chance* patrimoniale indichi necessariamente la perdita di una “posta attiva” nel patrimonio del danneggiante e sia perciò, giocoforza, un danno emergente. Anche nel caso di una *chance* patrimoniale, invece, possiamo immaginare il caso in cui il danneggiato lamenti non già la perdita di *chances* già esistenti, bensì il mancato conseguimento di esse: si pensi al caso in cui la condotta di un soggetto costituisca, per un altro, non già l’impedimento alla prosecuzione della selezione iniziata con un concorso, bensì l’impedimento all’iscrizione stessa a tale concorso selettivo; sicché all’interno dell’espressione “perdita di *chances*” dobbiamo sempre intendere, sia che si tratti di *chances* patrimoniali, sia non patrimoniali, tanto la lesione di un diritto su di una *chance*, quanto la lesione di un diritto “ad” una *chance*.

Nello scardinare, così, il binomio “perdita di *chance* patrimoniale-danno emergente” – inteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza a sostegno della *chance* come entità autonoma (e la cui perdita è autonomamente risarcibile, i.e. *chance* “ontologica”) – viene a cadere, altresì, la stessa differenza strutturale, di cui parla Cass. 28993/2019, tra *chance* patrimoniale e *chance* non patrimoniale: sicché ben può darsi che la *chance* patrimoniale muova da una situazione negativa (pensiamo ancora al caso del soggetto impedito di partecipare al concorso), ma anche – benché, nella prassi, l’ipotesi è più rara – che la *chance* non patrimoniale fosse “cosa” già acquisita, e poi sottratta, al danneggiato (immaginiamo un’operazione medica routinaria che, per un combinarsi di ragioni – tra cui l’imperizia dei medici, ma magari anche patologie pregresse e non manifeste – sfoci in esiti peggiorativi della condizione del paziente).

Anche sul piano degli effetti, e precisamente sul piano risarcitorio, la distinzione che la Cassazione indica tra (danno da perdita di) *chance* patrimoniale e (danno da perdita di) *chance* non patrimoniale è soltanto apparente, laddove non addirittura fuorviante.

A dispetto dell’affermazione di Cass. 28993/2019 infatti, secondo cui le due modalità di liquidazione dei rispettivi danni sono affatto diverse, poiché soltanto la liquidazione del danno (patrimoniale, secondo la S.C.) da perdita della *chance* patrimoniale sarebbe ancorata a valori oggettivi, consistendo in una frazione del valore del risultato finale non realizzato⁵³, mentre la liquidazione del danno (non patrimoniale, sempre secondo la S.C.) da perdita della *chance* non patrimoniale (non avendo valori oggettivi cui parametrarsi) si baserebbe soltanto, in via equitativa, sulla «possibilità perduta di realizzar[e il risultato finale ambito]», tali modalità confluiscono in realtà in una sola: seppure in termini maggiormente equitativi, infatti, anche nel caso della perdita di una *chance* non patrimoniale la quantificazione del danno terrà conto, da un lato, della prossimità della *chance* al risultato e, dall’altro, se non del bene giuridico tutelato, però, quantomeno, dell’ammontare del danno che si sarebbe avuto, se fosse stato provato il nesso causale tra la condotta e l’evento lesivo (finale).

Perciò, affermare che «per la perdita di una *chance* a carattere non patrimoniale... il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via

⁵³ Secondo il criterio di responsabilità proporzionale che abbiamo detto (v. *supra*, parte corrispondente alla nota 50) e comune ai casi di evento lesivo occorso a fronte di multi-fattorialità dell’evento, come pure si è detto.

equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo»⁵⁴, non aggiunge davvero molto, in termini di significato, alla distinzione tra gli effetti risarcitori a seguito della perdita dell'una o dell'altra tipologia di *chance*; e ciò soprattutto se pensiamo che, a sua volta, la “possibilità perduta di realizzare un risultato” ha, come massimo comune denominatore, il valore del risultato non realizzato.

Al di là delle diverse sfumature che la tipologia di danno (e di *chance*) impongono – al di là, cioè, dell'uso più o meno penetrante del canone equitativo nella determinazione del danno risarcibile – tale procedimento di quantificazione del danno è comunque – esattamente come nel caso di multi-fattorialità dell'evento, di cui si è detto – errato nel metodo, poiché utilizza percentuali di incidenza (indicative, cioè, della probabilità che un dato evento possa ricondursi ad una determinata condotta) alla stregua di percentuali di quantificazione (e, cioè, come indici dell'efficienza causale di una premessa rispetto ad un dato evento).

Detto espediente, criticabile già per il fatto di addossare un obbligo risarcitorio ad un soggetto senza avere prima appurato se l'evento dannoso, da cui quell'obbligo dipende, sia a lui riconducibile causalmente⁵⁵, esprime poi, in tema di perdita di *chances*, tutta l'incoerenza propria della categoria, poiché cade nel paradosso di considerare la probabilità, ad un tempo, sia come bene giuridico leso, sia come criterio per quantificare il danno⁵⁶.

5. Chances “autonome” e chances “concrete”: la contraddizione in termini nel danno da perdita di chances.

Nell'ottica di vagliare la consistenza delle pretese risarcitorie da perdita di *chances* – e, soprattutto, di essere in grado di porre degli argini al dilagare di dette pretese – la giurisprudenza insegna che non ogni perdita di *chances* consente, a colui che se ne lamenta, di ottenere il risarcimento del danno che ne deriva, bensì soltanto la perdita di quelle *chances* che siano “apprezzabili, consistenti e serie” (e, cioè, che esprimano un certo numero di probabilità in relazione all'evento finale); così richiamando alla mente del lettore la differenza, nota in letteratura, tra *chance* “concreta ed effettiva” (espressione cioè di una “reale” possibilità in relazione all'evento finale) e *chance* soltanto “teorica ed ipotetica” (che, invece, si ferma allo stadio di una semplice congettura)⁵⁷.

In tal modo sarebbe dato distinguere, come precisa anche Cass. 28993/2019, «la concreta possibilità [la cui perdita è risarcibile] dalla mera speranza [la cui frustrazione, invece, non lo è]»⁵⁸: ed infatti, nella vicenda oggetto di Cass. 28993/2019, quest'ultima esclude che sia fondata la pretesa degli attori secondo cui l'inadempimento sanitario da tardivo ed inadeguato re-intervento abbia privato la paziente di *chances* terapeutiche; convenendo piuttosto con i giudici dell'appello, che tale possibilità avevano ritenuto

⁵⁴ Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, cit., pt. 7.

⁵⁵ Cfr. Belvedere, *Osservazioni minime*, in *Scritti giuridici*, cit., 796 s.

⁵⁶ Cfr. Belvedere, *Il nesso di causalità*, cit., 870 s.

⁵⁷ Si definisce concreta, in giurisprudenza, la *chance* che esprima una “concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato”: *ex multis* Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., 1094 e Cass., 9 marzo 2018, n. 5641, cit.

⁵⁸ Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, cit., pt. 8.

“assolutamente generica ed ipotetica” e, perciò, non apprezzabile su di un piano risarcitorio.

La linearità di tale ultimo argomento si scontra tuttavia, nella dissertazione che Cass. 28993/2019 compie in occasione della sentenza, con ulteriori affermazioni – anch’esse contenute nella pronuncia, e comunque ricorrenti in giurisprudenza – che, nel voler porsi come linee guida di un modello teorico di riferimento in tema di danno da perdita di *chances*, sembrano però remare in direzione contraria rispetto all’assunto sopra esposto, mettendo alla prova la tenuta dell’intero sistema.

Afferma Cass. 28993/2019 in particolare, riproducendo fedelmente un’espressione già in precedenza adoperata in Cass. 5641/2018, che la connotazione propria della perdita di *chances* sia, «al pari di ogni altra conseguenza della condotta illecita», un «evento di danno [in sé]»⁵⁹.

L’assunto è certamente condivisibile all’interno di una prospettiva ontologica della *chance*, atteso che il portato ultimo del suo essere considerata come “entità autonomamente risarcibile” è, propriamente, la separazione netta tra il danno da perdita di *chances* e quello intrinseco all’evento lesivo finale; distinzione, a sua volta, pensabile soltanto considerando la stessa perdita di *chances*, in sé, come un evento dannoso vero e proprio, altro dall’evento lesivo finale e, al pari di questo, ingiusto⁶⁰.

In questi termini, il tratto che lega la condotta alle possibilità sfumate si trova a riprodurre, in scala, la connessione tra gli estremi di un normale giudizio causale, che perciò segue un percorso autonomo – e ridotto – rispetto a quello intercorrente tra la condotta e l’evento lesivo finale; sicché, ai fini risarcitori, il (sedicente) danneggiato potrà limitarsi alla prova del segmento “condotta-perdita della possibilità (di conseguire un risultato migliore)”, senza dover comprendere nel suo sforzo probatorio, ai fini del risarcimento del pregiudizio da perdita di *chances*, anche il tratto che dalla perdita delle *chances* conduce all’evento lesivo cd. finale.

L’incertezza dell’evento finale non interesserebbe, in tal modo, la perdita di *chances*: mentre, infatti, l’esistenza delle *chances* sarebbe data dalla prova (almeno nel grado minimo di probabilità ritenuto idoneo nel campo della responsabilità civile, ossia quello di “probabilità relativa”, o del “più probabile che non”) della situazione di fatto fondante la generica possibilità di ottenere il risultato finale favorevole (o di evitare il risultato finale sfavorevole), la sua perdita proverrebbe dalla dimostrazione (ritenuta sussistere una volta raggiunta la medesima soglia di cd. “probabilità relativa”) che tale possibilità – di cui è accertata in tal guisa l’esistenza – sia poi sfumata per mano di un terzo⁶¹.

Così abbreviata la catena causale, sarebbe finalmente «scongiurato il rischio», per dirla con Cass. 5641/2018, «di confondere il grado di incertezza della *chance* perduta con il grado di incertezza sul nesso causale»⁶².

⁵⁹ Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, cit., pt. 9.

⁶⁰ Il che costituisce l’essenza stessa della teoria della *chance* ontologica: se la *chance* è un bene giuridico meritevole di autonoma tutela, la sua lesione configura un evento dannoso ingiusto (e, perciò, il danno che ne deriva è risarcibile).

⁶¹ V. Cass. 18 settembre 2008, n. 23846, cit.

⁶² Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, cit. 1290.

Ma affermare, come pure Cass. 28993/2019 fa, che i due percorsi siano distinti al punto che «i concetti di probabilità causale e di possibilità (e cioè di incertezza) del risultato realizzabile» non possano «sovrapporsi, elidersi o fondersi insieme», se valorizza al meglio l'autonoma risarcibilità del danno da perdita di *chances*, ha però delle ripercussioni, non trascurabili, proprio sotto il profilo della “consistenza” che la *chance* deve avere, affinché la sua perdita integri gli estremi del danno risarcibile.

L'isolamento del primo tratto causale (“condotta-perdita di *chances*”, appunto), con la “cacciata” dalla nozione di *chance* – in questa fase – di ogni riferimento circa la misura delle probabilità del verificarsi dell'evento finale, ha come corollario che, nell'accertare la derivazione della perdita delle *chances* dalla condotta altrui, si abbandoni ogni richiamo al “numero” delle *chances* perdute; sicché anche la perdita di una possibilità del tutto generica e astratta – consistente, cioè, soltanto nella situazione di fatto su cui si fonda la probabilità di conseguire il risultato finale favorevole – potrebbe valere a fondare il giudizio risarcitorio.

Questa via consente all'interprete un'estrema flessibilità di giudizio, poiché, in fondo, fa dipendere la risarcibilità del danno da perdita di *chances* unicamente dalla prova che, in assenza dell'intervento di un terzo, il sedicente danneggiato avrebbe avuto *una qualunque possibilità* di conseguire un dato risultato (potremmo dire, una possibilità “ideale” di conseguire quel dato risultato).

Se però, da un canto, la sovrapposizione tra “concretezza” ed “esistenza” della *chance* porta a sostenere la risarcibilità di ogni *chance* indipendentemente dalle probabilità che essa esprime in relazione all'evento finale, tuttavia il modo di essere della *chance* – e, cioè, l'idoneità della situazione fattuale a tramutarsi in evento – diviene decisiva per orientare il giudice in sede di determinazione del danno; e, a questo fine, il criterio è proprio quello, lo si è detto, della prossimità della *chance* al conseguimento del risultato, nel senso che quanto più alta è la probabilità che la *chance* si possa tramutare in un dato evento, tanto maggiore sarà il risarcimento assegnato alla vittima.

Il riferimento alle probabilità di verifica dell'evento desiderato, cacciato fuori dal giudizio causale, torna perciò utile al momento di appurare a quanto ammonta il danno da risarcire⁶³; ma, prendere in considerazione tale dato (*alias*: la consistenza della *chance*) soltanto *dopo* avere affermato l'esistenza della *chance*, significa operare una differenza tra l'esistenza della *chance* e la stessa misura delle probabilità che essa esprime in relazione all'evento finale. Tuttavia, per non rischiare di considerare esistente una *chance* che non sia espressione di *alcuna* possibilità in relazione all'evento finale, occorre che una probabilità esista, seppure con valori minimi (altrimenti, colui che si assume danneggiato non vanterebbe, in realtà, alcun diritto risarcitorio)⁶⁴.

La nozione di *chance*, in conclusione, non può conservare un senso senza l'indicazione della probabilità che essa esprime in relazione all'evento finale favorevole:

⁶³ A significare che nessun giudizio o “para-giudizio” di causalità può prescindere dall'evento finale cui ricollegare la condotta, a meno di non voler trasformarsi in qualcosa di diverso, ad esempio in un'attribuzione di un valore convenzionale per tipo di perdita di *chance*.

⁶⁴ In tale corto circuito logico incorre invero Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, cit. In senso critico Belvedere, *Il nesso di causalità*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di Belvedere-Riondato, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Giuffrè, 2011, 229 ss., e ora in Belvedere, *Scritti giuridici*, cit., 867, nt. 177.

pensare di fare a meno di tale richiamo, anche se per una sola fase, significa, in ultima istanza, pensare di poter prescindere, persino, dall'appurare l'occorrenza della stessa perdita di *chances*; tenerne conto però, al contrario, conduce alla negazione dell'autonomia della *chance*⁶⁵.

6. Multi-fattorialità dell'evento e perdita di chances: presupposti analoghi, soluzioni differenti?

Del resto, a mettere in crisi la tesi della *chance* come bene giuridico autonomo è stata proprio, da ultimo, la stessa Cassazione.

Dopo avere dettato le regole fondative della risarcibilità del danno da perdita di *chances*, infatti, Cass. 28993/2019 sembra avere messo in dubbio proprio il perno di tutto il sistema su cui la categoria del danno da perdita di *chances* si fonda, affermando che «sul piano della corretta individuazione del diritto leso, la *chance*... non può comunque rappresentare un'entità concettualmente distinta dal risultato finale, poiché la condotta dell'agente è pur sempre destinata a rilevare sul piano della lesione del diritto alla salute (e/o del diritto di autodeterminazione), cui appare riconducibile pur se in una diversa accezione, che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico meritevole di ricevere autonoma considerazione»⁶⁶.

Negare la differenza concettuale tra *chance* e bene giuridico principale, in una con l'affermare che il risarcimento della perdita di *chance* corrisponderebbe ad una “anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico principale (o finale)”, significa, infatti, assestare un colpo decisivo alla tesi dell'autonoma risarcibilità della perdita di *chances* (e, dunque, alla sua stessa esistenza nell'ambito della responsabilità civile).

Proprio l'argomento della “anticipazione di tutela”, peraltro, accresce i problemi in campo, anziché alleviarli: l'idea che il risarcimento del danno da perdita di *chances* sia una mera “anticipazione della tutela del medesimo bene giuridico principale”, destituisce di fondamento l'assunto secondo cui la *chance* sarebbe “meritevole di ricevere autonoma considerazione”; enunciare entrambe le tesi insieme, pertanto, significa privare di coerenza la proposizione che le contiene⁶⁷.

Ma un ulteriore colpo alla tenuta del sistema potrebbe arrivare proprio da considerazioni inerenti alla multi-fattorialità dell'evento, da cui siamo partiti.

Seguendo una nuova linea, più indulgente verso il medico rispetto al passato, le “nuove sentenze di San Martino” ribaltano l'insegnamento della Cassazione in punto di onere della prova del nesso causale (in ambito medico), sicché ora, a fronte di un'incertezza sulle cause che hanno provocato l'evento, il paziente non avrà di regola diritto ad alcun risarcimento⁶⁸.

⁶⁵ Per via del necessario riferimento alla probabilità di verifica dell'evento finale (v. *supra*).

⁶⁶ Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, cit., pt. 12.

⁶⁷ Non potremmo sapere infatti, in quest'ottica, se l'attore in giudizio abbia il diritto al risarcimento se questo rimane collegato ad un evento finale, di cui per definizione non è provato il nesso causale con la condotta. Cfr., a questo riguardo, Pucella, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1692, parla di «“strabismo divergente” cui la *chance* costringe – perché è danno attuale ma proiettato in prospettiva...».

⁶⁸ Cfr., in particolare, Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, cit.

Tuttavia, grazie all'espedito della differenza tra "incertezza della *chance* perduta" e "incertezza sul nesso causale"⁶⁹, contenuta in Cass. 28993/2019, la nozione di danno da perdita di *chances* pare (ancora) sopravvivere a tale colpo, pur portando i segni ormai evidenti di una diffidenza crescente in seno alla giurisprudenza: dal rigetto delle domande risarcitorie, come pure dalla ricerca di soluzioni alternative alla perdita di *chance*, a fronte della constatazione di non sufficiente concretezza della stessa (in situazioni in cui, in passato, le corti pacificamente risarcivano, anche a costo di lanciarsi in voli pindarici circa l'esistenza di un danno⁷⁰), all'affermazione, più corrosiva, contenuta proprio in Cass. 28993/2019, circa la natura di mera anticipazione dell'evento lesivo finale della perdita di *chance*.

Ad essere travolta dall'impeto della terza Sezione è stata, invece, proprio la tesi del risarcimento proporzionale-equitativo nei casi, di multi-fattorialità dell'evento, in cui esso possa essere ricondotto tanto alla condotta umana, quanto a cause naturali (ovverosia proprio nei casi, tipici in ambito medico, in cui il decesso o il peggioramento delle condizioni del paziente possano spiegarsi tanto in forza di un erroneo intervento chirurgico, quanto di una patologia pregressa che ha agito in maniera autonoma dall'operato dei medici).

Senza mezzi termini – ma anche, forse, senza calibrare troppo la portata del suo enunciato – Cass. 28893/2019 ha affermato infatti, a questo riguardo, che, qualora vi sia un dubbio (invincibile) sul fatto che l'evento lesivo derivi dalla condotta umana o da un fattore naturale, «sarà [...] esclusa ogni rilevanza causale della condotta»: *nessun risarcimento*, quindi, al (paziente-)danneggiato dalla condotta colposa (medica), neppure in misura ridotta secondo i criteri, sopra riportati, della responsabilità proporzionale o equitativa.

Per bilanciare però, a questo punto, la posizione del danneggiato – sempre pensando al paziente vittima di *malpractice* ed a tutte le istanze di giustizia sostanziale che, nel tempo, avevano portato la giurisprudenza a ben altre soluzioni – la Cassazione scardina, ora, la tesi dell'equivalenza delle condizioni, ammettendo – con un ambiguo richiamo a Cass. 15991/2011⁷¹ – il frazionamento della responsabilità (soltanto) a fronte di un «accertato concorso di causa umana e causa naturale»⁷².

Ecco allora infranto, in soluzione di continuità rispetto alla tradizione, anche il muro del "tutto o niente", sostituito dal suo principio, "ostinato e contrario", del *partagement* della responsabilità.

In questo (nuovo) scenario, nonostante il richiamo tranquillizzante al «frazionamento del risarcimento "differenziale" in applicazione dei principi che regolano la causalità giuridica» – in segno di chiaro tributo a Cass. 15991/2011, che in punto di concause ancora domina la scena nel panorama giurisprudenziale – tale frazionamento si colloca invece, al contrario, proprio sul terreno della causalità materiale (o della causalità vera e

⁶⁹ Già usato, peraltro, per sostenere l'idea dell'autonomia della *chance*: v. *supra*, par. 5, parte di testo corrispondente alla nota 62.

⁷⁰ Pensiamo ad esempio, nel panorama giurisprudenziale recente, a Cass. 15 aprile 2019, n. 10424, cit., che fonda la pretesa risarcitoria della vittima sull'idea di un danno non patrimoniale da "lesione del proprio diritto ad autodeterminarsi liberamente". Di contro, pensiamo a Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

⁷¹ Il presidente, del resto, è il medesimo di quello di Cass. 11 novembre 2019, n. 28993 (Travaglino).

⁷² Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, cit., pt. 21.

propria), costituendo il risultato operativo (con)seguito all'accertamento del ruolo dei diversi fattori nella produzione dell'evento.

Se dunque, a questa stregua, il frazionamento della responsabilità può condurre soltanto a scelte di risarcimento "parziale" – secondo il significato di cui abbiamo detto⁷³ –, con tale ultima affermazione la Cassazione interrompe la comune sorte che, fino ad ora, ha legato le concause alla perdita di *chances*; a seguito dell'enunciato di Cass. 28993/2019, in altri termini, soltanto nel caso di perdita di *chances* l'interprete potrà "arginare" l'incertezza causale per il tramite di soluzioni risarcitorie "in salsa proporzionale o equitativa", mentre nulla potrà nel caso di multi-fattorialità dell'evento, dove l'incertezza porterà invece inevitabilmente il sedicente danneggiato a soccombere.

Nella speranza, forse, di mitigare il contrasto tra le due soluzioni, Cass. 28993/2019 si appiglia alla differenza, poco sopra evocata, tra "incertezza della *chance*" ed "incertezza sul nesso causale", quasi a suggerire che i fattori non imputabili alternativi alla condotta si debbano collocare all'interno del segmento causale che dalla perdita di *chances* porta all'evento finale, anziché del primo, che dalla condotta conduce alla perdita di *chances*.⁷⁴

Già vacillante nella teoria, un tale argomento è destinato a rovinare al suolo al suo primo vaglio pratico: come fare a distinguere, infatti, i due segmenti causali indicati, ad esempio nel caso oggetto di Cass. 28993/2019, in cui la morte della paziente può essere ricondotta tanto dall'inadeguato intervento dei medici, quanto all'emorragia occorsa in seguito al primo intervento (riuscito)?

Delle due l'una: ammettere il risarcimento per la perdita di *chances* significherebbe vanificare l'indicazione di Cass. 28993/2019, sopra riferita, circa la non risarcibilità del danno incerto a fronte di fattori naturali alternativi alla condotta del medico; non risarcirlo, equivarrebbe invece a sottrarre credibilità anche al danno da perdita di *chances*. Del resto, i casi in cui tipicamente si discorre di perdita di *chances* in ambito di *malpractice* medica sono proprio quelli in cui si registra l'intervento di un fattore naturale alternativo alla condotta sanitaria (patologia progressiva del paziente, sua condizione di particolare vulnerabilità, ecc.).

Non è mai saggio, si potrebbe in conclusione osservare, gioire prima del tempo, ma forse siamo sulla "buona strada": ancora una scossa, ed anche il danno da perdita di *chances* finirà sotto le macerie.

⁷³ V. *supra*, par. 2.

⁷⁴ Che così rimarrebbe salvo, in linea con quanto la tesi dell'autonomia della *chance* predica, seppur con tutte le incongruenze interne che abbiamo visto: v. *supra*, par. .