



L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 10

Volume a cura di: Claudio Consolo e Gianluca Grasso, componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, e Andrea Penta, Consigliere della Corte di cassazione

Contributo redazionale: Ilaria Laezza, addetta all'Ufficio per il processo

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura: Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico: Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600103

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori*



L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 10

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Presentazione	11
Angelo Spirito	
La responsabilità aquiliana: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione	17
Stefano Giaime Guizzi	
I nessi di causalità nelle obbligazioni di <i>facere</i> professionale	25
Giuseppe Olivieri	
La <i>mutatio</i> e l' <i>emendatio libelli</i> in tema di responsabilità	37
Roberto Simone	
Le tabelle indicative del tribunale di Venezia per la liquidazione del danno alla persona	51
Enzo Vincenti – Marco Rossetti	
I pericoli di una duplicazione risarcitoria e l'autonomia ontologica del danno morale	61
Marco Rossetti	
Danno non patrimoniale: breve storia di un equivoco	87
Massimiliano Sturiale	
Il danno terminale e quello catastrofe	95
Massimo Falabella	
La responsabilità in ambito bancario e finanziario: i profili correlati alla trasparenza e agli obblighi informativi	107
Bruno Tassone	
Il danno da perdita di <i>chances</i> : evoluzioni e “intersezioni” giurisprudenziali	127

Gli autori

Massimo Falabella
Consigliere della Corte di cassazione

Stefano Giaime Guizzi
Consigliere della Corte di cassazione

Giuseppe Olivieri
*già Professore ordinario di diritto processuale civile all'Università di Napoli
Federico II*

Marco Rossetti
Consigliere della Corte di cassazione

Roberto Simone
Presidente di sezione del Tribunale di Venezia

Angelo Spirito
Presidente titolare della terza sezione civile della Corte di cassazione

Massimiliano Sturiale
Giudice del Tribunale di Pavia

Bruno Tassone
Professore associato di diritto privato presso la Universitas Mercatorum

Enzo Vincenti
Consigliere della Corte di cassazione

Presentazione

1. La Scuola, nell'ambito delle sue attività di formazione permanente, nell'affrontare i temi della responsabilità civile, ha prediletto soprattutto l'angolo visuale della responsabilità del professionista. Nel 2019 e nel 2020 sono stati realizzati corsi sulla responsabilità civile e penale del medico¹. La responsabilità del magistrato è stata invece oggetto di tre iniziative, alla luce delle modifiche introdotte nel 2015², mentre risale allo stesso anno l'unico corso di carattere sistematico³ presente da quando la Scuola ha iniziato ad operare con la programmazione del 2013.

Sappiamo che la responsabilità civile è uno dei settori maggiormente dinamici del diritto privato, ove dottrina e giurisprudenza hanno offerto un contributo fondamentale per la sua evoluzione a partire dalla cornice definita dal codice civile. Quello che appare agli occhi dell'interprete è una composizione che, valorizzando la centralità dei diritti della persona, è uscita fuori da quella cornice per espandersi su tutta la parete circostante e i cui mobili confini sono tuttora in continua espansione.

Ben consci della complessità della materia, abbiamo deciso pertanto di realizzare un corso dall'intento sistematico per provare a fare un bilancio sul tema della responsabilità civile a due anni ormai dalle c.d. pronunce di San Martino bis, adottate nel 2019 dalla terza sezione civile e che fanno seguito alle sentenze gemelle che definirono il formante giurisprudenziale in materia di risarcimento del danno non patrimoniale (Cass., S.U., n. 26972-26975 del 2008).

Al tempo stesso abbiamo ritenuto fondamentale un confronto partecipato sui temi di maggiore interesse, alternando relazioni tematiche a momenti di confronto destinati al dibattito, destinando due sessioni su quattro ai gruppi di lavoro rispetto all'unica sessione in genere prevista e provando ad organizzare per tempo la suddivisione nei gruppi tematici, onde consentire una partecipazione consapevole ed effettiva.

Sul piano più generale, il corso "L'evoluzione della responsabilità civile" tenutosi l'1-2 marzo 2021, con modalità di formazione a distanza, stante il perdurare della crisi sanitaria derivante dall'epidemia Covid-19, si è inserito nel contesto di

¹ P19064 e P20029.

² P19036, *Il punto sulla responsabilità civile dei magistrati. Questioni aperte e casi controversi*. P18038, *La responsabilità civile dei magistrati. Un primo bilancio sulla nuova legge: istruzioni per l'uso*. FFP15006, *La nuova responsabilità civile dei magistrati tra giurisdizione e governo autonomo*.

³ P15030, *Che c'è di nuovo in materia di responsabilità civile?*

ulteriori iniziative che sono state programmate con lo stesso intento sistematico nell'ambito delle attività di formazione permanente del 2021, allo scopo di fornire delle riflessioni strutturate e organiche su una determinata materia. Si pensi, tra gli altri, al corso sul nuovo diritto di famiglia o a quello su comunione e condominio, al corso sulla volontaria giurisdizione che inauguriamo la settimana prossima o a quello sul diritto delle successioni.

2. Il riferimento, operato nel recente decreto del 2021 (contenente il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza) che ha come obiettivo l'attesa approvazione delle tabelle uniche nazionali (TUN) sulle macropersistenti, ai criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità ha reso nuovamente attuale il ruolo della giurisprudenza nell'ambito del delicato settore della responsabilità.

Occorre domandarsi quale sia la consolidata giurisprudenza in materia, soprattutto tenendo conto che queste condizioni *medio tempore* possono, come è normale che sia, cambiare e che le posizioni più recenti sono state espresse a sezioni semplici, anziché dalle sezioni unite.

Una tabella obbligatoria assicurerebbe sì la uniformità ed una coerenza dei criteri di valutazione, ma non la flessibilità, determinando, di fatto, il rischio di un immobilismo valutativo destinato a durare per molti anni, scollandosi dalla realtà medico-legale, che è in continua evoluzione.

Alla luce delle recenti pronunce cc.dd. di San Martino bis pubblicate dalla Terza Sezione civile della Cassazione l'11 novembre del 2019, del cd. decalogo sul danno non patrimoniale contenuto nella pronuncia n. 7513/2018 della stessa sezione e della sentenza n. 25164/2020, sempre riconducibile alla detta sezione, che ha confermato l'autonomia anche ontologica del danno morale, si è reso imprescindibile fare il punto sulla evoluzione della giurisprudenza in ordine ad alcuni temi nevralgici, quali il nesso di causalità ed i criteri di liquidazione del danno, evidenziando in che termini gli stessi presentano sfaccettature diverse in ambiti particolari (bancario-finanziario; societario).

Le permanenti lacune normative, oltre a rendere difficoltosa una ricostruzione sistematica della materia, hanno determinato accesi contrasti interpretativi, nonché incertezze e difformità applicative nei diversi uffici giudiziari.

Per quanto alcune questioni interpretative siano state risolte da significative e anche recenti pronunce dei giudici di legittimità, altre restano tuttora aperte.

A fronte di un simile, magmatico, contesto, il corso ha inteso offrire ai partecipanti, oltre a un doveroso inquadramento teorico dei principali temi attinenti alla responsabilità civile, una non meno importante occasione di confronto.

3. All'esito del corso, alcuni dei contributi sono stati trasfusi nel presente volume, dopo essere stati assemblati da Gianluca Grasso, quale componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, e dall'esperto formatore Andrea Penta, consigliere presso la Corte di cassazione,

L'introduzione sulla evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di responsabilità aquiliana è di Angelo Spirito, Presidente titolare della terza sezione civile della Corte di cassazione,.

Il Presidente Spirito, assicurando una visione a 360% degli aspetti più significativi, pone in evidenza gli stretti rapporti che intercorrono tra le regole della responsabilità civile e l'economia, il delicato ruolo della Corte di Cassazione nel colmare le lacune normative, sostituendosi talvolta al legislatore (tabelle sul danno non patrimoniale), e nell'assicurare la funzione nomofilattica (nell'ottica che: l'incremento dei ricorsi fa crescere le decisioni; la crescita delle decisioni fa crescere il rischio di contrasti; l'incremento di contrasti alimenta la litigiosità e, con essa, i ricorsi), nonostante la deriva produttivistica, e l'impostazione della III sezione civile in alcuni settori (esecuzione, responsabilità sanitaria e locazioni), basata su uno spoglio mirato e udienze tematiche e finalizzata a fornire indicazioni precise ai giudici di merito.

Sostiene altresì che un sistema di responsabilità basato su regole troppo rigide o troppo incerte fomenta le liti, strozza l'attività d'impresa e crea iniquità sociali e che l'assenza di una definizione generale di colpa, la mancanza di una norma chiara in materia di causalità e l'inadeguatezza di criteri generali per il risarcimento di qualsiasi tipo di danno non patrimoniale (diverso dalle modeste lesioni causate da piccoli sinistri stradali; inadeguatezza cui la Corte ha sopperito cercando di riempire di contenuti non generici il precetto di cui all'art. 1226 c.c.) sono carenze che hanno dato vita ad interminabili discussioni e, talora, ad aspri contrasti.

Stefano Giaime Guizzi, Consigliere della Corte di cassazione, si è, invece, occupato del delicato tema dei nessi di causalità nelle obbligazioni di *facere* professionale.

Dopo aver illustrato le linee di tendenza sviluppatesi all'interno della III sezione (all'indomani della pronuncia n. 7513/2018, contenente il cd. decalogo sul danno non patrimoniale, delle sentenze cc.dd. di San Martino bis del novembre 2019 e della sentenza n. 25164/2020 sul danno morale), egli si domanda se sia ancora così netta la distinzione tra responsabilità contrattuale (quando è conseguenza dell'inadempimento di un *facere* professionale) ed extracontrattuale, almeno con riferimento al regime delle prove.

Rimarca la necessità ormai di individuare il danno-evento nella lesione del diritto alla salute e che anche in tema di responsabilità contrattuale si pone un problema di causalità materiale, ex art. 1227 c.c., alla luce della giurisprudenza di

legittimità sul c.d. “doppio ciclo causale” (avuto particolare riguardo alla sentenza n. 18392 del 2017). Da ultimo, pone in rilievo il drastico ridimensionamento della figura dei “terzi protetti dal contratto”.

L’elaborato del Professor Giuseppe Olivieri, già ordinario di diritto processuale civile alla Federico II di Napoli, illustra le questioni principali in tema di *mutatio* ed *emendatio libelli* nell’ambito della responsabilità.

Partendo dall’analisi della sentenza a Sezioni Unite n. 12310 del 2015, evidenzia che, mentre la domanda nuova (salvo le deroghe autorizzate dall’art. 183, comma 5, c.p.c.) è inammissibile nel corso del processo di primo grado e in appello, la modificazione, invece, può essere inserita nel processo con la prima memoria concessa dall’art. 183, comma 6, c.p.c. e in grado d’appello.

Si domanda, allora, in ambito di responsabilità, quali domande non proposte nell’atto introduttivo possano rientrare in quelle modificabili nei limiti della prima memoria di cui alla disposizione da ultimo citata, analizzando le fattispecie legali in rapporto di incompatibilità (esclusione), di specialità, di sussidiarietà e di assorbimento.

Indica altresì in che termini sia ammissibile con la memoria istruttoria o in appello chiedere una componente ulteriore rispetto a quelle originariamente reclamate, il danno differenziale, il risarcimento del danno patrimoniale in aggiunta a quello patrimoniale (e viceversa) e la perdita di chance.

Da ultimo, concentra le attenzioni sulla inesigibilità, secondo una parte della giurisprudenza di legittimità, della individuazione *ex ante*, sin dalle iniziali prospettazioni, di specifici elementi tecnico-scientifici, di norma acquisibili solo all’esito dell’istruttoria e dell’espletamento di una ctu, e sulla possibilità di allegare per la prima volta in appello i fatti a sostegno di eccezioni e/o di domande proponibili in quella sede *ex novo*.

Roberto De Simone, Presidente di sezione del Tribunale di Venezia, dopo un rapido *excursus* sul tema della responsabilità civile tra diritto ed economia, sofferma nel suo contributo l’attenzione sul passaggio dalle tabelle del Triveneto alla tabella veneziana.

Analizza, poi, il profilo del danno morale, domandandosi se il sistema del punto, che rappresenta il metodo consolidato nella liquidazione del danno non patrimoniale, finendo, però, al contempo, per prendere in ostaggio il danno morale, rappresenti o meno un modello buono per ogni stagione.

Da ultimo, pone sotto la lente d’ingrandimento il danno biologico terminale e quello catastrofale.

Marco Rossetti, consigliere presso la Corte di cassazione, nel suo scritto dà conto di alcuni “punti fermi” raggiunti negli ultimi anni nella giurisprudenza di legittimità, soffermandosi su due snodi cruciali: cosa debba intendersi per “danno non patrimoniale” e come debba essere correttamente formulata in giudizio la domanda di risarcimento.

Evidenzia, sul piano processuale, che, nell'ambito di un giudizio risarcitorio, l'attore, se non ha l'onere di designare con un preciso *nomen iuris* il danno di cui chiede il risarcimento, ha, tuttavia, il dovere di indicare analiticamente e con rigore i fatti materiali che assume essere stati fonte di danno.

Lo stesso autore, unitamente a Enzo Vincenti, consigliere presso la Corte di cassazione, ha elaborato un ulteriore contributo sui pericoli di una duplicazione risarcitoria e sull'autonomia ontologica del danno morale, evidenziando che quest'ultimo pregiudizio assume un'espressione polisemica.

Dopo aver accennato all'origine della nozione di "danno morale" anche all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, pongono in rilievo che, anche a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite del 2008, sono rimasti i contrasti sulla individuazione dei confini della detta figura.

Dedicano l'ultima parte dello scritto all'accertamento e alla liquidazione della sofferenza morale, prestando particolare attenzione al profilo delle lesioni subite dal congiunto.

Massimiliano Sturiale, giudice del Tribunale di Pavia, dopo aver analizzato il principio della risarcibilità del bene vita, si è occupato in principal modo del danno terminale, soffermandosi sull'aspetto dell'apprezzabile lasso di tempo.

Dopo aver delineato i problemi probatori concernenti il danno catastrofale, espone le tecniche liquidatorie relative ai due danni (terminale e catastrofale), descrivendo le nuove tabelle di Milano e Roma ed individuando i problemi tuttora irrisolti.

Massimo Falabella, Consigliere della Corte di cassazione, ha concentrato le attenzioni sui profili di responsabilità nell'ambito bancario e finanziario.

Dopo aver passato in rapida rassegna gli obblighi informativi nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, ex art. 116 t.u.b., si sofferma sulle regole di trasparenza nei settori bancario e finanziario, ponendo in rilievo l'obbligo dell'intermediario di rendere noto al pubblico le condizioni contrattuali che intenda praticare e quello di consegna di un esemplare del contratto al cliente.

Nella seconda parte dello scritto si dedica alle conseguenze, sul piano della responsabilità precontrattuale e contrattuale, della violazione degli obblighi informativi (ivi compreso quello di astensione), illustrando i criteri di riparto dell'onere probatorio tra l'investitore e l'intermediario ed esaminando il caso del concorso di colpa del cliente nella produzione del danno (in base all'art. 1227, comma 2, c.c.)

prendere Prende, infine, posizione sul nesso di occasionalità necessario rispetto alle mansioni affidate all'intermediario o al promotore e sui casi di interruzione dello stesso in presenza di una condotta agevolatrice del danneggiato che presenti connotati di anomalia.

Completa la raccolta il contributo di Bruno Tassone, Professore associato di diritto privato presso l'Universitas Mercatorum, il quale ha analizzato la relazione fra la causalità generale e la chance.

Dopo una breve parentesi sui regimi processuali del nesso di causa e della chance, si sofferma su alcune questioni processuali: la tecnica della domanda separata, la versione “forte” e “debole” del “più probabile che no”, la disciplina delle concause.

Nella parte centrale del contributo si sofferma sull'emersione della chance quale tecnica per sanzionare un illecito senza danno accertato o accertabile e sulla casistica in tema di malattie terminali, accennando al problema del c.d. “danno da morte”.

Infine, espone in rapida rassegna gli orientamenti sulla inversione dell'onere dalla prova del nesso nella responsabilità contrattuale, avuto particolare riguardo al profilo della razionalizzazione della chance.

Andrea Penta

La responsabilità aquiliana: l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione

1. Il 1° gennaio 2021 è entrato in vigore il primo Codice civile cinese¹. Il Codice ha abrogato, sostituendola, la legge sulla responsabilità civile del 2010², la quale aveva a sua volta abrogato la precedente legge sulla responsabilità civile del 1986. La nazione più popolosa ed economicamente potente del mondo ha dunque modificato tre volte in 34 anni le regole della responsabilità civile.

Come sono state modificate queste regole? Su tre punti: via via aumentando le ipotesi di colpa presunta e concorrente; incrementando le ipotesi di inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato; stabilendo *ope legis* la misura dei risarcimenti.

Perché questi cambiamenti periodici? Perché ad avviso della Corte Suprema cinese³ le vecchie regole, non consentendo sufficiente certezze sull'esito delle liti, non garantivano "l'efficienza economica".

Anche la Francia nel 2016⁴, dopo un lunghissimo dibattito che ha coinvolto le parti migliori del foro, della giurisdizione e dell'accademia, ha riformato – insieme all'intero libro delle obbligazioni del codice civile – le regole sulla responsabilità civile. Ed anche in quel caso, tra le ragioni della riforma spiccava la proclamata necessità di adeguare queste regole ai nuovi processi di produzione, distribuzione e consumo di beni e servizi. Lo stesso avevano fatto, sin dal 2002,

¹ Approvato il 28.5.2020.

² Era la legge cinese 28.12.2007 (*Qinquan Zeren Fa*), entrata in vigore a giugno del 2010, dopo una gestazione di quasi sette anni (il relativo disegno di legge era stato sottoposto al Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo a dicembre del 2002).

Fonte delle informazioni su questa legge riportate nel testo è Zhang, *The Evolution of the Law of Torts in China: The Growth of a Liability System*, in <https://ssrn.com/abstract=2514951> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2514951>.

Wei Zhang è un professore di *management* dell'Università di Singapore: segno evidente che economia e responsabilità civile sono due temi oramai non solo connessi, ma fusi insieme.

³ In Cina la Corte Suprema, oltre a decidere i ricorsi avverso le decisioni delle corti locali, può fornire su richiesta dei giudici locali "istruzioni", relative a casi particolari o problemi giudiziari, che acquistano perciò un valore paranormativo.

⁴ Con l'*Ordonnance* 10.2.2016 n. 2016-131.

la Germania con la riforma della legge sulle obbligazioni⁵, e l'Australia col *Negligence Review panel*: ed anche in questo caso sul presupposto che “*changes to personal injury laws [are recommended] for the primary purpose of reducing the numbers of litigated claims*”⁶.

2. Che le regole della responsabilità civile (e quelle connesse dell'assicurazione) da un lato, l'economia e le relazioni sociali dall'altro, siano tra loro avvinte come l'edera non è un mistero, e non da oggi⁷.

Lo sono in due modi: i processi economici e sociali, creando nuovi rischi, fanno sorgere la necessità di più adeguate protezioni (è quasi scontato pensare alla responsabilità dell'*internet provider* od a quella del gestore di un *social network*, per i danni alla reputazione commessi da terzi avvalendosi della piattaforma); nella direzione inversa, regole giuridiche certe e prevedibili consentono agli individui di prevedere le conseguenze delle proprie azioni; ed alle imprese di internalizzare i costi della sicurezza.

Regole oscure od imprevedibili, per contro, inducono ad abbassare la soglia della sicurezza, esternalizzare i costi, tentare l'azzardo della resistenza in giudizio anche dinanzi a pretese risarcitoria palesemente fondate.

3. Le responsabilità civile, se si consente il gioco di parole, è dunque la principale responsabile d'un ordinato vivere civile e, con esso, dello sviluppo economico e della ricchezza d'un Paese, nonché dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia.

Un sistema di responsabilità basato su regole troppo rigide o troppo incerte fomenta le liti, strozza l'attività d'impresa, crea iniquità sociali.

Gli esempi nell'uno e nell'altro senso sono infiniti, ma può essere utile ricordarne due.

L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro (d.p.r. 30.6.1965 n. 1124) copriva originariamente il pregiudizio alla “attitudine al lavoro”. Tutti gli imprenditori prudenti, di conseguenza, quando si assicuravano contro il rischio di dover risarcire il dipendente infortunato, stipulavano polizze nelle quali si prevedeva che l'assicuratore avrebbe tenuto indenne l'imprenditore “*per i danni di*

⁵ Fedtke, *The Reform of German Tort Law*, in *European Review of Private Law*, 2003, fasc. 4, pp. 485 e ss..

⁶ Così il *Law Council of Australia*, equivalente del nostro Consiglio nazionale forense (<https://www.lawcouncil.asn.au/policy-agenda/access-to-justice/tort-law-reform>).

⁷ Ne dà una originale e dotta dimostrazione, da ultimo, La Torre, *Responsabilità e assicurazione*, Milano 2019.

cui al d.p.r. 1124/65, e per la parte non coperta dall'assicuratore sociale". Il sistema funzionò sino a quando non emerse il "danno biologico". Da quel momento in poi, tutte quelle polizze si rivelarono inutili: di esse infatti si disse che non potevano coprire la responsabilità del datore per il danno biologico occorso al dipendente, perché quel danno non rientrava nelle previsioni del d.p.r. 1124/65, cui la polizza rinviava.

Quando la questione arrivò all'esame della Corte di cassazione, questa sentenziò che "un contratto è un contratto", e che quindi l'imprenditore non poteva pretendere di essere tenuto indenne per rischi non previsti nella polizza⁸. Questo approdo poteva significare, per una piccola impresa, essere costretti a chiudere in caso di un infortunio serio ad un dipendente.

Nell'altro senso, può ricordarsi la vicenda dei danni alla persona trasportata su un veicolo a motore: per lungo tempo, la giurisprudenza ritenne che questi, in caso di infortunio derivante dalla circolazione, non potesse invocare nei confronti del conducente alcuna delle presunzioni di cui all'articolo 2054 c.c., e non potesse farlo in quanto "*terzo estraneo alla circolazione*". Col risultato che proprio coloro i quali erano maggiormente esposti ai rischi di quest'ultima, ricevevano la minore tutela. Un radicale mutamento della giurisprudenza di legittimità così fine a questa sostanziale ingiustizia, molti anni prima che vi provvedesse dapprima il legislatore comunitario, poi quello nazionale⁹.

4. L'economia e le relazioni sociali cambiano, però, molto più velocemente delle leggi.

Come la piramide di Cheope, ferma ed immobile, ha visto passare sotto di sé Cesare, Alessandro, Saladino e Napoleone, così l'art. 2059 c.c., immutato da ottant'anni, ha visto fiorire e poi sparire sotto il proprio manto il danno da seduzione con promessa di matrimonio¹⁰, il danno edonistico¹¹, il danno esistenziale¹²; ed è sempre la stessa norma che ora regola la responsabilità per i nuovi diritti ed i nuovi danni: il danno da lesione della *privacy*¹³, quello da *revengeporn*¹⁴ e quello da *mobbing*¹⁵.

⁸ Sez. I, Sentenza n. 4920 del 10/03/2004.

⁹ Sez. 3, Sentenza n. 10629 del 26/10/1998.

¹⁰ Sez. 3, Sentenza n. 7493 del 08/07/1993.

¹¹ Sez. 3, Sentenza n. 15491 del 08/07/2014.

¹² Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008.

¹³ Sez. 3, Sentenza n. 14694 del 19/07/2016.

¹⁴ Cfr. l'art. 612 *ter* c.p., introdotto dalla l. 19.7.2019 n. 69, cosiddetta "Codice rosso".

¹⁵ Sez. L, Sentenza n. 3291 del 19/02/2016.

Ed è qui che entra in gioco, da noi come in ogni Paese civile, il ruolo della Corte Suprema.

La giurisprudenza di legittimità è lo stucco che colma il *gap* tra le previsioni normative e l'evolversi delle dinamiche sociali ed economiche, rendendo quelle aderenti a queste.

Ma... c'è un "ma".

Il lavoro d'una Corte Suprema è, dice l'art. 65 ord. giud., quello di "garantire l'uniforme interpretazione del diritto". In sé, sarebbe una formula vuota, se non ci si chiede *come* debba essere svolto, ed *a quale scopo*.

Partiamo dalla prima questione.

Le regole della responsabilità civile abbisognano d'una continua manutenzione. Non è certo un caso se proprio i Paesi dalle economie più avanzate (Cina e Germania) hanno ritenuto di modificarle profondamente in epoca recente.

Questo compito è, da noi, reso particolarmente complesso da due fattori: le leggi ed i numeri.

4.1. Il primo fattore è presto spiegato: la responsabilità civile nel nostro ordinamento è disciplinato da norme generali (artt. 2043 ss. c.c.) e da norme speciali (una *infinità*: sulla responsabilità del vettore, del medico, del gestore di dati, dell'amministratore di società, della pubblica amministrazione, dei fornitori di pubblici servizi, dei maestri di sci e persino dei collaudatori di catene da neve per automobili).

Le norme generali entrarono in vigore l'anno della battaglia di El Alamein, e per quanto tecnicamente assai raffinate, mostrano i segni del tempo. L'assenza d'una definizione generale di colpa; l'assenza d'una norma chiara in materia di causalità (l'art. 1223 c.c., mutuato tal quale dal codice del 1865 c.c., ne ha ereditati intatti i problemi); l'assenza di criteri generali per il risarcimento di qualsiasi tipo di danno non patrimoniale (diverso dalle modeste lesioni causate da piccoli sinistri stradali) sono carenze che hanno dato vita a interminabili discussioni e, talora, ad aspri contrasti.

In molti casi, poi, le previsioni codicistiche stridono con la realtà d'oggi: l'art. 2049 c.c. continua a discorrere di "*padroni e committenti*", formula che di volta in volta occorre adattare a realtà nuove come quella dei *riders* o degli intermediari finanziari; l'art. 2954 c.c. discorre della prescrizione del credito degli "osti" (rientreranno in tale previsione gli agriturismi e le *beauty farm*?).

4.2. Le norme speciali, oltre al difetto *estrinseco* di non potere costituire un "sistema", proprio perché speciali, presentano spesso difetti *intrinseci* derivanti da una infelice nomopoietica: sarà superfluo ricordare qui a quante e quali discussioni hanno dato luogo, a causa della tecnica scrittoria con cui sono state

confezionate, le norme contenute negli artt. 141 o 149 cod. ass., oppure – più di recente – nella l. 8.3.2017 n. 24 in tema di colpa medica.

L'art. 141 cod. ass. conteneva un autentico paradosso di Epimenide, là dove affermava che la responsabilità dell'assicuratore del vettore per i danni al passeggero sussiste “*a prescindere dall'accertamento della responsabilità, salvo il caso fortuito*” (il che val quanto dire: “a prescindere dall'accertamento della responsabilità, salvo che si accerti che non vi sia responsabilità”); paradosso che la Corte ha potuto sciogliere solo nella prima occasione in cui la questione le è stata sottoposta: vale a dire nel 2019, cioè quattordici anni dopo l'entrata in vigore della legge¹⁶.

Con scelta non meno felice l'art. 149 cod. ass. trascurò completamente di stabilire se la procedura ivi prevista fosse obbligatoria o facoltativa, se fosse una domanda contrattuale od extracontrattuale, se il responsabile fosse o meno un litisconsorte necessario: problemi tutti che la Corte ha dovuto via affrontare e risolvere, dopo grandi incertezze nella giurisprudenza di merito¹⁷: ma anche in questo caso a distanza di vari anni dall'entrata in vigore della legge.

4.3. “*Garantire l'uniforme interpretazione della legge*” è compito che richiede *gravitas* e *brevitas*.

Richiede ponderatezza (*gravitas*), perché il mondo del diritto è come la vasca di Archimede: qualunque corpo vi venga immerso, provoca una reazione non sempre prevista.

Quando la Corte di cassazione, nel 2001, per porre fine alla disparità di trattamento nella liquidazione del danno non patrimoniale tra i vari distretti giudiziari, indicò nelle tabelle milanesi il criterio equitativo preferibile ex art. 1226 c.c.¹⁸, non pensò certo che proprio quelle tabelle, indicate come il *gold standard*, sarebbero state presto modificate in modo da disattendere le indicazioni della Corte circa la non automaticità della liquidazione del danno morale¹⁹.

L'esercizio della nomofilachia richiede (meglio, richiederebbe) *brevitas*, perché le sentenze di legittimità dovrebbero avere gli stessi requisiti delle leggi di Montesquieu: chiare e semplici. Se commentare una norma oscura dovessimo spendere parole più oscure ancora, faremmo come il giureconsulto di Accursio, che *lumen reperit a tergo*.

¹⁶ Sez. 3 - , Sentenza n. 4147 del 13/02/2019, Rv. 652744 - 01.

¹⁷ Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 5928 del 13/04/2012, Rv. 622085 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 11154 del 29/05/2015, Rv. 635465 - 01; Sez. 3 - , Sentenza n. 23706 del 22/11/2016, Rv. 642986 - 01.

¹⁸ Sez. 3, Sentenza n. 12408 del 07/06/2011, Rv. 618047 - 01.

¹⁹ Sez. 3, Sentenza n. 25164 del 10/11/2020.

Del resto, sono state proprio le Sezioni Unite, in una nota ed importante sentenza in tema di riparto dell'onere della prova, ad affermare che *“L'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione”*²⁰.

Anche qui, peraltro, gli esempi in senso contrario non mancano: non è un mistero che la sentenza con la quale le Sezioni Unite della Corte vollero sopire le infinite questioni dibattute in tema di danno non patrimoniale, fors'anche a causa della sua lunghezza, ha dato vita – contro le intenzioni della Corte stessa – ad una ridda di interpretazioni diverse, ciascuno volendo leggersi quel che più desiderava²¹.

Il discorso sulla brevità e sulla chiarezza delle decisioni giurisprudenziali ci porterebbe, tuttavia, troppo lontano. Oscurità e prolissità hanno molte cause (tradizioni, stereotipia, *weltanschauung* dello scrittore), ma tra queste non può tacersene una, e non la minore: il tempo.

È sin troppo nota l'ironica *excusatio* di Pascal nelle *Lettere Provinciali*, che coi suoi interlocutori si scusava per avere scritto una lettera troppo lunga, giustificandosi *“perché non ebbi il comodo di farla più corta”*²².

Il numero astronomico dei ricorsi e delle decisioni, il numero industriale dei collegi giudicanti contemporaneamente al lavoro, la pia illusione secondo cui davvero è una norma di civiltà quella che consente il ricorso per cassazione *quomodo libet*, anche per contestare una multa da 12 euro, sono tutte circostanze che hanno innescato un cortocircuito perverso: l'incremento dei ricorsi fa crescere le decisioni; la crescita delle decisioni fa crescere il rischio di contrasti; l'incremento di contrasti alimenta la litigiosità e, con essa, i ricorsi.

Questi fenomeni non hanno giovato alla Corte, che a causa di essi rischia seriamente di perdere la propria anima, costretta com'è – da un lato – a brancolare alla perenne ricerca d'una sistematicità dispersa tra la proliferazione delle norme e la moltiplicazione dei centri di produzione normativa; e dall'altro a sentirsi superflua, quando deve confrontarsi con la difficoltà di garantire l'uniforme interpretazione della legge attraverso non con 30 o 300 decisioni, ma con le 30.000 sentenze depositate ogni anno.

Una Corte, insomma, assimilabile a due grandi icone del romanzo naturalista: inquieta come l'Étienne Lantier di *Gèrminal*, e superflua come il Čulkaturindi Turgenjev.

²⁰ Sez. un., Sentenza 30-10-2001, n. 13533, § 2.1. dei Motivi della decisione.

²¹ Cass. sez. un. 26972/08, cit..

²² Pascal, *Lettere provinciali*, lettera XVI, in fine.

5. Si è detto che la funzione di nomofilachia esige un metodo ed uno scopo. Ma la responsabilità civile, ha essa uno scopo? Ecco un formidabile problema che ha creato in passato seri equivoci, e prodotto frutti avvelenati.

Che le regole della responsabilità civile abbiano una funzione è indubbio: tutte le norme ne hanno una. Il problema è stabilire quali.

Alcune di queste funzioni sono universalmente riconosciute e condivise: le si sono paragonate alle quattro facce d'una piramide, e cioè: risarcire le vittime, garantire la sicurezza, prevenire le liti, "moralizzare" la condotta degli individui²³.

Il punto è che a partire da un certo momento storico, si pretese di attribuire alle regole di responsabilità della responsabilità civile funzioni nuove, ad essa estranee e soprattutto insostenibili: redistribuire la ricchezza, eliminare le disparità, regolare i mercati. Ed è significativo che, molti anni dopo, proprio la dottrina che aveva propugnato questa "ideologizzazione" delle funzioni della responsabilità civile riconobbe onestamente di avere errato, e che *"punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il carico dei danni, ripartire le perdite ed i rischi, allocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive ed i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato ed il valore primario della persona umana, sono compiti troppo numerosi e contraddittori non solo per il titolo IX del libro IV [del codice civile], ma per qualunque sistema positivo"*²⁴.

6. La Corte di cassazione, dunque, ha dovuto garantire l'uniforme interpretazione delle norme della responsabilità civile affrontando una società nuova con regole vecchie; una tumultuosa produzione dottrinarica; una farraginoso crescita del contenzioso.

Ai posteri spetterà stabilire se vi sia riuscita: qui tuttavia non si può tacere come, coi pochi mezzi a disposizione – se comparati alla vastità del compito – non pochi risultati sono stati felicemente raggiunti.

²³ Così Nockleby, *Faces of the Tort Pyramid*, in Cummings (a cura di), *The Paradox of Professionalism: Lawyers and the Possibility of Justice*, Cambridge, 2011, pp. 90 e ss..

²⁴ Sono parole di Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in Riv. critica dir. privato, 1983, 123 e ss. (ma specialmente 128); medesima palinodia intonò, ma più tardi, anche l'altro autore corifeo delle pretese funzioni redistributive della responsabilità civile, e cioè Stefano Rodotà, il quale ammise che l'uso a scopi sanzionatori delle tecniche di tutela civilistiche le rendeva *"assai più pesanti e repressive"* delle sanzioni amministrative o penali (Rodotà, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in Comporti e Scalfi (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano 1988, 30 e ss.; vent'anni prima, lo stesso Rodotà era stato di ben diverso avviso: cfr. Idem, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, *passim*).

Lasciando alle singole reazioni il compito di illustrare le questioni di dettaglio, qui non possono tacersi alcuni almeno, tra i *grand arrêt* di ricostruzione del “sistema”.

6.1. Alla carenza di norme *ad hoc* sulla nozione di colpa civile la Corte ha sopperito elevando a pietra angolare del sistema delle obbligazioni l'art. 1176 c.c.. Il paradigma della condotta colposa è la devianza da una regola: sia essa di legge, amministrativa o di comune prudenza. Nello iato tra condotta che si sarebbe dovuta seguire e condotta effettivamente tenuta sta l'essenza della colpa civile²⁵.

6.2. Alla carenza di norme chiare sulla nozione di causalità la Corte ha sopperito ricostruendo un corposo “sistema”, basato sulla distinzione tra causalità materiale (regolata dall'art. 40 c.p. e dalla regola dell'*all or nothing*”, e causalità giuridica (regolata – e limitata – dall'art. 1223 c.c.)²⁶; e sul recepimento della nozione di “causalità probabilistica”, ormai appannaggio comune dell'epistemologia e della filosofia della scienza moderne.

6.3. Alla mancanza di criteri certi per l'*aestimatio* del danno biologico la Corte ha sopperito cercando di riempire di contenuti non generici il precetto di cui all'art. 1226 c.c.²⁷, ed indicando, quale unico legittimo per la liquidazione del danno biologico, uno solo dei molti criteri adottati dalla giurisprudenza di merito.

6.4. Al delicato “sistema” dei rapporti tra responsabilità civile ed assicurazioni sociali, ed alla asistematicità delle relative norme, la Corte ha sopperito sia ponendo fine a contrasti secolari sulla nozione di *compensatio lucri cum damno*²⁸, sia ricostruendo con una serie di pronunce successive il quadro dei rapporti tra assicurazione sociale ed assicurazione r.c.a., nonché i criteri di calcolo del danno differenziale²⁹.

²⁵ *Ex permultis*, Sez. 3, Sentenza n. 19883 del 06/10/2015, Rv. 637355 - 01.

²⁶ Tra le tante, da ultimo, Sez. 3 - , Sentenza n. 28991 del 11/11/2019, Rv. 655828 - 01 e Sez. 3 - , Sentenza n. 28986 del 11/11/2019.

²⁷ È il caso della già ricordata Cass. 12408/11, nella cui motivazione si veda la ampia e dotta esegesi di tale norma.

²⁸ Sez. U - , Sentenza n. 12564 del 22/05/2018.

²⁹ Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 17407 del 30.8.2016; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 22862 del 09/11/2016, Rv. 642998 - 01; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 25327 del 12/12/2016, Rv. 642318 - 02.

I nessi di causalità nelle obbligazioni di *facere* professionale.

SOMMARIO: 1. Premessa: verso una “torsione aquiliana” della responsabilità contrattuale? – 2. La giurisprudenza di legittimità sul c.d. “doppio ciclo causale”, in particolare la sentenza n. 18392 del 2017. – 3. (Segue). I successivi arresti del 2019, resi nell’ambito delle c.d. sentenze “San Martino-*bis*”. – 4. L’assetto complessivo scaturito dall’intervento della Corte. – 5. Sviluppi ulteriori (cenni). Il drastico ridimensionamento della figura dei “terzi protetti dal contratto”.

1. Premessa: verso una “torsione aquiliana” della responsabilità contrattuale?

Si inizierà con una domanda, anzi, con una piccola provocazione. Ovvero, se sia proprio nell’ambito di una riflessione – di portata generale e di intenzione prospettica – sulla “evoluzione della responsabilità civile”, che il tema oggetto della presente relazione (i nessi di causalità nelle obbligazioni di *facere* professionale) trovi la sua giusta *sedes materiae*. O se, all’opposto, discorrere di causalità in relazione all’adempimento di un’obbligazione non equivalga ad avallare quella “innaturale torsione”¹, in senso aquiliano, della responsabilità contrattuale, oggetto in dottrina di accesa critica.

La questione (anzi, la contrapposizione dialettica²), per vero, non è del tutto nuova.

¹ COSÌ F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, 559.

² Si adopera il termine con preferenza rispetto a quello di “dialogo” (non di rado abusato, anche con riferimento al confronto tra dottrina e giurisprudenza) nella convinzione che “effettività” del diritto – ed “efficacia” della tutela giurisdizionale – richiedono, in eguale misura, una “Potestà legislativa (art.117, Cost.) espressione di un Potere di indirizzo politico, una Magistratura Indipendente (art. 101, Cost.) capace di un’effettiva nomofilachia e una Scienza Libera (art. 33, Cost.), dotata di un’effettiva *Auctoritas*”: elementi, tutti, alla “base di un ordine conforme ai valori espressi dal patto costituyente”; in tal senso G. VETTORI, *L’attuazione del principio di effettività: chi e come*, in *Pers. e merc.*, 2017, 4, 189-190.

È, difatti, da almeno alcuni anni che la comunità dei giuristi si interroga intorno al fenomeno definito come *tortious interference with business relationships*³, oppure, secondo una prospettiva, per così dire, più “ruvida”, sull’esistenza di una “via di fuga aquiliana” (se non di una vera e propria “deriva aquilianista”⁴), allorché il giudice risulti chiamato a fare applicazione – soprattutto, ma non solo, nell’ambito del contratto di prestazione di opera professionale – dell’art. 1218 c.c., con i conseguenti problemi di distribuzione degli oneri probatori.

In questo contesto, dunque, si collocano le riserve con cui alcuni autori hanno accompagnato l’enunciazione del principio del “doppio ciclo causale”, nella verifica dell’esatto adempimento dell’obbligazione di *facere* professionale (segnatamente, quella del medico). Vi è stato, infatti, chi vi ha scorto l’ulteriore esempio di una “giurisprudenza rampante”⁵ – in particolare, della sezione terza civile della Corte di cassazione – riottosa ad osservare il divieto di cui all’art. 374, comma 3, c.p.c., rifiutando di conformarsi a ben due diversi arresti delle Sezioni Unite della stessa Corte⁶. Una critica – questa che denuncia l’esistenza di una “discutibile riscrittura dell’art. 1218 c.c.”⁷ – cui si aggiunge quella ulteriore di avere infranto l’unitarietà del sistema della responsabilità contrattuale, cavando “dal baule delle anticaglie”⁸ la distinzione tra obbligazioni “di mezzo” e “di risultato”, sebbene da tempo abbandonata, ancora una volta, dalla giurisprudenza di legittimità nella sua massima espressione nomofilattica⁹.

L’ampia portata dei rilievi critici formulati in dottrina¹⁰ determina, dunque, la necessità innanzitutto di chiarire cosa, esattamente, la terza sezione della Supre-

³ Cfr. M. BONA, *Tortious interference with business relationships, rimedio effettivo, “nuova” (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi*, in *Corriere giur.*, 2014, 205, nota a Cass. 17 settembre 2013, n. 21255.

⁴ Per entrambe le espressioni cfr. A. DI MAJO, *La “via di fuga” nel torto aquiliano*, *Eur. dir. priv.*, 2013, 197, anche in questo caso nota a Cass. n. 21255 del 2013, *cit.*.

⁵ A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria o nomofilachia inversa*, in *Foro it.*, 2019, I, 1603, nota a Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487 e a Cass. 20 novembre 2018, n. 29853.

⁶ Il riferimento è Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533 e Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577.

⁷ A. M. BENEDETTI, *Verso una “medicalizzazione” della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell’art. 1218 c.c.*, in *Giustizia civile.com*, 2020.

⁸ F. PIRAINO, *op. cit.*, 564.

⁹ In questo caso il riferimento è a Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781.

¹⁰ Non sono mancate, peraltro, anche delle voci a favore dell’indirizzo giurisprudenziale che si illustrerà più compiutamente nel testo: cfr. F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it.*, 2020, 162, fascicolo speciale monotematico *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*; cfr. anche C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corriere giur.*, 2020, 307.

ma Corte ha inteso affermare con riferimento all'obbligazione di *facere* professionale (dei sanitari).

2. La giurisprudenza di legittimità sul c.d. “doppio ciclo causale”, in particolare la sentenza n. 18392 del 2017

Come noto, l'intervento da essa operato in tale ambito si è articolato in due distinti momenti.

Dapprima, infatti, è stata riconosciuta l'esistenza di “un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle”, precisando che “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”, chiamato, in particolare, a dimostrare “che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto)”¹¹.

Successivamente, la terza sezione civile della Cassazione ha, per così dire, “affinato” tale conclusione, in particolare con le c.d. “sentenze gemelle” del 2019, pronunciate nell'ambito del “progetto sanità” (divenuto noto anche come “San Martino-*bis*”), ricollegando tale dicotomia di oneri probatori alla constatazione che, nell'adempimento delle obbligazioni di diligenza professionale, “il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle «*leges artis*» nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato)”¹².

Si tratta, dunque, di due interventi distinti, da illustrare separatamente, anche perché, nel secondo di essi, la Suprema Corte ha cercato di farsi carico delle obiezioni avanzate da alcuni esponenti della comunità scientifica.

Quanto, in particolare, al primo dei due interventi, il suo *iter* argomentativo può essere così riassunto. Muovendo dalla constatazione che il nesso di causalità materiale tra la condotta del sanitario e l'evento di danno è un elemento del fatto costitutivo della pretesa risarcitoria, si è osservato che l'onere della prova dello stesso grava sull'attore ex art. 2697, co. 1, c.c., non risultando in questo modo contraddetto il principio affermato dalle Sezioni Unite nel 2008¹³, in quanto esso

¹¹ Così Cass. 26 luglio 2017, n. 18392.

¹² Così Cass. 11 novembre 2019, n. 28991 e n. 28992.

¹³ Si tratta di Cass. Sez. Un. n. 577 del 2008, *cit.* Essa, come noto, nel riconoscere la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria e del medico (quest'ultima, poi, oggetto di specifica disciplina legislativa – che l'ha ricondotta all'art. 2043 c.c. – dapprima ad opera dell'art. 3

si riferisce non al nesso causale che lega l'evento di danno all'azione od omissione del sanitario (causa costitutiva del diritto al risarcimento), bensì a quello che intercorre tra inadempimento e fatto non imputabile al debitore/sanitario (causa estintiva dell'obbligazione). Occorre, infatti, distinguere due "cicli causali", il primo attinente all'evento di danno, da provarsi – nelle ipotesi tanto di responsabilità contrattuale, quanto di responsabilità aquiliana – dal creditore/danneggiato (c.d. "causalità costitutiva"), il secondo, esclusivo invece della responsabilità *ex contractu*, attinente all'impossibilità di adempiere, per fatto non imputabile al debitore, ed operante come causa di estinzione dell'obbligazione, la cui prova è a carico del debitore (c.d. "causalità estintiva").

Orbene, mentre il rischio della "causa ignota" dell'evento di danno risulta a carico creditore/danneggiato, la dimostrazione della 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, la quale però, a questo fine, non attiene all'adempimento ma alla conservazione della possibilità di adempiere, essendo, così, da valutare secondo il modello "ordinario" di diligenza, e non in base alla diligenza "specificata" del professionista, con conseguente applicazione del co. 1 (e non del co. 2) dell'art. 1176 c.c.

Tale impostazione, come si notava, non è però andata indenne da taluni rilievi critici.

Si è denunciata, per un verso, l'artificiosità della distinzione tra causalità costitutiva e causalità estintiva, ritenuta poco più che un espediente retorico¹⁴ per ne-

del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 novembre 2012, n. 189, e poi dell'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 24), ha ritenuto che "il problema del riparto dell'onere probatorio" debba "seguire i criteri fissati in materia contrattuale" e, dunque, il principio enunciato in termini generali dalle stesse Sezioni Unite con la pronuncia del 30 ottobre 2001, n. 13533. In base ad esso, in materia di responsabilità contrattuale, il meccanismo di distribuzione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. "è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 cod. civ., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 cod. civ.", senza che assuma rilievo "la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato", e prevede che il creditore debba solo "dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento". Tanto premesso, la Suprema Corte precisava, però, che in campo medico "l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè efficiente alla produzione del danno", toccando al debitore "dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno".

¹⁴ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019. 709.

gare un'effettiva discontinuità rispetto al principio affermato dalle Sezioni Unite¹⁵. Per altro verso, poi, si è rimarcato, sempre da parte della medesima dottrina¹⁶, come nella responsabilità contrattuale (diversamente che in quella aquiliana), l'imputazione oggettiva e quella soggettiva dell'evento dannoso non sono concettualmente distinguibili, poiché la prova del nesso di causalità – materiale – sarebbe sempre contenuta *in re ipsa* in quella dell'inadempimento imputabile¹⁷.

Ma soprattutto si è osservato che provare la c.d. "causalità costitutiva" significa dover dimostrare – specialmente nei casi, che sono poi quelli più frequenti e problematici, di prestazione professionale "con risultato non predeterminabile", nonché di evento dannoso con possibile origine multifattoriale – una sequenza concreta di accadimenti, destinati a culminare nell'evento dannoso. Accadimenti tra cui istituire (e dimostrare l'esistenza di) nessi di collegamento e/o di derivazione, la prova dei quali, tuttavia, presuppone proprio la preliminare dimostrazione del fatto che si pone all'origine della sequenza medesima, ovvero l'errore del sanitario¹⁸. In questo senso, dunque, si è obiettato che l'accertamento del

¹⁵ Plaude, per contro, all'impostazione della sentenza in esame P. SPAZIANI, *Nesso causale e inadempimento: da questione probatoria a discriminante strutturale*, in AA.VV., *Rassegna della Giurisprudenza di legittimità – Gli orientamenti delle Sezioni civili – Approfondimenti tematici (anno 2019)*, curata dall'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, per i tipi dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2020, il quale osserva che, "sul piano dogmatico", non appariva pienamente giustificata l'equiparazione del regime di riparto dell'onere della prova in tema di responsabilità contrattuale – affermato da Cass., S.U., n. 13533 del 2001, *cit.* – a quello degli altri rimedi posti a tutela del diritto di credito. Difatti, nei giudizi aventi ad oggetto la domanda di adempimento o di risoluzione del contratto, così come l'inadempimento non rientra tra i fatti costitutivi della pretesa (costituendo soltanto un presupposto logico della stessa), l'avvenuto adempimento si caratterizza come fatto estintivo del diritto di credito, formando, così, oggetto delle eventuali eccezioni del debitore, poiché tra i fatti che egli ha l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697, co. 2, c.c..

Al contrario, nel giudizio relativo alla domanda di risarcimento ex art. 1218 cod. civ., è l'inadempimento ad integrare, unitamente al danno e al nesso causale, la vicenda costitutiva della fattispecie, sicché l'allocatione dell'onere probatorio, non in capo all'attore (sul quale dovrebbe gravare ai sensi del co. 1 dell'art. 2697 c.c.), bensì del convenuto, potrebbe giustificarsi soltanto in applicazione dei principi di presunzione di persistenza del diritto e di vicinanza della prova, non invocabili, tuttavia, in relazione all'inadempimento, risultando più agevole per il debitore fornire la prova positiva del fatto estintivo dell'obbligazione che non, per il creditore, quella negativa della sua inesistenza.

¹⁶ F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 717.

¹⁷ Una critica analoga all'ultima indicata è anche in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e resp.*, 2020, 75.

¹⁸ G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità materiale e il rischio della c.d. "causa ignota" nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 2018, I, 1348.

nesso causale presuppone, in molti casi, proprio la preliminare prova della condotta erronea che ha causato il danno¹⁹.

Ciò detto, alla prima delle critiche illustrate – quella che allude all'esistenza di una “nomofilachia inversa”, vale a dire ad un più o meno surrettizia elusione dell'art. 374, comma 3, c.p.c. – ha inteso offrire risposta, sebbene sempre sul piano della riflessione dottrina, proprio l'estensore della sentenza del 2017. Egli, infatti, ha replicato come sia stata l'adozione di una disciplina legislativa specifica, quanto alla responsabilità per *malpractice* sanitaria (quella recata dalla l. 8 marzo 2017), ad imporre un “adeguamento” delle conclusioni già raggiunte in passato dalle Sezioni Unite, visto che l'acquisita rilevanza, sul piano del diritto positivo, “delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida” renderebbe necessario un recupero della dicotomia “fra obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi quale distinzione fra interventi routinari e non routinari”²⁰.

3. (Segue). I successivi arresti del 2019, resi nell'ambito delle c.d. sentenze “San Martino-bis”

Una risposta più articolata, tuttavia, alle critiche della dottrina (o, almeno, un tentativo di fornirla) è stata offerta direttamente dalla terza sezione della Cassazione con il secondo degli interventi ai quale si faceva riferimento in premessa, ovvero le “sentenze gemelle”, rese nell'ambito delle dieci facenti parte del c.d. “progetto sanità” e note anche come “San Martino-bis”²¹.

In particolare, con esse – come si è già sopra ricordato – è stato enunciato il principio secondo cui, in tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore), ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato). Di conseguenza, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgen-

¹⁹ D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.*, 2017, 696.

²⁰ cfr. E SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265.

²¹ Cass. n. 28991 e n. 28992 del 2019, *cit.*.

za di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione.

A tale esito le "sentenze gemelle" sono giunte attraverso il seguente ragionamento.

La premessa è costituita dal riconoscimento che, anche in relazione alla fattispecie della responsabilità contrattuale, si pone un problema di causalità materiale, come testualmente conferma l'art. 1227, co. 1, c.c., che dà rilievo al concorso del fatto colposo del creditore nella eziologia dell'evento dannoso. Di conseguenza, ogni forma di responsabilità è connotata dalla congiunzione di causalità ed imputazione, sebbene in quella contrattuale tale congiunzione si configuri in modo peculiare, rilevando in tal caso la "relazionalità" del rapporto obbligatorio, sicché il danno derivante dall'inadempimento non richiede la qualifica dell'ingiustizia, propria invece della responsabilità aquiliana, perché la rilevanza dell'interesse leso dall'inadempimento non è affidata alla natura di interesse meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico, come avviene per il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., ma alla corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione (come è possibile argomentare in base all'art. 1174 c.c.).

Da quanto premesso, pertanto, deriva che, su un piano generale, la causalità materiale, pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento per la differenza fra eziologia ed imputazione, non è praticamente separabile da esso, perché l'inadempimento corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e, dunque, all'evento dannoso. In forza, dunque, di tale rilievo deve affermarsi – sempre sul piano generale – che nell'ambito della responsabilità contrattuale non sussiste un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale, perché allegare l'inadempimento significa allegare anche il nesso di causalità e l'esistenza dell'evento dannoso, secondo quanto, da tempo, affermato dalle Sezioni Unite (Cass., S.U., sent. n. 13533 del 2001, *cit.*). Tuttavia, poiché l'interesse "presupposto", rispetto a quello corrispondente alla prestazione (ovvero, la diligente esecuzione del *facere* professionale, o meglio, il rispetto delle *leges artis*), non costituisce un motivo soggettivo, che resta estrinseco rispetto al contratto d'opera professionale, ma è tipicamente connesso all'interesse da esso regolato, rilevando così sul piano della "causa in concreto" del contratto, allegare la lesione dell'interesse strumentale non significa aver necessariamente dimostrato la lesione dell'interesse presupposto, ovvero l'evento dannoso, la prova della cui ricorrenza è a carico del creditore, il quale, però, potrà fornirla anche per presunzioni (artt. 2727 e 2729 c.c.).

4. L'assetto complessivo scaturito dall'intervento della Corte

La (ri)sistemazione concettuale, operata dalle “sentenze gemelle” del 2019, ha consentito, se non di superare tutte le critiche avanzate da una parte della dottrina, almeno di individuare alcuni possibili “punti di contatto”²² tra di essa e la giurisprudenza di legittimità.

In questa prospettiva, rilevante è, in primo luogo, la puntualizzazione compiuta dalla terza sezione della Cassazione circa l'ambito di operatività dei principi da essa enunciati. Invero, viene fatta salva, sul piano generale, l'impostazione – già seguita dalle Sezioni Unite – secondo cui l'allegazione dell'inadempimento comporta, almeno di regola, anche la prova del nesso causale con l'evento dannoso, individuando, per vero, le “sentenze gemelle” un diverso regime esclusivamente per le obbligazioni di *facere* professionale, ciò che conferisce a tale duplice arresto il carattere di un mero *distinguishing* (e non di un *overruling*, precluso dal già più volte richiamato art. 374, comma 3, c.p.c.) rispetto all'indirizzo osservato dalle Sezioni Unite.

In secondo luogo, il riferimento all'art. 1174 c.c. meglio giustifica, rispetto al precedente arresto del 2017, la conclusione sul (diverso) riparto, tra creditore e debitore, degli oneri probatori.

Se è vero, infatti, che tale norma, al di là della sua rubrica – che pone l'accento sulla patrimonialità della prestazione – individua nella *utilitas creditoris* un *quid pluris* rispetto all'atto cui è tenuto il debitore (nel senso che l'interesse creditorio, che l'obbligazione è preordinata a realizzare, non si esaurisce in quello alla mera esecuzione della prestazione), allora la mancata realizzazione dello stesso non può essere provata che dal creditore.

Risulta, in questo modo, confermata la distinzione tra causalità e inadempimento, giacché, a ritenere il contrario, si dovrebbe concludere che oggetto della prestazione professionale sia il risultato utile (e specificamente, nel caso della prestazione sanitaria, la guarigione del paziente o l'impedimento di quelle sopravvenienze costituite dall'aggravamento del suo stato di salute oppure dall'insorgenza di nuove patologie), e ciò in contrasto con l'art. 1176, co. 2, c.c., alla stregua del quale il contenuto della prestazione va individuato nell'osservanza di un comportamento che sia solo “idoneo” al conseguimento di quel risultato. Riecheggia, in particolare, in tale conclusione quanto osservato da una tra le più autorevoli voci dottrine della seconda metà del '900, secondo cui “la guarigione

²² In tal senso si veda la pregevole ricostruzione di E. IANNELLO, *L'onere della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in www.giustizainsieme.it.

o l'impedimento della sopravvenienza dell'aggravamento o di nuove patologie dipendono troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato perché possano essere dedotte in obbligazione²³.

Un esito, quello appena descritto, che risulta di particolare importanza specie con riferimento alle prestazioni sanitarie definite “a risultato non predeterminabile” (ovvero, non connotate da “alta vincolatività” quanto alla loro esecuzione), cioè quelle contraddistinte da speciale complessità, perché in questo modo si “alleggerisce” la posizione del medico, scongiurando il rischio di una medicina (solo) “difensiva”. Per contro, in relazione alle prestazioni che non siano invece riconducibili a tale modello, va apprezzata l'importanza della puntualizzazione – sempre operata dalle cd. “sentenze gemelle” – secondo cui la prova del nesso causale può essere fornita anche a mezzo di presunzioni, e ciò perché, nei casi in cui l'esecuzione della prestazione richieda la soluzione di problemi tecnici di non speciale difficoltà, l'applicazione degli artt. 2727 e 2729 c.c., non diversamente da quanto avveniva allorché la giurisprudenza di legittimità postulava il ricorso alla presunzione *res ipsa loquitur*, potrebbe condurre, in effetti, ad un esito analogo a quello già in passato prospettato dalle Sezioni Unite con la già citata sentenza n. 577 del 2008.

Difatti, come è stato efficacemente osservato, allorché la giurisprudenza di legittimità – nella sua massima sede nomofilattica – configura(va) l'onere per il paziente, creditore/danneggiato, di allegare l'esistenza di un “inadempimento qualificato”, altro non indica(va) “se non la necessità di accompagnare l'allegazione dell'inadempimento anche alla allegazione di una relazione inferenziale, sia pure su di un piano astratto, tra questo e il danno patito”, e ciò in quanto “l'aggettivo «qualificato» è in sentenza specificato con la alternativa locuzione aggettivale «(inadempimento) astrattamente efficiente alla produzione del danno»²⁴. Orbene, idoneo a soddisfare tale onere di allegazione di un “inadempimento qualificato”, ovvero dotato di astratta efficienza causale, almeno con riferimento ai casi di prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di non speciale difficoltà, e dunque per lo più caratterizzati da “serie causali semplici ed immediate” – per riprendere la definizione di un'autorevole dottrina processuale – potrebbe ritenersi persino il ricorso a “massime di esperienza”, le quali “non sono altro che la traduzione, nei termini del senso comune e della cultura media, di leggi scientifiche di carattere generale”, sicché “in questi casi, e purché la volgarizzazione della legge scientifica non ne abbia tradito il significato originario, si può equiparare la

²³ L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 189.

²⁴ E. IANNELLO, *op. cit.*, § 6.3.

massima d'esperienza alla legge scientifica ed utilizzarla come legge di copertura dell'inferenza causale"²⁵.

Stando così le cose, allora, appare condivisibile la conclusione proposta da chi reputa che, tutte le volte in cui “quella relazione inferenziale possa ritenersi idonea a sorreggere, sul piano probatorio, il convincimento dell'esistenza di un nesso causale, viene a perdersi, almeno sul piano pratico, ogni differenza tra quella impostazione concettuale”, già proposta dalle Sezioni Unite del 2008, “e quella predicata dalle sentenze di San Martino della Terza Sezione, trovando in tal senso conferma, dunque, la (da queste) affermata sostanziale continuità di indirizzo”²⁶.

5. Sviluppi ulteriori (cenni). Il drastico ridimensionamento della figura dei “terzi protetti dal contratto”

L'assetto dato, in particolare, dalle c.d. “sentenze gemelle” del 2019 al tema del nesso di causalità (materiale) nelle obbligazioni di *facere* del sanitario si è rivelato foriero di ulteriori conseguenze nella giurisprudenza di legittimità.

Difatti, proprio la peculiare configurazione data al c.d. “interesse presupposto” (la tutela della salute), rispetto a quello avente ad oggetto l'osservanza delle *leges artis*, ha permesso, di recente, alla Cassazione²⁷ di circoscrivere la portata applicativa del principio della “efficacia protettiva del contratto verso terzi”.

Invero, la Corte ribadisce che “il tratto distintivo della responsabilità contrattuale risiede nella premessa della relazionalità”, sicché il danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione non richiede – a differenza di quello aquiliano – la qualifica dell'ingiustizia, ma solo la “corrispondenza dell'interesse alla prestazione dedotta in obbligazione (arg. ex art. 1174 c.c.), essendo, dunque, “la fonte contrattuale dell'obbligazione che conferisce rilevanza giuridica all'interesse regolato”. Si tratta, a bene vedere, di “un precipitato” dell'art. 1372, co. 1, c.c., che ha come ulteriore conseguenza che “è proprio la natura dell'interesse” a segnare “il «*limen*» entro cui risulta possibile integrare – anche in chiave di ef-

²⁵ Così M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1, 2006, 101, in part. p. 121.

²⁶ Così, nuovamente, E. IANNELLO, *op. cit.*, sempre § 6.3.

²⁷ Cfr. Cass. 8 luglio 2020, n. 14258, edita in *Giur. it.*, 2021, 577, con nota di G. TRAVAN, *Responsabilità della struttura sanitaria e risarcimento ai familiari iure proprio*, nonché in *Nuova giur. comm.*, I, 2021, 61, con nota di S. CORSO, *Suicidio del paziente in ospedale: il contratto non ha effetti protettivi verso i terzi*, ed ancora in *Corriere giur.*, 2021, 317, con nota di L. LA BATTAGLIA, *Gli incerti confini tra contratto e torto nella responsabilità sanitaria: la Cassazione alle prese col danno parentale da suicidio del paziente psichiatrico*.

ficacia protettiva verso terzi, ex art. 1375 cod. civ. – il contenuto del contratto”, consentendo, così, pure a soggetti che non rivestono la qualità di parte negoziale di agire a norma dell’art. 1218 c.c.

In questa prospettiva, pertanto, la Suprema Corte ribadisce che nel “territorio del *facere* professionale”, l’interesse corrispondente alla prestazione (che resta pur sempre il “perseguimento delle *leges artis* nella cura dell’interesse del creditore”) si presenta “solo strumentale all’interesse primario del creditore” (ovvero, “nel caso della prestazione sanitaria, la tutela della sua salute”), interesse che, però, “non ricade nel motivo irrilevante dal punto di vista contrattuale perché non attiene alla soddisfazione del contingente ed occasionale bisogno soggettivo ma è connesso all’interesse regolato già sul piano della programmazione negoziale e dunque del motivo comune rilevante al livello della causa del contratto”. Perché, dunque, sia possibile – in un simile contesto – “postulare l’efficacia protettiva verso terzi”, occorre che l’interesse di cui essi siano portatori risulti anch’esso strettamente connesso a quello “regolato già sul piano della programmazione negoziale”.

È per questa ragione, dunque, che la sentenza in esame – con riferimento alle prestazioni dell’esercente la professione sanitaria – ha ritenuto di dover circoscrivere la portata dell’efficacia protettiva verso terzi al solo ambito dei c.d. «*wrongful birth damages*», ovvero delle azioni risarcitorie che trovino titolo nelle relazioni contrattuali intercorse tra la puerpera e il professionista che ne abbia seguito la gestazione e/o il parto, con riferimento ai danni cagionati al nascituro (o al nato).

Difatti, se è vero che per “postulare l’efficacia protettiva verso terzi, occorre che l’interesse di cui essi siano portatori risulti anch’esso strettamente connesso a quello «regolato già sul piano della programmazione negoziale», tale evenienza può ritenersi integrata unicamente con riferimento agli interessi dell’intero nucleo familiare dei quali la gestante/partoriente, nel relazionarsi contrattualmente con il sanitario, si fa portatrice.

La conseguenza è, dunque, che – eccettuata tale ipotesi – tutti gli altri casi di danno da perdita o lesione del rapporto parentale da *malpractice* sanitaria, debbono trovare collocazione, secondo l’arresto giurisprudenziale che qui si esamina, solo nell’ambito della responsabilità aquiliana²⁸.

Conclusione, questa, non andata esente, tuttavia, da critica dottrina.

Si è sottolineato, infatti, che nel sistema giuridico tedesco – da cui trae origine la teorica dell’efficacia protettiva del contratto verso i terzi – “la condizione di «vicinanza» del terzo è stata tradizionalmente declinata” in due modi: “mediante

²⁸ Così, come detto, Cass. n. 14258 del 2020, *cit.*; nello stesso senso, successivamente, Cass.

l'estensione della stessa forma di protezione riconosciuta al creditore della prestazione", ovvero "in funzione del particolare affidamento riposto dal terzo nella corretta esecuzione della prestazione, fondantesi sulle qualità professionali del debitore". In particolare, "riguardo alla protezione degli interessi non patrimoniali del terzo", si evidenzia che la dottrina tedesca "subordina l'operatività del modello alla ricorrenza di tre presupposti: un rapporto di stretta contiguità del terzo con (l'esecuzione del)la prestazione del debitore; un interesse del creditore alla protezione del terzo; la conoscibilità dei suddetti requisiti da parte del debitore", tali elementi valendo, pertanto, a differenziare la posizione del terzo protetto dal contratto "da quella del *quisque de populo*"²⁹. Alla luce di tale (più) ampio paradigma, dunque, non vi sarebbe ragione per circoscrivere – come afferma, invece, la sentenza in esame – al solo "sottosistema dei «*wrongful birth damages*»" l'individuazione dei casi "efficacia protettiva verso il terzo" dei contratti aventi ad oggetto il *facere* professionale di sanitari. Donde l'auspicio, espresso dalla medesima dottrina già citata³⁰, che tale "*self restraint*" possa essere, dalla Suprema Corte, "rimeditato".

Una conferma, dunque, che in relazione agli "incerti confini tra contratto e torto"³¹ nella responsabilità sanitaria (e non solo), l'esperienza giuridica³² è ben lungi dall'aver decretato quella "fine della storia" – troppo frettolosamente precorizzata³³ – "della responsabilità da *facere* professionale".

²⁹ L. LA BATTAGLIA, *op. cit.*, 325.

³⁰ Ancora L. LA BATTAGLIA, *op. cit.*, 330.

³¹ Per riprendere il titolo dell'interessante scritto di L. LA BATTAGLIA, *op. cit.*.

³² Piace, in particolare, qui ricordare la personale (e suggestiva) interpretazione che della nozione capograssiana di "esperienza giuridica" ha proposto R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Ed. 1987, 352, sottolineandone l'idoneità ad abbracciare tutti gli aspetti della fenomenologia giuridica, "non propriamente riconducibili alla nozione di ordinamento come tale, in quanto ne costituiscono antecedenti, presupposti, implicazioni, oppure elementi collaterali per più versi connessi", ma comunque espressivi della "attività di tutti gli operatori giuridici nella loro incessante cooperazione all'edificabilità del giuridico".

³³ R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da *facere* professionale*, in *Foro it.*, I, 1608.

La *mutatio* e l'*emendatio libelli* in tema di responsabilità

SOMMARIO: 1. *Mutatio* ed *emendatio libelli*: lo stato dell'arte e i profili processuali. – 2. Le domande nuove ammissibili. – 3. Responsabilità aquiliana: la fattispecie generale e quelle speciali. – 4. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. – 5. Novità e modificazioni nella richiesta dei danni. – 6. Il risarcimento da perdita di *chance*. – 7. Le domande risarcitorie proposte *iure proprio*, quelle *iure haereditario*, quelle fondate sulla violazione dei doveri di informazione.

1. *Mutatio* ed *emendatio libelli*: lo stato dell'arte e i profili processuali

Fino alla sentenza delle sezioni unite n. 12310 del 2015¹ la distinzione tra la domanda nuova (*mutatio*) e la sua modificazione (*emendatio*) era semplice, o meglio era *semplificata*.

Qualsiasi variazione di uno dei tre elementi identificativi dell'azione (soggetti, causa *petendi*, *petitum*) comportava la novità della domanda, identificandosi così la modificazione per *residualità*, nel senso che un cambiamento nelle difese improduttivo di effetti su di uno degli elementi costitutivi dell'azione finiva con l'essere compreso nella *emendatio*.

La semplificazione era (ed è) evidente, non solo perché – come messo in evidenza dalla pronuncia del 2015 – di fatto scompariva la distinzione, ben evidenziata dal dato positivo, fra *modificazione* e *precisazione* della domanda (quest'ultima in pratica confinata alle variazioni quantitative del *petitum*), ma soprattutto perché non era (non è) semplice calare quel discrimine nelle situazioni concrete, come dimostrato dalle incertezze giurisprudenziali (che quasi sempre incertezze non sono, ma soluzioni imposte dalla necessità di adeguare l'astrazione concettuale al caso da decidere e perciò all'effettività della tutela giurisdizionale).

Il discorso così articolato si concludeva (in sede teorica) operando la distinzione fra azioni (e diritti) autodeterminati, nei quali il fatto costitutivo non

¹ Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, I, 3174, con nota di A. MOTTO.

rappresenta elemento integrativo della *causa petendi*, individuata nell'oggetto e nella pretesa e azioni (e diritti) eterodeterminati, che si caratterizzano per essere il fatto costitutivo elemento identificativo della *causa petendi*.

L'inserimento, per così dire, dei fatti costitutivi nella *causa petendi* introduce un altro elemento d'incertezza, essendo necessario individuarli nella fattispecie dedotta in giudizio sulla base del diritto sostanziale.

Naturalmente, come ognuno sa, la distinzione fra *mutatio* ed *emendatio libelli* è fondamentale, sia in ordine alla tecnica processuale (la domanda nuova, salve le deroghe autorizzate dall'art. 183, 5° comma, c.p.c., è inammissibile nel corso del processo di primo grado e in appello; la modificazione invece può essere inserita nel processo con la prima memoria concessa dall'art. 183, 6° comma, c.p.c. e in grado d'appello²) che alla tutela giurisdizionale, identificando la *causa petendi* i limiti oggettivi del giudicato (se un fatto costituisce soltanto una modificazione della domanda, non potrà essere fatto valere in un nuovo giudizio).

La tecnica processuale reclama una precisazione per le controversie trattate secondo il rito sommario di cognizione o quello del lavoro, nei quali la fase della trattazione si snoda in maniera diversa dal rito ordinario. Aspetto questo particolarmente rilevante nella responsabilità sanitaria, nel quale il rito regolato dagli articoli 702 *bis* ss. c.p.c. rappresenta la scelta di elezione³.

In questi procedimenti le *modificazioni* della domanda – quale voglia essere il contenuto assegnato a questa categoria – possono essere inserite nel *thema decidendum* all'udienza di comparizione delle parti (art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c.), o a quella di cui all'art. 420 c.p.c., fino a quando il giudice non abbia ordinato l'istruzione della causa, ovvero abbia invitato le parti a precisare le conclusioni. È da notare che nei riti sommario e del lavoro la tecnica processuale non distingue fra domande nuove conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni del convenuto e domande nuove collegate alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, tutte proponibili nell'udienza di comparizione delle parti.

Se però si proceda al mutamento di rito per la necessità di un'*istruzione non sommaria*, con la fissazione dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. (art. 702 *ter*, 3° comma, c.p.c.), si ha, per così dire, una rimessione in termini dell'attore, il quale potrà modificare la domanda fino alla prima memoria concessagli dall'art. 183, 6° comma, c.p.c.

Le consolidate (almeno all'apparenza) conclusioni su *mutatio* ed *emendatio* prima sintetizzate sono state messe in discussione dalla sentenza delle sezioni unite

² Anche questa possibilità è causa di notevoli incertezze: sulla questione E. MERLIN, *Sulla "morfologia" della modifica della domanda in appello*, in *Riv. dir. processuale*, 2020, 172 ss..

³ Cfr. art. 8, comma 3, l. 8 marzo 2017, n. 24.

12310 del 2015, la quale – nell’esercizio della funzione nomofilattica – ha voluto, al di là del caso esaminato, ridisegnare i poteri dell’attore nella fase della trattazione della causa, fissandone i limiti in punto di determinazione del *thema decidendum*.

La pronuncia è nota, talché posso limitarmi a una rapida sintesi.

Il potere di *modificare le domande già proposte* esercitabile fino alla prima memoria di trattazione scritta (art 183, 6° comma, n. 1, c.p.c.) non può essere confinato alla possibilità di introdurre nuovi fatti ininfluenti (oltre che sui soggetti e sul *petitum* anche) sulla *causa petendi*, ma deve essere considerato in relazione alla (unica) *vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio*: perciò anche nelle azioni relative a diritti eterodeterminati non si può escludere l’inserimento di nuovi fatti costitutivi. Tutto ciò, evidentemente, comporta una significativa svalutazione della rilevanza della distinzione fra azioni (e diritti) autodeterminati o eterodeterminati.

L’attenzione – rivolta più all’effettività della tutela giurisdizionale in riferimento alla vicenda sostanziale che all’enucleazione della fattispecie (e del diritto) dedotti in giudizio – è certamente conseguenza della considerazione dei più recenti sviluppi dottrinali⁴, non solo italiani⁵, e della giurisprudenza della Corte europea di giustizia⁶ e mi pare possa affiancarsi, sul piano del diritto sostanziale, al percorso relativo all’individuazione della *causa concreta* del contratto.

Secondo le sezioni unite sono ammissibili quelle domande che, pur fondate su fatti costitutivi diversi da quelli originariamente allegati, «*non si aggiungono a quelle iniziali, ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in un rapporto di alternatività*».

Il vero problema, secondo me, consisterà nel comprendere – trattandosi di *alternativa non innocua dal punto di vista pratico*⁷ – se le domande inserite dall’attore nella prima memoria di trattazione scritta (o all’udienza di comparizione delle parti nel rito sommario) siano comunque *domande nuove* o soltanto *domande originarie modificate*.⁸

⁴ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907 c.c.*, in *Il codice civile. Commentario* BUSNELLI, Milano, 2018, 392 ss.; E. D’ALESSANDRO, *L’oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, 205 ss..

⁵ Per puntuali riferimenti alla dottrina tedesca, v. E. D’ALESSANDRO, *L’oggetto del giudizio di cognizione*, cit., 30 s.

⁶ M. GOLIA, *Mutatio libelli e cumulo progressivo di domande alternative subordinate: il revirement delle sezioni unite sull’azione generale di arricchimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 371.

⁷ E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da “alternatività sostanziale” nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. processuale*, 2016, 824.

⁸ Il problema è considerato – nei rapporti fra l’azione contrattuale e quella di ingiustificato arricchimento – da M. ABBAMONTE, *Sulla proponibilità della domanda di arricchimento senza causa nel corso del giudizio di adempimento contrattuale: i chiarimenti delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 1071 s.

La risposta è decisiva sul piano della tutela giurisdizionale (se *domanda nuova*, qualora non proposta, resterà fuori dei limiti oggettivi del giudicato e perciò della preclusione del deducibile), ma anche su quello della tecnica processuale (se *domanda modificata*, potrà essere articolata direttamente in appello, non cadendo nel divieto di cui all'art. 345, 1° comma c.p.c.⁹).

Su questo aspetto è importante cercare di raggiungere al più presto soluzioni condivise. Si corre infatti il rischio di aver introdotto nella tutela dei diritti una macroscopica diseconomia, giacché potremmo veder sorgere nuovi processi per la necessità di chiarire se una situazione giuridica pertinente alla medesima vicenda sostanziale sarebbe stata deducibile o meno nel procedimento già definito con sentenza passata in giudicato.

A me pare, peraltro, che la sentenza delle sezioni unite abbia introdotto nel sistema una categoria nuova (rispetto a quella già consentita dall'art. 183, 5° comma, c.p.c.), soggetta a una tecnica processuale diversa (la proponibilità non è limitata alla fase orale dell'udienza di trattazione, ma si estende alle c.d. preclusioni intermedie): quella delle domande nuove costituenti (soltanto) modificazione della domanda originaria. Non solo, occorrerà distinguere le ipotesi in cui la nuova deduzione abbia determinato una *modificazione* da quelle nelle quali con essa sia stata introdotta una *domanda nuova*, ancorché ammissibile perché concernente la medesima vicenda sostanziale e perciò processualmente assimilabile alla *emendatio*.

Si tratta allora di appurare – sotto l'angolo visuale della responsabilità – quali domande non proposte nell'atto introduttivo possano rientrare nelle *domande modificabili* nei limiti della prima memoria di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c. (o dell'udienza di comparizione delle parti prevista dall'art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c.), verificandone successivamente la proponibilità in appello.

Le conclusioni non saranno necessariamente consonanti, visto che nel giudizio d'appello il *novum* vietato ben potrebbe identificarsi in «*ciò che in primo grado viene a realizzarsi morfologicamente come domanda modificata ... ammessa dall'art. 183 c.p.c.*»¹⁰.

⁹ E. MERLIN, *Sulla "morfologia" della modifica della domanda in appello*, in *Riv. dir. processuale*, 2020, 172 ss..

¹⁰ Cass. 21 novembre 2017, n. 27566 e 11 gennaio 2018, n. 535, richiamate da E. MERLIN, *Sulla "morfologia" della modifica della domanda in appello*, cit., 183 ss., la quale è contraria a un orientamento che «*pretende di ritagliare la nozione di modifica della domanda sulla base della caratterizzazione del giudizio d'appello come giudizio completamente chiuso a nuove allegazioni*».

2. Le domande nuove ammissibili

Secondo le sezioni unite la « ... differenza fra le domande “nuove” implicitamente vietate ... e le domande “modificate” espressamente ammesse ... sta ... nel fatto che le domande modificate non possono essere considerate “nuove” nel senso di “ulteriori” o “aggiuntive”, trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate – eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali – o, se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in rapporto di alternatività».

La dottrina ha individuato il *proprium* della domanda ammissibile nel rispetto delle preclusioni intermedie nell'essere « ... “complanare”. Ossia domanda concorrente, che viaggia complanarmente verso una meta sostanzialmente unitaria, seppur – come oggetto del giudicato – tutt'altro che identica, e che condivide quindi con la prima l'identità dell'episodio socio-economico di fondo (ed ovviamente l'identità dei soggetti), e che assai spesso origina da concorsi di pretese ad unico petitem, o ... da diversi petita conseguenti a diverse qualificazioni della causa petendi»¹¹. Casi tipici di *azioni complanari* possono considerarsi, a es., le azioni di annullamento del contratto fondate sui vizi della volontà.

Per rientrare nella *modificazione* della richiesta originaria, la domanda proposta nella prima memoria istruttoria deve (non aggiungersi a quella, ma) escluderla, nel senso che il suo accoglimento sarà ostativo al riconoscimento del diritto fatto valere con la pretesa originaria.

Secondo attente ricostruzioni dottrinali, questa situazione può verificarsi quando «le diverse fattispecie legali siano in rapporto di incompatibilità, specialità, sussidiarietà, assorbimento, coincidenza cronologica»¹².

Il criterio distintivo enunciato dalla sentenza del 2015 fra domande modificate (ammissibili nel corso del giudizio, con il limite preclusivo più volte ricordato), e *domande nuove* inammissibili può allora essere ravvisato fra le ipotesi in cui «uno stesso complesso di fatti preso in esame (insieme ad altri fatti, volta a volta diversi) da più fattispecie, genera una situazione soggettiva sostanziale unica e quando invece genera più situazioni soggettive sostanziali, per quante sono le fattispecie che lo prendono in esame»¹³.

¹¹ C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corriere giur.*, 2015, 969.

¹² E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da “alternatività sostanziale” nel giudizio di primo grado*, cit., 822.

¹³ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 249 ss., dove è condotta l'analisi, ricordata nel testo, delle varie fattispecie sostanziali da cui è generata una *situazione soggettiva sostanziale unica*.

In particolare,

a) la relazione di *incompatibilità* (o di *esclusione*) si manifesta quando le fattispecie presentano una parte in comune, ma ciascuna di esse prevede un elemento ulteriore, incompatibile con la circostanza caratterizzante l'altra.

Esempio: il diritto contrattuale rispetto all'arricchimento; la vicenda sostanziale è unica, ma le due fattispecie si differenziano perché, se la prima reclama l'adempimento di un obbligo contrattuale, la seconda esige l'*arricchimento senza causa*. Le sezioni unite hanno dichiarato ammissibile la domanda di arricchimento senza causa proposta (subordinatamente) all'azione contrattuale nella prima memoria concessa dall'art. 183, 6° comma, c.p.c.¹⁴

In questo caso, secondo me, attribuendo le norme in un caso il diritto alla prestazione contrattuale (nelle obbligazioni pecuniarie debito di valuta) e nell'altro quello all'indennizzo della correlativa diminuzione patrimoniale (debito di valore) di deve parlare di concorso di diritti, sicché la proposizione della seconda domanda – pur inerendo alla stessa situazione sostanziale e perciò proponibile fino alla prima memoria prevista dall'art. 183, 6° comma, c.p.c. – amplierà i limiti oggettivi del giudicato e non potrà essere proposta per la prima volta in appello (sono tuttavia consapevole non essere questa conclusione univoca).

b) La relazione di *specialità* e *sussidiarietà* si realizza quando la stessa vicenda sostanziale è potenzialmente in grado di integrare più precetti di legge, ma uno soltanto è applicabile.

Si ha la *specialità* quando due norme siano in relazione tale che l'una ricomprenda interamente l'altra, più un elemento ulteriore. L'effetto giuridico è quello previsto dalla normativa speciale. Si ha la *sussidiarietà* fra due norme quando una (sussidiaria) opera a condizione che non risulti attuata l'altra (ci sono vicende sostanziali che sono ricomprese da entrambe le norme). Ciascuna di esse però abbraccia anche accadimenti che non possono essere ricondotti sotto l'altra.

Esempio: rapporti fra la responsabilità contrattuale e quella aquiliana, in cui la responsabilità prevista dall'art. 2043 c.c. integra una disciplina sussidiaria e subordinata rispetto a quella contrattuale. In questo caso non può parlarsi di concorso di diritti, essendo unico il diritto al risarcimento, con la conseguente possibilità di variare il titolo di responsabilità anche in appello.

¹⁴ Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Giur. it.*, 2018, XI, 2316. Su questa pronuncia v. M. AB-BAMONTE, *Sulla proponibilità della domanda di arricchimento senza causa nel corso del giudizio di adempimento contrattuale: i chiarimenti delle sezioni unite*, cit., 2019, 1055 ss.; M. GOLIA, *Mutatio libelli e cumulo progressivo di domande alternative subordinate: il revirement delle sezioni unite sull'azione generale di arricchimento*, 2020, *ivi*, 359 ss..

c) La relazione di *assorbimento* si manifesta quando una fattispecie presuppone altra già concretatasi, ma nel momento in cui interviene cessa la possibilità di applicare quest'ultima.

Esempio: negozio novativo rispetto al negozio originario. Anche in questo caso il diritto è unico, con conseguente possibilità di farlo valere anche in grado d'appello.

d) la relazione di *coincidenza cronologica* si realizza quando più fattispecie sono contestualmente applicabili all'episodio di vita, ma, pur componendosi di fatti iniziali reciprocamente diversi, si completano in forza di uno stesso fatto, uno e identico, producendo tutte, nel momento in cui si perfezionano, uno stesso e identico effetto (es. artt. 2048 e 2049 c.c.). Anche in questo caso ci troviamo di fronte a un diritto unico.

3. Responsabilità aquiliana: la fattispecie generale e quelle speciali

Le fattispecie descritte dagli articoli 2047 a 2054 c.c. esibiscono elementi di specialità rispetto a quella della generale responsabilità aquiliana, apparendo incompatibili (nei confronti del medesimo convenuto) con questa.

Gli articoli 2047, 2048, 1° comma e 2049 c.c. (almeno nei limiti dell'*esercizio delle incombenze cui sono adibiti*) sostituiscono a *colui che ha commesso il fatto* produttivo di *danno ingiusto* obbligato al risarcimento coloro che sono tenuti alla sorveglianza dell'incapace o i *padroni* (oggi diremmo *datori di lavoro*) e i committenti.

L'art. 2048, 2° comma, c.c. – pur contemplando la responsabilità dei *padroni e committenti* – non esclude quella del prestatore di lavoro; gli articoli 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c. regolano forme di responsabilità (considerate) oggettive, caratterizzate dall'inversione dell'onere della prova in ordine al nesso di causalità.

Tutte queste ipotesi si pongono in rapporto di incompatibilità con la fattispecie generale della responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.), rispetto alla quale possono definirsi *complanari*, escludendo l'una l'operatività delle altre.

Mi pare che questi casi soddisfino le condizioni elaborate nel 2015 dalle sezioni unite, sicché il diverso fatto costitutivo contemplato nelle fattispecie disciplinate dagli articoli indicati potrà essere inserito fino alla prima memoria istruttoria (o, nel rito sommario, fino all'udienza di comparizione delle parti). Non v'è dubbio infatti che una richiesta risarcitoria fondata su di una *responsabilità speciale* escluda quella articolata sull'art. 2043 c.c. (e viceversa) e che entrambe siano scaturite dalla medesima vicenda sostanziale.

La soluzione accolta per il primo grado lascia però aperto – come anticipato – il quesito volto a stabilire se il mutamento del fatto costitutivo illustrato debba

considerato domanda nuova (o semplice modificazione) agli effetti dell'art. 345, 1° comma, c.p.c.

Nelle ipotesi illustrate a mio avviso non si realizza un concorso di norme ma un concorso di diritti collegato a fattispecie diverse: pertanto – in difetto della tempestiva allegazione del nuovo fatto costitutivo, la richiesta non potrà essere fatta valere in appello, infrangendosi contro il divieto di nuove domande.¹⁵

La conclusione appare diversa se i fatti in grado di dar luogo a una responsabilità speciale (a es., l'allegazione di un illecito commesso nell'*esercizio di incombenze* affidate dal datore di lavoro) fossero stati tempestivamente allegati in primo grado: in questo caso, immutato il *petitum*, non vi sono ostacoli a far valere la diversa fattispecie in appello, trattandosi di un diverso inquadramento normativo della vicenda dedotta in giudizio.

4. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

Fra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale può configurarsi un rapporto di sussidiarietà, quest'ultima identificando appunto una disciplina sussidiaria, vista l'unicità del diritto al risarcimento. In queste ipotesi – nulla avendo mutato, ai fini qui considerati l'art. 7, 1° comma, l. 17 marzo 2017, n. 24 – unico essendo il diritto al risarcimento, è possibile *trasferire* il titolo dedotto in giudizio non solo fino alla prima memoria di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c., ma anche in appello, risolvendosi in una modificazione dell'originaria domanda.

D'altra parte, soprattutto quando si discuta di responsabilità professionale (contrattuale), le differenze con la responsabilità sono molto tenui: in entrambe le situazioni – secondo gli orientamenti consacrati dalle pronunce c.d. S. Martino *bis*¹⁶ – è onere del danneggiato dare la prova del nesso di causalità fra il danno e la condotta del professionista ed è consentita la risarcibilità del danno non patrimoniale¹⁷.

In realtà, si assiste alla (quasi) unificazione delle diverse responsabilità, visto che le differenze sono pressoché limitate alla diversa durata della prescrizione, peraltro scarsamente rilevante, giacché la sostanziale unicità del diritto fatto valere rende operante l'effetto interruttivo – sospensivo prodotto dall'esercizio dell'azione contrattuale anche in riferimento all'azione extracontrattuale (e viceversa).

¹⁵ Cass. civ. (ord.) 13 gennaio 2020, n. 348, che non ha affrontato (almeno esplicitamente) la questione alla luce di Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310/

¹⁶ Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992.

¹⁷ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972.

Il raffronto fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale suggerisce un diverso tema d'indagine nelle ipotesi in cui la responsabilità (sanitaria, dalla circolazione dei veicoli e dei natanti) consenta l'esercizio dell'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice del responsabile (articoli 12 l. 8 marzo 2017, n. 24, 144 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), con la partecipazione necessaria dell'esercente la professione sanitaria o del responsabile del danno.

Qualora si tema che il danno superi il massimale di polizza, vi è l'interesse all'esercizio cumulativo con quella *diretta* dell'azione nei confronti del sanitario per la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 7, 2° comma, c.c. e del responsabile del sinistro a norma dell'art. 2054 c.c..

Tale esercizio potrà manifestarsi anche nella forma dello *ius poenitendi* consentito fino al deposito della prima memoria istruttoria (o, nel rito sommario, fino all'udienza di comparizione delle parti): ferme restando l'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice, le parti del giudizio e l'inerenza alla medesima vicenda sostanziale, all'accertamento *ex lege* della questione pregiudiziale della responsabilità, si sostituisce l'azione di condanna del responsabile.

A ben guardare si tratta di un'operazione non lontana da quella esaminata dalla sentenza 12310/2015, un cui si poneva l'alternativa fra l'azione costitutiva e quella di accertamento.

A mio avviso, con soluzione forse diversa da quella del caso ora ricordato, l'inserimento della nuova domanda nei confronti del responsabile non appare consentito in appello. Si farebbe valere per la prima volta un'azione diversa da quella esercitata in precedenza, trasformando la questione pregiudiziale della responsabilità (da decidere per legge con efficacia di giudicato) in azione di risarcimento nei confronti del responsabile. Conferma, almeno secondo me, questa conclusione la possibilità – riconosciuta dalla giurisprudenza – di mutare anche in appello la domanda di adempimento del contratto in quella di risoluzione, con l'aggiunta della richiesta di condanna alla restituzione e ai danni¹⁸: ci troviamo infatti di fronte a un esercizio dello *ius variandi* esplicitamente consentito dall'art. 1453, 2° comma, c.c..

5. Novità e modificazioni nella richiesta dei danni

Come sappiamo, complessa e articolata è stata (ed è) la corretta delimitazione delle fattispecie relative al danno risarcibile, problema che rileva particolarmente

¹⁸ Cass., S. U., 11 aprile 2014, n. 8510, in *Giur. it.*, 2014, 1623, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.*

te per il danno non patrimoniale, in ordine al quale non è agevole riconoscere al danneggiato – secondo il noto insegnamento di Giuseppe Chiovenda – *tutto quanto, ma solo quello, che gli spetta in base alla legge sostanziale*.

Nel 2008 le sezioni unite – mettendo ordine fra danno biologico, danno esistenziale, danno morale – ritennero che nel danno non patrimoniale andavano compresi e liquidati il danno biologico, quello esistenziale, parentale e derivante da sofferenze fisiche o morali¹⁹, da considerare componenti di un pregiudizio unico.

L'unicità del danno non patrimoniale comporta che l'inserimento di fatti (costitutivi) in grado di dimostrare *una sua componente* ulteriore rispetto a quelle reclamate nella domanda rientra nelle modificazioni, ammesse in primo grado fino alla prima memoria istruttoria (nel rito sommario fino all'udienza di comparizione delle parti), sostituendo a quella originaria, una domanda più ampia, *complanare*.

L'unitarietà del danno non patrimoniale esclude che l'inserimento del nuovo fatto costitutivo introduca una nuova domanda con oggetto un nuovo rapporto giuridico (o un diverso *petitum*). Pertanto, restando nell'ambito delle modificazioni, siffatto inserimento potrà essere operato anche in appello.

La semplice richiesta di aggiungere alla liquidazione una delle componenti del danno non patrimoniale fondata su fatti tempestivamente allegati va considerata mera precisazione di domande già proposte. Così come resta nell'ambito della precisazione la richiesta di riconoscere il c.d. danno differenziale e, in generale, quella di applicare nuovi criteri di valutazione (a esempio, quelli somministrati dalla legge n. 24 del 2017) al danno lamentato²⁰.

Anche i fatti idonei a giustificare conseguenze dannose anomale e peculiari, tali da consentire una liquidazione superiore alla misura tabellare, vanno qualificati fatti costitutivi²¹. Si tratta però di fatti che appartengono alla medesima vicenda sostanziale e sostituiscono alla domanda risarcitoria iniziale una domanda più ampia di identico contenuto: essi perciò vanno fatti rientrare nei fatti modificativi deducibili nella prima memoria istruttoria (e all'udienza di comparizione delle parti). Questi fatti – non ampliando i limiti oggettivi del giudicato (non mutano *causa petendi*, né *petitum* immediato) – devono essere inclusi nella categoria (non delle nuove domande ammissibili, ma) in quella delle modificazioni, con conseguente deducibilità anche in appello.

Un altro aspetto da considerare ai fini delle possibilità di correzione in corso di giudizio è quello dei rapporti fra risarcimento del danno patrimoniale e non

¹⁹ Cass., S.U., 11 novembre 2008, numeri 26972, 26073, 26974, 26975.

²⁰ Cass. 11 novembre 2019, n. 2899 ha affermato che i criteri di valutazione del danno non individuano un nuovo elemento costitutivo della fattispecie normativa della responsabilità civile.

²¹ Cass. 11 novembre 2019, n. 28988.

patrimoniale, dovendoci chiedere se e fino a quando sia possibile aggiungere alla domanda originaria limitata al risarcimento del danno patrimoniale anche quella del danno non patrimoniale (e viceversa).

L'unitarietà del fatto illecito produttivo di danni (e del diritto al risarcimento) – che obbliga a qualificare abusivo frazionamento della domanda una richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale separata da quella concernente il danno patrimoniale²² – agevola la soluzione del quesito. La deduzione del fatto costitutivo del danno non patrimoniale non darà vita a una nuova domanda (né altererà i limiti oggettivi del giudicato), sicché potrà essere consentito lo *ius poenitendi*, non solo in primo grado, ma anche in appello: sostanzialmente è un aspetto diverso della questione prima affrontata.

Si deve poi ritenere – come per le eccezioni nuove proponibili in appello – che il potere di modificare le domande trascini quello di allegare i fatti sui quali si fonda la chiesta dedotta modificazione. Né deve frenarci il timore di appesantire il giudizio di appello.

Come è stato giustamente osservato, il maggior carico imposto al giudizio di gravame – peraltro già presente nelle azioni relative a diritti autodeterminati²³ – «è ... inevitabile conseguenza di ogni attività di variatio in appello e si pone allo stesso modo nei casi in cui si concede di sollevare nuove eccezioni in senso lato o di modificare le eccezioni in senso stretto o ancora di introdurre nuove causae petendi nelle domande autodeterminate. Neppure da questo punto di vista riesce dunque a trovarsi ragione per differenziare le soluzioni solo per il caso in cui la variatio riguardi la causa petendi delle domande eterodeterminate (solo per esse costringendo la variatio negli stretti limiti delle precedenti allegazioni). Come si è ben notato, quando si è al cospetto di un'attività di nova consentita dalla legge è il sistema delle preclusioni a dover cedere, anche in appello, il passo e le nuove attività in replica “debbono essere consentite ... per garanzia del diritto di azione e di difesa e del giusto processo”²⁴.

6. Il risarcimento da perdita di *chance*

Il danno risarcibile (patrimoniale e/o non patrimoniale), come noto, può consistere anche nella perdita di *chance*.

²² Cass. (ord.) 15 ottobre 2019, n. 26089.

²³ Nel quali – come noto – la modificazione del fatto costitutivo, irrilevante ai fini della identificazione della *causa petendi*, è consentita non dando luogo a una domanda nuova, è consentita anche in sede di gravame.

²⁴ E. MERLIN, *Sulla “morfologia” della modifica della domanda in appello*, cit. 191 s.

Si ha perdita di *chance* quando il danneggiato lamenta la compromissione (non di quello che si sarebbe potuto raggiungere ove la condotta del danneggiante fosse stata corretta, ma) di un risultato che poteva sperare di conseguire, secondo il secondo il *criterio del più probabile che non*²⁵. Il danneggiato chiede pertanto di essere risarcito non per la perdita di un posto di lavoro, o per la diminuzione patrimoniale subita, ma perché la condotta colposa (o dolosa) dell'agente gli ha impedito di poter aspirare al posto di lavoro o a sperare di evitare il depauperamento.

Nella materia sanitaria il danno da incertezza sul risultato sperato può manifestarsi nella perdita della speranza che una condotta esente da colpa avrebbe potuto evitare la morte ovvero una significativa riduzione della durata della vita ovvero ancora un peggioramento della sua qualità²⁶.

Il passaggio da un'azione fondata sulla perdita di un bene (materiale o immateriale), ovvero di un risultato sperato, a quella volta al risarcimento del danno prodotto dalla perdita di un risultato incerto (i benefici di carriera compromessi da un'ingiusta mancata ammissione a una procedura selettiva; le possibilità di ottenere il riconoscimento di un diritto pregiudicati da un errore nella condotta difensiva; la perdita della speranza di evitare la morte, o di conseguire una maggiore durata o una migliore qualità della vita dovuta a condotta imperita del sanitario) obbligano l'istante a inserire nel processo fatti costitutivi diversi, in ordine al nesso di causalità (essere *più probabile che non* che una incolpevole condotta dell'agente avrebbe potuto offrire al danneggiato la speranza del risultato voluto) e agli elementi del danno risarcibile (non la perdita del risultato, ma quella della possibilità di conseguirlo).

In questi casi la sostituzione dell'azione risarcitoria da perdita di *chance* a quella risarcitoria del danno esige l'inserimento dei fatti costitutivi diversi appena indicati. Si tratta però di fatti costitutivi che ineriscono alla medesima vicenda sostanziale e che comportano la sostituzione dell'azione originaria con quella *complanare* articolata sui nuovi fatti costitutivi. Come ognuno vede, la ricostruzione così operata consente l'inquadramento della fattispecie fra quelle per le quali la pronuncia delle sezioni unite del 2015 ammette l'inserimento fino alla prima memoria concessa dall'art. 183, 6° comma, c.p.c. (nel rito sommario, fino all'udienza di comparizione delle parti).

Il vero problema si sposta però sul rapporto fra nuove allegazioni di questo tipo e lo *ius novorum* concesso dall'art. 345, 1° comma, c.p.c., dovendosi – al solito – appurare se siamo di fronte a una domanda nuova, oppure a una semplice modificazione.

²⁵ Cass. (ord.) 26 giugno 2020, n. 12906.

²⁶ Cass. 11 novembre 2019, n. 28993.

A me pare che sul piano sostanziale la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno per perdita di un risultato (certo) sia diversa da quella relativa al diritto al risarcimento del danno per la perdita di un risultato incerto, ancorché auspicato, come è dimostrato (almeno io così ritengo) dalle differenze sul nesso di causalità e sul tipo di danno.

Se si condivide questa ricostruzione la conseguenza è inevitabile: la domanda fondata su perdita di *chance* è nuova, introducendo un diverso *thema decidendum* rispetto a quella risarcitoria di danno da mancato risultato e perciò – pur ammissibile in primo grado fino alla prima memoria istruttoria – non può essere avanzata per la prima volta in appello²⁷.

Decisiva, a favore di questa conclusione, mi sembra la necessità – enfatizzata dalla pronuncia del 2015 – di non *scompaginare* la difesa del convenuto, che solo in appello dovrebbe fronteggiare la nuova richiesta. Le sezioni unite hanno infatti sottolineato che una lettura più ampia del concetto di modificazione ai fini della individuazione del contenuto della prima memoria istruttoria poteva essere consentita perché operata quando il processo era ancora nella fase della trattazione.

7. Le domande risarcitorie proposte *iure proprio*, quelle *iure haereditario*, quelle fondate sulla violazione dei doveri di informazione

La verifica dei rapporti fra le azioni proposte *iure proprio* o *iure haereditario* e quelle conseguenti alla violazione degli obblighi informativi secondo le linee dettate dalla sentenza 12310/2015 per l'identificazione degli elementi deducibili fino alla prima memoria istruttoria non cagiona mutamenti in riferimento agli orientamenti sin qui espressi.

Si tratta di azioni diverse (almeno) per soggetti e per *causa petendi*, i cui rapporti non possono essere ricondotti alle relazioni di *incompatibilità*, *specialità*, *sussidiarietà*, *assorbimento*, *coincidenza cronologica*. Ci troviamo infatti di fronte a domande che non possono definirsi complanari, giacché presentano (non sue diverse qualificazioni, ma) diverse *causae petendi* e sono dirette a conseguire differenti *petita*.

Neppure alla domanda risarcitoria fondata sulla colpa professionale (del medico, dell'avvocato) può essere aggiunta successivamente quella relativa ai danni conseguenti alla violazione dell'obbligo di fornire alla parte difesa o al paziente un'adeguata informazione.

²⁷ Resta perciò confermato – anche alla stregua di Cass., S.U., 15 giugno 2015, n. 12310 – il prevalente orientamento della Suprema Corte (Cass. 9 marzo 2018, n. 5641; 20 luglio 2004, n. 13491; 29 novembre 2012, n. 21245).

Anche in questi casi i rapporti fra le due azioni non sono sussumibili in nessuna delle categorie ricordate; non solo, la mancanza di alternatività fra di esse, la diversità delle mete desiderate e dei fatti posti a fondamento delle richieste, escludono la possibilità di ammettere lo *ius poenitendi* per inserire (è questa l'ipotesi più verosimile) la domanda di risarcimento del danno da mancata informazione nel giudizio fondato sulla colpa professionale nel corso del giudizio di primo grado e tantomeno in appello.

Le tabelle indicative del tribunale di Venezia per la liquidazione del danno alla persona

SOMMARIO: 1. La responsabilità civile tra diritto ed economia. – 2. Dalle tabelle del Triveneto alla tabella veneziana. – 3. L'attenzione verso il danno morale. – 4. Un modello buono per ogni stagione? – 5. Danno biologico terminale e catastrofe.

1. La responsabilità civile tra diritto ed economia

È ormai da tempo radicata la tendenza a marcare lo stretto legame tra economia ed ambiente istituzionale. La cornice istituzionale è ritenuta il presupposto per favorire la crescita economica, sì che ogni decisione collettiva, comprese quelle che ruotano intorno al funzionamento dell'apparato giudiziario, deve essere orientata in tal senso¹. In questa traiettoria si colloca la calcolabilità del diritto quale premessa in grado di permettere agli operatori di confrontare costi e benefici connessi all'esercizio dell'attività di impresa. Anche la responsabilità civile quale strumento di ingegneria sociale non si sottrae alle suggestioni derivanti da questo approccio, ultima epifania di una sempre più ingravescente crisi della fattispecie.

Di questa tendenza, non tanto diretta alla minimizzazione dei costi transattivi di calabresiana memoria², è parte integrante la lunga esperienza del meccani-

¹ Una traccia di questo approccio si trova anche nel PNRR, dove a pag. 52, si legge “Studi empirici dimostrano che una giustizia rapida e di qualità stimola la concorrenza, poiché accresce la disponibilità e riduce il costo del credito, oltre a promuovere le relazioni contrattuali con imprese ancora prive di una reputazione di affidabilità, tipicamente le più giovani; consente un più rapido e meno costoso reimpiego delle risorse nell'economia, poiché accelera l'uscita dal mercato delle realtà non più produttive e la ristrutturazione di quelle in temporanea difficoltà; incentiva gli investimenti, soprattutto in attività innovative e rischiose e quindi più difficili da tutelare; promuove la scelta di soluzioni organizzative più efficienti”.

² Cfr. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile – Analisi economico-giuridica*, Milano, 2015 (ristampa); E. AL MURDEN, «Costo degli incidenti e responsabilità civile» quarant'anni dopo – Attualità e nuove prospettive dell'analisi economico-giuridica di Guido Calabresi, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1026.

smo tabellare per la liquidazione del danno alla persona, che vede nel modello milanese un *format*, a dire dei suoi sostenitori, ormai assunto al rango para-normativo, perché largamente applicato alle più disparate latitudini, sebbene di recente insidiato dalle rinnovate tabelle del Tribunale di Roma e dalla preannunciata Tabella Unica Nazionale³.

Verrebbe fatto di interrogarsi sul perché ostinarsi nel tenere in vita le tabelle di un singolo ufficio giudiziario sebbene distrettuale. Operazione, quest'ultima, paragonabile ad una missione impossibile nella difesa di una improbabile cittadella, ma che rappresenta in realtà l'espressione di un ordine spontaneo del diritto per dirla con Bruno Leoni come si cercherà di spiegare oltre.

Con il senno di poi, tuttavia, i continui assestamenti della materia del danno non patrimoniale e la più recente Cass. 10579/2021⁴ in materia di danno pa-

³ Lo schema di decreto del Presidente della Repubblica (“*Regolamento recante la tabella delle menomazioni all'integrità psicofisica comprese fra 10 e 100 punti di invalidità, ai sensi dell'articolo 138 del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209*”), presentato all'inizio del corrente anno, in relazione alla componente morale del danno non patrimoniale prende le distanze in modo assai netto dalle tabelle milanesi. Infatti, la futura tabella normativa guarda dichiaratamente al modello romano: “[...] in luogo di prevedere incrementi risarcitori per danno morale ancorati a scaglioni di gradi di invalidità permanente, si è preferito, ancora in ossequio al dettato normativo, attribuire distinti incrementi risarcitori per ciascun grado di invalidità. Al fine di garantire una specifica personalizzazione del danno, sono state previste, in analogia con quanto stabilito dalla tabella adottata dal Tribunale di Roma, fasce di oscillazione in aumento o diminuzione dei valori incrementali previsti”. Per ciascun punto di invalidità a partire dal 10% sono stati assegnati altrettanti moltiplicatori in un *range* tra un minimo ed un massimo con indicazione del valore “medio”. Peraltro, già sul finire dello scorso anno, le tabelle milanesi erano state collocate all'interno di un *restatement* da parte di Cass. 10 novembre 2020, n. 25164. La sentenza è annotata da G. PONZANELLI, *Nell'attesa delle tabelle legali, confermate le voci di danno e fissati i criteri per la prova del pregiudizio morale*, in *Foro it.*, 2021, I, 149, e da R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Il danno morale e la torre di Babele*, *ibid.*, 531; v. altresì R. PARDOLESI, *Sofferenza morale e contorsioni tabellari*, *Danno e resp.*, 2021, 13; M. FRANZONI, *La legge, le sentenze e la tabelle milanesi*, *ibid.*, 17; G. COMANDÉ, *Cass. n. 25164/2020 e lo spillover del danno morale oltre le tabelle milanesi*, *ibid.*, 23; F. ZAPPATORE, *La stabile inquietudine del danno non patrimoniale*, *ibid.*, 32; G. PONZANELLI, *Tabelle milanesi al vaglio della Cassazione*, *ibid.*, 37; M. GRONDONA, *A proposito dell'autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale, ovvero, tra categorie descrittive e categorie concettuali*, *ibid.*, 40; A. BIANCHI, *La sentenza di Occam*, *ibid.*, 47; COMANDÉ, *Danno morale, dimostrare la sofferenza resta il «punto oscuro» della cassazione*, in *Guida al dir.*, 2020, fasc. 49, 12; M. RODOLFI, *Con la bocciatura degli automatismi la sottovoce risarcitoria va verificata*, *ibid.*, 22; A. CISTERNA, *La corte di cassazione «scompon» il sistema delle tabelle milanesi*, *ibid.*, 15; ID., *Un passo ulteriore per la convergenza dei due criteri tabellari e «satellite»*, *ibid.*, 28.

⁴ V. Cass. 21 aprile 2021, n. 10579, in *Foroneus*. Per maggiori approfondimenti si rinvia a R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Il danno da perdita del rapporto parentale: giudice (legislatore?) in fuga da Milano*, in *Foro it.*, 2021, I, 2034. Il preannuncio del ripensamento era stato anticipato da Cass. 28 marzo

rentale, con cui la terza sezione, puntualizzando la portata applicativa di Cass. 12408/2011⁵, ha preso nettamente le distanze dal metodo milanese delineando un modello ideale di tabella a punti ricalcante pianamente quella romana senza richiamarla espressamente, rafforzano la propensione verso un sistema di liquidazione apparentemente espressione di campanile (d'altronde non è in discussione un confronto fra universalismo globalizzante e particolarismo localistico), ma espressione della sedimentazione di poste di danni variamente combinate nel corso degli anni. D'altro canto la banalizzazione della personalizzazione del danno non patrimoniale, a cui si è assistito negli ultimi dieci anni⁶ ha spinto persino l'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano⁷ ad operare un'importate *restyling* basato sulla separata indicazione del valore del punto per il danno biologico/dinamico-relazionale e del valore della componente morale⁸.

2021, n. 7770, in *Plusplus24*, dove sia pur in obiter è stato affermato che in relazione al danno da perdita del rapporto parentale la tabella milanese “non costituisce concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale”.

⁵ Cfr. Cass. 7 giugno 2011, 12408, in *Foro it.*, 2011, I, 2274, con nota di richiami di A. DIANA; in *Corriere giur.*, 2011, 1075, annotata da M. FRANZONI; *Danno e resp.*, 2011, 939, con note di M. HAZAN, A. PALMIERI, G. PONZANELLI.

⁶ Vedi, oltre a Cass. 25164/2020, anche da ultima Cass. 4 novembre 2020, n. 24473, in *Foro it.*, 2021, I, 150, in *id.*, 2021, I, 150, annotata da G. PONZANELLI, nonché *ibid.*, 532 (m), annotata da R. PARDOLESI – R. SIMONE.

⁷ In <http://www.milanosservatorio.it/>, 2021.

⁸ La nuova edizione delle tabelle milanesi, oltre a tener conto della svalutazione intervenuta dal 2018, presenta una significativa variante, perché si introduce una (importante) “rivisitazione grafica delle Tabelle”, che può ritenersi una diretta conseguenza dell'evoluzione della giurisprudenza della III sezione civile della Cassazione sopra riportata. A pagina 6 della nota di presentazione, infatti, si legge: “a) nella terza colonna della Tabella (che nella edizione 2018 conteneva solo l'indicazione dell'aliquota percentuale di aumento del punto di danno biologico per la componente di sofferenza soggettiva) è stata aggiunta la specifica indicazione dell'aumento in termini monetari; b) nella quinta colonna della Tabella (che nella edizione del 2018 recava solo l'ammontare complessivo del danno non patrimoniale, inclusivo del danno biologico e del danno morale/sofferenza soggettiva) è stata aggiunta l'indicazione dell'importo monetario di ciascuna delle citate componenti; c) infine, si è aggiornata la terminologia usata nell'intestazione delle colonne, prendendo atto che le voci di danno non patrimoniale, prima denominate “danno biologico” e “danno morale/sofferenza soggettiva”, sono attualmente dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina definite come “danno biologico/dinamico-relazionale” e “danno da sofferenza soggettiva interiore” media presumibile (ordinariamente conseguente alla lesione dell'integrità psicofisica accertata)”. In altri termini, rimasta immutata la percentuale riferibile alla (eventuale) componente morale da agganciare al danno biologico/dinamico-relazionale (il 25% per le microinvalidità e dal 26 al 50% per le invalidità dal 10 al 100%), si è proceduto all'indicazione dello specifico aumento in termini monetari, sì che nella quinta colonna, quella che tradizionalmente, riportava i valori del danno non patrimoniale, è stata aggiunta l'indicazione dell'importo monetario per ciascuna delle citate componenti. La rivisitazione

2. Dalle tabelle del Triveneto alla tabella veneziana

Agli albori dell'esperienza applicativa del risarcimento del danno non patrimoniale alla persona esistevano tabelle diversificate, perché separatamente sviluppate dai tribunali del distretto veneziano e da quelli limitrofi. Sul finire degli anni '90, quando il dibattito intorno al danno biologico era ormai maturo anche grazie alla spinta offerta da Corte cost. 184/1986, un gruppo di magistrati e avvocati intraprese il non agevole compito di ricomporre all'interno di una griglia unitaria la congerie di valori applicati dalle singole corti.

Si diceva di un ordine spontaneo del diritto – a quei tempi era ancora ben lontano l'intervento del formante legislativo arrivato con la legge 57/2001 e poi con il D.Lgs. 38/2000 in ambito INAIL – che portò all'interno di una griglia condivisa il sistema del valore del punto secondo due linee: 1) uso di un moltiplicatore del valore base in funzione della percentuale di invalidità; 2) ricorso ad un demoltiplicatore del valore base in funzione del crescere dell'età. Si calcolarono le medie dei valori contenuti nelle singole tabelle organizzate per classi di età e gruppi di invalidità (ad es. la tabella del Tribunale di Verona variava per ogni punto e distingueva l'età per semestri e per sesso), furono create in origine quattro tabelle raggruppando quelle omogenee e all'interno di ogni griglia si indicò il valore centrale per classe di età e *range* di invalidità. Alla fine fu creata una nuova griglia basata su: *a)* 22 gruppi di percentuali di invalidità; le prime cinque fasce si basavano su *range* di tre punti e le altre su *range* di 5 punti; *b)* 14 classi di età da 1 a 80 anni. Relativamente all'anziano ultraottantenne si preferì rimettere la liquidazione ad una valutazione legata al caso concreto.

In altre parole le tabelle Triveneto altro non erano che un sistema articolato di medie calcolate sulla base di progressivi adattamenti dell'esistente, innervato da una filosofia di fondo: per un'area geograficamente ed economicamente omogenea doveva essere elaborata una risposta del pari omogenea sul piano della liquidazione del risarcimento del danno alla persona.

grafica, si legge sempre nella nota di presentazione, “[...] mira ad agevolare l'operatore del diritto nell'uso della Tabella: si è osservato che, purtroppo, in alcuni casi la Tabella è stata usata come una scorciatoia, pervenendo a liquidazioni del danno alla salute nella misura del totale di cui alla colonna 5 senza esplicitazione degli specifici pregiudizi dinamico-relazionali e sofferenziali accertati e liquidati. L'Osservatorio intende con tale ritocco grafico contrastare questa pratica e ribadire che l'applicazione degli importi di cui alla Tabella esprime esercizio del potere di liquidazione equitativa del giudice e pertanto attiene alla fase del *quantum debeatur*”. Ciò conforta l'assunto secondo cui la propensione verso un sistema basato sull'assorbimento della componente morale in modo standardizzato e fisso avrebbe finito per portare ad un incremento liquidatorio ugualmente standardizzato ed automatico, posto che in ogni vicenda c'è sempre un risvolto idiosincratico da prendere in considerazione.

Sul punto si sarebbe potuta porre la questione dell'ammissibilità di una divaricazione dell'esito liquidatorio in funzione della regione di residenza delle vittime di sinistri, così da entrare in rotta di collisione con una ineludibile esigenza di uniformità di base al cospetto di lesioni relative ai beni appartenenti a ogni individuo. Ma trattandosi di una iniziativa spontanea, in assenza di meglio (ossia del legislatore, che persiste nel non dare corso alla tabella unica nazionale ex art. 138 cod. ass.), non era possibile spingersi oltre. Il tempo ha poi innescato una concorrenza tra tabelle, all'esito della quale ha prevalso la soluzione meneghina, che ha assunto, a torto o a ragione, un ruolo dominante, ma come è noto i monopoli non sempre fanno bene ai consumatori.

Con il passare degli anni la stagione feconda della spinta unitaria si inaridì e per questo, complice il passaggio all'euro, nel 2002 nacque la c.d. tabella veneziana. L'introduzione dell'art. 5 l. 57/2001 indusse a "sterilizzare" i valori tra l'1 ed il 9% (la polemica sulle micro invalidità aveva lasciato un segno), incrementando le fasce restanti con un tasso del 3,5% pari alla media del tasso d'interesse legale tra il 1999 ed il 2002. In seguito, ma per tutte le fasce di invalidità, si è proceduto ad un aggiornamento mediante l'applicazione del tasso legale d'interesse. Infine a partire dall'aprile 2007 si è fatto riferimento al tasso BCE "attendibile" indicatore delle tensioni nel mercato monetario".

3. L'attenzione verso il danno morale

Le tabelle veneziane hanno poi trovato ulteriori fasi di adattamento nel 2009 a ridosso delle sentenze di San Martino del 2008, nel 2013 e nel 2016 (con la dilatazione delle fasce di età, l'applicazione del demoltiplicatore a partire dall'età di sei anni e la sua complessiva ridefinizione), mantenendo sempre autonoma la valutazione della componente morale, pur appoggiata, quando possibile, a quella biologica, ma evitando qualsiasi rigidità del sistema indotta dalla sua "cartolarizzazione" all'interno del valore del danno non patrimoniale.

Per dirla con l'*incipit* di Anna Karenina, tutte le persone felici si somigliano, mentre ogni persona infelice è disgraziata a modo suo. Per contro, Amos Oz fa dire alla protagonista di *La scatola nera* che "non c'è una felicità che assomigli all'altra. E in quella felicità ciascuno ha impresso le proprie sofferenze ed i torti subiti. Come estraendo oro dal piombo". Fuor di metafora, l'assunto alla base di tale autonomia non è la resistenza al cambiamento, ma la convinzione che all'insostenibile leggerezza del diritto alla felicità (perché la relativa lesione non è grave ed il danno non è serio), i giudici di piazza Cavour con le sentenze di San Martino del 2008 abbiano inteso contrapporre la pesantezza della sofferenza non più relegata nel transeunte, ma con piena valorizzazione del non poter

più fare. In questa traiettoria, al pari dei moderni *miners* il sistema tabellare s'ingegna nell'estrarre oro dal piombo dei torti patiti⁹. Per un altro aspetto si è cercato di confutare l'assioma della relazione di proporzionalità fra lesione della validità psicofisica e la violazione della sfera morale, non solo da sofferenza, ma lungi dall'avallare criptiche forme di automatismo, che alla lunga finiscono per essere premianti sul fronte delle micro invalidità, si è cercato di lasciare spazio alla capacità di allegazione e descrizione dei plurimi aspetti tutti ruotanti intorno alla dimensione morale. Questo ha permesso nel corso degli anni di contenere un'altra forma di automatismo: la sistematica richiesta di personalizzazione della componente biologica. Più in chiaro, posto che il valore del punto del danno non patrimoniale della tabella milanese comprime(va) al suo interno la componente morale, l'unica via percorribile per cercare di incrementare la stima del danno era diventata quella della personalizzazione sull'erroneo presupposto che la valutazione della menomazione della validità psicofisica rifletta la sola componente anatomica, mentre questa è funzionale di base, sì che la personalizzazione non è la regola ma l'eccezione. Tema, quest'ultimo, su cui Cass. 27 marzo 2018, n. 7513¹⁰ ha posto un solido argine di resistenza. Sul punto sia però permesso il rinvio a Trib. Venezia 14 gennaio 2003¹¹.

Tuttavia, una ulteriore puntualizzazione merita di essere svolta. La tendenza a livello di prassi di riguadagnare sul fronte della personalizzazione del danno non patrimoniale nella versione milanese quello che si era perso sul versante del danno morale, non deve far dimenticare che i due ambiti, quello morale e quello della salute, rimangono nettamente distinti, guardando, rispettivamente, l'uno la sfera interna e l'altro quella esterna relazionale¹². Il modello unitario e onnicomprensivo, formalmente declamato, ormai deve ritenersi operazionalmente superato con quanto ne dovrebbe conseguire sul piano del metodo di liquidazione¹³.

⁹ Di questa attività di estrazione dai precedenti dei valori, sulla cui base pervenire, dal basso, alla parametrizzazione dell'equità intesa come clausola generale destinata a concretizzarsi nella esperienza applicativa vi è traccia in Cass. 10579/2021.

¹⁰ In *Danno e resp.*, 2018, 456, annotata da G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle sezioni unite di San Martino*, ma v. anche le osservazioni di A. PALMIERI, *La parvenza dell'unitarietà: il danno non patrimoniale nel decalogo (e sue variazioni) della terza sezione*, in *Foro it.*, I, 2018, 2053; A. BIANCHI, *Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti*, in *Danno e resp.*, 2018, 470).

¹¹ In *Resp. civ. prev.*, 2003, 198, annotata da P. CENDON, *Chi ha paura del giudice cattivo?*

¹² Su tale aspetto, v. Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, *Foro it.*, 2018, I, 911, annotata da G. PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*.

¹³ V. G. PONZANELLI, *La crisi delle tabelle milanesi: l'intervento della cassazione* (nota a Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2020, n. 2461, S. N. C. c. Soc. Allianz), in *Danno e resp.*, 2020, 231. V., altresì

Nella versione più recente accreditata da Cass., ord. 4 marzo 2021, n. 5865 (est. Rossetti)¹⁴ il decalogo del 2018 è stato ricondotto all'essenziale sulla base di pochi "semplici" principi: 1) danno non patrimoniale come categoria ordinante unitaria e onnicomprensiva, che, però, 2) non implica che la monetizzazione del punto d'invalidità "ristori di per sé ogni e qualsiasi pregiudizio subito dalla vittima", posto ch'essa corrisponde all'incidenza verificabile su base medico-legale e d'intensità standard (in altri termini, è possibile tener conto di conseguenze dannose non accertabili sul piano medico-legale, ascrivibili alla sofferenza interiore, oppure "non comuni a tutti" e "peculiari del caso concreto"); 3) questa ultima caratteristica va valutata sulla scorta del raffronto dei concreti pregiudizi dedotti e provati dalla vittima con quelli esaminati dal giudice; 4) "il danno alla salute in null'altro consistente che nella compromissione del compimento degli atti della vita quotidiana", sì che "la sola distinzione giuridicamente rilevante in tema di liquidazione del danno alla persona è ... quella fra conseguenze *indefettibili* dell'invalidità e conseguenze *peculiari*", ossia "quelle sofferte solo da *quella* particolare vittima, in conseguenza delle sue pregresse condizioni o del tipo di attività, ma non comuni necessariamente a tutte le vittime che abbiano sofferto identiche lesioni guarite con identici postumi".

4. Un modello buono per ogni stagione?

Nel conflitto fra la concezione reale del danno e quella patrimoniale, pur dovendosi ritenere che il valore di mercato del bene leso rappresenti un minimo irrettrabile, la seconda, a mente della quale si deve considerare la differenza tra il valore del patrimonio del danneggiato prima dell'evento e quello successivo ad esso, ivi comprese tutte le ripercussioni positive e negative, ha indubbiamente prevalso. Abituati a non cimentarsi troppo con le questioni dei pratici e dando per acquisito il ricorso al meccanismo tabellare, basato sul valore del punto di in-

R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Il danno morale*, cit., 533, Cass. 2461/2020 "[...] senza mezzi termini ha confutato quello che fino a poco tempo prima pareva un dogma e ha revocato in dubbio la possibilità di impiego delle tabelle milanesi per la liquidazione del danno morale, traducendo in termini di diritto vivente l'osservazione di chi, sull'onda della riconosciuta autonomia di quest'ultimo e, segnatamente, della sofferenza interiore non suscettibile di verifica in sede medico-legale e come tale non gestibile in modo standardizzato mediante l'applicazione di criteri di quantificazione predefiniti concludeva: «sembra residuare poco o nessuno spazio applicativo per le vigenti tabelle milanesi, sino ad oggi seguite da quasi tutti i tribunali italiani con la benedizione della Cassazione» (F. DI CIOMMO, *Tanto tuonò che piove. La Cassazione abbandona le tabelle milanesi ritenendole inadeguate a considerare il danno morale*, in *Foro it.*, 2020, I, 2022).

¹⁴ In *Pluris*.

validità variabile in funzione dell'entità della lesione e dell'età del danneggiato, si dà per scontato che si sia al cospetto di una soluzione pienamente in linea con la dominante funzione compensativa della responsabilità civile. Sta di fatto che alla base del meccanismo tabellare non vi è una ricognizione del "valore di mercato" della salute in grado di permettere al criterio differenziale di trovare una piana e rassicurante applicazione, ma soltanto la costruzione *ex ante* di una curva di valori fatta al tavolino partendo dalla ricognizione dei precedenti. Ciò rende evidente, data l'applicazione quasi quarantennale del calcolo del danno biologico secondo il criterio del punto variabile di pisana memoria, come attualmente solo a livello declamatorio siamo allineati al nuovo, ossia all'idea secondo cui il danno non patrimoniale viva solo sotto l'ombrello dell'art. 2059 c.c., ma di fatto il danno non patrimoniale, a parità del sistema tabellare, anche se inglobante al suo interno la componente della sofferenza nella dimensione "para-normativa" meneghina, è risarcito esattamente nella stessa maniera anteriore ai *dicta* di Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e la gemella 8828¹⁵, ossia mediante una patrimonializzazione di carattere puramente stipulativo. Il sistema del punto, nel bene e nel male, è il metodo consolidato nella liquidazione del danno non patrimoniale, ma al contempo ha finito per prendere in ostaggio il danno morale¹⁶, salvo registrare la nascita di un ircocervo ad opera di Cass. 25164/2020. Tale sentenza nel fare il punto sui presupposti per dar corso alla liquidazione del danno biologico (che dal 2018 è definito dinamico/relazionale) e del danno morale, ha dettato in chiave "normativa" e sulla scia della "dottrina delle corti"¹⁷ i criteri da osservare in ipotesi di coesistenza o meno delle due voci di danno e precisato che l'aumento per la personalizzazione, da effettuarsi nel limite del 30% previsto dall'art. 138, 3°

¹⁵ Entrambe annotate da E. NAVARRETTA e L. LA BATTAGLIA, in *Foro it.*, 2003, I, 2272.

¹⁶ Di "peccato originale", consistente nell'incapacità di "tagliare il cordone ombelicale che continua a legare il danno morale al danno biologico", parla G. COMANDÉ, *Tabelle milanesi, novità e allineamenti da mettere alla prova pratica e teorica*, in *Guida al dir.*, 2021, fasc. 13, 10, 12.

¹⁷ C. CASTRONOVO, *Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva*, in *Eclissi del diritto civile*, 2015, 87; F. D. BUSNELLI, *La «dottrina delle corti» e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, 461; *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, V: A) G.M. BERRUTI, *La dottrina delle corti*, 181; B) C.M. BARONE, «Dottrina» delle corti e funzione nomofilattica, 184; C) R. PARDOLESI e M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, 187; D) E. SCODITTI, *Il diritto fra fonte e interpretazione*, 189; *Europa e scienza giuridica*, in *id.*, 2012; V, E. SCODITTI, *La scienza giuridica e i signori del diritto*, 241; R. CAPONI, *Diritto della scienza e scienza del diritto*, 244; M. GRANIERI e R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, 247; G. GRASSO, *La scienza giuridica europea e le professioni legali: dalla conoscenza alla consapevolezza*, 249 e A. PALMIERI, *Il destino della scienza giuridica in Europa: reinventarsi per non essere sopraffatti?*, 251.

comma, cod. assicurazioni private, deve essere computato solo sulla componente dinamico/relazionale, depurata da quella morale del danno automaticamente “(ma erroneamente)” inserita nella tabella milanese.

5. Danno biologico terminale e catastofale

In relazione al danno tanatologico il pieno allineamento della giurisprudenza al *dictum* di Cass., sez. un., 15 luglio 2015, n. 15350¹⁸, salva la voce dissonante di Cass. 23 ottobre 2018, n. 26727¹⁹ quanto alla non irrilevanza del singolo breve attimo di vita, ha indotto a tenere ferma una parametrizzazione decisamente più significativa, perché proporzionata alla gravità della lesione, per le due poste del danno biologico terminale e di quello catastofale (euro 15.000 al giorno per ciascuna²⁰), sebbene non vi sia alcuna evidenza scientifica a fondamento della tesi introdotta dalle sentenze di San Martino 1.0 secondo cui l’agonia dal punto di vista della sofferenza morale presupponga la lucidità della vittima.

Rimane il senso di incompiutezza del sistema della liquidazione del danno alla persona al cospetto della lesione massima connessa alla perdita della vita, che preferisce mantenersi nel solco della ricostruzione dei legami relazionali costruiti nel corso della sua vita dal deceduto²¹.

¹⁸ In *Foro it.*, 2015, I, 2682, annotata da A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Danno da morte: l’arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; nonché da G. PONZANELLI, *Le sezioni unite sul danno tanatologico*, in *Danno e resp.*, 2015, 909; F.D. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ... non piove – Le sezioni unite sigillano il «sistema»*, in *Corriere giuridico*, 2015, 1206; I. MUSU, *Analisi economica della responsabilità civile e valore del danno da morte*, in *Foro it.*, 2015, I, 3513.

¹⁹ In *Foro it.*, 2019, I, 144, con nota di richiami di G. STROMMILLO.

²⁰ Anche sul punto si registra una dissonanza rispetto alla tabella milanese che considera, invece, il danno terminale come unitario, ossia inglobante tanto la componente biologica, quanto quella morale, per poi liquidare l’importo di euro 30.000 per i primi tre giorni. Importo, quest’ultimo, che poi declina fino al centesimo giorno per ricollegarsi al valore previsto per il pregiudizio di carattere temporaneo di euro 99. In senso contrario alla soluzione milanese sul tema del danno terminale, in caso di sopravvivenza della vittima per un lasso di tempo apprezzabile (almeno 24 ore) è possibile riconoscere al danneggiato il biologico terminale, al quale si può aggiungere il danno morale terminale se si dimostra la lucidità nella consapevolezza della morte imminente, v., da ultima, Cass. 6 ottobre 2020, n. 21508, in *Danno e resp.*, 2021, 338, con nota di F. BORDONI, *La risarcibilità iure successionis del danno biologico temporaneo: recenti sviluppi*.

²¹ V. più di recente U. IZZO, *La perdita della vita come danno relazionale: analisi storico-comparativa di una convergenza transistemica*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell’epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto Pardolesi*, a cura di F. DI CIOMMO e O. TROIANO, Roma-Piacenza, 2018, 915 ss.; M. FACCIOLI, *Il problema della risarcibilità del danno tanatologico fra discrezionalità dell’interprete e teoria dell’argomentazione*, consultabile in <http://www.juscivile.it/>,

Senonché, se la recente drammatica esperienza della pandemia, con la riscoperta della necessità di tutelare la salute nella sua dimensione collettiva, ha spinto una parte della dottrina a sostenere la praticabilità di un sistema volto a trasferire una quota dei risarcimenti dei danni non patrimoniali, pacificamente privi di una funzione compensativa, ad un fondo pubblico per finanziare il potenziamento del sistema sanitario²², nondimeno la decisione a favore del *lockdown* ha permesso di toccare con mano come possa valutarsi in termini economici una vita dal punto di vista statistico. In altri termini, se una settimana di chiusura forzata di una buona parte del tessuto produttivo italiano ha determinato una perdita dello 0,5% del PIL su base annua pari a 9 miliardi di euro, il costo opportunità sostenuto dalla collettività è indicativo del valore attribuito alle vite risparmiate²³. Analogamente, la scelta di riaprire gradualmente le maglie del sistema delle attività produttive prima ancora di aver raggiunto una soglia di rischio zero, mostra ancor più come le vite che saranno “sacrificate” sull’altare dello “spirito maligno”²⁴ forse meriterebbero di essere prese in considerazione almeno dal decisore collettivo²⁵.

2016, 2, 70 ss. V. altresì A. VIGLIANISI FERRARO, *Il problema del danno tanatologico*, Milano-Padova, 2017; A. ASTONE, *Il danno tanatologico (una controversa ricostruzione)*, in *Dir. famiglia*, 2017, 191; A. MARCHESI, *La clessidra della morte: riflessioni sulla difficoltà cronometrica del danno tanatologico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 511; P. SANNA, *Mors et vita duello confluxere mirando: il difficile caso del risarcimento del danno c.d. tanatologico (o da morte istantanea ovvero da perdita della vita)*, in *id.*, 2016, 643 e 1013; M. ROSSETTI, *Il danno tanatologico*, in *Libro dell’anno del diritto – Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2016, 64; A. PENTA, *Il danno tanatologico: cronaca di una morte annunciata*, in *Studium iuris*, 2016, 391; R. MUSSO, *Il problema del c.d. danno tanatologico visto dall’assicuratore*, in *Assicurazioni*, 2015, 55; J.M. HOUISSE, *Risarcibilità del danno tanatologico: uno sguardo comparativo*, in *ibid.*, 65; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1430.

²² V. M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in <www.giustiziacivile.com>, editoriale del 2 aprile 2020.

²³ E. PORTER – J. TANKERSLEY, *Shutdown Spotlights Economic Cost of Saving Lives*, in *www.nytimes*, published March 24, 2020 Updated April 13, 2020; C.R. SUNSTEIN, *This Time the Numbers Show We Can’t Be Too Careful. Hard-headed cost-benefit analysis usually confirms that it’s dangerous to be overcautious. The coronavirus is different*, in *www.bloomberg.com*, published March 26, 2020.

²⁴ V. G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, (trad.it.), Milano, 1996.

²⁵ Da ultimo sia consentito il riferimento a R. SIMONE, *Il danno tanatologico e la dottrina delle corti: la responsabilità civile alla prova dei merit goods*, in *Vivere il diritto*, Scritti in onore di C.M. BARONE, Roma-Piacenza, 2020, 377.

I pericoli di una duplicazione risarcitoria e l'autonomia ontologica del danno morale

SOMMARIO: 1. Un'espressione polisemica. – 2. Un equivoco secolare: origine della nozione di “danno morale”. – 3. L'equivoco si perpetua: “danno morale” e codice del 1942. – 4. L'intervento delle Sezioni Unite. – 5. La giurisprudenza dopo il 2008: ancora contrasti? – 6. Il criterio ordinante: dolore ed invalidità. – 7. L'accertamento. – 8. La liquidazione. – 9. La sofferenza morale per le lesioni subite dal congiunto.

1. Un'espressione polisemica

1.1. L'espressione “danno morale” non compare mai nel codice civile.

Compare in alcune norme speciali:

- l'art. 4, comma 4, lettera (g), d.m. 2.3.2006 n. 145 sui servizi telefonici a sovrapprezzo, per i quali è prescritto che non debbano “arrecare danno morale”;
- l'art. 125 d.lgs. 10.2.2005 n. 30, in tema di violazione del diritto d'autore;
- l'art. 1 d.p.r. 30.10.2009 n. 181, in tema di indennizzi alle vittime del terrorismo e delle stragi (il quale è anche l'unica norma che ne dà una definizione, e cioè la seguente: “*per danno morale si intende il pregiudizio non patrimoniale costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerato*”);
- gli artt. 138 e 139 cod. ass., come modificato dall'art. 1 l. 4.4.2017 n. 124.

A parte l'art. 1 d.p.r. 181/09, cit. (il quale però è una norma che disciplina un indennizzo di diritto previdenziale, e non un risarcimento di diritto civile), nessuna delle norme sopra elencate dà la definizione del “danno morale”.

Nondimeno, tale espressione è molto più antica delle norme nelle quali compare. Purtroppo, però, nel corso di due secoli l'espressione “danno morale” è stata utilizzata con significati molto diversi tra loro: e questo ha generato somma confusione, i cui strascichi sono evidenti ancor oggi.

Prima di qualsiasi analisi, pertanto, è necessario chiarirci su cosa debba intendersi per “danno morale”.

E qui non possiamo fare a meno di guardare alla storia di tale espressione.

2. Un equivoco secolare: origine della nozione di “danno morale”

Molte persone ancora oggi ritengono che esista un danno che si chiama “morale”, e che consiste nella sofferenza “soggettiva e transeunte”.

Questo è un errore.

Per avvedersene bisogna riavvolgere il nastro e tornare qualche anno indietro: di 150 anni, per l'esattezza.

Il codice civile del 1865 non dedicava alcuna norma al risarcimento del danno non patrimoniale. L'art. 1151 c.c. del 1865 si limitava a stabilire che “*qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*”, con quasi perfetta traslitterazione dell'art. 1382 del codice civile francese del 1804.

Quel codice, infatti, era stato in larga parte mutuato dal codice civile francese.

Nell'esperienza giuridica d'oltralpe, non essendovi alcuna norma codicistica che disciplinasse i pregiudizi non patrimoniali, la dottrina e la prassi avevano preso a chiamare tali pregiudizi “*dommage moral*”. Un'espressione, dunque, inventata a causa del silenzio della legge.

Con l'unità d'Italia e l'introduzione del codice civile del 1865, mutuato da quello francese, fu naturale che anche la nostra giurisprudenza, la nostra dottrina e la nostra prassi curiale iniziassero a definire i danni non patrimoniali come “danni morali”¹.

Con tale espressione si designavano dunque alla fine del XIX sec. *tutti* i pregiudizi diversi da quelli pecuniari. Quindi non solo lo spavento, la paura, il turbamento dell'animo, ma anche la perdita della salute, o la lesione del buon nome, o la sofferenza causata dal lutto.

Si legge ad esempio in una sentenza della Cassazione di Palermo del 1895 che “*anche i patemi d'animo, e tutto ciò che attenta alla sicurezza ed alla tranquillità dell'uomo, anco come conseguenza di mali fisici arrecati, formano la parte dell'uomo, poiché appartengono alle forze morali dell'individuo, le quali quanto più si suscitano, altrettanto deprimono le forze fisiche, senza le quali la vita o va distrutta, o si stenta in fiacchita e penosa. Or, se patrimonio dell'uomo è anche ciò che riguarda la parte morale, e quindi la parte più nobile, non sa comprendersi come possa trascurarsi uno dei fattori nel calcolo delle indennità a valutare, quando il turbare la pace e la tranquillità di una famiglia, quando le incertezze dell'esito di una malattia fisica per colpa d'altri avvenuta, quando lo spavento subito, i dolori fisici, deprimono l'attività umana, e tolgono allo spirito quella libertà, senza la quale non havvi integrità di persona*” (Cass. Palermo

¹ Bonilini, *Danno morale*, in Dig. civ., vol. V, Torino, 1989, 84.

23.2.1895, in Foro it., 1896, I, 685; la sottolineatura è aggiunta. Il principio era comunque pacifico sino alla fine degli anni '80 dell'Ottocento).

L'espressione "danno morale", dunque, per lungo tempo fu solo un sinonimo di "danno non patrimoniale".

I problemi cominciarono quando, alla fine del XIX sec. un illustre autore cominciò a sostenere che i "danni morali" non fossero risarcibili.

Quell'autore osservò che *"il diritto ha (...) per sua natura ad oggetto sempre un oggetto esteriore e sensibile. Non hanno questa natura, e non si possono neppure propriamente dire diritti personali, né tampoco diritti, od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell'offesa e del danno morale, come p. es. l'onore, la pudicizia. Essi sono bensì elementi integranti dell'umana personalità, e intangibili e inviolabili come questa, ma appunto l'intangibilità e inviolabilità dell'umana persona non è per sé medesima un diritto civile o privato, perché non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un'altra persona determinata debba porre in essere od evitare (...). È un diritto la cui tutela è prestata propriamente dal diritto pubblico penale. Or se i danni morali non sono veri danni in senso civile, cioè giuridico-privato, egli è chiaro che già per questo motivo essi non possono dar fondamento e materia a risarcimento in senso civile, o giuridico-privato, cioè pecuniario"*².

Ne seguirono un asperissimo dibattito dottrinario ed ancor più aspri contrasti giurisprudenziali. Nella veemenza di questi dibattiti, tra i vari argomenti addotti a sostegno della tesi della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali, se ne invocò uno destinato ad immeritate fortune: il danno morale, si disse, non sarebbe risarcibile "perché transeunte".

Osservò, al riguardo, il medesimo autore appena ricordato: *"che si chiami danno un'offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali, che si larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è ammesso, né ammissibile [sic]. Imperocchè dall'idea di danno non è (...) separabile (...) l'idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole, di benessere, sia morale, sia materiale, durevole effetto, durevole diminuzione fintantoché risarcita non sia, se risarcire si può. Ora le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo sono fenomeni ed effetti morali passeggeri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima"*³.

² Gabba, Nota a Cass. Palermo 23.2.1895, in Foro it. 1896, I, 685, ma specialmente 701.

³ Gabba, Nota senza titolo in Giur. it., 1896, I, 2, 581.

Questa opinione, all'epoca in cui venne formulata, non fu condivisa dalla dottrina né dalla giurisprudenza dell'epoca. Ad essa obiettò il Minozzi che *"il dire che è la durata della sensazione dolorosa e non la sensazione stessa che fa ritenere la esistenza giuridica di un danno, non pare esatto.*

Ecco, dunque, come nacque l'opinione che il danno "morale" possa consistere *solo* in un patema d'animo, e possa essere *solo* temporaneo: nacque come argomento retorico, utilizzato *ad colorandum* nella disputa ottocentesca sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali. "*Il danno morale non è risarcibile – si sosteneva allora – perché è passeggero, mentre il danno civile è solo quello durevole*".

Questo autentico errore, tuttavia, ebbe la singolare sorte di sopravvivere alle tesi cui era funzionale.

Infatti quando le Sezioni Unite della Corte di cassazione, dopo quasi trent'anni di contrasti, nel 1924 proclamarono solennemente la irrisarcibilità dei danni morali (Cass. 20 ottobre 1924, in Giur. it., 1924, I, 1, 952), pronunciarono una sentenza nella quale, tra i vari argomenti spesi a sostegno della tesi della irrisarcibilità del danno morale, utilizzarono anche quello della natura transitoria di esso.

In quella sentenza si definirono i danni non patrimoniali come "moralì"; li si definì come "*turbamento soggettivo interiore*", e se ne proclamò la durata transitoria. Tutto ciò al fine di dimostrarne l'irrisarcibilità di quei danni per il codice del 1865.

Queste opinioni, una volta che col passare degli anni venne dimenticata la loro genesi contingente, si trascinarono tralattivamente nella giurisprudenza e si perpetuarono anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, nonostante anche la dottrina successiva al 1942 ne segnalasse l'erroneità⁴.

Tutt'al più, la durata maggiore o minore di un effetto penoso potrebbe influire sulla valutazione maggiore o minore del danno, ma non sulla sua esistenza, la quale si determina contemporaneamente e necessariamente all'apparire dell'effetto penoso, dell'avvenuta diminuzione di benessere per la diminuzione o perdita di un bene giuridico. Il danno non è l'effetto durevole di questi fenomeni. ma è il fenomeno stesso, è l'effetto penoso nella sua essenza, o fin dalla sua apparizione" (Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano 1901, 45). E di rincalzo il Cesareo Consolo, ricorrendo anche all'arma dell'ironia, osservò: "*dice il Gabba che le offese al decoro, alla libertà personale. i patenti dell'animo, sono fenomeni ed effetti morali passeggeri (...). Ma non comprendiamo come mai la scemata considerazione sociale di urta persona possa avere un effetto penoso durevole, mentre le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo possono ritenersi fenomeni ed effetti morali passeggeri (...). L'ingiuria, la diffamazione, l'offesa al decoro si verificano in dati momenti, ma continuano a rimanere cause di effetti penosi. Noi domanderemmo all'illustre professore Gabba se offeso nel suo onore, nel suo decoro da un maligno qualsiasi, ne risentirebbe un effetto morale passeggero!*" (Cesareo Consolo, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908, 229).

⁴ Si veda al riguardo Brasiello, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959, 394-395, ove si legge: "*l'assunto che dall'idea del danno sia inseparabile quello d'un effetto penoso durevole è inaccettabile: la permanenza o temporaneità dell'effetto penoso, la durata maggiore o minore, sono elementi che si attengono solo al quantitativo, all'entità del danno, ed anche nel sistema odierno i*

3. L'equivoco si perpetua: “danno morale” e codice del 1942

Si è appena detto che nel 1924 le Sezioni Unite della Corte di cassazione affermarono il principio della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali (a quell'epoca definiti “morali”).

Dopo l'affermazione dell'irrisarcibilità dei danni non patrimoniali o, come si diceva allora, “morali”, si produsse un fenomeno singolare: la giurisprudenza di merito, posta dinanzi alle iniquità cui talora conduceva quel principio, cominciò ad eroderlo o addirittura ad aggirarlo.

Lo fece in questo modo: distinse tra “*danni morali diretti*” e “*danni morali indiretti*”.

I primi, si disse, consistevano solo nel turbamento dell'animo, e quindi erano irrisarcibili.

I secondi invece, pur consistendo nella lesione di interessi insuscettibili di valutazione patrimoniale, di rimbalzo incidevano negativamente anche sul patrimonio della vittima. Così, ad esempio, se la tristezza causata dall'illecito avesse impedito alla vittima di lavorare o concludere affari, questo pregiudizio veniva definito “danno morale indiretto”, come tale risarcibile.

Il punto è che l'esistenza di danni morali indiretti veniva spesso ritenuta dalla giurisprudenza *in re ipsa*, in base alla presunzione semplice secondo cui la sofferenza “non poteva non avere” effetti dannosi su redditi futuri, figurativi o presunti⁵.

A questo permanente stato di incertezza volle mettere fine (ahinoi, senza riuscirci) il codice civile del 1942.

Il legislatore infatti, consapevole degli infiniti contrasti sulla distinzione tra “danni morali diretti” (o “danni morali” *tout court*, ritenuti irrisarcibili) e “danni morali indiretti” (ai quali si attribuiva la qualifica di danni patrimoniali, come tali risarcibili), pensò di porre fine alle dispute dettando l'art. 2059 c.c., ed adottando la formula del “danno non patrimoniale”.

danni si distinguono in permanenti e transitori.

Come il male morale, anche il materiale può essere di carattere permanente o transitorio, di durata maggiore o minore, ed il criterio della lunghezza o della brevità della sofferenza può servire solo di base per la misura dell'indennizzo. Del resto, anche un patema d'animo può durare permanentemente, o per un tempo assai apprezzabile: la perdita di un figlio è una piaga dell'anima il più delle volte insanabile.

⁵ Un esempio per tutti: il Trib. Torino 11.12.1934, in Giur. tor., 1935, 124, ritenne che la frattura della clavicola d'una nobildonna (che viveva di redditi da patrimonio, non da lavoro) costituisse un danno “morale indiretto” (come tale risarcibile), perché riducendo la sua vita di relazione, l'avrebbe costretta a conoscere meno persone e concludere meno affari.

Con tale espressione il legislatore non volle affatto introdurre una nuova categoria di danno, aggiuntiva rispetto al pregiudizio che nella vigenza del codice del 1865 la prassi definiva “morale”, ma volle adottare una nozione che *lo riasorbisse e lo superasse*.

Lo si afferma chiaro e netto nella Relazione al codice civile, ove si legge che quella di “danno non patrimoniale” è espressione corretta e preferibile rispetto a quella “danno morale”: *“è più esatto il termine usato dal codice (danno non patrimoniale anziché danno morale) perché ci sono danni morali che sono contemporaneamente morali e materiali, così che, qualora la legge usasse la espressione “danno morale” potrebbe sorgere il dubbio, se per la risarcibilità del danno morale sia necessario che esso abbia anche dei riflessi patrimoniali. Nel sistema del codice, invece, il danno morale che si associa a detrimenti patrimoniali è risarcibile come danno patrimoniale, mentre il danno morale, che non riguarda in alcun modo il patrimonio, è risarcibile solo come tale, cioè come danno non patrimoniale. Si aggiunga che danno morale si contrappone piuttosto a danno fisico che a danno non patrimoniale, e il danno fisico può essere, a seconda dei casi, patrimoniale o non patrimoniale”* (Relazione ministeriale sul codice civile al Re Imperatore, § 92).

Possediamo ora tutti gli elementi per ricostruire il quadro:

- a) l'espressione adottata dal legislatore nel 1942 (“danno non patrimoniale”) era un sinonimo di quella adottata negli ottanta anni precedenti (“danno morale”), e fu scelta solo per evitare le ambiguità da quest'ultima suscitata;
- b) prima dell'intervento delle SS.UU. del 1924⁶, con l'espressione “danno morale” si designava *non solo* il mero patema d'animo, *ma anche* la lesione in sé e per sé considerata a beni personali: la vita, la salute, l'onore o la reputazione.

Questa analisi storica non consente dubbi sul fatto che il legislatore del 1942, scrivendo l'art. 2059 c.c., non intese introdurre alcuna artificiosa e cerebrina distinzione tra “danno non patrimoniale” e “danno morale”, ma intese semplicemente sostituire una nuova espressione a quella invalsa nell'uso, e che tanti dubbi ed incertezze aveva sollevato.

Purtroppo, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, la giurisprudenza non cambiò affatto lessico.

Avendo sempre chiamato “danni morali” tutti i pregiudizi non patrimoniali, dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942 continuò a fare altrettanto.

⁶ Cass. 20 ottobre 1924, in Giur. it., 1924, I, 1, 952, la quale, come si è visto al § precedente, sancì la irrisarcibilità del danno morale.

Nonostante la chiara lettera dell'art. 2059 c.c., e nonostante la spiegazione che di esso si dava nella relazione al codice, praticamente tutti i giudici di quell'epoca continuarono a ripetere, anche dopo il 1942, quel che ormai tralattivamente ripetevano da trent'anni, e cioè che:

- a) il “danno non patrimoniale” previsto dall'art. 2059 c.c. consiste unicamente nel “danno morale”;
- b) il “danno morale” è solo il patema d'animo soggettivo e transeunte;
- c) i danni non patrimoniali diversi dal morale non soggiacciono alla limitazione prevista dall'art. 2059 c.c.⁷.

4. L'intervento delle Sezioni Unite

L'orientamento che negava l'assimilazione tra danno morale (inteso quale patema d'animo transeunte) ed altri danni non patrimoniali (orientamento, come si è visto, funzionale allo scopo di sottrarre questi ultimi al limite di cui all'art. 2059 c.c.) cominciò ad entrare in crisi all'inizio degli anni Novanta.

Dopo varie tappe intermedie che non mette conto qui rievocare, con due coeve decisioni nel 2003 (Cass., sez. III, 31-05-2003, n. 8827 e Cass., sez. III, 31-05-2003, n. 8828, ambedue in *Danno e resp.*, 2003, 816 e ss.).

Con queste decisioni la S.C. stabilì che:

- a) tutti i danni si dividono in patrimoniali e non patrimoniali, e non esistono *tertia genera*;
- b) il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. ha natura omnicomprensiva;
- c) anche quando l'illecito non integri gli estremi di un reato, il danno non patrimoniale è sempre risarcibile nel caso di offesa a diritti della persona di rilievo costituzionale.

Così interpretato l'art. 2059 c.c., veniva meno sia il presupposto teorico, sia lo scopo pratico, della distinzione tra danno morale e danno non patrimoniale.

Il presupposto, infatti, era rappresentato dall'assunto che l'art. 2059 c.c. riguardasse solo una aliquota di tutti i danni non patrimoniali, là dove la S.C. affermò invece nelle sentenze appena ricordate l'esatto opposto, e cioè che l'art. 2059 c.c. disciplina tutte le ipotesi di danno non patrimoniale.

⁷ Appare superfluo qualsiasi riferimento, trattandosi di massima reiterata e tralattiva. Si è riscontrata una sola eccezione a tali affermazioni di principio: quella di Cass. 27 luglio 1973 n. 2213, la quale ritenne che il danno morale causato dalla morte di una persona cara potesse consistere non solo nel trauma psichico immediato, ma anche nel “*mutamento di una data situazione soggettiva ed oggettiva, resa deteriore dall'illecito sotto il profilo spirituale e morale*”.

Il colpo di grazia alla ormai anacronistica concezione del danno morale come “sofferenza soggettiva e transeunte” venne infine inferto dalle Sezioni Unite⁸. Queste ultime, riprendendo e sviluppando i principi già affermati dalle sentenze del 2003 sopra ricordate, affermarono i seguenti principi:

- a) il danno non patrimoniale è una categoria “unitaria e omnicomprensiva”, disciplinata dall’art. 2059 c.c.;
- b) non esistono categorie diverse di danni non patrimoniali sul piano giuridico, ma solo forme di manifestazione diverse dei danni non patrimoniali sul piano fattuale;
- c) la liquidazione del danno non patrimoniale deve sì avvenire tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, ma evitando di liquidare due volte il medesimo pregiudizio, sol perché venga chiamato con nomi diversi.

È assai utile seguire, su questi aspetti, le esatte parole della decisione delle Sezioni Unite (le sottolineature sono aggiunte): la “tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l’art. 2059 c.c. né l’art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l’effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo (...)”.

Va conseguentemente affermato che, nell’ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula “danno morale” non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento”⁹.

Da questa affermazione di principio discende che rientra nel concetto di danno biologico ogni sofferenza fisica o psichica provata dalla vittima, che di quel danno “per sua natura intrinseca costituisce componente”, e che “determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale (...), sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza”.

⁸ Cass. sez. un. 11.11.2008 n. 26972.

⁹ Cass. 26972/08, cit., § 2.10 dei “Motivi della decisione”.

*le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza*¹⁰.

Con questa decisione la Corte di cassazione non ha affatto stabilito, come qualche frettoloso commentatore sembrò ritenere, che la sofferenza causata dalle lesioni non sia un danno risarcibile.

La sofferenza resta un danno, e come tale è risarcibile se derivante da una lesione della salute o comunque da un fatto reato.

Quel che deve escludersi è che il medesimo pregiudizio (la sofferenza) possa essere liquidato due volte, dapprima a titolo di danno biologico e quindi a titolo di danno morale.

In presenza d'una lesione della salute, pertanto, il giudice dovrà in primo luogo chiedersi se il grado di invalidità permanente residuo alle lesioni tenga conto, dal punto di vista medico legale, anche del dolore fisico o della sofferenza morale.

Ciò non accade sempre.

Se l'infortunio ha provocato – poniamo – una lombosciatalgia, questa in altro non consiste che in dolore fisico: costituirebbe quindi un errore assegnare alla vittima del denaro per ristorare i postumi permanenti, e dell'altro denaro per ristorare il dolore. Ma se la lombosciatalgia ha costretto la vittima a rinunciare alla pratica del tiro con l'arco, nella quale era campione regionale, questa circostanza giustifica un aumento del risarcimento *standard*. Va da sé che in tal caso delle particolari sofferenze causate dall'infortunio il giudice dovrà tenere conto non già liquidando una posta di danno aggiuntiva rispetto al danno biologico, ma adeguatamente personalizzando la liquidazione di quest'ultimo.

5. La giurisprudenza dopo il 2008: ancora contrasti?

S'è appena detto che nel 2008 le Sezioni Unite della Corte di cassazione stabilirono:

- a) il danno non patrimoniale è una categoria giuridica unitaria, ma differenti sono solo i modi in cui si può manifestare;
- b) qualunque lesione fisica provoca per ciò solo dolore e sofferenza;
- c) liquidare congiuntamente ed automaticamente il danno biologico e quello morale costituisce una duplicazione risarcitoria.

Con la precisazione che, beninteso, una lesione della salute può ben provocare conseguenze dannose non patrimoniali che trascendono la semplice inva-

¹⁰ Cass. 26972/08, cit., § 4.8 dei "Motivi della decisione".

lità (si pensi al caso di lesioni che procurano vergogna, perdita dell'autostima, senso di inutilità, rimpianto): tuttavia tali conseguenze non sono automatiche; non possono essere ritenute *in re ipsa*, non possono essere risarcite se non sono debitamente allegare e provate.

6. Il criterio ordinante: dolore ed invalidità

Abbiamo dunque fissato nelle pagine che precedono quattro punti fermi.

Il primo punto è che l'espressione "danno morale", nel corso dei secoli, è stata usata in senso polisemico: un tempo designava qualsiasi tipo di danno non patrimoniale; poi venne adoperata in modo promiscuo per designare sia danni non patrimoniali (definiti "danni morali diretti"), sia danni patrimoniali (definiti "danni morali indiretti"); in una terza fase passò a designare non ogni sofferenza, ma solo quella che fosse "soggettiva e transeunte".

L'espressione "danno morale" è dunque ambigua, polisemica, incrostata di significati diversi, e va ripudiata.

Il secondo punto è che ripudiare l'espressione "danno morale" non vuol dire negare la risarcibilità della sofferenza causata dall'illecito. Il nostro ordinamento adotta una concezione vastissima di danno non patrimoniale: vi rientrano tutti i pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, e dunque anche la sofferenza morale ed il dolore fisico.

Il terzo punto è che la sofferenza causata da un fatto illecito non può immaginarsi in astratto, ma deve accertarsi in concreto. Col ricorso se necessario a presunzioni od al fatto notorio, ma un accertamento vi deve pur essere.

Il quarto punto è che talune sofferenze morali sono necessariamente comprese nella percentuale di invalidità permanente suggerita dai *barèmes* medico legali per ciascun tipo di postumi. Lo sono perché quelle percentuali di invalidità sono state pensate e formulate proprio supponendo l'esistenza di quelle sofferenze.

Eccoci dunque giunti alla questione più delicata di tutte: la "vera" e sola questione sul tappeto ogni volta che si tratti di stimare il danno alla salute: in quali casi la sofferenza provocata dalla lesione dovrà ritenersi già incluso nel grado di invalidità permanente, ed in quali no?

Così, per fare un esempio: quando il medico-legale suggerisce che un'anchilosi dell'articolazione tibioastragalica comporta un'invalidità del 10%, in questa percentuale deve ritenersi o no ricompresa anche il dolore provato dalla vittima ogni volta che sale le scale?

Che l'invalidità ed il dolore siano ambedue danni non patrimoniali non vuol dire che la quantificazione medico legale dell'una ricomprenda necessariamente l'altro. È ben concepibile l'esistenza di danni di identica natura, ma che vanno

accertati e liquidati con criteri diversi. Si pensi al danno emergente ed al lucro cessante: tutti due sono danni di natura patrimoniale, ma mai nessuno ha dubitato che possano essere liquidati cumulativamente.

Ebbene, il danno rappresentato dall'incidenza dell'invalidità sulle attività vitali e quello rappresentato dal dolore sono pregiudizi non sempre coincidenti, pur avendo la medesima natura.

Questa conclusione si trae sia da alcuni indici normativi, indiretti ma inequivoci, sia delle acquisizioni più moderne della medicina legale. Esaminiamo perciò brevemente questi due profili, prima di trarre da essi le riflessioni utili alla soluzione del nostro problema.

A) Gli indici normativi

Il nostro ordinamento, pur non contenendo alcuna definizione del “danno morale”, contiene tuttavia alcuni indici normativi dai quali desumere che, per il legislatore, il danno da invalidità non comprende necessariamente quello da dolore.

Così, l'art. 29 l. 18 dicembre 1984, n. 976¹¹, nel disciplinare la responsabilità del vettore ferroviario nei trasporti internazionali, demanda ai singoli ordinamenti degli Stati firmatari di stabilire “*se ed in quale misura la ferrovia è tenuta a corrispondere risarcimenti (...) dei danni morali, fisici (pretium doloris) ed estetici*”.

Analogamente, l'art. 4, comma 4, lettera (g), del d.m. 2 marzo 2006, n. 145¹², nel disciplinare l'offerta di servizi aggiuntivi da parte dei gestori telefonici, stabilisce che le informazioni o prestazioni fornite tramite tali servizi non debbono arrecare “*danno morale, fisico o economico*”.

Vi è poi l'art. 6, comma 1, l. 3.8.2004 n. 206¹³, il quale nel prevedere speciali elargizioni in favore delle vittime di terrorismo già titolari di pensione di invalidità, stabilisce che la misura percentuale dell'invalidità debba essere rivalutata per tenere conto “*del riconoscimento del danno biologico e morale*”. E la distinzione tra danno biologico e morale è ribadita dal regolamento di attuazione della legge testé ricordata (d.p.c.m. 27.7.2007), il cui § 9 stabilisce che l'art. 6 l. 206/04 va interpretato nel senso che la valutazione del danno deve avvenire in base alla “*condizione globale della salute della vittima del terrorismo, nei suoi aspetti fisici, psichici e morali che abbiano riflesso permanente sulla capacità lavorativa*”.

¹¹ Recante “Ratifica ed esecuzione della convenzione relativa ai trasporti ferroviari internazionali (COTIF), adottata a Berna il 9 maggio 1980”.

¹² Dal titolo “Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo” (forniti dai gestori telefonici).

¹³ Recante “Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice”.

E lo stesso dicasi per gli artt. 138 e 139 cod. ass., come novellati nel 2017.

Le fonti appena ricordate dimostrano, sia pure in modo implicito, che per il legislatore altro è il pregiudizio morale, altro quello fisico: altrimenti non avrebbero avuto senso alcuno formule legislative come quelle sopra trascritte, che distinguono tra danno morale e danno fisico.

Che poi il danno morale e quello fisico abbiano identica natura (non patrimoniale) non vuol dire, come già accennato, che essi necessariamente coincidano. La medesimezza della natura rileva, come meglio si vedrà tra breve, sul piano pratico della liquidazione, e va tenuta presente per evitare duplicazioni risarcitorie, ma non vuol dire affatto che nella liquidazione del danno alla salute la sofferenza provata dalla vittima non venga in rilievo ai fini della personalizzazione del risarcimento.

B) Le acquisizioni della medicina legale

Oltre che da indici normativi, la non necessaria coincidenza tra invalidità e dolore si desume dalla natura stessa dei pregiudizi in esame, per come è stata studiata dalla medicina legale.

Già molti anni fa, autorevole dottrina ammetteva che i danni non patrimoniali costituissero una categoria unitaria, e che tutti fossero disciplinati dall'art. 2059 c.c., ma all'interno di essi distingueva naturalisticamente la “sofferenza non accompagnata da alterazione di funzionalità organica” dalla “compromissione dell'integrità fisica non avente ripercussioni patrimoniali”, proponendo criteri di liquidazione diversi per l'una e l'altra¹⁴.

Anche autorevoli medici legali, dal canto loro, hanno ribadito che “la dimensione del danno morale non è riconducibile nell'ambito del danno alla salute”, se non quando degeneri in una malattia psichica¹⁵. Ciò in quanto il dolore non è solo un “fatto” fisico fondato su basi neurobiochimiche, ma è anche un evento emotivo, la cui intensità scaturisce da fattori anche psicologici, ed i cui effetti si producono non solo in ambito strettamente organico, ma anche affettivo e sociale¹⁶.

¹⁴ Bonvicini, *Il danno a persona*, Milano, 1958, 262.

¹⁵ Bargagna, *Rilievi critici e spunti ricostruttivi*, in Bargagna e Busnelli (a cura di), *La valutazione del danno alla persona*, Padova 1986, 459; nello stesso senso Bisordi, *Ai confini tra danno morale e danno alla salute: il ruolo della scienza medico-legale*, in Navarretta (a cura di), *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, 163.

¹⁶ Bisordi, *Ai confini tra danno morale e danno alla salute: il ruolo della scienza medico-legale*, in Navarretta (a cura di), *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, 169.

Tale conclusione è corroborata dalle definizioni adottate sia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, sia dall'Associazione internazionale per lo studio del dolore (*International Association for the Study of Pain – IASP*), secondo cui il dolore è un'esperienza sia sensoriale che emozionale, che risulta dalla fusione di una componente percettiva, detta *nocicezione*, la quale è una modalità sensoriale di ricezione e trasmissione di stimoli dolorosi; e di una parte esperienziale, come tale del tutto soggettiva, che è lo stato psichico collegato alla percezione di una sensazione spiacevole. Il dolore, detto altrimenti, è un fenomeno che può avere sia una base organica, sia una base emozionale, sia tutte e due¹⁷. Da ciò la conclusione che l'esperienza del dolore è determinata dalla dimensione affettiva e cognitiva, dalle esperienze passate, dalla struttura psichica e da fattori socio-culturali¹⁸.

Tali concetti sono stati riassunti dal Ministero della salute nello schema che segue¹⁹:



¹⁷ Micheli, *Gli aspetti algologici*, in Valdinì (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 27 e ss..

¹⁸ Per tutti, si veda Valdinì (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, *passim*, ma specialmente 27 e ss..

¹⁹ Tratto dal sito web www.ministerosalute.it/dettaglio/pdPrimoPiano.jsp?id=44&sub=6&lang=it.

C) Conclusioni

Le considerazioni che precedono conducono al seguente risultato: il grado di invalidità permanente espresso dai *barèmes* medico-legali con riferimento ai singoli tipi di *handicap* non sempre e non necessariamente esprime anche le sofferenze, le rinunce e le paure patite dalla vittima.

Si pensi ad esempio al caso di un bambino che, in conseguenza dell'aggressione da parte di un cane mordace, patisca una ferita lacero-contusa, guarita con un modesto esito cicatriziale al volto. Immaginiamo altresì che, secondo un autorevole *barème* medico-legale, tali esiti corrispondano ad una invalidità permanente del 5%.

Ebbene, quando la scienza medico-legale ha fissato nella misura del 5% lo sfregio non grave del volto, certamente ha tenuto conto delle conseguenze *ordinarie* di uno sfregio di questo tipo: ad esempio, una maggiore difficoltà nel relazionarsi agli altri, ovvero il dispiacere di avvertirsi "imbruttiti". Certamente, però, quel grado di invalidità permanente non può esprimere lo spavento o, peggio, il paralizzante terrore provato dalla vittima di un'aggressione canina.

Vi possono essere però casi, all'opposto, in cui il grado di invalidità permanente può ritenersi comprensivo di tutte le conseguenze causate dal trauma, senza che residui spazio alcuno per la considerazione della sofferenza morale. Si pensi, ad esempio, al caso della ritardata esecuzione di parto cesareo, con conseguente ipossia cerebrale del feto e tetraparesi del neonato. In questo caso sarebbe irragionevole sostenere che la vittima abbia provato dolore fisico, come pure rabbia, o spavento, al momento della lesione. In tal caso pertanto l'eventuale percentuale di invalidità permanente accertata *in corpore* (poniamo, 90%) dovrebbe tendenzialmente esprimere il danno alla salute nella sua interezza, senza che possa venire in rilievo la considerazione del dolore.

Occorre dunque riconoscere che con l'espressione generica di "dolore" si designano due pregiudizi diversi:

- a) il dolore fisico a base organica (corrispondente al lemma latino *dolor*);
- b) la sofferenza emotiva, sussistente a prescindere da una base organica (corrispondente al lemma latino *aegritudo*)²⁰.

²⁰ Per la teorizzazione di questa distinzione si veda Buzzi, *Critica pragmatica agli intenti di quantificare il danno da dolore*, in Valdini (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 103 e ss..

L'autore illustra la distinzione tra dolore fisico e dolore morale equiparandola a quella tra i lemmi greci *algos* e *paθos*, che tuttavia non sembra filologicamente corretta: per un verso, infatti, *algos* è attestato oltre 90 volte in Omero come sinonimo di dolore morale; per altro verso il lemma greco "*paθos*" esprime non solo la sofferenza, ma anche qualsiasi passione o commozione dell'animo, e

Il primo tipo di pregiudizio rientra nel dominio della medicina legale, e va perciò necessariamente ricompreso nella determinazione del grado di invalidità permanente, e risarcito attraverso la monetizzazione di quest'ultima.

Il secondo tipo di pregiudizio non è medico-legalmente obiettivabile, ed il suo accertamento così come la sua valutazione esula dalle competenze del medico legale. Esso pertanto non può ritenersi risarcito attraverso la mera monetizzazione del grado di invalidità permanente risultante dall'applicazione del *barème*.

Tra i pregiudizi del primo tipo rientrano principalmente il dolore fisico causato dalla lesione e quello causato dalle cure, nella misura in cui possono ritenersi conseguenza "normale" di quel tipo di lesione²¹. Questo genere di sofferenza pertanto non può essere invocato quale fattore di personalizzazione del danno alla salute, perché di esso si deve tenere conto nella determinazione del grado di invalidità temporanea o permanente²².

Tra i pregiudizi del secondo tipo rientrano principalmente:

- a) lo spavento provocato dalle modalità di inflizione della lesione;
- b) l'ansia e la preoccupazione causate dalle proprie condizioni di salute, le quali a loro volta comprendono:
 - b') il timore per la propria sorte;
 - b") il timore per l'andamento dei propri affari;
 - b''') il dispiacere provato per l'ansietà suscitata nei propri cari;
- c) la perdita stima, considerazione o compiacimento di sé;
- d) la tristezza ed il rimpianto per il perduto benessere.

I principi appena riassunti sono stati affermati dalla Corte di cassazione in due importanti decisioni: Cass. civ. [ord.], sez. III, 27-03-2018, n. 7513, in Nuova giur. civ., 2018, 838; e Cass. civ., sez. III, 10/11/2020 n. 25164.

La prima di tali decisioni ha tracciato la distinzione tra pregiudizi non patrimoniali aventi fondamento medico-legale, e pregiudizi non patrimoniali

così è usato in Tucidide e Platone (cfr. Liddell e Scott, *Dizionario illustrato greco-italiano*, Firenze 1983, 45 e 939).

Per la prospettiva del filosofo, cfr. altresì Desideri, *Sul senso del dolore*, in www.philos.unifi.it/upload/sub/Materiali/Preprint/desideri2.pdf.

²¹ Secondo Buzzi, op. ult. cit., 113, il dolore da condropatia del ginocchio, da pseudoartrosi di femore, da instabilità di caviglia o da stabilizzazione chirurgica vertebrale trova "*usuale e agevole quantificazione attraverso una razionale, semplice e adeguata modulazione della percentuale del danno biologico permanente che si attaglia alle rispettive fattispecie organiche*".

²² Anche autorevoli medici legali hanno sollevato il sospetto che, se così non fosse, vi sarebbe "*duplicazione risarcitoria con la contemporanea liquidazione di danno biologico e morale*" (Ronchi e Cucci, *Proposte valutative*, in Valdini (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 117 e ss., ma specialmente 122).

non aventi fondamento medico-legale; ha chiarito come debbano accertarsi e liquidarsi gli uni e gli altri; ha suggerito di riservare l'espressione "danno morale" ai soli pregiudizi non patrimoniali non aventi fondamento medico-legale.

La seconda di tali decisioni ha completato la prima, chiarendo che l'accertamento del danno morale può avvenire anche facendo ricorso al fatto notorio alle presunzioni semplici; che esso deve essere allegato e provato da chi lo invoca; che in ogni caso la motivazione deve evidenziare se ed in che misura il giudicante ha tenuto conto dell'uno o dell'altro tipo di pregiudizi non patrimoniali.

7. L'accertamento

L'accertamento in concreto delle sofferenze morali causate da una lesione della salute pone due problemi all'interprete:

- a) se si debba tenere conto della sensibilità della vittima, o di quella dell'uomo medio;
- b) se sia concepibile una sofferenza morale in capo alla vittima incosciente. Esaminiamoli partitamente.

A) La sofferenza morale "media"

La sopportazione del dolore varia da individuo ad individuo, così come la forza d'animo e la capacità di resistere "*ai sassi e ai dardi dell'oltraggiosa fortuna*".

Può dunque accadere che lesioni del medesimo tipo, inferte con le medesime modalità e guarite con identici postumi provochino sofferenze avvertite con intensità diversa dalle varie vittime.

In questo caso sorge il problema se il "peso" monetario da dare alla sofferenza debba essere parametrato alla sensibilità della vittima, ovvero a quella di un uomo medio.

La soluzione preferibile è la seconda: sia perché non esistono criteri per accertare la maggiore o minore sensibilità delle varie vittime; sia perché l'opposta soluzione darebbe la stura a simulazioni e frodi; sia perché tutta la materia della responsabilità civile (dall'accertamento della diligenza a quello del nesso causale, a quello della colpa) è permeata dal riferimento al criterio della "normalità": la diligenza che va osservata nell'adempimento delle obbligazioni è quella dell'uomo medio (art. 1176 c.c.); le conseguenze risarcibili del fatto illecito sono quelle che costituiscono una conseguenza "normale" della condotta; i danni non risarcibili sono quelli che la vittima poteva evitare con l'uso della "normale"

diligenza. Dunque anche la valutazione di un danno *sine materia* come la sofferenza morale non può prescindere da una valutazione fondata sull'*id quod plerumque accidit*²³.

B) La vittima incosciente

Può accadere che le lesioni causate dal fatto illecito siano di tale gravità da provocare nella vittima uno stato di incoscienza; come pure può accadere che lesioni personali siano patite da persona che già si trovi in stato di incoscienza (si pensi al caso del danno al concepito causato da errore del medico).

In questi casi sorge il problema di stabilire se sia concepibile l'esistenza e la risarcibilità di un pregiudizio consistente nel "dolore" e nella "sofferenza" in un soggetto che non sia in grado di avvertire tali sensazioni.

La soluzione corretta è la seconda.

Infatti, una volta ammesso che la sofferenza morale costituisce un pregiudizio risarcibile (e sotto questo profilo non ha rilievo stabilire se in via autonoma o come personalizzazione del danno biologico), è evidente che dove sofferenza non vi è stata, non può esservi stato nemmeno il danno.

Né varrebbe affermare che quel che rileva ai fini del risarcimento è l'esistenza del danno, non la sua percepibilità. Questo rilievo vale per il danno alla salute, che giustamente va liquidato anche a chi versi in stato di incoscienza, perché anch'egli ha oggettivamente perso il bene "salute". Altrettanto non può dirsi per la sofferenza morale, perché qui il danno consiste giustappunto in una sensazione spiacevole, e non è concepibile che possa dirsi "danneggiato" chi quella sensazione non ha affatto avvertito.

²³ Così Bonvicini, *Il danno a persona*, Milano, 1958, 264. Dello stesso avviso Bianca, *diritto civile*, vol. V, Milano 1997, 174, secondo cui la misura del risarcimento del danno in questione deve essere "socialmente adeguata", e cioè valutata obiettivamente ed a prescindere dalla soddisfazione morale che la vittima possa ritrarne.

Nello stesso senso, sul piano medicolegale, si vedano Ronchi e Cucci, *Proposte valutative*, in Valdini (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 117 e ss., ma specialmente 123, secondo cui nella elaborazione di una scala di valori della sofferenza è giocoforza fare riferimento ad una "media teorica", in quanto il dolore è sintomo soggettivo che non solo può essere volutamente amplificato, ma che "può essere vissuto con diversa intensità in funzione di tolleranza individuale, sensibilità, precedenti esperienze".

Di diverso avviso invece Bona, *Liquidazione del danno morale da lesioni personali*, in AA.VV., *Il nuovo danno alla persona*, Milano 1999, 56, secondo cui il grado di sensibilità sarebbe un criterio "utile" per la liquidazione dei pregiudizi morali. Lo stesso autore ammette però che il principio comporterebbe "notevoli difficoltà" applicative.

8. La liquidazione

Per quanti sforzi dottrina e giurisprudenza abbiano compiuto, deve riconoscersi che ad oggi non possediamo alcun criterio sufficientemente obiettivo per dare un valore monetario alla sofferenza morale. Il che, a ben vedere, è *in rerum natura*: se, infatti, intendiamo per danno morale la sofferenza morale soggettiva, è evidente che di essa possiamo presumere le cause, possiamo conoscere gli effetti, ma non possiamo mai misurarne l'intensità, la quale "*intender non la può chi non la prova*".

Per la misurazione della sofferenza morale non è possibile quindi indicare criteri obiettivi, ma solo parametri di riferimento, con l'avvertenza che ogni giudizio costituisce un caso a sé, e che è la liquidazione di questo tipo di danno che più di altre esige un attento esercizio del potere equitativo da parte del giudice.

Principio generalissimo, sul punto, è che la liquidazione del danno morale da lesione della salute deve essere compiuta valutando tutte le circostanze del caso concreto, ed al di fuori di ogni automatismo e con valutazione equitativa²⁴. Pertanto, nella motivazione della sentenza, il giudice non può mai limitarsi ad adottare formule del tipo "si ritiene equo", ma deve indicare gli elementi dei quali ha tenuto conto nella liquidazione del danno.

Il primo e principale elemento che il giudice deve valutare, ai nostri fini, è rappresentato dalla entità oggettiva del danno. Esiste dunque una correlazione diretta tra entità delle lesioni fisiche o psichiche ed entità della sofferenza morale; correlazione certo non automatica (nel senso che, ad esempio, a lesioni di entità doppia corrisponda una sofferenza di entità doppia), ma che non può essere trascurata. L'ammontare del danno dovrà quindi essere "*tanto più consistente quanto più grande, duraturo, e profondo risulta il dolore del soggetto offeso, in guisa da assicurare una razionale correlazione tra l'entità oggettiva del danno ed il suo equivalente pecuniario, sicché questo non rappresenti una mera parvenza di risarcimento*"²⁵.

Facendo leva sulla violazione del principio in esame, la Corte di cassazione ha ritenuto di potere riesaminare persino la scelta equitativa compiuta dal giudice del merito con valutazione di fatto, quando essa sia "manifestamente simbolica"²⁶.

²⁴ *Ex multis*, in tal senso, Cass., sez. lav., 08-03-2006, n. 4980, in Notiziario giurisprudenza lav., 2006, 336; Cass., sez. III, 14-07-2004, n. 13066, in Danno e resp., 2005, 537; Cass., sez. III, 15-06-2004, n. 11292, in Arch. circolaz., 2004, 1171; Cass., sez. III, 02-04-2004, n. 6519, in Arch. circolaz., 2004, 992; Cass. 19-1-1999 n. 475, in Orient. giur. lav., 1999, I, 295.

²⁵ Cass., sez. III, 02-03-1998, n. 2272, in Foro it. Rep. 1998, Danni civili, n. 224.

²⁶ Nel caso di specie, il giudice del merito aveva liquidato in 5 milioni di lire il danno morale subito da una persona che, in seguito ad un sinistro stradale, aveva perso l'uso delle gambe. La Corte ha

Nel tenere conto dell'entità della lesione devono considerarsi non solo i suoi effetti attuali, ma anche il suo imprevedibile sviluppo futuro: e quindi l'eventualità che il dolore tenda ad attenuarsi, od il ricordo a sbiadire, od ancora l'eventualità che la vittima possa assuefarsi alla nuova condizione. Ovviamente la ricorrenza di tali circostanze dovrà comportare un abbattimento della liquidazione.

È stato, invece, escluso che nella valutazione delle sofferenze morali possano farsi ulteriori distinzioni, ed effettuare più liquidazioni (ad esempio, una liquidazione per le sofferenze patite durante il periodo di invalidità temporanea, ed una per quelle patite dopo il consolidarsi dei postumi permanenti²⁷).

Sebbene questi principi possano ritenersi ormai pacifici nella giurisprudenza, quando si passa dall'empireo delle astrazioni al terreno insidioso delle applicazioni pratiche non è raro riscontrare in talune decisioni di merito il più cieco empirismo.

Tale inconveniente, come accennato, è ineliminabile per le sofferenze morali a base emotiva, per le quali non è oggettivamente possibile alcuna seria griglia di classificazione.

Interessanti tentativi sono stati invece compiuti per dare una base scientifica – o comunque, il meno possibile empirica – all'accertamento dell'intensità del dolore avente base organica. Tra questi, merita menzione quello di dividere il dolore fisico in 5 classi di intensità, e assegnare a ciascuna classe un punteggio da 1 a 5, in funzione della sussistenza o meno di vari "parametri-indice" dai quali desumere l'intensità della sofferenza.

Ne è risultata la seguente tabella²⁸:

cassato tale decisione, osservando che la liquidazione del danno in esame *“deve rispettare l'esigenza di una razionale correlazione tra entità oggettiva del danno, specie se reiterato nel tempo, ed equivalente pecuniario, in modo che questo, tenuto conto del potere di acquisto della moneta, mantenga la sua connessione con l'entità e la natura del danno da risarcire e non rappresenti solo un “simulacro” o una parvenza di risarcimento.*

Tale principio (...) comporta la censurabilità dell'esercizio del potere equitativo del giudice di merito, quante volte la liquidazione del danno morale appaia manifestamente, se non addirittura simbolica, per nulla correlata con le stesse premesse di fatto in ordine alla natura e all'entità del danno accertate dal medesimo giudice” (Cass. 21.5.1996 n. 4671, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1996, 927).

Resta il problema di stabilire quando possa ritenersi “meramente simbolica” la liquidazione del danno non patrimoniale, formula nell'uso della quale la Corte corre il serio rischio di trasformarsi in giudice di merito.

²⁷ Cass., sez. III, 24-06-2003, n. 10022, in Foro it. Rep. 2003, Danni civili, n. 388.

²⁸ Da Ronchi e Cucci, *Proposte valutative*, in Valdini (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 128.

Durata iter clinico	Terapia analgesica	Presidi vari	Intervento chirurgico	Rinunce quotidiane	Punteggio
Fino a 1 mese	Analgesici minori per os (es., FANS)	Tutore morbido (es. collare)	Medicazione ferita cutanea	Minime	1
Fino a 3 mesi	Analgesici minori per via iniettiva; infiltrazioni articolari; cure fisiche (es. ionoforesi); fisioterapia	Tutore elastico (es. Dessault, tensoplast, ginocchiera elastica); protesi dentarie; stecca da immobilizzazione (es. Splint)	Piccola chirurgia ambulatoriale (es. estrazione dentaria)	Scarse	2
Fino a 6 mesi	Analgesici maggiori (es. toradol)	Tutore semirigido (es. ginocchiera Don Joy); gesso; immobilizzazione mandibolare	Chirurgia ospedaliera in anestesia loco-regionale	Medie	3
Fino a 12 mesi	Analgesici stupefacenti	Fissatore sterno; stomie cutanee	Chirurgia ospedaliera in anestesia generale	Medio-alte	4
Oltre 12 mesi	Blocchi nervosi, infiltrazioni anestetici, cateteri spinali	Plurimi presidi tra loro combinati	Plurimi interventi chirurgici	Notevoli	5

Così, ad esempio, una lesione che abbia causato un *iter* clinico fino a 3 mesi (2 punti), l'assunzione di analgesici minori per via iniettiva (2 punti), nessun presidio terapeutico (0 punti), una medicazione ambulatoriale (2 punti) e rinunce quotidiane scarse (2 punti), avrà un punteggio totale di 8/25, ovvero 32%.

Questo dato clinico potrebbe essere utilizzato dal giudice in vario modo: ad esempio, aumentando il valore del punto d'invalidità del 32%, ovvero prevedendo una tabella *ad hoc* per monetizzare questo tipo di pregiudizio.

9. La sofferenza morale per le lesioni subite dal congiunto

A) Risarcibilità del danno

La sofferenza morale costituisce un danno risarcibile non solo quando è causata da lesioni patite direttamente dalla vittima, ma anche quando è causata da lesioni personali patite da un proprio congiunto.

Vedere un proprio caro sofferente, menomato, invalido, costituisce per qualsiasi persona di normale sensibilità fonte di grande afflizione, e quest'ultima costituisce un danno in senso giuridico.

In passato la risarcibilità di tale pregiudizio venne a lungo negata dalla giurisprudenza, sul presupposto che solo il leso poteva considerarsi "vittima" del reato, e quindi solo questi aveva diritto al risarcimento del danno morale, ex art. 185 c.p.²⁹.

Negli ultimi anni, tuttavia, dopo l'insorgere di vari contrasti su tale questione³⁰, essa è stata risolta dall'intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno stabilito

²⁹ Cass. 17.11.1997 n. 11396, in Foro it. Rep., 1997, *Danni civili*, 108; Cass. 21.5.1996 n. 4671, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1996, 935; Cass. 17.10.1992 n. 11414, in Arch. circolaz., 1993, 158; Cass. 16.12.1988 n. 6854, in Giur. it., 1989, I, 1, 962; Cass. 21.5.1976 n. 1845, in Giust. civ., 1976, I, 1652. All'orientamento dominante della S.C. si opponeva tuttavia una considerevole parte della giurisprudenza di merito, osservando che il tenore letterale dell'art. 185 c.p. non limitava affatto il diritto al risarcimento alla vittima del reato [Trib. Udine 29.1.1998, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1999, 562; Trib. Napoli 31.12.1996, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1997, 837; App. Venezia 11.2.1993, in Giur. merito, 1994, 37; Trib. Verona 4.3.91, in Giur. merito, 1992, 823 (in quest'ultimo caso, però, il leso versava in irreversibile stato comatoso); Trib. Verona 15.10.1990, in Foro it., 1991, I, 261; Trib. Milano 18.6.1990, in Giur. merito, 1992, 358; Trib. Treviso 13.3.1986 in Resp. civ. prev., 1987, 496; Trib. Milano 13.5.1982, in Riv. it. med. leg., 1982, 1011].

³⁰ La prima decisione di legittimità a porsi in contrasto con l'orientamento tradizionale fu Cass. 23.4.1998 n. 4186, in Danno e resp., 1998, 686 (la cui ampia motivazione fu largamente ripresa dalle SS.UU. con la sentenza che compose i contrasti), seguita da Cass., sez. III, 01-12-1999, n. 13358, in Dir. ed economia assicuraz., 2000, 656, e Cass., sez. III, 19-05-1999, n. 4852, in Foro it., 1999, I, 2874.

che anche i prossimi congiunti della vittima primaria di lesioni personali hanno diritto al risarcimento del danno non patrimoniale consistito nel dolore e nell'afflizione provati per la sofferenza del proprio caro³¹.

A questa conclusione le Sezioni Unite sono pervenute sulla base di due argomentazioni:

- a) da un lato, rivisitando la nozione di “nesso causale”, ed ammettendo che la sofferenza morale patita dai prossimi congiunti del lesso non è un danno “di rimbalzo”, ma è un danno immediato e diretto, come tale risarcibile sia in base all'art. 40 c.p., sia in base all'art. 1223 c.c.;
- b) dall'altro, negando che gli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. fossero d'ostacolo alla risarcibilità del danno in esame, perché la persona danneggiata dal reato non deve necessariamente coincidere col titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice³².

Dopo l'intervento delle Sezioni Unite l'affermazione della risarcibilità della sofferenza morale patita dai congiunti del lesso è divenuta *ius receptum*³³.

Dal nuovo orientamento dissentì invece apertamente Cass., sez. lav., 23-02-2000, n. 2037, in Giust. civ., 2000, I, 1655.

³¹ Cass., sez. un., 01-07-2002, n. 9556, in Dir. e giustizia, 2002, fasc. 34, 21.

³² L'affermazione della risarcibilità del danno morale in capo ai congiunti del lesso va salutata come una conquista di civiltà. La vecchia interpretazione restrittiva si sarà pur fondata infatti su argomenti ineccepibili in diritto, ma cozzava frontalmente contro un dato di comune esperienza, da secoli messo in luce da illustri pensatori. Si consideri, al riguardo, quanto sul tema scriveva già due secoli fa Melchiorre Gioia: *“le pene che affliggono le persone che ci sono care, affliggono noi stessi. La madre, il padre, i figli, i fratelli dell'offeso, alla vista delle sue convulsioni dolorose si sentono lacerare l'animo in tutti i punti. Non è raro il caso d'udire una giovine sposa protestare colle lagrime sul ciglio e sinceramente, che tutto s'addosserebbe il dolore per liberarne il marito.*

L'opinione pubblica dà segno di vivissima sorpresa, se per avventura un figlio si permette di sorridere mentre suo padre è addolorato (...).

Dunque le alterazioni prodotte nella felicità de' membri d'una famiglia dalle ferite ricevute da uno di essi, essendo conseguenze necessarie della sensibilità comune, approvate dalle leggi divine ed umane, vogliono proporzionato compenso.

Tutti i codici moderni hanno ommesso questo articolo. Siffatta omissione reca tanto maggiore meraviglia, quanto che alcuni di essi non hanno dimenticato il compenso che a titolo di dolori fisici è dovuto al ferito. Infatti se debbesi porre a calcolo il dolore fisico del ferito, molto più debbesi calcolare il dolor morale de' parenti, il quale

1° Ne è una conseguenza immediata e necessaria;

2° Spesso lo supera nell'intensità;

3° È pegno delle più nobili affezioni” (Gioia, *Dell'ingiuria, dei danni e del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i tribunali civili*, Milano 1829, 214-215).

³³ Cass., sez. III, 03-04-2008, n. 8546, in Arch. circolaz., 2008, 631; Cass., sez. III, 22-06-2007, n. 14581, in Assicurazioni, 2007, II, 2, 301; Cass., sez. III, 08-11-2006, n. 23865, in Arch. circolaz.,

B) Prova del danno

La S.C., consapevole del rischio che la proclamata risarcibilità del danno morale ai congiunti del leso potesse incentivare liti pretestuose, ha sentito il bisogno di precisare che il danno in questione non può mai essere ritenuto *in re ipsa*, o ritenuto esistente sulla base del notorio (art. 115 c.p.c.), ma va dedotto e dimostrato in concreto, anche attraverso presunzioni. Ed infatti la prova del danno in questione è essenzialmente presuntiva³⁴. La giurisprudenza risale al fatto ignorato della sussistenza del danno, partendo dal fatto noto della gravità delle lesioni, della loro natura e del grado di parentela tra vittima primaria e vittima secondaria.

Il primo parametro cui avere riguardo per l'accertamento della sussistenza del danno in esame è quello dell'entità delle lesioni patite dalla vittima primaria. È infatti evidente che qualsiasi lesione della salute (anche, in tesi, una modesta sbucciatura od una banale influenza) può provocare ansia e preoccupazione nei prossimi congiunti del malato, ma ciò non è ancora sufficiente per ritenere sussistente un danno non patrimoniale risarcibile³⁵.

Occorre, da un lato, che la lesione sia stata tale da compromettere lo svolgimento del rapporto parentale (come ritenuto da Cass. 9556 /02, cit.); e dall'altro che tale compromissione sia di tale gravità, da poter attingere quella soglia di meritevolezza, al di sotto della quale l'ordinamento non può apprestare tutela.

In base a questi principi, il risarcimento del danno in questione è stato negato – ad esempio – nei seguenti casi:

- danno domandato dal genitore di adolescente che aveva patito una invalidità del 10%³⁶;

2007, 812; Cass., sez. III, 03-10-2005, n. 19316, in Foro it. Rep. 2005, Danni civili, n. 232; Cass., sez. III, 08-06-2004, n. 10816, in Foro it. Rep. 2004, Danni civili, n. 240; Cass., sez. III, 11-03-2004, n. 4993, in Foro it., 2004, I, 2108; Cass., sez. III, 14-07-2003, n. 10996, in Foro it. Rep. 2003, Danni civili, n. 238; Cass., sez. III, 16-05-2003, n. 7629, in Arch. circolaz., 2003, 1074; Cass., sez. III, 14-05-2003, n. 7379, in Arch. circolaz., 2003, 931; Cass., sez. III, 26-02-2003, n. 2888, in Arch. circolaz., 2003, 564.

Per la giurisprudenza di merito, nello stesso senso, Trib. S. Angelo dei Lombardi, 30-10-2003, in Dir. e giustizia, 2004, fasc. 23, 74.

³⁴ Cass., sez. III, 08-11-2006, n. 23865, in Arch. circolaz., 2007, 812; Cass., sez. III, 14-07-2003, n. 10996, in Foro it. Rep. 2003, Danni civili, n. 238.

³⁵ La S.C. esige che si tratti di "*lesioni seriamente invalidanti, giacché lesioni minime o prive di postumi non rendono configurabile una sofferenza psicologica inquadabile nella nozione di danno morale*" (Cass., sez. III, 08-06-2004, n. 10816, in Foro it. Rep. 2004, Danni civili, n. 240).

³⁶ Cass., sez. III, 22-05-2006, n. 11947, in Foro it. Rep. 2006, Danni civili, n. 346; nello stesso senso Trib. Roma 7.7.2007, F.A. c. *Meieaurora*, in www.dejure.it.

- danno domandato dal marito di donna che aveva patito una invalidità del 5%³⁷;
- danno domandato dai figli di persona cui era stata diagnosticato in ritardo, per colpa dei medici, una malattia tumorale; la pronuncia di rigetto venne motivata col rilievo che anche se il tumore fosse stato tempestivamente diagnosticato, i familiari della paziente sarebbero stati comunque costretti a “gestire” psicologicamente la notizia della grave malattia³⁸;
- danno domandato dalla moglie di persona cui era stato ingessato il braccio destro³⁹;
- danno domandato da una bambina di 4 mesi – ovviamente, rappresentata dal genitore – per la frattura all’arto superiore patita dal padre⁴⁰;
- danno domandato dai genitori di persona che aveva patito una invalidità del 13%⁴¹.

C) Liquidazione del danno

La liquidazione del danno non patrimoniale patito dai prossimi congiunti della vittima di lesioni personali è sinora sfuggita a qualsiasi criterio generale, vuoi di fonte legale, vuoi giurisprudenziale.

È incontrovertito che nella *aestimatio* del danno in esame occorra tenere conto di alcuni elementi indefettibili:

- il grado di invalidità patito dalla vittima primaria;
- il grado di parentela tra vittima primaria e secondaria;
- il mutamento delle condizioni e della qualità della vita della vittima secondaria⁴².

Tuttavia quando si tratta di convertire tali parametri in denaro, si registra una grande diversità di opinioni in giurisprudenza.

Una larga parte dei giudici di merito è stata sinora incline a liquidare tale danno in misura pari ad una frazione del danno morale liquidato alla vittima primaria. Si tratta tuttavia di criterio che innanzitutto è divenuto di difficile applicazione dopo che le SS.UU. hanno affermato la necessità di sussumere i pregiudizi morali

³⁷ Trib. Roma 13.1.2007, *B.C. c. Università Cattolica del Sacro Cuore*, in www.dejure.it.

³⁸ Trib. Roma 9.4.2005, *M.A. c. Associazione Italiana per l'Educazione Demografica – AIED*, in www.dejure.it.

³⁹ Trib. Roma 9.4.2005, *E.G. c. HDI*, in www.dejure.it.

⁴⁰ Trib. Roma 9.4.2005, *E.G. c. HDI*, in www.dejure.it.

⁴¹ Trib. Napoli 10.2.2004, *N.C. c. Generali*, inedita, in www.dejure.it.

⁴² Cass., sez. III, 22-06-2007, n. 14581, in *Assicurazioni*, 2007, II, 2, 301.

nell'ambito della liquidazione del danno biologico. Ed infatti per determinare il danno patito dalla vittima secondaria bisognerebbe "scorporare" dal danno biologico liquidato alla vittima primaria quella parte di esso destinata a ristorare le sofferenze morali: quanto sia arbitraria tale operazione ognuno può immaginare.

In ogni caso, non credo che si possa stabilire un sicuro rapporto di proporzionalità tra la sofferenza provata dal lesso e quella provata dai suoi familiari. Per alcuni tipi di invalidità la prima sarà senz'altro maggiore, per altri sarà più intensa la seconda. Si pensi ad esempio al caso di ipossia cerebrale *intra partum* causativa di tetraparesi al neonato: in questa ipotesi la sofferenza morale patita dal genitore sarà verosimilmente assai più devastante di quella che sarà in grado di avvertire la vittima primaria.

La mancanza di criteri certi per liquidare il danno in esame ha prodotto una grande disparità tra i giudici di merito nella *aestimatio* del danno. Si consideri, a tal riguardo, la tabella che segue:

Ufficio giudiziario	Età e danno della vittima primaria	Grado di parentela della vittima secondaria	Danno non patr. liquidato alla vittima secondaria
Trib. Nola 30.10.2008	2 anni 30%	Genitori	48.326 <i>pro capite</i> ⁴³
Trib. Reggio Emilia 14.11.2007	neonato 25%	Genitori	20.000 <i>pro capite</i>
Trib. Roma 6.4.2007	45 anni tre mesi di coma	Figli	13.654,4 <i>pro capite</i> ⁴⁴
Trib. Roma 30.1.2007	76 anni 3 anni di coma	Moglie e figlia	37.556 <i>pro capite</i> ⁴⁵
Trib. Verona 6.3.2006	età non indicata 90%	Padre	130.000
		Fratello convivente	65.000

⁴³ Pari alla metà del danno morale liquidato alla vittima primaria.

⁴⁴ Nel caso di specie, essendola vittima primaria deceduta dopo tre mesi di coma, ai figli è stato liquidato anche il danno morale *iure proprio* per la morte del congiunto.

⁴⁵ La somma indicata è quella risultante dalla riduzione del 40%, in virtù del ritenuto concorso di colpa della vittima.

		Sorella non convivente	30.000
Trib. Roma 19.7.2005	1 anno 70%	Genitori	15.000 <i>pro capite</i>
		Sorella	5.000
Trib. Bolzano 31.3.2005	4 anni 27%	Madre (presente al fatto)	15.240,12
		Padre (non presente al fatto)	7.620,06
Trib. Monza 3.11.2004	25 anni 75%	Genitori	150.000 <i>pro capite</i>
Trib. Milano 22.5.2004	23 anni 90%	Genitori	86.500 <i>pro capite</i>
App. Catanzaro	neonato 100% per 13 anni ⁴⁶	Genitori	25.822,84 <i>pro capite</i>
Trib. Roma 20.4.2004	neonato 15%	Genitori	10.000 <i>pro capite</i>
Trib. Roma	neonato 99%	Genitori	35.000 <i>pro capite</i>

Come si vede, per gravi invalidità patite da un neonato ai genitori sono state liquidate somme variabili tra 15.000 e 48.000 euro, mentre per gravi invalidità patite da un giovane poco più che ventenne risultano liquidate somme variabili da 86.000 a 150.000 euro.

Finora la giurisprudenza non si è fatta carico di raccogliere ed organizzare i dati concernenti liquidazioni di questo tipo, ma ove si procedesse a tale opera meritoria nulla osterebbe a livello concettuale a ricavare dei valori medi da usare come parametri per la liquidazione del danno in questione, e da variare poi in funzione del grado di invalidità della vittima primaria e del grado di parentela della vittima secondaria.

⁴⁶ La vittima primaria morì infatti all'età di 13 anni in conseguenza del danno patito *intra partum*.

Danno non patrimoniale: breve storia di un equivoco

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Primo punto fermo: la nozione. – 3. Secondo punto fermo: l'onere di allegazione.

1. Premessa

Qualcuno ha scritto, e molti hanno creduto, che sul tema del danno non patrimoniale la giurisprudenza di legittimità avrebbe fatto registrare molti contrasti; avrebbe compiuto affermazioni dissonanti; non avrebbe fornito indicazioni univoche neanche dopo l'intervento delle sezioni unite.

Si tratta di una pura suggestione.

Se si analizza la giurisprudenza di legittimità senza limitarsi a collazionare soltanto le massime; e soprattutto se si ha riguardo alle fattispecie concrete sottoposte all'esame della Suprema Corte, ci si avvede che la giurisprudenza di quest'ultima, lungi dall'aver aperto contrasti, negli ultimi dieci anni ha progressivamente chiarito buona parte dei temi controversi sulle principali questioni poste dal danno non patrimoniale: che cosa sia, come si accerti in giudizio e come vada liquidato.

Non, dunque, di giurisprudenza contrastata o dissonanti si dovrebbe parlare, ma piuttosto di giurisprudenza "a cerchi concentrici", la quale ha a poco a poco ricostruito un sistema in assenza quasi totale di previsioni normative, a misura che le varie questioni le venivano sottoposte.

Nel presente scritto si proverà a dar conto di alcuni di questi "punti fermi" nella giurisprudenza di legittimità, ed in particolare di quelli che a mio avviso costituiscono due snodi cruciali: cosa debba intendersi per "danno non patrimoniale", e come debba essere correttamente formulata in giudizio la domanda di risarcimento.

2. Primo punto fermo: la nozione.

Il primo punto fermo nella giurisprudenza di legittimità è che il danno non patrimoniale è:

- una categoria *giuridicamente* unitaria;
- una categoria *fattualmente* multiforme.

Il danno non patrimoniale può presentarsi nelle forme più disparate (lesione dell'onore, abuso del nome altrui, dolore fisico, dolore morale, compromissione della salute), ma ciò non vuol dire che ad ogni forma di manifestazione dei pregiudizi non patrimoniali corrisponda un istituto giuridico diverso.

La categoria concettuale di danno non patrimoniale è giuridicamente unitaria, il che vuol dire che quale che sia il modo in cui esso si manifesta, la disciplina giuridica resta immodificata: e dunque la regola della derivazione causale (articolo 1223 c.c.); la regola della liquidazione equitativa (articolo 2056 c.c.); la regola del concorso di colpa della vittima (articolo 1227 c.c.); la regola della solidarietà passiva dei corresponsabili (articolo 2055 c.c.).

È alla luce di questo criterio che la Corte di cassazione ha risolto lo ormai stucchevole dibattito sulla “comprensione od esclusione” del danno morale dalla liquidazione del danno biologico.

Dibattito stucchevole, in quanto ha preteso di dare soluzione ad un problema giuridico, senza previamente riempire di contenuti chiari e precisi le definizioni oggetto del dibattito.

È ovvio infatti che quanti davano per scontato che l'espressione “danno morale” designasse il dolore fisico, vedevano in esso una pura duplicazione del risarcimento del danno biologico; quanti invece attribuivano all'espressione “danno morale” un significato più ampio, ammettevano che esso potesse affiancarsi al danno biologico.

La Corte di cassazione, dopo aver preso atto che nel corso dei secoli l'espressione “danno morale” è stata spesso usata in senso polisemico, ha chiarito che quel che rileva non sono le parole, ma i concreti pregiudizi di cui si chiede il ristoro.

In giudizio non bisogna dunque chiedersi di “*quale voce di danno in astratto*” l'attore abbia domandato il ristoro, ma piuttosto di “*quali pregiudizi in concreto*” abbia allegato e dimostrato l'esistenza.

Alla luce di questo criterio diventa agevole avvedersi che la quantificazione medico legale del grado di invalidità permanente non necessariamente comprende tutti i pregiudizi non patrimoniali patiti dalla vittima.

Esistono, infatti, pregiudizi non patrimoniali che hanno un fondamento medico-legale (per l'appunto, la temporanea o permanente impossibilità di svolgere tutte le attività quotidiane), così come esistono pregiudizi non patrimoniali che non hanno un fondamento medico-legale (ad esempio la tristezza, la disperazione, l'odio, il *revanscismo*, la disistima di sé).

Già molti anni fa, autorevole dottrina ammetteva che i danni non patrimoniali costituissero una categoria unitaria, e che tutti fossero disciplinati dall'art. 2059 c.c., ma all'interno di essi distingueva naturalisticamente la “*sofferenza non accompagnata da alterazione di funzionalità organica*” dalla “*compromissione*

dell'integrità fisica non avente ripercussioni patrimoniali", proponendo criteri di liquidazione diversi per l'una e l'altra¹.

Anche autorevoli medici legali, dal canto loro, hanno ribadito che "la dimensione del danno morale non è riconducibile nell'ambito del danno alla salute", se non quando degeneri in una malattia psichica². Ciò in quanto il dolore non è solo un "fatto" fisico fondato su basi neurobiochimiche, ma è anche un evento emotivo, la cui intensità scaturisce da fattori anche psicologici, ed i cui effetti si producono non solo in ambito strettamente organico, ma anche affettivo e sociale³.

Tale conclusione è corroborata dalle definizioni adottate sia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, sia dall'Associazione internazionale per lo studio del dolore (*International Association for the Study of Pain* – IASP), secondo cui il dolore è un'esperienza sia sensoriale che emozionale, che risulta dalla fusione di una componente percettiva, detta *nocicezione*, la quale è una modalità sensoriale di ricezione e trasmissione di stimoli dolorosi; e di una parte esperienziale, come tale del tutto soggettiva, che è lo stato psichico collegato alla percezione di una sensazione spiacevole. Il dolore, detto altrimenti, è un fenomeno che può avere sia una base organica, sia una base emozionale, sia tutte e due⁴. Da ciò la conclusione che l'esperienza del dolore è determinata dalla dimensione affettiva e cognitiva, dalle esperienze passate, dalla struttura psichica e da fattori socio-culturali⁵.

Le considerazioni che precedono conducono al seguente risultato: nella più frequente ipotesi dibattuta in giudizio di danno non patrimoniale, e cioè nel caso di lesioni personali, il grado di invalidità permanente espresso dai *barèmes* medico-legali con riferimento ai singoli tipi di *handicap* non sempre e non necessariamente esprime anche le sofferenze, le rinunce e le paure patite dalla vittima.

Occorre dunque riconoscere che con l'espressione generica di "dolore" si designano due pregiudizi diversi:

¹ BONVICINI, *Il danno a persona*, Milano, 1958, 262.

² BARGAGNA, *Rilievi critici e spunti ricostruttivi*, in BARGAGNA e BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla persona*, Padova 1986, 459; nello stesso senso BISORDI, *Ai confini tra danno morale e danno alla salute: il ruolo della scienza medico-legale*, in NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, 163.

³ BISORDI, *Ai confini tra danno morale e danno alla salute: il ruolo della scienza medico-legale*, in NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, 169.

⁴ MICHELI, *Gli aspetti algologici*, in VALDINI (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 27 e ss..

⁵ Per tutti, si veda VALDINI (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, passim, ma specialmente 27 e ss..

- a) il dolore fisico a base organica (corrispondente al lemma latino *dolor*);
- b) la sofferenza emotiva, sussistente a prescindere da una base organica (corrispondente al lemma latino *aegritudo*)⁶.

Il primo tipo di pregiudizio rientra nel dominio della medicina legale, e va perciò necessariamente ricompreso nella determinazione del grado di invalidità permanente, e risarcito attraverso la monetizzazione di quest'ultima.

Il secondo tipo di pregiudizio non è medico-legalmente obiettivabile, ed il suo accertamento così come la sua valutazione esula dalle competenze del medico legale. Esso pertanto non può ritenersi risarcito attraverso la mera monetizzazione del grado di invalidità permanente risultante dall'applicazione del *barème*.

Tra i pregiudizi del primo tipo rientrano principalmente il dolore fisico causato dalla lesione e quello causato dalle cure, nella misura in cui possono ritenersi conseguenza "normale" di quel tipo di lesione⁷. Questo genere di sofferenza pertanto non può essere invocato quale fattore di personalizzazione del danno alla salute, perché di esso si deve tenere conto nella determinazione del grado di invalidità temporanea o permanente⁸.

Tra i pregiudizi del secondo tipo rientrano principalmente:

- a) lo spavento provocato dalle modalità di infissione della lesione;
- b) l'ansia e la preoccupazione causate dalle proprie condizioni di salute, le quali a loro volta comprendono:
 - b') il timore per la propria sorte;

⁶ Per la teorizzazione di questa distinzione si veda BUZZI, *Critica pragmatica agli intenti di quantificare il danno da dolore*, in VALDINI (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 103 e ss..

L'autore illustra la distinzione tra dolore fisico e dolore morale equiparandola a quella tra i lemmi greci *αλγος* e *παθος*, che tuttavia non sembra filologicamente corretta: per un verso, infatti, *αλγος* è attestato oltre 90 volte in Omero come sinonimo di dolore morale; per altro verso il lemma greco "*παθος*" esprime non solo la sofferenza, ma anche qualsiasi passione o commozione dell'animo, e così è usato in Tuciddide e Platone (cfr. LIDDELL e SCOTT, *Dizionario illustrato greco-italiano*, Firenze 1983, 45 e 939).

Per la prospettiva del filosofo, cfr. altresì DESIDERI, *Sul senso del dolore*, in www.philos.unifi.it/upload/sub/Materiali/Preprint/desideri2.pdf.

⁷ Secondo BUZZI, *op. ult. cit.*, 113, il dolore da condropatia del ginocchio, da pseudoartrosi di femore, da instabilità di caviglia o da stabilizzazione chirurgica vertebrale trova "usuale e agevole quantificazione attraverso una razionale, semplice e adeguata modulazione della percentuale del danno biologico permanente che si attaglia alle rispettive fattispecie organiche".

⁸ Anche autorevoli medici legali hanno sollevato il sospetto che, se così non fosse, vi sarebbe "duplicazione risarcitoria con la contemporanea liquidazione di danno biologico e morale" (RONCHI e CUCCI, *Proposte valutative*, in VALDINI (a cura di), *Il dolore nella valutazione del medico legale*, Milano 2007, 117 e ss., ma specialmente 122).

- b') il timore per l'andamento dei propri affari;
- b") il dispiacere provato per l'ansietà suscitata nei propri cari;
- c) la perdita stima, considerazione o compiacimento di sé;
- d) la tristezza ed il rimpianto per il perduto benessere.

Di tutte queste conseguenze dannose occorre tenere conto, nella liquidazione del danno non patrimoniale, per quanto allegato e provato.

Questi principi sono stati condivisi dalla S.C. e sono ormai divenuti pacifici nella giurisprudenza di legittimità. Il giudice di legittimità, in particolare, proprio per sanare i dubbi e le incertezze emersi nella pratica, ha dettato un “*decalogo*” per orientarsi nell'accertamento e nella liquidazione del danno in esame, del seguente tenore⁹:

- 1) l'ordinamento prevede e disciplina soltanto due categorie di danni: quello patrimoniale e quello non patrimoniale.
- 2) Il danno non patrimoniale (come quello patrimoniale) costituisce una categoria giuridicamente (anche se non fenomeno logicamente) unitaria.
- 3) “Categoria unitaria” vuol dire che qualsiasi pregiudizio non patrimoniale sarà soggetto alle medesime regole e ad i medesimi criteri risarcitori (artt. 1223, 1226, 2056, 2059 c.c.).
- 4) Nella liquidazione del danno non patrimoniale il giudice deve, da un lato, prendere in esame tutte le conseguenze dannose dell'illecito; e dall'altro evitare di attribuire nomi diversi a pregiudizi identici.
- 5) In sede istruttoria, il giudice deve procedere ad un articolato e approfondito accertamento, in concreto e non in astratto, dell'effettiva sussistenza dei pregiudizi affermati (o negati) dalle parti, all'uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, opportunamente accertando in special modo se, come e quanto sia mutata la condizione della vittima rispetto alla vita condotta prima del fatto illecito; utilizzando anche, ma senza rifugiarsi aprioristicamente, il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, e senza procedere ad alcun automatismo risarcitorio.
- 6) In presenza d'un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l'attribuzione d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale: ovvero il danno dinamico-relazionale).

⁹ Cass. civ. [ord.], sez. III, 27.3.2018, n. 7513, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 838, con nota di PONZANELLI.

- 7) In presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefetibili secondo l'*id quod plerumque accidit* (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento.
- 8) In presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione).
- 9) Ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione (come è confermato, oggi, dal testo degli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati della l. 4.8.2017, n. 124, art. 1, comma 17, nella parte in cui, sotto l'unitaria definizione di "danno non patrimoniale", distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello "morale").
- 10) Il danno non patrimoniale non derivante da una lesione della salute, ma conseguente alla lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati, va liquidato, non diversamente che nel caso di danno biologico, tenendo conto tanto dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con se stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, id est il danno morale interiore), quanto di quelli relativi alla dimensione dinamico-relazionale della vita del soggetto leso. Nell'uno come nell'altro caso, senza automatismi risarcitori e dopo accurata ed approfondita istruttoria.

3. Secondo punto fermo: l'onere di allegazione

È finita da tempo l'epoca in cui nei giudizi di risarcimento del danno non patrimoniale l'attore poteva limitarsi a domandare il ristoro dei danni "*patiti e patiendi*"¹⁰.

¹⁰ Ritengo superfluo rimarcare la scorrettezza anche grammaticale, oltre che giuridica, di tale espressione. Nella lingua italiana contemporanea infatti è caduto in disuso l'uso perifrastico (passivo) del gerundio.

Poiché, come si è visto sopra, per la Corte di cassazione in materia di danno non patrimoniale quel che conta non sono “i nomi”, ma sono “i fatti”, corollario di questo principio è che nel giudizio di danno l’attore deve compiutamente descrivere in cosa siano materialmente consiste di pregiudizi di cui chiede il ristoro.

Va da sé che, ove lo volesse, potrebbe anche avventurarsi a dar loro un nome (danno biologico, danno morale, personalizzazione del risarcimento), ma questo è un “di più”, e non è neanche necessario alla luce del principio *jura novit curia*.

Quel che invece è indefettibile e che sia descritto in modo sufficientemente analitico è comprensibile il modo in cui il fatto illecito ha inciso sulla vita, sulle occupazioni e sulle aspettative della vittima.

Così, ad esempio, non basterà l’attore limitarsi ad allegare di avere patito “ingenti lesioni”, ma dovrà almeno descrivere queste lesioni, ed i postumi da esso derivati.

Allo stesso modo, non basterà l’attore limitarsi ad allegare di avere provato “un danno morale”, ma dovrà almeno descrivere in che cosa sia consistito (ad es. tristezza, rimpianto, angoscia, ecc.).

Qualche esempio varrà a chiarire questo concetto.

Se l’attore, che ha subito lesioni personali, domanda il risarcimento di “tutti i danni” patiti in conseguenza di esse, per il convenuto è essenziale sapere se la controparte intenda invocare o meno anche il ristoro del danno da perdita del guadagno o della capacità di produrlo: in caso affermativo, infatti, le eccezioni astrattamente opponibili all’attore (la *compensatio lucri cum damno* per essere stato tenuto indenne dall’assicuratore sociale; l’*aliunde perceptum* per avere svolto altro e diverso lavoro; il difetto di nesso causale, perché le lesioni non hanno inciso sulla capacità di guadagno) sono totalmente diverse da quelle che il convenuto dovrebbe sollevare per contrastare soltanto una domanda di ristoro del danno biologico.

Aggiungasi che il principio di parità delle parti sancito dall’art. 111 cost. deve riverberare i propri effetti su tutte le norme del codice di rito, che debbono essere lette ed interpretate alla luce di esso. E nel processo civile non sarebbe garantita la parità delle parti, ove si consentisse all’attore di formulare la domanda in termini estremamente generici, ed al convenuto si imponesse per contro di sollevare tutte le eccezioni non rilevabili d’ufficio nella comparsa di risposta, a pena di decadenza.

Diritto di difesa del convenuto ed onere attoreo di indicare analiticamente il *petitum* sono il *recto* ed il *verso* della stessa medaglia. Quel diritto non potrà essere validamente esercitato se prima non sarà adempiuto quell’onere, e l’adempimento di quest’ultimo è funzionale all’esercizio di quello. Dunque l’attore nell’atto di citazione del giudizio risarcitorio ha l’onere di indicare analiticamente le voci di danno delle quali chiede il ristoro. Pur senza ricorrere a formule sa-

cramentali, beninteso, ma a condizione che il convenuto sia posto in grado di sapere quali e di che natura siano i pregiudizi dei quali l'attore chiede il risarcimento¹¹.

Tali principi sono stati, di recente, ribaditi dalla S.C.

Questa ha infatti stabilito che l'art. 163 c.p.c., comma 2, nn. 3 e 4, è preordinato a consentire al convenuto l'esercizio del diritto di difesa, ed al giudice di individuare il *thema decidendum*.

L'attore dunque, se non ha l'onere di designare con un preciso *nomen iuris* il danno di cui chiede il risarcimento ha tuttavia il dovere di indicare analiticamente e con rigore i fatti a. materiali che assume essere stati fonte di danno. Pertanto una richiesta di risarcimento dei "*danni subiti e subendi*", quando non sia accompagnata dalla concreta descrizione del pregiudizio di cui si chiede il ristoro, è generica, perché non mette né il giudice, né il convenuto, in condizione di sapere di quale concreto pregiudizio si chieda il ristoro; ed inutile, perché tale genericità non fa sorgere in capo al giudice il potere – dovere di provvedere¹².

¹¹ Ad una conclusione di questo tipo, già prima della riforma, pervenne Trib. Roma 14.4.2004, in *Giurispr. romana*, 2004, 287, secondo cui "l'attore il quale chieda la condanna del convenuto al risarcimento di "tutti i danni", derivati da un illecito aquiliano, ha l'onere di indicare a pena di inammissibilità della domanda, al più tardi entro il termine di cui all'art. 183, comma 5, c.p.c., quali siano i concreti pregiudizi dei quali chiede il ristoro, soprattutto per quanti attiene ai danni non patrimoniali, a causa della profonda evoluzione giurisprudenziale degli ultimi decenni in tale materia". Sulla base di tale principio, il tribunale in quel caso ritenne inammissibili le domande relative alle spese mediche ed al danno morale, in quanto formulate solo in comparsa conclusionale.

¹² Così, testualmente, Cass. civ., sez. III, 30.6.2015, n. 13328, in *Giur. it.*, 2015, 1810, con nota di VALORE, *Il contenuto della domanda di risarcimento del danno da fatto illecito*. Sostanzialmente nello stesso senso si vedano anche Cass. civ., sez. VI-3, 28.8.2020 n. 18002; Cass. civ., 29-01-2019, n. 2357; Cass. civ. [ord.], 05-10-2018, n. 24521; Cass. civ., sez. III, 13.5.2011 n. 10527, secondo cui "l'onere di allegazione (...) va adempiuto in modo circostanziato, non potendo risolversi in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche"; nonché Cass. civ., sez. III, 18.1.2012 n. 691, secondo cui "le allegazioni che devono accompagnare la proposizione di una domanda risarcitoria non possono essere limitate alla prospettazione della condotta in tesi colpevole della controparte (...), ma devono includere anche la descrizione delle lesioni, patrimoniali e/o non patrimoniali, prodotte da tale condotta, dovendo l'attore mettere il convenuto in condizione di conoscere quali pregiudizi vengono imputati al suo comportamento, e ciò a prescindere dalla loro esatta quantificazione e dall'assolvimento di ogni onere probatorio al riguardo" (nello stesso senso, Sez. 3, Sentenza n. 17408 del 12.10.2012, Rv. 624080).

Il danno terminale e quello catastrofale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Irrisarcibilità del bene vita. – 3. Il danno terminale: l'apprezzabile lasso di tempo. – 4. Il danno catastrofale: problemi probatori. – 5. Tecniche liquidatorie, le nuove tabelle di Milano e Roma, e problemi irrisolti.

1. Premessa

Il danno terminale e quello catastrofale si inseriscono nel più ampio tema dei danni c.d. da morte, cioè quei pregiudizi di natura non patrimoniale che meritano di trovare tutela risarcitoria a seguito di un illecito che ha cagionato la morte di un uomo. Più nello specifico si tratta di perdite che attengono alla sfera giuridica della vittima primaria dell'illecito e che, conseguentemente, possono essere fatte valere in giudizio *iure hereditatis*¹.

La questione, per vero, non è nuova², ma lo scopo del corso è quello di affrontare l'evoluzione degli indirizzi della giurisprudenza, con particolare attenzione a quelli della Corte di cassazione, in tema di responsabilità civile, alla luce delle c.d. pronunce di San Martino bis, adottate nel 2019 dalla terza sezione civile a distanza di 11 anni dal deposito delle motivazioni delle sentenze gemelle, che definirono il

¹ È importante sin da subito distinguere tra i pregiudizi il cui risarcimento viene chiesto *iure hereditatis* e quelli *iure proprio* dagli eredi.

I primi, che sono oggetto dell'analisi odierna, si verificano nella sfera giuridica della vittima principale dell'illecito e si trasmettono *iure successionis* a coloro i quali agiscono in giudizio. I secondi, la cui analisi invece esula dalla presente trattazione, sono altresì detti danni riflessi. Infatti, "Ognuno dei familiari superstiti", come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza di legittimità, "ha diritto ad una liquidazione inclusivo di tutto il danno non patrimoniale subito, in proporzione alla durata ed intensità del vissuto, nonché alla composizione del restante nucleo familiare in grado di prestare assistenza morale e materiale, avuto riguardo all'età della vittima ed a quella dei familiari danneggiati, alla personalità individuale di costoro, alla loro capacità di reazione e sopportazione del trauma e ad ogni altra circostanza del caso concreto, da allegare e dimostrare" (cfr. Cass., sez. Lav., 13 giugno 2017, n. 14655). In tema sia consentito il rinvio a L. LA BATTAGLIA, *Il Danno Da Perdita Del Rapporto Parentale Dopo La Seconda Stagione Di San Martino in Corriere Giur.*, 2020, 3, 315.

² Basti pensare che il primo pronunciamento delle Sezioni Unite della Corte di Legittimità, all'epoca del Regno, in materia risale al 22 dicembre del 1925 n. 3475 ed è reperibile in *Giur. It.*, I, 1, 67.

formante giurisprudenziale in materia di risarcimento del danno non patrimoniale. Sicché il presente lavoro partendo proprio dall'analisi degli approdi ermeneutici di legittimità più recenti intende, senza pretesa di esaustività, evidenziare da un lato quelli che sono i più recenti principi di diritto enunciati dai giudici di Cassazione e dall'altro affrontare le tematiche ancora aperte e dibattute di maggiore rilievo richiamando le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di merito più di recente.

Per fare ciò, il punto di partenza non può che essere la sentenza emessa dalla Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione il 11 novembre 2019 n. 28989 che rientra tra quelle c.d. San Martino bis.

Schematizzando in questa pronuncia possono evidenziarsi tre passaggi chiave, che possono essere assurti a punti di partenza dell'analisi da compiere.

In primo luogo i giudici di legittimità ribadiscono l'orientamento già fatto proprio dalle Sezioni Unite nel 2015³, confermando l'irrisarcibilità del danno al bene *“vita in sé considerato”* osservando, in particolare, che la vita è un *“bene giuridico autonomo rispetto alla salute, fruibile solo in natura dal titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente, sicché, ove il decesso si verifichi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, deve escludersi la risarcibilità iure hereditatis di tale pregiudizio, in ragione – nel primo caso – dell'assenza del soggetto al quale sia collegabile la perdita del bene e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito risarcitorio, ovvero – nel secondo – della mancanza di utilità di uno spazio di vita.*

Ciò premesso, nel corpo di questa pronuncia, si definiscono e distinguono tra loro, le nozioni di danno biologico terminale e danno morale catastrofe, quali unici pregiudizi risarcibili, *iure hereditatis*, in caso di illecito mortale.

Il primo, si verifica tutte le volte in cui *“tra la lesione e la morte si interponga un apprezzabile lasso di tempo”, “tale periodo giustifica il riconoscimento, in favore del danneggiato, del c.d. danno biologico terminale, cioè il danno biologico stricto sensu (ovvero danno al bene salute)”*; a questo poi, può aggiungersi il secondo che è un danno morale peculiare che si può definire come *“il danno da percezione, concretizzabile sia nella sofferenza fisica derivante dalle lesioni, sia nella sofferenza psicologica (agonia) derivante dall'avvertita imminenza dell'exitus, se nel tempo che si dispiega tra la lesione ed il decesso la persona si trovi in una condizione di “lucidità agonica””* in questo caso è *“irrilevante, a fini risarcitori, il lasso di tempo intercorso tra la lesione personale e il decesso nel caso in cui la persona sia rimasta “manifestamente lucida””*⁴.

³ V. Cass. S.U., 22 luglio 2015, n. 15350, commentata da G. PONZANELLI, *“Danno tanatologico e risarcibilità iure hereditatis – le sezioni unite sul danno tanatologico”*, in *Danno e Resp.*, 2015, 10, 889.

⁴ V. anche Cass., 23 ottobre 2018 n. 26727.

2. Irrisarcibilità del bene vita

La risarcibilità o meno della lesione al bene vita in sé considerato, sebbene sia il tema maggiormente affrontato nel corso degli anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, è quello su cui si pongono – almeno allo stato – il minor numero di questioni problematiche.

Come già precedentemente accennato le Sezioni Unite della corte di legittimità, nel 2015, con la pronuncia citata in precedenza, hanno sposato l'orientamento maggiormente restrittivo⁵ affermando che *“nel caso di morte cagionata da atto illecito, il danno che ne consegue è rappresentato dalla perdita del bene giuridico “vita” che costituisce bene autonomo, fruibile solo in natura da parte del titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente. La morte, quindi, non rappresenta la massima offesa possibile del diverso bene “salute”, pregiudicato dalla lesione dalla quale sia derivata la morte, diverse essendo, ovviamente, le perdite di natura patrimoniale o non patrimoniale che dalla morte possono derivare ai congiunti della vittima, in quanto tali e non in quanto eredi. E poiché una perdita, per rappresentare un danno risarcibile, è necessario che sia rapportata a un soggetto che sia legittimato a far valere il credito risarcitorio, nel caso di morte verificatasi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, l'irrisarcibilità deriva dalla assenza di un soggetto al quale, nel momento in cui si verifica, sia collegabile la perdita stessa e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito, ovvero dalla mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo”*.

Ciò premesso la questione di maggiore interesse e novità sul tema, probabilmente, è rappresentata dalla compatibilità di tale impostazione con le indicazioni provenienti dalla Corte Edu. Al riguardo si può richiamare un precedente della Corte di Strasburgo, Sentenza 14 dicembre 2000 GÜL v. TURKEY (Application no. 22676/93) in cui è stato riconosciuto a norma dell'Art. 2 della Convenzione, un risarcimento del danno non patrimoniale agli eredi della persona uccisa.

Conseguentemente il tema della compatibilità dell'orientamento sposato dalle Sezioni Unite con l'art. 2 della CEDU è stato posto all'attenzione dei giudici di nomo-

⁵ Senza pretesa di esaustività possono evidenziarsi alcune delle principali opinioni espresse in senso favorevole alla risarcibilità di tali pregiudizi: in dottrina, C.M. BIANCA *“la tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo”* in *Resp. Civ.e prev.* 2014, 493; F.D. BUSNELLI, *“Tre punti esclamativi, tre punti interrogativi, un punto e a capo”* in *Giust. civ.* 1994, I, 3035; G. ALPA *“Lesione del diritto alla vita e “danno biologico da morte, in Nuova giur. comm., 1995, II 153*. In giurisprudenza su tutte si può segnalare Cass., 23 gennaio 2014 n. 1361, pronuncia che ha originato il contrasto composto dalle Sezioni Unite nel 2015.

filachia i quali, con la pronuncia della Terza Sezione del 11 novembre 2019; hanno osservato che la disposizione convenzionale è una norma che *“(pur di carattere generale e diretta a tutelare ogni possibile componente del bene-vita) non detta specifiche prescrizioni sull’ambito e i modi in cui tale tutela debba esplicarsi, né, in caso di decesso immediatamente conseguente a lesioni derivanti da fatto illecito, impone necessariamente l’attribuzione della tutela risarcitoria, il cui riconoscimento in numerosi interventi normativi ha comunque carattere di specialità e tassatività ed è inidoneo a modificare il vigente sistema della responsabilità civile, improntato al concetto di perdita-conseguenza e non sull’evento lesivo in sé considerato”*.

3. Il danno terminale: l’apprezzabile lasso di tempo

Posto quindi che secondo l’orientamento oggi predominante la lesione del bene vita in sé considerato è irrisarcibile occorre soffermarsi su quali siano i pregiudizi meritevoli di tutela.

Osservano a riguardo i giudici di Cassazione che il danno da morte *“iure hereditatis”* *“può teoricamente manifestarsi in due modi, ferma restando la sua unitarietà quale concetto giuridico”*⁶.

Il primo di questi due modi è il c.d. danno biologico terminale, cioè il pregiudizio derivante dalla lesione della salute che ha un fondamento medico legale e può definirsi come *“la forzosa rinuncia alle attività quotidiane durante il periodo della invalidità”* la quale *“sussiste anche quando la vittima sia stata incosciente”* e deve protrarsi per un *“apprezzabile lasso di tempo”*⁷.

Deve in primo luogo evidenziarsi che trattandosi di una lesione cui segue la morte, esso è *“un danno da invalidità temporanea totale (sempre presente e che si protrae dalla data dell’evento lesivo fino a quella del decesso), cui può sommarsi una componente di sofferenza psichica (danno catastrofale)”*⁸.

Ma il problema più grande che si pone con riferimento a questo pregiudizio è comprendere quale sia un lasso di tempo *“apprezzabile”*.

Dalla giurisprudenza di legittimità già citata si traggono alcune importanti indicazioni che consentono di definire un parametro minimo di *“apprezzabilità”*. Trattandosi, infatti, di un pregiudizio avente un fondamento medico legale occorre rifarsi a tale scienza a mente della quale il danno alla salute da invalidità temporanea si apprezza in giorni, mai in frazioni di giorni.

⁶ Cfr. Cass. 05 luglio 2019, n. 18056.

⁷ Cfr. sempre Cass. 05 luglio 2019, n. 18056.

⁸ Cfr. Cass. 26 maggio 2020, n. 9888.

Da ciò consegue che nel caso di sopravvivenza per un periodo superiore alle 24h si sarebbe in presenza di un lasso di tempo apprezzabile e quindi non vi sarebbero problemi, sussistendo tutti gli altri requisiti, a configurare una fattispecie di danno biologico terminale.

Ciò premesso, occorre però parimenti osservare che è la stessa giurisprudenza di legittimità a chiarire che *“in astratto non potrebbe escludersi a priori l'apprezzabilità del danno in esame anche per periodi inferiori. Nell'uno, come nell'altro caso, lo stabilire se la vittima abbia patito un danno biologico “suscettibile di accertamento medico legale” è un giudizio di fatto riservato al giudice di merito, e non sindacabile in questa sede”*⁹.

Posto quindi che il pregiudizio *de quo* è risarcibile sicuramente se la vittima è sopravvissuta per più di 24h, però occorre chiedersi a quali condizioni è risarcibile il danno biologico terminale per una sopravvivenza inferiore alle 24 h, e quali sono le circostanze di fatto che possono essere valorizzate dal giudice di merito al fine di concedere detto ristoro.

Nell'ambito della giurisprudenza di merito più recente possono segnalarsi due casi di particolare interesse nei quali si è giunti a conclusioni parzialmente difformi che meritano di essere analizzati.

Nella prima fattispecie Tizio – lavoratore addetto ad un autotrasporto – si recava in cantiere alle ore 07:30 del mattino e in quel frangente veniva aggredito da un branco di cani molossi riportando lesioni gravissime che ne determinavano il decesso alle ore 09:30. La consulenza tecnica, disposta nel corso del giudizio, accertava che il decesso avveniva a causa del dissanguamento conseguente ai morsi del cane e che la vittima – nelle due ore che hanno preceduto il decesso – era pienamente lucida e consapevole. Gli eredi agiscono in giudizio – *inter alia* – chiedendo tanto il danno catastrofale quanto il danno biologico terminale.

La soluzione adottata dai giudici di primo grado¹⁰ è nel senso della non configurabilità nella fattispecie suddetta del danno biologico terminale consequenziale alla lesione mortale, non essendo intercorso un lasso di tempo di sopravvivenza di almeno 24 ore, a prescindere dallo stato di coscienza della vittima.

Viceversa in un diverso Caia donna anziana si trovava ospedale in attesa di cure e alle ore 22.00 cadeva al suolo nel mentre si trovava distesa sulla lettiga, riportando una frattura cranica e varie fratture costali ed altre contusioni, senza che ciò comportasse una perdita di lucidità. Le lesioni imponevano l'esecuzione di un intervento chirurgico dal quale però non aveva più a riprendersi giungendo a morte alle ore 13.00 del giorno dopo.

⁹ Cfr. Cass. 05 luglio 2019, n. 18056.

¹⁰ Trib. Trapani sez. lav., 09 settembre 2020.

In questa seconda ipotesi, la soluzione è stata favorevole ed il Tribunale¹¹ ha valorizzato nell'accordare la tutela risarcitoria *de qua*, in primo luogo, il lasso di tempo intercorso tra la caduta (avvenuta il 6/11/11 h. 22.00) e il decesso (avvenuto il 7/11/11 h. 13.40) molto vicino alle 24 ore; ed inoltre un particolare rilievo è stato dato alle risultanze cliniche poiché dalla documentazione della visita neurochirurgica, effettuata dopo la caduta, la paziente era descritta come vigile, disorientata, senza deficit focali. Questi due elementi hanno portato il Tribunale a concludere che *“le quasi 16 ore di sopravvivenza appaiono sì un tempo breve, ma comunque apprezzabile”*.

4. Il danno catastrofale: problemi probatori

Il secondo dei due pregiudizi risarcibili è, come già anticipato, costituito dal turbamento e dallo spavento derivanti dalla consapevolezza della morte imminente, intesa come lo stato di sofferenza spirituale od intima (paura o patema d'animo) sopportato dalla vittima nell'assistere al progressivo svolgimento della propria condizione esistenziale verso l'ineluttabile fine-vita. Esso quindi non ha fondamento medico legale; ma consiste in un moto dell'animo e sussiste solo quando la vittima sia stata cosciente e consapevole.

Ciò premesso sul piano definitorio, sul piano processuale si pone il problema – comune a tutti i pregiudizi che descrittivamente possono essere classificati come morali puri soggettivi – di come fornire la prova di questo patema d'animo. Anche perché sul punto la Corte di Cassazione ha recentemente chiarito che l'accertamento dell'“*an*” di tale pregiudizio *“presuppone la prova della “cosciente e lucida percezione” dell’ineluttabilità della propria fine” (...)* rileva il criterio dell'intensità della sofferenza patita *“a prescindere dall'apprezzabile intervallo di tempo tra lesioni e decesso”*.¹²

Sicchè – a prescindere dal fattore tempo di sopravvivenza – ciò che rileva non è solo la lucidità della vittima – la quale sarebbe provabile anche a mezzo consulenza medico legale o al limite tramite prova testimoniale – ma soprattutto la *“lucida percezione”* dell'avvicinarsi dell'*exitus*.

Si tratta, come è facile intuire di un concetto di difficile percezione empirica essendo legato appunto ad una sensazione interiore della vittima, ma ciò non esime il giudice – anche proprio per evitare pericolosi automatismi risarcitori – dal *“procedere ad una compiuta istruttoria finalizzata all'accertamento concreto e non astratto del danno, dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi com-*

¹¹ Trib. Trieste, 12 gennaio 2019, n. 14.

¹² Cfr. Cass., 17 settembre 2019, n. 23153.

*presi il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni*¹³. Con riferimento, poi, alla prova logica – la quale in simili fattispecie sarà sicuramente di grandissima importanza – occorre anche sottolineare che è vero che il giudice può avvalersi di presunzioni gravi, precise e concordanti ma è anche vero che esse devono fondarsi su elementi indiziari “*diversi dal fatto in sé dell’esistenza*” del danno¹⁴.

È quindi da chiedersi da dove possano essere tratti questi elementi indiziari, e che ruolo abbia la prova testimoniale in tal senso, tenendo presente che ai sensi dell’art. 244c.p.c. è possibile “*ricorrere alla prova testimoniale soltanto quando essa verta su fatti caduti sotto la diretta percezione sensoriale dei deponenti e non si riveli espressione di giudizi valutativi*”¹⁵.

Per meglio comprendere i limiti entro cui una prova testimoniale è ammissibile in questa materia possono portarsi quali esempi due casi tratti dalla giurisprudenza di merito.

Nel primo dei due casi in esame la prova testi è stata ammessa su delle circostanze volte a provare lo stato di coscienza della vittima. In motivazione, poi, il giudice ha escluso la sussistenza del danno terminale così argomentando: “*Non sussiste infatti il danno c.d. morale terminale, inteso come la paura di dover morire, provata da chi abbia patito lesioni personali e si renda conto che esse saranno letali. Ciò poiché la vittima dell’illecito, secondo quanto emerso in istruttoria, non è stata in grado di comprendere che la propria fine era imminente. Di fatti dalle prove testimoniali assunte nel corso del giudizio è emerso che il (omissis) perse conoscenza immediatamente dopo l’impatto. Al riguardo il teste (omissis) (medico del 118 intervenuto) ha dichiarato: “il sig. (omissis) era già privo di sensi e lo è rimasto finché l’ho portato in Pronto Soccorso; era vivo, in extremis ed incosciente” e anche più specificamente “ricordo che aveva materia cerebrale che usciva dalla testa, lesione incompatibile con uno stato di coscienza conservato”; circostanza confermata anche dalla (omissis) – volontaria della Croce verde – che ha dichiarato “ricordo che era incosciente dal momento in cui lo abbiamo trovato sulla strada a quando lo abbiamo consegnato agli infermieri del Pronto soccorso”*”¹⁶.

In questa ipotesi il giudice ha ritenuto di dover ammettere delle prove orali al fine di verificare la sussistenza del fatto coscienza o meno dopo l’incidente della vittima. Nel secondo caso invece le prove orali non sono state ritenute ammissibili poiché “*I capitoli circa il danno catastrofale e tanatologico sono inammissibili in quanto valutativi (non essendo demandabile ad un testa la valutazione di*

¹³ Cfr. Cass., 28 settembre 2018, ord. n. 23469.

¹⁴ Cfr. Cass., 18 luglio 2019, ord. n. 19434.

¹⁵ Cfr. Cass., 20 gennaio 2017, n. 1606.

¹⁶ Trib. Pavia, 30.09.2020, n. 913.

“coscienza” cfr. cap. 7) ovvero documentali in quanto fanno riferimento a documentazione medico-sanitaria: orbene, proprio tale documentazione attesta l’insussistenza di un arco temporale significativo per configurare il risarcimento”¹⁷.

Le soluzioni fornite, che sembrano essere antitetiche, in realtà risentono della formulazione concreta dei capitoli di prova nelle memorie istruttorie. Probabilmente è corretto concludere nel senso che è non può stabilirsi in astratto se la prova orale sia ammissibile o meno in questa materia poiché occorre andare a vedere l’esatta formulazione del capitolo, quello che però va evidenziato è che nel compiere la valutazione di ammissibilità il giudice si muove tra due poli che sono da un lato la non devolvibilità al teste valutazioni di fatti di cui non ha avuto una percezione sensoriale diretta, dall’altro la necessità di svolgere un’istruttoria compiuta ove le presunzioni debbano fondarsi su elementi indiziari diversi dal fatto in sé.

5. Tecniche liquidatorie, le nuove tabelle di Milano e Roma, e problemi irrisolti

Se, come si è visto, il problema sul piano descrittivo di questi pregiudizi permangono nonostante le utili indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità più recente, spostandosi sul piano delle tecniche liquidatorie può, per certi versi, affermarsi che le questioni problematiche siano ancora maggiori.

Infatti, la giurisprudenza di merito utilizza – con le dovute differenze caso per caso – due diverse e per certi versi antitetiche modalità liquidatorie di detti pregiudizi, l’utilizzo di ognuna delle quali presenta profili apprezzabili e anche criticità difficilmente superabili. Da un lato vi sono i fautori del metodo equitativo puro, dall’altro quelli che hanno utilizzato, con alcune modifiche, le tabelle per il danno biologico ordinario.

Analizzata la problematica le Sezioni Unite non hanno preso esplicitamente posizione su quale fosse il metodo liquidatorio corretto affermando invece che *“da tali incertezze non sembrano derivare differenze rilevanti sul piano concreto della liquidazione dei danni perchè, come già osservato, anche in caso di utilizzazione delle tabelle di liquidazione del danno biologico psichico dovrà procedersi alla massima personalizzazione per adeguare il risarcimento alle peculiarità del caso concreto, con risultati sostanzialmente non lontani da quelli raggiungibili con l’utilizzazione del criterio equitativo puro utilizzato per la liquidazione del danno morale”¹⁸.*

¹⁷ Trib. Pavia, 27.03.2019, n. 558.

¹⁸ Cass. S.U., 22 luglio 2015, n. 15350.

Più recentemente invece, è interessante evidenziare, la giurisprudenza di legittimità ha distinto tra le due tecniche in questione correlando la prima (cioè quella tabellare) al danno biologico terminale e la seconda (quella equitativa pura) al danno catastrofale. Infatti, si legge che *“nel primo caso (biologico terminale) la liquidazione può ben essere effettuata sulla base delle tabelle relative all’invalidità temporanea, nel secondo caso risulta integrato un danno non patrimoniale di natura del tutto peculiare che comporta la necessità di una liquidazione che si affidi a un criterio equitativo – denominato “puro” ancorché sempre puntualmente correlato alle circostanze del caso – che sappia tener conto della enormità del pregiudizio sofferto a livello psichico in quella determinata circostanza. Ai fini della sussistenza del danno catastrofale, la durata di tale consapevolezza non rileva ai fini della sua oggettiva configurabilità, ma per la sua quantificazione secondo criteri di proporzionalità e di equità”*¹⁹.

Le oscillazioni giurisprudenziali in ordine al metodo da seguire per la liquidazione di questo tipo di pregiudizi si legano, come detto, ad alcuni profili critici che sono stati nel tempo evidenziati correlati alla scelta dell’uno o dell’altro modello liquidatori e che probabilmente sono difficilmente superabili.

Infatti, se si sceglie di utilizzare il metodo tabellare puro, si pone il problema del fattore tempo. Cioè occorre trovare il modo di contenere *“la liquidazione del danno biologico sofferto dal de cuius, prima del relativo decesso, nell’importo corrispondente all’invalidità temporanea totale commisurata a tutti i giorni intercorrenti tra il fatto generatore di responsabilità e il decesso”*; questo perché il fattore tempo, nel metodo tabellare, *“in tanto assume rilevanza, in quanto col suo avanzamento diminuisce l’aspettativa di vita, sicché è progressivamente inferiore il tempo per il quale il soggetto leso subirà le conseguenze non patrimoniali della lesione della sua integrità psicofisica; da tale premessa consegue che, quando la durata della vita futura cessa di essere un valore ancorato alla probabilità statistica, divenendo un dato noto per essere il soggetto deceduto, allora il danno biologico (riconoscibile tutte le volte che la sopravvivenza sia durata per un tempo apprezzabile rispetto al momento delle lesioni) va correlato alla durata della vita effettiva, essendo lo stesso costituito dalle ripercussioni negative (di carattere non patrimoniale e diverse dalla mera sofferenza psichica) della permanente lesione della integrità psicofisica del soggetto per l’intera durata della sua vita residua”*²⁰.

Viceversa, il metodo equitativo puro si presta, per sua natura, a soluzioni troppo differenziate sul territorio nazionale.

¹⁹ Cass., 20 giugno 2019, n. 16592.

²⁰ Cass. 26 maggio 2020, n. 9888.

Proprio per questa ragione nell'ultima elaborazione delle Tabelle di Liquidazione del Danno non Patrimoniale, sia quella fatta dal Tribunale di Milano nel 2018 che quella fatta dal Tribunale di Roma nel 2019 vi è una apposita sezione dedicata ai danni c.d. Tanatologici, in cui si propone un metodo liquidativo unico che consente di contemperare i pregi dei due sopra indicati limitandone le criticità.

Leggendo la relazione di accompagnamento delle Tabelle di Milano, che sono quelle a maggiore diffusione sul territorio nazionale, si può notare come ci si riferisca a tali pregiudizi con il termine di Danni Terminali genericamente intesi, quali, *“poste di danno liquidabili iure proprio alla vittima di lesioni mortali, a condizione che il decesso non sia immediato ma avvenga dopo un apprezzabile lasso di tempo dalle lesioni”*.

Scopo della Tabella è, infatti, quello di evitare la c.d. anarchia liquidativa ed elaborare *“un criterio guida al quale ispirare le future liquidazioni, in ossequio ad un principio di ragionevole omogeneità”*. Questo criterio viene elaborato sulla scorta di vari principi tra cui il primo è quello di unitarietà e di onnicomprensività. Del danno da morte viene fornita una *“definizione omnicomprensiva di danno biologico e sofferenziale connesso alla percezione della morte imminente”* che tiene conto di quei pregiudizi chiamati dalla giurisprudenza come *“danno biologico terminale, da lucida agonia, o morale catastrofe”* ed *“esclude la separata liquidazione del danno biologico temporaneo ordinario da intendersi quindi assorbita”*.

Tale pregiudizio, conseguentemente, deve avere una durata limitata e perciò si esclude che tale danno *“possa portarsi per un tempo esteso”* quindi si suggerisce un numero *massimo di giorni* (convenzionalmente individuato in 100) oltre il quale il danno terminale non può prolungarsi tornando ad essere risarcibile il solo danno biologico temporaneo ordinario.

Inoltre le tabelle milanesi specificano che non si possa trattare di un danno in *re ipsa* ma è necessario che il soggetto nel periodo di tempo intercorso tra il sinistro ed il decesso non abbia versato in uno stato di incoscienza²¹.

Da ultimo le tabelle specificano come si tratti di un danno a intensità decrescente. L'esperienza medicolegale, infatti, fornisce un criterio secondo cui il danno tende a decrescere con il passare del tempo dal momento che *“la massima*

²¹ Tale assunto però, richiamando quanto già esaminato in precedenza, presenta profili di contrasto con quanto affermato in Cass. 05 luglio 2019, n. 18056 nella quale esplicitamente si legge che il danno biologico terminale *“sussiste anche quando la vittima sia stata incoscienza”*. Sicché il giudice di merito nel decidere se liquidare o meno questo danno dovrà tenere in considerazione anche questo orientamento nomofilattico.

sofferenza è percepita nel periodo immediatamente successivo all'evento lesivo, per poi scemare nella fase successiva (lasciando spazio ad una sorta di "adattamento")". Tanto è vero che le tabelle meneghine specificano anche che a fronte di un decorso particolarmente lungo (es. malattie lungodegenza) *"la percezione della fine avviene in un momento successivo all'insorgenza della malattia, e solo da quel momento potrà parlarsi di danni terminali"* e che nei casi di particolare gravità (es casi in cui lo sconvolgimento emotivo è determinato da eventi di *"particolare crudeltà"*) esse lasciano ampio margine al giudice il quale può liquidare il danno *"muovendosi liberamente secondo la propria valutazione personalizzata ed equitativa, ma nel rispetto di un tetto massimo convenzionalmente stabilito in € 30.000,000"* ²². Per questa ragione il metodo di liquidazione tabellare si basa su una progressione decrescente che parte dall'importo di € 1.000,00 per il quarto giorno fino ad arrivare all'importo di un giorno di invalidità temporanea totale (€ 98,00) del centesimo.

Questo principio è fatto proprio anche dalle Tabelle Romane (2019) che però attribuiscono una somma decrescente per gruppi di giorni, anch'essa personalizzabile in considerazione delle condizioni specifiche del danneggiato²³.

Ciò premesso c'è da chiedersi, in conclusione, se questo criterio decrescente fatto proprio da entrambe le tabelle sia un qualcosa che possa trovare applicazione sempre o se vi siano delle fattispecie in cui il giudice possa/debba distanziarsi da questo criterio.

È interessante segnalare al riguardo una recente pronuncia di merito che ha analizzato il caso, invero sempre più frequente, del lavoratore che decede per carcinoma polmonare contratto per l'esposizione all'inalazione di polveri di amianto. Nella fattispecie analizzata tra la data della diagnosi come terminale e la morte erano trascorsi 35 giorni.

Ora, i giudici di primo grado hanno ritenuto che i criteri tabellari *"non appaio del tutto adeguati al caso di specie i valori risarcitori calcolati secondo una curva decrescente su cui si permea il risarcimento del danno terminale, atteso che per la persona affetta da carcinoma polmonare, (ma analogo ragionamento si può fare su qualsiasi patologia degenerativa) la progressione, anche in termini di lucida sofferenza per l'approssimarsi dell'evento morte, è inversa a quella ipotizzata dall'Osservatorio milanese, trattandosi di una escalation di dolore e deperimento*

²² A partire dal quarto giorno, la valutazione giornaliera del danno sarà comunque personalizzabile in relazione alle circostanze del caso concreto purché ciò non determini il superamento del limite del 50% da riconoscersi quale maggiorazione dei valori tabellari.

²³ Vengono riconosciuti 10.000€ al giorno per i primi 5 giorni, 5.000€ *pro die* per i successivi 10, 2.000€ per i successivi 15; e 1.000€, sempre al giorno, per tutti i giorni eccedenti i 30.

biologico, tuttavia, alla luce della brevità del periodo di sopravvivenza del C. alla prima diagnosi di malattia, i criteri monetari dettati dalla suddetta tabella appaiono i più favorevoli. Quindi tutti i 35 (trentacinque) giorni devono considerarsi tutti al 100%”²⁴.

Pertanto se da un lato l’elaborazione di un metodo tabellare che specificamente prende in considerazione questa categoria di pregiudizi deve essere vista con favore in quanto limita la c.d. anarchia liquidativa, dall’altro occorre comunque sempre tenere in considerazione che ci sono fattispecie concrete che sfuggono a rigide pre-categorizzazioni numeriche astratte in cui il giudice ha il potere/dovere di distanziarsi dalle tabelle.

²⁴ Trib. Ancona, 05 ottobre 2020, n. 242.

La responsabilità in ambito bancario e finanziario: i profili correlati alla trasparenza e agli obblighi informativi

SOMMARIO: 1. La trasparenza bancaria e l'informazione del cliente. – 2. Trasparenza, obblighi informativi e tutela del mercato. – 3. Trasparenza e responsabilità della banca; due ipotesi ricavate dal testo unico bancario. – 4. Informativa dell'investitore e responsabilità dell'intermediario. – 5. Oneri di allegazione e di prova nei giudizi di danno contro l'intermediario. – 6. L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul nesso di causa tra mancata informazione dell'investitore e danno.

1. La trasparenza bancaria e l'informazione del cliente

Da circa trent'anni, in materia bancaria, il concetto di trasparenza è ammantato di un pregnante significato giuridico.

Se poi guardiamo al prelude storico di questa suggestiva accezione di significato, dobbiamo risalire alla metà anni ottanta del secolo scorso.

Con l'art. 1 d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350 si era affermato, per la prima volta, che l'attività bancaria costituiva attività di impresa, superandosi, in tal modo, la definizione dell'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito come "funzioni di interesse pubblico" che risaliva alla legge bancaria del 1936. Poco tempo dopo, con la l. 1 marzo 1986, n. 64, veniva proclamata la necessità di una predeterminazione delle condizioni contrattuali da praticare alla clientela, imponendosi alle banche di stabilire tassi e condizioni uniformi, assicurando integrale parità di trattamento nei confronti dei loro clienti, a parità di condizioni soggettive dei medesimi (art. 8); nel 1987 l'ABI approvava inoltre un accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni, applicabile alle aziende di credito, esteso l'anno successivo alle istituti di credito speciale¹.

Gli ultimi passaggi di questo processo sono ben noti e sono segnati dalla l. 17 febbraio 1992, n. 154, denominata significativamente "*Norme per la trasparen-*

¹ per un completo quadro storico della materia si rinvia a E. CAPOBIANCO e F. LONGOBUCCO, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, Digesto comm.*, ed. *on line*, 2012, § 2 e a V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela – Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008, 2 ss..

za delle operazioni dei servizi bancari e finanziari” e dal testo unico bancario (t.u.b.) varato col d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), il cui titolo VI era nominato “Trasparenza delle condizioni contrattuali”.

Ha quindi trovato posto, nel nostro ordinamento, un corpo di norme deputate ad assicurare la consapevolezza critica del cliente della banca: si tratta di un ordito di disposizioni che informano lo svolgimento del rapporto, la conclusione del contratto, le trattative e la condotta della banca nel periodo che precede queste ultime: a tale proposito, è sufficiente guardare all’art. 116 t.u.b. per prendere atto di obblighi informativi che si collocano in un contesto diverso da quello proprio della responsabilità precontrattuale di cui all’art. 1337 c.c..

Ma di trasparenza si occupa anche il testo unico dell’intermediazione finanziaria (t.u.f.) di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58: ed è significativo, in proposito, che l’art. 6 t.u.f. assegni alla Consob il compito di disciplinare con regolamento gli obblighi dei soggetti abilitati in materia di “trasparenza”, includendovi, tra agli altri, “*gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento, nonché della gestione collettiva del risparmio,*”, e quindi prospettando una vera e propria corrispondenza di significato tra la trasparenza e l’informazione cui è tenuto l’intermediario.

Non sempre, per la verità, i due termini sono sovrapponibili: e così, ad esempio, al di fuori dalla disciplina di settore che qui interessa, il codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) pare tenerli distinti, riconoscendo ai consumatori sia il diritto a una “*adeguata informazione*” e ad una corretta pubblicità – art. 2, lett. c) –, sia quello alla correttezza, “*alla trasparenza*” ed all’equità nei rapporti contrattuali, giusta l’art. 2, lett. e).

Certo è che la disciplina della trasparenza – ma lo stesso discorso potrebbe valere per l’informazione – non è diretta ad assicurare una tutela sostanziale degli interessi in gioco, ma solo a definire “le regole del gioco”².

In tal senso, la trasparenza ha finito per costituire, nell’ambito bancario e finanziario, una sorta di clausola generale, equiparabile a quello che rappresentano, in ambito privatistico, la correttezza e la buona fede: suscettibile, come queste ultime, di dar vita, in caso di violazione, a una responsabilità del soggetto che è tenuto a prestarvi osservanza.

² Così A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur.*, 1994, 2, il quale ricorda le efficaci parole di A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 1992, I, 426, secondo cui a nessuno si impedisce di vendere uova marce, ma gli si impone solo di chiarire che sono tali.

2. Trasparenza, obblighi informativi e tutela del mercato

Si è notato che storicamente l'attenzione verso la trasparenza, sul piano della disciplina normativa, affonda le sue radici nel fenomeno della progressiva rivalutazione del mercato e dei suoi meccanismi "naturalisti"³ in effetti, il recupero di una dimensione realmente concorrenziale del mercato può trovare attuazione solo in presenza di destinatari dell'offerta che siano in grado di operare le proprie scelte sulla base di informazioni che veicolano dati oggettivi e raffrontabili.

Ci si muove, qui, nella logica che anima la disciplina del diritto dei consumatori. Merita ricordare come si sia da tempo sottolineato, in dottrina, che la disciplina dei contratti del consumatore debba ritenersi diretta alla rimozione o riduzione degli ostacoli che si frappongono al funzionamento delle regole concorrenziali sui mercati finali: infatti, è proprio nel rapporto tra imprese e consumatori che si concentrano le occasioni più consistenti di un funzionamento subottimale delle regole di mercato⁴.

Lo stesso regime delle nullità di protezione tradisce questa particolare vocazione delle norme che regolano i rapporti intercorrenti tra parti munite di diversa forza contrattuale (come quelli bancari o finanziari): basterà evocare, in proposito, l'insegnamento delle Sezioni Unite, secondo cui il potere del giudice di rilevare d'ufficio le dette nullità è essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali – appunto – il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost.⁵ Significativamente, del resto, in materia di intermediazione finanziaria, agli intermediari è fatto preciso obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per tutelare, oltre che gli interessi dei clienti, "l'integrità dei mercati": si veda l'art. 21, comma 1, lett. a), t.u.f.).

È da osservare, su di un piano generale, che nella disciplina dei contratti asimmetrici convivono solitamente due forme di tutela del soggetto debole, date dai controlli di contenuto e dagli obblighi informativi. La normativa in questione si dimostra, in genere, particolarmente sensibile all'esigenza di assicurare il trasferimento al contraente socialmente svantaggiato di una parte rilevante delle informazioni di cui dispone l'operatore che fornisce la prestazione: sono così individuabili obblighi informativi attinenti principalmente (ma non esclu-

³ Così A. TIDU, op. cit., 1.

⁴ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, 1997, 494 s.; 539 ss..

⁵ Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

sivamente), alla componente economica dell'affare e che trovano espressione in prescrizioni che hanno la loro collocazione in norme di settore. Gli obblighi informativi non attengono invece, di regola, alla componente normativa del contratto (e cioè al complesso delle condizioni che ne tracciano il regolamento), e ciò in ragione degli elevati costi, in termini di tempo, che imporrebbe un esame dettagliato dei formulari da parte del consumatore interessato alla conclusione dell'affare e della correlativa necessità, che di conseguenza si prospetterebbe, in ordine all'acquisizione, da parte di quel soggetto, delle competenze giuridiche necessarie per comprendere il preciso significato delle singole condizioni contrattuali. Ciò spiega perché il legislatore preferisca predisporre, con riguardo alla componente normativa del contratto, veri e propri controlli di contenuto, atti ad assicurare un assetto equilibrato del contratto nella sua componente normativa, e ad impedire agli operatori di attuare indebite compensazioni tra riduzioni dei prezzi e generalizzate e occulte traslazioni del rischio contrattuale in pregiudizio della parte economicamente più debole⁶: in tale alveo si pone, ad esempio, la disciplina delle clausole vessatorie contenuta nel codice del consumo (artt. 33 ss. d.lgs. n. 206 del 2005).

Non è, questa, una regola assoluta: proprio nel settore bancario la disciplina dell'usura, introdotta con la l. 7 marzo 1996, n. 108 testimonia di come in determinati casi il legislatore, in considerazione dell'allarme che suscitano alcuni fenomeni sul piano economico e sociale, preferisca intervenire con controlli di contenuto anche sulla componente economica del contratto.

3. Trasparenza e responsabilità della banca; due ipotesi ricavate dal testo unico bancario

Tornando agli obblighi informativi, è da osservare come questi ultimi siano ben radicati nella disciplina di settore che qui interessa: sia in quella bancaria che in quella finanziaria.

Come si è accennato, il testo unico bancario riserva un intero titolo alla trasparenza delle condizioni contrattuali; vi dedica una trattazione di carattere generale (destinata a "operazioni e servizi bancari e finanziari"); declina, poi, i diversi obblighi di comportamento dell'intermediario valorizzando specifiche tipologie di operazioni (servizi di pagamento: Capo II *bis*) e di clienti (consumatori: Capo I *bis* e Capo II); lo fa con una tecnica normativa che è per così dire "rovesciata" rispetto a quella adottata con l'iniziale stesura del testo unico: infatti,

⁶ E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, *Digesto civ.* ed. on line, 2000, §§ 5 ss..

l'originaria versione dell'art. 115 t.u.b. prevedeva che le disposizioni del Capo I (genericamente riferita a operazioni e servizi bancari e finanziari) si applicavano alle operazioni previste dal Capo II (dedicato al credito ai consumatori) per gli aspetti non diversamente disciplinati, mentre oggi è stabilito che le dette norme, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito al consumo e ai servizi di pagamento. Questa inversione è dovuta al fatto che il legislatore dell'Unione europea, con riferimento al credito al consumo e ai servizi di pagamento, ha dettato direttive di massima armonizzazione.

In materia di intermediazione finanziaria gli obblighi informativi sono invece genericamente enunciati dall'art. 21 t.u.f., comma 1, lett. b) e poi specificamente disciplinati in via regolamentare⁷; ai fini della trasparenza assume peraltro rilievo anche la disciplina della forma del contratto di investimento, contenuta nell'art. 23 t.u.f..

La possibilità che l'inosservanza degli obblighi di trasparenza, o informativi, si traduca in profili di responsabilità dell'operatore economico nei confronti del cliente assume una diversa consistenza nel diritto bancario propriamente detto e nel diritto finanziario. Infatti, in materia finanziaria, a seguito della stipulazione del contratto quadro per la prestazione di servizi di investimento, l'intermediario è gravato di dettagliati compiti informativi, che vanno puntualmente adempiuti anche in occasione dei singoli "ordini" impartiti dal cliente, qualificati dalla giurisprudenza come veri e propri negozi: Cass. 23 maggio 2017, n. 12937 rileva, del tutto condivisibilmente, come la fase in cui si collocano i singoli ordini, che è successiva alla stipula del contratto quadro, rappresenta il segmento realmente decisionale dell'attività di investimento: è in tale fase che l'investitore assume la propria determinazione, la quale, "*secondo la protezione dettata dal sistema vigente, deve essere frutto di un lungo itinerario, che è interamente contrattuale*". Rispetto ai contratti bancari non è dato invece di individuare, almeno di regola, sequenze di successivi atti muniti di autonomo valore negoziale: e ciò spiega perché, con riferimento ad essi, si individuino, più che altro, regole di "trasparenza indiretta"⁸, come quella sulla forma del contratto (art. 117 t.u.b.), che deve essere redatto per iscritto e presentare un determinato contenuto, o quella *jus variandi* (art. 118 t.u.b.), che consente al cliente di avvedersi delle modificazioni che la controparte intende apportare al contratto e lo onera di esprimersi (sebbene tacitamente) sull'adesione alle medesime. In queste ipotesi la tutela del

⁷ Cfr. infatti, la parte II del libro III del reg. Consob n. 20307/2018, intitolata "*Trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori*".

⁸ Espressione usata da E. CATERINI, *La trasparenza bancaria*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, Padova, 2016, 159 ss..

cliente a fronte dell'inosservanza delle prescrizioni normative trova espressione non già nel risarcimento del danno per inadempimento, ma in altri rimedi, come la nullità del contratto (nel caso dell'art. 117) e l'inefficacia della modificazione delle condizioni contrattuali che non sia stata fatta oggetto di preventiva comunicazione (nel caso dell'art. 118).

Ciò non toglie che anche in materia di diritto bancario sia possibile cogliere l'emersione di profili di responsabilità dell'operatore per i quali opera, a vantaggio del cliente, il rimedio risarcitorio.

Si passeranno rapidamente in rassegna due ipotesi: la prima è riconducibile alla responsabilità extracontrattuale – ma anche precontrattuale, secondo una prospettiva più avanzata, o semplicemente, più inclusiva, rispetto a quella tradizionale –, la seconda alla responsabilità contrattuale.

La prima ipotesi è desumibile dalla disciplina contenuta nell'art. 116 t.u.b., che impone di rendere note al pubblico le condizioni contrattuali che l'intermediario intenda praticare (tassi di interesse, costi, valute applicate per l'imputazione degli interessi, tasso effettivo globale medio per le operazioni di finanziamento, ma anche “*gli indicatori che assicurano la trasparenza informativa alla clientela*”, quali l'indicatore sintetico di costo e il profilo dell'utente): la richiamata norma può considerarsi puntuale espressione della scelta legislativa di gravare l'operatore bancario di obblighi informativi afferenti la componente economica del contratto.

La particolarità della regolamentazione in essa contenuta sta nel fatto che i detti obblighi informativi si collocano in una fase antecedente a quella in cui si situano gli atti prenegoziali di proposta e accettazione: tant'è che l'ultimo comma dell'art. 116 precisa che le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'articolo 1336 c.c..

È da dire che in passato si è dibattuto della possibilità di configurare le condotte prescritte dall'art. 116 quale oggetto di un onere più che di un vero e proprio obbligo⁹. Potrebbe difatti sostenersi che, in difetto dell'informativa generale circa le condizioni contrattuali, l'unica conseguenza che si determina sul piano giuridico sia quella, sfavorevole alla banca, della non spettanza delle remunerazioni pattuite: e ciò in applicazione dell'art. 117, comma 7, lett. b), t.u.b., secondo cui ove il contratto non indichi le condizioni contrattuali diverse dal tasso di interesse, nulla è dovuto “*in mancanza di pubblicità*”; l'omessa individuazione, in contratto, degli interessi, debitori o creditori, produce, invece, l'applicazione dei tassi sostitutivi di cui all'art. 117, comma 7, lett. a).

⁹ U. MAJELLO, *sub art. 116*, in *Commento al D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. BELLÌ, G. CONTENUTO, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO, V. SANTORO, Bologna, 2003, II, 1922.

Sembra tuttavia, più corretto ritenere che la regola circa la pubblicità di cui all'art. 116 t.u.b. ponga non solo un onere destinato ad operare nell'ipotesi di mancata conformazione del contratto alle prescrizioni di contenuto ricomprese nell'art. 117, ma, altresì, un'autentica regola di comportamento che trova la propria sanzione oltre che sul piano amministrativo – art. 144, lett. b), t.u.b. –, anche su quello civilistico: in tal senso si è detto che la norma in questione opera come fonte di una precisa responsabilità che, in quanto riconducibile alla fase di formazione del contratto, avrebbe natura precontrattuale¹⁰. Con riguardo agli obblighi di pubblicità contemplati dall'art. 116, dunque, la responsabilità della banca potrebbe configurarsi indipendentemente dalla nullità comminata dall'art. 117, comma 7, lett. b), che ricorre in caso di mancata indicazione delle condizioni contrattuali (diverse dai tassi di interesse) di cui al comma 4 (nel qual caso il cliente avrà sicura convenienza ad opporre l'invalidità, e quindi l'inefficacia della clausola); detta responsabilità si prospetterà, in particolare, allorché il contratto definisca l'ammontare di costi e remunerazioni – anche per il tramite di condizioni generali di contratto rese conoscibili ex art. 1341 c.c.¹¹ – e debba, quindi, considerarsi valido: l'inosservanza dell'obbligo pubblicitario rileverà, in questo caso, ai fini del risarcimento del danno (oltre che ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative).

Si è ipotizzato, al riguardo, che il risarcimento del danno discenda da una responsabilità precontrattuale della banca. L'affermazione di una responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido è coerente, in linea di principio, con la giurisprudenza della Corte di legittimità, secondo cui la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso¹².

¹⁰ Sul punto, E. SCODITTI, *Patologie, responsabilità e rimedi nella contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, Padova, 2016, 635 ss..

¹¹ E. SCODITTI, op. cit., 646.

¹² Cass. 23 marzo 2016, n. 5762; nel senso dell'ammissibilità della responsabilità precontrattuale in caso di perfezionamento nel negozio che risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto, cfr. pure Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795 e Cass. 17 settembre 2013, n. 21255:

Fatte queste precisazioni, occorre tuttavia avvertire che quella nascente dalla mancata pubblicità delle condizioni contrattuali può qualificarsi una forma di responsabilità precontrattuale solo estendendo l'area di questa oltre il perimetro definito dalle trattative: quel che rileva, infatti, nella prospettiva consegnata dall'art. 116 t.u.b., è l'inosservanza di un obbligo di carattere generale che la banca deve osservare a tutela di tutti coloro che siano potenzialmente interessati alla prestazione dei servizi da essa offerti. Per usare le parole impiegate dalla Cassazione con riferimento alla c.d. responsabilità da prospetto, legata all'offerta di prodotti finanziari sul mercato da parte dell'emittente, una responsabilità come quella che viene qui in esame può certo ricondursi "*ad una più ampia nozione di responsabilità precontrattuale*", ma "*ove per ciò s'intenda qualsiasi responsabilità derivante da comportamenti antigiuridici posti in essere nella fase che precede il perfezionamento di un rapporto contrattuale*"¹³.

La seconda ipotesi ruota intorno all'obbligo, da adempiersi in occasione della stipula del contratto, di consegna di un esemplare del contratto al cliente (obbligo che è contemplato dall'art. 117, comma 1, t.u.b., oltre che dall'art. 23, comma 1, t.u.f.).

Tale obbligo è anch'esso funzionale all'informazione del cliente, come del resto lo è la prescrizione per cui il contratto va redatto per iscritto, pure contenuta nelle norme che si sono citate. Nonostante la contraria opinione espressa in dottrina¹⁴ e nonostante le Sezioni Unite abbiano affermato, con specifico riferimento al contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, che il requisito della forma scritta deve intendersi rispettato "*ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente*"¹⁵ – locuzione, questa, che sembrerebbe far rientrare la consegna del documento tra gli elementi costitutivi della fattispecie negoziale –, pare che detta consegna non condizioni la validità del contratto, ma che rientri, piuttosto, tra gli adempimenti che gravano sull'intermediario nella fase di esecuzione di esso. In tal senso, la stessa Corte regolatrice ha avuto modo di precisare, in passato, che ai fini della prova dell'errore invocato dal cliente sulla natura o sull'oggetto del contratto, non rileva l'inosservanza, da parte della banca, del dovere di consegnare la copia della documentazione contrattuale: e

in tali ipotesi il risarcimento può essere commisurato, secondo l'insegnamento dello stesso giudice di legittimità, al "*minor vantaggio*", ovvero al "*maggior aggravio economico*" prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo da osservare: Cass. 29 settembre 2005, n. 19024.

¹³ Cass. 1 giugno 2010, n. 14056.

¹⁴ U. MAJELLO, op. cit., 1934; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 194.

¹⁵ Cass., S.U., 16 gennaio 2018, n. 898.

ciò proprio in quanto il menzionato vizio incide sul momento genetico del rapporto, mentre l'adempimento del dovere di consegna riguarda la fase successiva alla formazione del contratto¹⁶.

Può aggiungersi che la giurisprudenza di merito reputa normalmente esperibile il procedimento per ingiunzione per ottenere la consegna dei documenti relativi alla stipula del contratto bancario, così ritenendo che detta consegna costituisca oggetto di un vero e proprio obbligo contrattuale, e che, in termini generali, a fronte dell'inadempimento della banca è possibile ipotizzare una responsabilità risarcitoria (sebbene scenari segnati da iniziative di questo tipo non possono certo definirsi di frequente riscontro).

Il discorso si presta a un breve approfondimento. Nel nostro ordinamento sono presenti altre prescrizioni in cui la forma non costituisce, propriamente, un requisito del contratto tra parti in posizioni "diseguale", richiesto a pena di nullità, ma una modalità strumentale alla stipula: ciò che è stato definito "stampo" o "involucro" di obblighi informativi imputati al professionista, consustanziali ad ogni contratto asimmetrico¹⁷. In tal senso, le previsioni degli artt. 117, comma 1 t.u.b. e 23, comma 1, t.u.f. possono essere affiancate ad altre, come, ad esempio, quella, prevista dall'art. 71 cod. cons. dettato in materia di multiproprietà e di prodotti per le vacanze a lungo termine, circa il rilascio di formulari informativi precontrattuali, o dall'art. 4, comma 1, l. 6 maggio 2004, n. 129, che fa obbligo dell'affiliante, prima della stipula dei contratti di franchising, di trasmettere una copia del contratto da sottoscrivere almeno 30 giorni prima della stipula, o ancora – per restare nell'ambito della disciplina bancaria – alla consegna del documento informativo previsto dall'art. 124, comma 2, t.u.b. o della bozza del contratto di credito, secondo quanto previsto dal comma 4 dello stesso articolo. In tutti questi casi si è detto che la "documentalità" è dell'informazione, non del contratto¹⁸, anche se il contratto, a sua volta, è di norma presidiato da veri e propri obblighi formali. Sembra, allora, che l'adempimento di tali doveri informativi rilevi su un piano diverso dalla nullità contrattuale: ciò in ossequio all'insegnamento delle Sezioni Unite secondo cui ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme,

¹⁶ Cass. 20 settembre 2013, n. 21600.

¹⁷ Così S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. del dir., Annali IV*, Milano, 2011, ed. *on line*, § 2 ove i riferimenti a L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, 18, e G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 47.

¹⁸ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, loc. cit..

anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità¹⁹.

4. Informativa dell'investitore e responsabilità dell'intermediario

Passando, ora, alla materia dell'intermediazione finanziaria, è appena il caso di ricordare come proprio le due pronunce appena citate rappresentino, in questo particolare settore, il vero spartiacque dell'elaborazione giurisprudenziale: elaborazione che è stata particolarmente significativa.

Già si è detto²⁰ che, con riferimento alla prestazione dei servizi di investimento, i profili di responsabilità dell'intermediario legati all'inosservanza di obblighi informativi sono più frequenti, in quanto vanno individuati (anche) con riguardo ai singoli ordini che il cliente decide di impartire all'intermediario: infatti detti ordini integrano dei veri e propri negozi che hanno ad oggetto operazioni finanziarie e allo stesso intermediario è fatto obbligo di fornire indicazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni stesse. La previsione di tale obbligo è funzionale all'arricchimento della consapevolezza critica dell'investitore rispetto alla singola operazione di investimento (nella prospettiva ben nota, di una tutela che coinvolge, allo stesso tempo, l'investitore medesimo e il mercato finanziario). Ciò spiega, tra l'altro, come in materia finanziaria il legislatore abbia preferito fissare un "nucleo forte" di regole di comportamento dell'intermediario: il che differenzia la disciplina del t.u.f. da quella del t.u.b..²¹

Le Sezioni Unite hanno dunque escluso che la violazione degli obblighi informativi del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario possa dar luogo a nullità del contratto di intermediazione, o contratto quadro; e hanno precisato che tale violazione possa dar luogo, alternativamente, a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove l'inosservanza dell'obbligo informativo si collochi nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del suddetto contratto di intermediazione, e a responsabilità contrattuale, ove la violazione concerna le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto quadro (il quale in questa seconda ipotesi potrà pure essere risolto per inadempimento).

¹⁹ Cass., S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

²⁰ Al § 3.

²¹ A. THIENE, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, commento al Titolo VI, Padova, 2013, 1596.

Come era da attendersi, e come è puntualmente avvenuto, le due decisioni hanno fortemente influenzato le linee della successiva giurisprudenza negli anni a seguire. Si è assistito, infatti, non solo al progressivo abbandono, della tesi, che aveva avuto una certa fortuna presso i giudici di merito, per cui le violazioni degli obblighi informativi e degli obblighi di comportamento in genere producessero la nullità del contratto quadro (o dei singoli ordini di investimento), ma a una serie di puntualizzazioni, da parte della giurisprudenza di legittimità, che sono valse a definire, da un lato, il quadro dei rimedi spendibili a fronte di tali violazioni e, dall'altro, la trama dei diritti, degli obblighi e degli oneri che a tali rimedi si correlano.

Questo processo evolutivo si dipana dal discrimine marcato dalle Sezioni Unite tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale dell'intermediario. La prima forma di responsabilità – che non ha posto, per la verità, grosse questioni – è di più rara prospettazione nella pratica: si deve infatti constatare come, il più delle volte, le cause in cui si dibatte della responsabilità dell'intermediario siano preordinate ad ottenere una pronuncia che condanni quest'ultimo al risarcimento del danno per inadempimento o che risolva ex art. 1453 c.c. i singoli ordini di investimento, statuendo la restituzione delle somme investite.

Preme in questa sede affrontare il tema della responsabilità dell'intermediario avendo particolare riguardo al rimedio risarcitorio, e ciò in considerazione del rilievo che nelle azioni di danno assume il *deficit* informativo: rilievo che investe non solo il giudizio circa l'affermazione, o la negazione, della responsabilità dell'intermediario, ma anche quello circa il nesso di causa tra l'inadempimento di quel soggetto e il danno che ne deriva.

5. Oneri di allegazione e di prova nei giudizi di danno contro l'intermediario

Nelle azioni risarcitorie proposte dall'investitore la giurisprudenza fa da tempo applicazione di un principio che è proprio di tutte le azioni in cui si faccia questione del danno da inadempimento contrattuale: viene cioè affermato che il riparto dell'onere della prova si atteggia nel senso che l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione da parte dell'intermediario, nonché di fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, ha l'onere di provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di aver agito con la specifica diligenza

richiesta²²: quindi, proprio perché ci troviamo nel campo della responsabilità contrattuale, e non nel campo di quella extracontrattuale, il giudice di merito, per assolvere l'intermediario finanziario dalla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge, non può limitarsi ad affermare che manca la prova della sua negligenza ovvero dell'inadempimento, ma deve accertare se sussista effettivamente la prova positiva della sua diligenza e dell'adempimento delle obbligazioni poste a suo carico²³.

Che, a monte degli oneri probatori descritti, si delinei, in capo all'investitore, un onere di allegazione quanto all'inadempimento dell'intermediario alle obbligazioni che a questo fanno capo (segnatamente agli obblighi informativi) è affermazione ineludibile a mente del fondamentale insegnamento di Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533. Esso trova del resto giustificazione, sul piano logico, in due rilievi: anzitutto tale allegazione è necessaria al fine di consentire alla banca di provare il proprio adempimento (prova che va rapportata alle informazioni che l'investitore assume di non aver ricevuto); in secondo luogo, un tale onere è da correlare a quello concernente la prova del nesso di causalità, che grava sul cliente: prova che si basa su di un giudizio controfattuale, e cioè sulla verifica, in base all'*id quod plerumque accidit*, che l'investitore, ove adeguatamente informato, avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole. L'onere di allegazione investe, per queste ragioni, informazioni specifiche: l'investitore che lamenta la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario ha cioè l'onere di allegare specificamente l'inadempimento di tali obblighi, mediante la pur sintetica, ma circostanziata, individuazione delle informazioni che l'intermediario avrebbe ommesso di somministrare²⁴.

Il discorso deve valere, evidentemente, sia per gli obblighi informativi di natura attiva, di dare al cliente adeguate informazioni sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni dell'operazione o del servizio, così da metterlo in grado di effettuare scelte di investimento consapevoli (*know the security rule*), sia per quelli di natura passiva, finalizzati a consentire ai soggetti abilitati di comprendere quali siano le effettive esigenze dei clienti e le loro caratteristiche di investimento (*know your customer rule*). Ma concerne, altresì, le valutazioni di adeguatezza e anche di appropriatezza (che nel regolamento n. 16190/2007 e nel regolamento n. 20307/2018 concerne servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli) e il conseguente obbligo dell'in-

²² Cass. 24 maggio 2019, n. 14335; in tal senso pure: Cass. 19 gennaio 2016, n. 810; Cass. 6 marzo 2015, n. 4620; Cass. 29 ottobre 2010, n. 22147; Cass. 17 febbraio 2009, n. 3773.

²³ Così Cass. 15 marzo 2016, n. 5089; Cass. 19 ottobre 2012, n. 18039.

²⁴ Cass. 24 aprile 2018, n. 10111.

termediario di segnalare all'investitore, in relazione alla sua accertata propensione al rischio, la non pertinenza (adeguatezza o appropriatezza) delle operazioni di investimento che si accinge a compiere²⁵.

6. L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul nesso di causa tra mancata informazione dell'investitore e danno

Sull'onere, da parte dell'investitore, di specificare l'inadempimento della controparte e sull'onere, in capo all'intermediario, di provare l'adempimento la giurisprudenza si mostra ferma e il quadro che ne risulta non evidenzia difformità applicative con riguardo alle singole fattispecie portate al suo esame.

Non può dirsi altrettanto con riguardo all'onere della prova che investe il nesso causale tra l'inadempimento e il danno. L'affermazione di carattere generale, sopra riportata, che riversa sull'investitore il compito di dare dimostrazione di tale collegamento eziologico è in primo luogo attenuata dal fatto che, in alcuni casi, il danno correlato all'inadempimento è *in re ipsa*.

In termini generali, ove venga in questione una responsabilità per omissione, il giudice, nel valutare la c.d. causalità omissiva, deve verificare che l'evento non si sarebbe verificato se l'agente (nella specie: l'intermediario) avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi, ed il relativo accertamento deve essere condotto attraverso l'enunciato controfattuale, ponendo al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato²⁶.

I casi in cui il giudizio contrafattuale non trova fondamento applicativo sono quelli in cui si dibatte della violazione, da parte dell'intermediario, di un obbligo di astensione²⁷. In tali ipotesi, infatti, la causalità può considerarsi *in re ipsa*, dal momento che il danno non si produce se il prestatore dei servizi di investimento si astiene dal comportamento che gli è vietato e l'operazione non ha quindi luogo. Così, nella vigenza dell'art. 6, lett. g), l. 2 gennaio 1991, n. 1, che faceva espresso

²⁵ Il riferimento è a *suitability rule*: nota incisivamente Cass. 26 gennaio 2016, n. 1376 che tutti gli obblighi che gravano sull'intermediario ex art. 21, lett. a) e b) convergono verso tale risultato.

²⁶ Cass. 14 febbraio 2012, n. 2085; Cass. 19 novembre 2004, n. 21894; per l'applicazione del principio in tema di intermediazione finanziaria: 24 aprile 2018, n. 10111 cit; cfr. pure Cass. 17 agosto 2016, n. 17138, non massimata e Cass. 19 agosto 2016, n. 17194, pure non massimata, secondo cui nella presente materia è dunque necessario verificare, in base a un giudizio necessariamente probabilistico condotto sul modello della c.d. prognosi postuma, se l'investitore, una volta adeguatamente informato, avrebbe desistito dall'investimento poi dimostratosi pregiudizievole.

²⁷ Sul punto, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Schlesinger, Milano, 2012, 542 ss..

ed assoluto divieto all'intermediario di dar corso all'operazione in presenza di una situazione di conflitto di interessi non rivelata al cliente o, comunque, in difetto di autorizzazione espressa del cliente medesimo, le Sezioni Unite ebbero ad affermare che ove fossero poste in essere operazioni in cui l'intermediario versasse in situazione di asserito conflitto di interessi, dovesse attribuirsi rilievo, per individuare l'esistenza di un danno risarcibile ed il nesso causale tra detto danno e l'illegittimo comportamento imputabile all'intermediario, «*alle sole conseguenze della mancata astensione dell'intermediario medesimo dal compiere un'operazione non consentita nelle condizioni di cui alla citata disposizione e non già alle conseguenze derivanti dalle modalità con cui l'operazione era stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo ipoteticamente da altro intermediario*»²⁸.

Ad analoghe conclusioni si perviene, ad esempio, quando si faccia questione dell'obbligo di astensione dell'intermediario che era previsto dall'art. 29 del non più vigente reg. Consob n. 11522 del 1998 per l'ipotesi in cui l'operazione fosse inadeguata (potendo in tal caso l'intermediario procedere «*solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute*»).

In queste fattispecie si riscontra l'esistenza di situazioni astratte di pericolo, qualificate da una particolare gravità, in presenza delle quali il rischio del danno è talmente pregnante da aver indotto il legislatore a vietare l'operazione da cui esso scaturirebbe. Un tale rischio si configura quando è l'operazione in sé (non il fatto che l'investitore possa non esserne adeguatamente informato) ad essere potenzialmente produttiva del danno²⁹.

In presenza di un obbligo assoluto di astensione siffatto, dunque, non ha senso il giudizio controfattuale: la causalità è *in re ipsa* in quanto se l'investitore avesse osservato il comando legislativo non si sarebbero prodotti danni.

Con riguardo agli obblighi informativi non è invece configurabile, a rigore, un obbligo di astensione: se infatti la *ratio* che sottende l'obbligo assoluto di astensione è la tutela dell'investitore in presenza di una situazione connotata dall'intrinseca pericolosità dell'operazione, tale situazione non ricorre in caso di semplice *deficit* informativo, giacché viene qui in gioco il possibile danno dipendente da una ignoranza: ignoranza che potrebbe rivelarsi non decisiva giacché nulla consente di escludere, in termini astratti, che l'investitore, ove pure fosse stato informato, avrebbe deciso di procedere all'investimento³⁰.

²⁸ Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724.

²⁹ Cass. 25 ottobre 2017, n. 25335.

³⁰ Cass. 29 ottobre 2017, n. 25335 cit..

Ciò non significa che l'incidenza della violazione dell'obbligo informativo sul prodursi del danno vada ridimensionata. È sintomatica, in proposito, la posizione della giurisprudenza, per cui lo speciale rapporto contrattuale che intercorre tra il cliente e l'intermediario implica un grado di affidamento del primo nella professionalità del secondo che non può essere sostituito dall'onere, per lo stesso cliente, di assumere direttamente informazioni sulla rischiosità dei titoli da altre fonti (ad esempio dalla stampa)³¹: sicché – si sostiene – non è configurabile un concorso di colpa del medesimo cliente nella produzione del danno, neppure per non essersi lo stesso informato della rischiosità dei titoli acquistati, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, e quest'ultimo non rientri in alcuna delle categorie di investitore qualificato o professionale previste dalla normativa di settore³². Nella giurisprudenza di merito, il concorso di colpa del danneggiato (o meglio, verrebbe da dire, il dato dell'insussistenza dell'obbligo, in capo all'intermediario, di risarcire i danni che l'investitore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza ex art. 1227, comma 2, c.c.) è stato del resto escluso pure con riferimento alla mancata adesione ad offerte di nuova collocazione dei titoli acquistati³³.

Ma il rilievo che assume la condotta dell'intermediario sul prodursi del danno, e quindi sul piano della correlazione eziologica esistente tra l'inadempimento di tale soggetto e il pregiudizio lamentato dall'investitore si scorge in un altro percorso della Corte di legittimità: un percorso che ha condotto a rimeditare, nella materia che interessa, l'atteggiarsi dell'onere probatorio del nesso di causa.

Un primo spunto in tale direzione lo ha offerto Cass. 11 giugno 2010, n. 14056, la quale si è occupata di una fattispecie diversa da quella relativa all'inadempimento delle obbligazioni contrattuali che fanno capo all'intermediario. L'ipotesi presa in considerazione concerneva, piuttosto, la presenza di informazioni fuorvianti nel prospetto di un'offerta pubblica di sottoscrizione di azioni societarie. Nella controversia, la parte attrice lamentava di aver sottoscritto azioni offerte

³¹ Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864; cfr. pure Cass. 27 aprile 2016, n. 8394.

³² Cass. 13 maggio 2016, n. 9892.

³³ Così, per il caso dell'offerta pubblica della Repubblica Argentina, Trib. Vicenza 2 luglio 2008, *Le Società*, 2, 2010, 213, secondo cui l'inadempimento dell'intermediario – nella specie, all'obbligo informativo – esaurirebbe “l'intera fattispecie di responsabilità”: la pronuncia aggiunge, poi, non potersi fare carico all'investitore di non essersi prudentemente fidato di un titolo avente la medesima provenienza di quello da lui precedentemente acquistato; il che – a ben vedere – si mostra coerente con la regola per cui l'ordinaria diligenza richiesta dall'art. 1227, comma 2, c.c. ricomprende soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici: per tutte, Cass. 15 ottobre 2018, n. 25750.

in borsa sulla scorta di un prospetto recante una rappresentazione della situazione patrimoniale della società rivelatasi poi non veridica ed aveva domandato il risarcimento del danno correlato a tale condotta illecita (la quale integra un illecito extracontrattuale, giacché, come spiegato nella stessa sentenza, viene in questione la violazione di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti, per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli). La Corte, nella circostanza, ha rilevato come la non veridicità del prospetto, a meno che non riguardi aspetti del tutto secondari e quindi poco influenti, «naturalmente implica vi sia stata un'indebita distorsione nella scelta che il destinatario dell'offerta è stato indotto a compiere». Viene sottolineato, in particolare, che «la non veridicità del prospetto non può non generare la presunzione di rilevanza della distorsione informativa sulle scelte dell'investitore, al quale non può essere perciò imposto l'ulteriore onere della prova negativa di eventuali diversi fattori dei quali dette scelte sarebbero state determinate». Come è stato sottolineato³⁴ la Cassazione, in questa sentenza, fa propria la teoria finanziaria c.d. *Fraud on the market*, seguita anche dalla Corte suprema degli Stati Uniti, secondo cui sui mercati caratterizzati da efficienza informativa, i quali cioè riflettono le informazioni disponibili relativamente a un certo strumento finanziario, qualsiasi violazione di un obbligo di informazione determina un danno agli investitori, dal momento che questi, in tale evenienza, finiscono per acquistare un prodotto a prezzo maggiorato: quando diviene noto il vero stato di cose, il prezzo si “sgonfia” e l'investitore che ha acquistato a prezzo “gonfiato” subisce il danno rappresentato dalla differenza tra i due prezzi (quelli praticati, rispettivamente, nel periodo che precede e nel periodo che segue la diffusione della notizia circa il reale valore del prodotto).

Ad analoghe conclusioni la Corte regolatrice è pervenuta, poco tempo dopo, occupandosi specificamente della fattispecie dell'inadempimento degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario nel caso di acquisto di strumenti finanziari per conto del cliente. Ha affermato, infatti, che nella prestazione del servizio di negoziazione di titoli, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, il danno risarcibile consiste «nell'essere stato posto a carico di detto cliente un rischio, che presumibilmente egli non si sarebbe accollato»: danno che può essere poi liquidato in misura pari alla differenza tra il valore dei titoli al momento dell'acquisto e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria, ma sempre se non risulti che, dopo l'acquisto, ma già prima della proposizione

³⁴ G. AFFERNI, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2011, 6, 627.

di detta domanda, il cliente, avendo avuto la possibilità con l'uso dell'ordinaria diligenza di rendersi autonomamente conto della rischiosità dei titoli acquistati, e non sussistendo impedimenti giuridici o di fatto al disinvestimento, li abbia, tuttavia, conservati nel proprio patrimonio (nel qual caso, il risarcimento deve essere commisurato alla diminuzione del valore dei titoli tra il momento dell'acquisto e quello in cui l'investitore si è reso conto, o avrebbe potuto rendersi conto, del loro livello di rischiosità)³⁵. Il ragionamento è, anche qui, basato su di una presunzione: viene spiegato, infatti, che il danno che il cliente subisce consiste «*di regola, nel fatto che i titoli incorporano in sé un rischio – rischio di futura perdita del capitale in essi investito – che il cliente ben informato non si sarebbe presumibilmente addossato, o almeno non in quella misura*»; sul punto, la Corte ricorre a un'efficace parallelismo, evidenziando come la figura del danno che si prospetta nell'ipotesi da essa presa in considerazione è, per così dire, simmetrica a quella del danno per perdita di *chance* (in cui il danneggiato è illegittimamente privato di un'alea positiva: mentre nel caso del danno da inadempimento dell'intermediario per violazione degli obblighi informativi l'investitore si vede accollata un'alea negativa).

In termini generali è da osservare che la possibilità di fare impiego di presunzioni nell'accertamento del nesso di causa tra l'inadempimento dell'intermediario e il danno costituisce un dato acquisito da tempo all'elaborazione giurisprudenziale; una prima affermazione in tal senso si deve a Cass. 17 febbraio 2009, n. 3773, la quale richiama un precedente³⁶ in cui la detta presunzione era valorizzata nel giudizio risarcitorio vertente sull'illecito *antitrust*. La pronuncia del 2011 e le successive, conformi, non si pongono dunque in discontinuità con la regola sul riparto dell'onere probatorio di cui si è detto più volte (che riversa sull'investitore, quale creditore della prestazione inadempita, l'onere della prova del nesso di causa tra l'inadempimento e il danno).

È vero, però, che l'assunzione di una regolarità causale tra la mancata osservanza dell'obbligo informativo e il danno prodottosi determina, in concreto, un'esenzione dell'investitore dall'onere di provare quel nesso. Significativo, in proposito, è che la Cassazione proclami, a chiare lettere, che la mancata prestazione delle informazioni dovute ai clienti da parte della banca intermediaria ingeneri una presunzione di riconducibilità alla stessa dell'operazione finanziaria, dal momento che l'inosservanza dei doveri informativi da parte dell'intermediario, costituisce di per sé un fattore di disorientamento dell'investitore che condiziona

³⁵ Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864; il principio è richiamato dalla giurisprudenza successiva: si vedano, di recente, Cass. 27 aprile 2018, n. 10286 e Cass. 14 novembre 2018, n. 29353.

³⁶ Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305.

in modo scorretto le sue scelte di investimento; sicché – viene aggiunto – tale condotta omissiva è normalmente idonea a cagionare il pregiudizio lamentato dall'investitore, restando tuttavia salva la prova contraria da parte dell'intermediario circa la sussistenza di sopravvenienze che risultino atte a deviare il corso della catena causale derivante dall'asimmetria informativa³⁷.

Resta da chiarire se l'inferenza del danno dalla mancata prestazione dell'attività informativa discenda da una presunzione semplice (art. 2729 c.c.) o da una presunzione legale (art. 2728 c.c.). La questione, in sede di legittimità, non è di poco momento, visto che l'accertamento ricavato dall'uso delle prime si ritiene perlopiù censurabile, in cassazione, per il solo vizio di motivazione³⁸: ciò a differenza di quanto si verifica quando venga in discussione una presunzione legale; in tale seconda ipotesi può infatti denunciarsi, a norma dell'art. 360, n. 3 c.p.c., la mancata osservanza della *regula juris* posta dalla norma.

La giurisprudenza si è occupata raramente della questione e, quando lo ha fatto, ha fornito, fino a poco tempo fa, responsi non univoci: ha così ritenuto che integrasse una violazione di legge una conformazione dell'onere probatorio non coerente con «*il sistema integrato di protezione dell'investitore che permea la disciplina normativa dalla fase precontrattuale fino alle conseguenze dannose dell'esecuzione degli ordini di investimento*»³⁹; ma ha anche ricondotto il cattivo uso del ragionamento presuntivo al vizio motivazionale, osservando come sia l'adeguatezza dell'investimento al profilo di rischio del cliente che la buona conoscenza del mercato finanziario da parte del medesimo siano «*totalmente privi di valore inferenziale quanto alla circostanza che il cliente stesso, se informato, avrebbe comunque proceduto all'acquisto*: il fatto che l'investitore propenda per investimenti rischiosi non esclude «*che egli selezioni tra gli investimenti rischiosi quelli a suo giudizio aventi maggiori probabilità di successo, grazie appunto alle informazioni che l'intermediario è tenuto a fornirgli, o altrimenti reperite*», così come la buona conoscenza del mercato finanziario «*è indice della capacità di distinguere tra investimenti consigliabili e sconsigliabili, sempre che però si disponga delle necessarie informazioni sullo specifico prodotto oggetto dell'operazione, che dunque si ha tutto l'interesse a ricevere*»⁴⁰.

In tale scenario si segnala, per il suo apporto, sul piano della chiarificazione, Cass. 17 aprile 2020, n. 7905⁴¹.

³⁷ Cass. 16 febbraio 2018, n. 3914; Cass. 3 ottobre 2018, n. 24142.

³⁸ Per tutte: Cass. 26 febbraio 2019, n. 5484.

³⁹ Così Cass. 28 febbraio 2018, n. 4727.

⁴⁰ Cass. 4 aprile 2018, n. 8333.

⁴¹ Cui ha fatto seguito, poco tempo dopo, Cass. 28 luglio 2020, n. 16126.

La Corte, qui, muove dal rilievo per cui nei contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento l'intermediario finanziario ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto. Al riscontro dell'inadempimento degli obblighi di corretta informazione consegue l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità tra il detto inadempimento e il danno patito dall'investitore: accertamento che spetta all'intermediario superare, dimostrando che il pregiudizio si sarebbe comunque concretizzato quand'anche l'investitore avesse ricevuto le informazioni omesse. La presunzione di sussistenza del nesso causale così delineata, pur suscettibile di prova contraria, scaturisce, secondo la Corte, dalla funzione assegnata dal sistema normativo all'obbligo informativo gravante sull'intermediario, che è preordinato al riequilibrio dell'asimmetria strutturale del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore, al fine di consentirgli una scelta di investimento realmente consapevole. La conclusione è resa possibile dalla considerazione, svolta nella sentenza, per cui la previsione di una presunzione legale può derivare, in modo implicito ma inequivocabile, da una disposizione normativa, ma anche da un complesso sistematico di disposizioni di legge, che la implicino in modo logicamente e giuridicamente necessario.

Il cerchio in tal modo si chiude. Gli obblighi che gravano sull'intermediario dismettono i panni delle regole di comportamento e vestono quelli della regola di giudizio, traducendo sul piano della ripartizione del carico probatorio un dato mutuato dalla comune esperienza: quello per cui, in presenza di un *deficit* informativo, la scelta di investimento che si mostra poco felice dipende, almeno di regola, dalla condotta dell'intermediario che ha mancato di rendere edotto l'investitore dei rischi dell'operazione da compiersi.

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

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

1. Introduzione

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

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

Inoltre, sia per ragioni di spazio sia perché l'odierno lavoro si inserisce all'interno di una serie di studi che riguardano specificamente la causalità e la *chance*, le citazioni bibliografiche saranno ridotte all'essenziale¹.

¹ Il presente lavoro prende spunto, con vari aggiornamenti e alcune riflessioni aggiuntive sulle

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

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

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

Del resto – il dato è significativo – nel dare avvio ad una profonda riflessione sulla causalità la stessa Terza Sezione della Cassazione ha riconosciuto nel 2005 che quello del nesso è un “problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura [...] destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione ‘storica’, o, se si vuole, di politica del diritto”⁵. E si vedrà che anche gli ultimi interventi tesi alla “razionalizzazione” della *chance* valorizzano proprio le scelte di *policy* che oggi l'interprete non solo può, ma – probabilmente – deve compiere⁶.

Inoltre, la decisione per prima richiamata ricorda che il modello dominante è – con alcuni temperamenti – ancora quello della *condicio*, come del resto rico-

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

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

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

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

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

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

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

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

In specie, è noto che secondo la celeberrima sentenza *Franzese* “[n]on é consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale” e che “il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza disponibile”: cosicché “all’esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l’interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell’evento lesivo con ‘alto o elevato grado di credibilità razionale’ o ‘probabilità logica’”⁹.

Tali passaggi sono assai interessanti per diversi motivi.

Intanto, la pronuncia consacra quella vera e propria operazione di “trapianto giuridico” che porta anche nel nostro sistema a ritenere che lo standard da applicare in sede penale sia quello dell’oltre ogni ragionevole dubbio, corrispondente al nordamericano “*beyond any reasonable doubt*”, già recepito dall’art. 533

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

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

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

c.p.p.¹⁰: il che conduce in sede civile – di lì a poco – a rendere operativo il criterio del “più probabile che non”, corrispondente al “more likely than not” e alla “preponderance of the evidence” in uso d’oltremanica e d’oltreoceano¹¹.

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

Il rilievo di una tale affermazione merita qualche approfondimento.

Si supponga che un paziente sia ricoverato d’urgenza per un infarto intestinale, che il sanitario convenuto effettui l’intervento chirurgico dopo quattro ore, che il paziente muoia e che secondo gli studi clinici il paziente stesso avrebbe avuto il 30% delle probabilità di sopravvivere se il medico fosse intervenuto entro due ore dall’insorgenza della patologia: ciò vuol dire – il dato è di estrema importanza – che 70 pazienti su 100 sarebbero deceduti comunque, anche se operati dal luminare del settore, e che solo 30 sarebbero invece sopravvissuti, senza che vi sia alcun modo di sapere se l’attore sarebbe rientrato nella “classe fortunata” o nella “classe sfortunata”.

Secondo il più tale problema dovrebbe trovare soluzione demandando al giudice un’opera di c.d. concretizzazione, sì da stabilire se la legge scientifica sia o no applicabile nel caso singolo¹³. E ad aiutarlo soccorre il rilievo per cui il “più probabile che non” va inteso in modo “qualitativo” invece che “quantitativo”: la prova scientifica, epidemiologica e statistica (di seguito, per brevità, indicate come “prova scientifica”) vengono ricomprese in un quadro più am-

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

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

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

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

pio, sì da costituire solo un elemento di quel “mix” che porta ad affermare la preponderanza dell’evidenza¹⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

acriticamente le conclusioni) senza che l'istruttoria metta a disposizione altri (utili) elementi, all'esito dei quali la domanda è invece accolta.

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

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

Volendo fare un solo esempio, se uno studio afferma che una data patologia è attribuibile per il 75% al fumo attivo, si potrebbe pensare che tale percentuale sia in principio idonea (fatto salvo il citato problema della sua concretizzazione nel caso singolo) a fondare il "più probabile che non". Ma le conclusioni cambiano se si scopre che la medesima patologia è attribuita per il 67% al consumo di alcool, venendo da chiedersi come sia possibile che la somma di entrambe le percentuali sia superiore al 100%¹⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 1) alla semplice assenza di spiegazioni alternative, come si è appena detto;
- 2) all'inversione dell'onere della prova di recente stabilito con riferimento alla responsabilità contrattuale per talune tipologie di obbligazioni di cui *infra*, la quale è in parte basata su una norma, quale l'art. 1218 c.c.,

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

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

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

- espressa in termini a sua volta probatori e tali da esprimere sempre la logica di cui sopra²³;
- 3) alle c.d. presunzioni giurisprudenziali, la cui applicazione è supportata proprio dall'orientamento appena richiamato e che vengono elaborate per classi di casi e non per singoli eventi, muovendo ad esempio dalla considerazione per cui siccome un certo intervento *solitamente* riesce, se non è così è il debitore a dover spiegare cosa è accaduto²⁴;
 - 4) alla natura routinaria dell'intervento²⁵;
 - 5) alla “idoneità della condotta” a cagionare il danno²⁶;
 - 6) alla *res ipsa loquitur* di origine anglosassone²⁷;
 - 7) al danno evidenziale e alla vicinanza della prova²⁸;
 - 8) alla prova indiziaria e/o presuntiva (o meglio, si dovrebbe dire, all'univocità degli indizi che ad essa danno corpo, secondo la prevalente tesi dottrinale), ricordando che per le Sezioni Unite anche una sola presunzione può valere, in certe condizioni, a fondare la decisione²⁹;

²³ Premesso che secondo l'art. 1218 c.c. “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, *se non prova* che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”, sul primo aspetto ancora PATTI, *Delle prove*, cit., 161 ss., sul secondo, TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 102 ss..

²⁴ Per vari riferimenti, M. FACCIOLE, “Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità medica, in *Contratto impr.*, 2014, 100 ss..

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

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

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

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

²⁹ Fra le tante pubblicata in *Danno resp.*, 2009, 19, con nota di C. SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*. Per un approfondimento dei vari temi legati all'uso delle presunzioni nella materia *de qua*, B. TASSONE, *Lo standard probatorio del “più probabile che non” e il ragionamento presuntivo*, in S. PATTI e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, 323 ss..

- 9) al danno *in re ipsa*, cui si nega cittadinanza, ma che trova applicazione ora “di fatto”, ad esempio in relazione alla liquidazione della componente morale del danno non patrimoniale, ora anche “in diritto” in tema di proprietà e non solo³⁰;
- 10) ad altre inversioni dell’onere della prova specificamente elaborate, ad esempio in tema di consenso informato della gestante o di infezioni nosocomiali³¹.

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

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

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

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

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

³⁰ Limitando le citazioni al settore dei diritti reali, ad esempio, Cass. 12 maggio 2010, n. 11486, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 24, 62.

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

pronunce avevano affermato che detta domanda si poteva ritenere inclusa in quella risarcitoria ordinaria³².

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

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

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

Ebbene, con Cass. 21255/2013 – cioè la assai interessante decisione resa nel caso CIR-Fininvest, sulla quale non ci si può qui soffermare, ancorché essa offra vari spunti di riflessione rispetto ad uno degli usi della *chance* che saranno menzionati – tale modello sarà abbandonato. Ma lo “schema” adottato consente di svolgere varie riflessioni sul modo in cui il “più probabile che non” e la *chance* devono coordinarsi³⁵.

È infatti chiaro che è difficile far convivere una situazione protetta che è accertata in chiave probabilistica, con un criterio di accertamento del nesso ba-

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

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

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

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

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

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

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

Nell'illustrare tale concetto, peraltro, la decisione introduce quella che verrà denominata come “versione debole” del “più probabile che non”, spiegando che se la trasfusione è causa al 40% della patologia dell'attore e vi sono dieci spiegazioni causali al 3%, la domanda non andrà per ciò solo rigettata. In altri termini, secondo tale nozione – poi ribadita da varie altre decisioni – è sufficiente che la condotta del convenuto sia più probabilmente che non alla base del danno rispetto a tutte le altre spiegazioni che entrano nello spettro dell'indagine e non in termini assoluti³⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Limitandoci agli aspetti più strettamente legati al tema posto, se la concausa naturale ha una efficacia eziologica preponderante rispetto a quella umana e si dà comunque luogo alla riduzione del risarcimento, sorge qualche problema di coordinamento con il “più probabile che non”, perché il convenuto si fa carico (almeno in parte) del danno anche se la sua condotta integra la causa che lo ha cagionato – per certo – con una incidenza minoritaria⁴³.

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

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

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

Esaminando le fattispecie concrete di due decisioni sulle quali si è appuntata l’attenzione, le stesse rendono evidente come talvolta la *chance* sia impiegata per accogliere una domanda relativa a un illecito senza (prova del) danno. In quella del 2005 colpisce l’affermazione della sussistenza del nesso a fronte della

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

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

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

dichiarata impossibilità di percentualizzare *a priori* la probabilità di completa guarigione o esiti meno gravi a fronte di un più tempestivo trattamento di un attacco epilettico⁴⁵. In quella del 2007, similmente, ciò accade pur se non è dato di sapere con che probabilità un più rapido trasporto nella camera iperbarica del subacqueo salito troppo velocemente in superficie avrebbe diminuito gli effetti di una grave tetraparesi⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il problema, comunque, è stato di recente percepito dalla giurisprudenza di merito, dacché una pronuncia ha negato il ristoro della perdita delle aspettative di vita per via di detta sentenza delle Sezioni Unite, mentre altra quasi contemporanea ha sostenuto il contrario, a prescindere da quelle – assai numerose – che

⁴⁹ Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, cit..

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

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

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

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

continuano a ristorare la perdita delle *chances* di vivere più a lungo senza porsi affatto il problema⁵⁴.

Ad ogni modo, tale “spaccato” sulla casistica in tema di malattie terminali dimostra quanto il contesto in cui opera la *chance* sia ancora bisognoso di definizione e quanto siano informate ad una logica non propriamente compensativa le applicazioni da cui si sono prese le mosse⁵⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le cose cambiano quando, a metà del 2017, la Suprema Corte affronta *ex professo* la questione, tentando di rileggere detto arresto in modo non disarmonico rispetto al *corpus* di regole elaborato dalla tradizione, affermando in sostanza che la prima mossa “probatoriamente rilevante” dev’essere compiuta dall’attore⁵⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. La razionalizzazione della *chance*

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

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

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

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

Inoltre, i giudici di legittimità collocano la *chance* in due diversi quadranti tramite le coppie *chance* “pretensiva” e “oppositiva”, nonché patrimoniale e no, sicché di fronte alla *chance* patrimoniale si può far riferimento a “valori oggettivi e proporzionali al risultato perduto”, mentre al cospetto di quella non patrimoniale il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, bensì “commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo”, purché la *chance* abbia i connotati della “apprezzabilità, serietà e consistenza”⁷².

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

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

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

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

⁷² E sono evidenti le difficoltà di applicazione delle formule di cui nel testo, come ad esempio in evidenza D. FRENDI, *Errore o ritardo nella diagnosi: quanto devono essere concrete le chances per-*

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

In ogni caso, gli aspetti di maggior interesse ruotano attorno agli esiti cui conduce il "decalogo", una volta chiarito quando non è lecito discorrere di perdita di *chances*⁷⁵: essa si ritaglia infatti uno spazio laddove la condotta colpevole del sanitario ha avuto come conseguenza un evento di danno incerto perché "le conclusioni della c.t.u. risultano espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo".

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

dute?, in *La Resp. medica*, 2018, 276 ss., cui *adde* ID., *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 305 ss..

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

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

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

⁷⁶ Riconsiderando il più volte citato caso del paziente che aveva *chances* di sopravvivenza del 30% ove il medico fosse tempestivamente, correttamente e/o *tout court* intervenuto, è chiaro che egli sarebbe restato in vita oppure no, ma non che avrebbe conservato il mero 30% della sua esistenza. Lo stesso vale, a pensarci bene, per l'impresa pretermessa da una gara e per il

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

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

8. Riflessioni conclusive

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

dipendente illegittimamente escluso dalla prova tesa ad un avanzamento di carriera, dacché l'appalto sarebbe stato o no aggiudicato alla prima e l'inquadramento superiore o no conseguito dal secondo.

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

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

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

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

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

In estrema sintesi, l'area tipica del "più probabile che non" andrebbe circoscritta ai casi in cui può essere applicata una legge universale o – con una prima scelta di *policy* – una legge statistica con valenza prossima a 1 (cioè espressa da una percentuale prossima al 100%); di poi, una scelta di *policy* ancora più marcata può essere quella di risolvere il problema circa la applicabilità o no di una legge probabilistica al caso concreto usando sempre il criterio del "più probabile non".

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

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

Ecco che, tuttavia, il danno non accertabile su base singola, diviene tale in chiave aggregata: se tutti e cento i pazienti potessero idealmente tornare al momento precedente l'intervento e farlo correttamente eseguire, non vi sarebbe

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

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

dubbio su chi sono i 30 che hanno diritto ad essere ristorati per l'intero.

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

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

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

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

- Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto
- Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura
- Quaderno 3 – Comunione e condominio
- Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID
- Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario
- Quaderno 6 – Storia della magistratura
- Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale
- Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati
- Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario



Finito di stampare nel mese di maggio 2022
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

