

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

La seconda edizione di questo libro vede la luce essenzialmente per tre ragioni, fra loro collegate.

Subito dopo l'uscita della prima edizione, la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione ha pubblicato una decina di decisioni ormai note come le sentenze di San Martino 2019 o 2.0, le quali hanno "fatto il punto" su una serie di profili della responsabilità civile di estremo interesse per l'oggetto del presente lavoro.

È stato allora necessario tener conto degli apporti di tali sentenze non solo per aggiornare il testo originario, ma soprattutto per inserirli criticamente all'interno del più ampio discorso che si è portato all'attenzione del lettore. Volendo dialogare con la giurisprudenza, ma anche evitare un "inseguimento" dell'ultima pronuncia edita, le suddette decisioni sono state utilizzate per mettere in evidenza, accanto alle acquisizioni raggiunte, le questioni che rimangono aperte.

Inoltre, la considerazione degli esiti del "progetto sanità" e la ormai consolidata ricostruzione dei principali profili problematici venuti alla luce per via di "emersione giurisprudenziale" attraverso la prima edizione, hanno permesso una maggiore sintesi delle tappe che erano state già delineate, in modo da far risaltare ancora più nitidamente le connessioni fra gli stessi sviluppi pretorii, da un lato, e i temi e problemi del nesso causale e della *chance*, dall'altro lato.

Infine, tutto ciò ha indotto a mantenere le conclusioni raggiunte all'esito dell'esame dell'area giuslavoristica e amministrativistica, organicamente collocate nella parte finale dell'opera, eliminando tuttavia i relativi capitoli.

Il lavoro che ha portato alla seconda edizione non si è pertanto esaurito in un'operazione di mero aggiornamento e ha richiesto una incisiva risistemazione del testo, il che ci conduce alle altre due ragioni che premeva mettere in luce.

Proprio l'elaborazione giurisprudenziale sopra richiamata ha dato

ulteriore linfa all'intenso dibattito circa la questione della possibile inversione dell'onere della prova del nesso nella responsabilità contrattuale, rispetto al quale è stato necessario prendere una più compiuta posizione (che va oltre quanto suggerito dal nuovo corso giurisprudenziale) e la cui analisi è stata collocata nell'ambito del più ampio discorso sui "regimi processuali" del nesso di causa.

Di poi, un ulteriore approfondimento di tale discorso e degli spunti offerti da vari studi extra-giuridici, specialmente in tema di epistemologia giudiziaria, ha permesso di ampliare le conclusioni sull'area tipica della *chance* e su quella del "più probabile che no", nonché – soprattutto – sulle proposte applicative formulate.

Posto che criticare è sempre più facile che "costruire", le pagine finali presentano allora un ulteriore affinamento delle soluzioni che si possono seguire in sede di accertamento della causalità e di riconoscimento del danno da perdita di *chances*, con l'intento di semplificare, per quanto possibile, problemi complessi e in continua evoluzione.

In ultimo, proprio l'intenzione di rifuggire da un'opera solo decostruttiva e di approfondire un impegno – se si vuole anche civile – in senso contrario, ha in alcuni momenti fatto ipotizzare di dedicare un apposito spazio alla nota emergenza sanitaria generata dal Coronavirus o Covid 19 e ai progetti di legge che hanno riguardato, per conseguenza, alcune norme del Codice Civile.

Tuttavia, sia per la non ancora sufficiente sedimentazione delle riflessioni già svolte dalla dottrina, sia – soprattutto – perché il modo in cui si suggerisce di affrontare i relativi problemi emerge implicitamente, ma agevolmente, dal quadro d'insieme (in cui, ad esempio, trovano posto varie considerazioni sugli interventi nosocomiali e sulle inversioni dell'onere della prova), si è preferito non inserire ulteriori elementi alla luce della nuova fisionomia che il libro ha assunto con la presente edizione.

Nello scriverla sono stati molto utili, fra gli altri, i rilievi formulati dal Prof. Ignazio Castellucci, dal Dott. Rocco Familiari, dal Prof. Roberto Pardolesi – particolarmente preziosi –, dalla Prof.ssa Livia Saporito e dall'Avvocato ed ex magistrato Francesco Tassone.

A tutti loro va il mio sentito ringraziamento, fermo restando che ogni responsabilità per quanto viene detto è, come sempre, solo e soltanto dell'autore.

Un ulteriore ringraziamento va ai Direttori della Collana per avermi fatto avere attente e puntuali osservazioni tramite la assai paziente opera

del Prof. Salvatore Patti, nonché per aver voluto accogliere un libro prezioso almeno per chi l'ha scritto: se non altro perché esso cerca di fare tesoro degli studi compiuti negli ultimi tre lustri e perché esso è animato dalla genuina intenzione di dare un contributo "propositivo" in una materia tanto affascinante, quanto difficile.

Roma, 30 ottobre 2020

CAPITOLO I

RIFLESSIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Lo stato degli studi sulla causalità e sulla perdita di *chances*. – 2. Ambito e finalità dell'indagine. – 3. Una nota sul piano dell'opera e una sul metodo. – 4. Cenni al diritto del lavoro, amministrativo e *antitrust*, nonché alla giurisprudenza euro-unitaria e alle altre aree della responsabilità civile.

1. *Lo stato degli studi sulla causalità e sulla perdita di chances*

Nei più recenti scritti in materia di nesso causale è ricorrente l'affermazione per cui è da poco che la civilistica italiana ha iniziato a prestare nuovamente attenzione ad esso, dopo essere rimasta per vari lustri appiattita sui risultati raggiunti da quella penalistica. Risale infatti agli anni '60 la pubblicazione di tre libri, uno dei quali assai conosciuto anche perché dovuto alla mano di Pietro Trimarchi (da un paio d'anni tornato sul tema) e tale da costituire un ideale completamento di un precedente e ancor più noto lavoro¹. Con sporadiche eccezioni, sono stati invero pochi i contributi specificamente dedicati al tema nella restante parte del secolo XX².

Al riguardo, è noto che la rinascita di tale interesse e, soprattutto, che l'incredibile accelerazione impressa alle elaborazioni in argomento è dovuta

¹ Il riferimento è a P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, scritto dopo il più noto *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961. Quanto alle altre due opere monografiche intervenute in quel decennio, si tratta di P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960, e di F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967. Di recente Pietro TRIMARCHI ha ripreso il tema nel libro *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 1^a ed., 2017, nonché ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2^a ed., 2019. Per la citazione degli Autori che danno conto dell'appiattimento di cui nel testo, degli studi intervenuti prima che il tema ricevesse di nuovo attenzione e dei contributi della dottrina penalistica di maggiore utilità per il discorso qui svolto, si rinvia al capitolo successivo.

² Premesso che il punto emergerà dalle indicazioni bibliografiche fra un attimo offerte, fra i saggi in materia si segnala quello di G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 481 ss., ove altri riferimenti alla letteratura precedente.

almeno in via immediata alla celeberrima sentenza *Franzese*, oltre che alle decisioni penali e soprattutto civili che ad essa hanno fatto seguito³.

In effetti, è a partire dal nuovo millennio che vedono la luce monografie di vario taglio in materia, da quelle di carattere squisitamente scientifico⁴ – se del caso in chiave settoriale o interdisciplinare⁵ – a quelle di interesse soprattutto professionale⁶; da quelle con impostazione maggiormente dogmatica e più concentrate sulle disposizioni del Codice Civile⁷, a quelle più aperte alla considerazione di altri sistemi ovvero di carattere propriamente comparatistico⁸, cui si aggiungono, fra gli altri, i lavori provenienti dal contesto medico-legale⁹.

Inoltre, in quasi ogni opera si trovano – perlomeno in sede di introduzione alla materia – riferimenti più o meno ampi alle altre scienze, anche se essi non vengono spesso utilizzati per rafforzare, smentire o integrare le conclusioni raggiunte¹⁰.

Tali conclusioni, dal canto loro, si risolvono sovente nell'affermazione – non di poco conto – per cui non è dato di elaborare una teoria valida in ogni

³ Ancorché si tratti di una decisione notissima e più oltre commentata, il riferimento è a Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, fra le tante in *Foro it.*, 2002, II, 601.

⁴ Limitandoci ad alcuni esempi all'interno di una bibliografia sterminata, prevale il taglio di cui nel testo nelle tre edizioni del lavoro di M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012 (nelle due precedenti edizioni con il titolo, *Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2002 e 2005), L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto*, Torino, 2010, R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, e G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012.

⁵ M. CIMMINO, *Il nesso di causa in tema di responsabilità sportiva*, Napoli, 2009, S. MAZZAGLIA e G. MAZZAGLIA, *Neuroni allo specchio nella filosofia di Aristotele – Nesso di causalità nel diritto civile e penale*, Roma, 2013, nonché i saggi editi in R. PUCELLA e G. DE SANTIS (a cura di), *Il nesso di causalità – Profili giuridici e scientifici*, Padova, 2007.

⁶ L. BERTI, *Il nesso di causa in responsabilità civile*, Milano, 2013, R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, nonché R. BORDON, *Il nesso di causalità*, Torino, 2006, e – ancora – A. FIORE TARTAGLIA e L. TRAMONTANO, *Il nesso di causa – Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.

⁷ G. NAPOLI, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012.

⁸ M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Napoli, 2012.

⁹ In chiave medico-legale e non solo, V. PASCALI, *Causalità e inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011.

¹⁰ Nemmeno a dirlo, le posizioni delle altre scienze sono quanto mai variegiate, giungendo fino alla negazione di ogni principio causale: ne dà conto uno dei padri della medicina legale da sempre attento ad esse come Angelo FIORI, *Prefazione* a PASCALI, *Causalità e inferenza*, cit., XII. Premesso che alla letteratura intervenuta al di fuori del contesto giuridico si farà riferimento più oltre, per utili riferimenti, fin da ora, R. CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, Bologna, 2012, e R. LAUDISA, *La causalità*, Roma, 2010, nonché PUCELLA e DE SANTIS, *Il nesso di causalità*, cit.

situazione¹¹: fino a evocare – per descrivere le mutevoli sembianze della causalità – le diverse verità narrate dai personaggi di un noto film di Akira Kurosawa¹²; fino a sostenere che “la causalità è un chiodo al quale il giudice può appendere il cappello che più gli piace”¹³; fino a vederla quale strumento atto a compiere le operazioni di politica del diritto più “spregiudicate”, se del caso sotto le spinte del “sistema economico e sociale” di riferimento¹⁴; fino ad affermare che il “principio di causalità [...] oggi, si è appurato non esistere”¹⁵; e – ancora – fino a guardare alla causalità come mero problema di allocazione del rischio degli errori giudiziari¹⁶; riconoscendo – non da ieri – che essa costituisce “il profilo più tormentato di tutta la responsabilità civile”¹⁷ ed è caratterizzata da una “fragile duttilità argomentativa”¹⁸.

Di poi, un nutrito gruppo di Autori propone l’impiego della responsabilità proporzionale per fronteggiare (nei limiti del possibile) i problemi che il nesso presenta o, comunque, perché ritenuta preferibile da varie angolazioni¹⁹.

¹¹ Ad esempio, INFANTINO, *La causalità*, cit., *passim*. Doverosa altresì la citazione di G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno: gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, trad. it. S. Rodotà, Milano, 1996, 200, secondo il quale il concetto di causa è nella *tort law* “funzionale in se stesso”, dacché la gamma di eventi che può essere considerata causa di qualcos’altro si espande e si restringe per servire i sottostanti scopi sostanziali.

¹² P. CENDON, *Causalità e incertezza (Rashomon)*, Vicalvi (FR), 2015, 11 ss. e 80 ss.

¹³ Nel senso che “causation is a peg on which the judge can hang any decision he likes”, H.L.A. HART e T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, 1985, 488. Sul carattere polisemico del concetto di causa, J. STAPLETON, *Choosing What We Mean by “Causation” in the Law*, (2008) 73 *Modern Law Review* 433 ss.

¹⁴ Già G. ALPA, *Sistemi di compensation e nuove tendenze della responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1592 ss. Sul secondo aspetto di cui nel testo, V. ZENO-ZENCOVICH, *Nesso causale (una prospettiva gius-realistica)*, in *Dir. & Innovazione*, 2008, 7.

¹⁵ M. CAPECCHI, *Dalla perdita di chances alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, 2020, 56 ss., sulla scorta della precedente elaborazione compiuta con ID., *Il nesso di causalità*, cit., 3^a ed., 205 ss.

¹⁶ Per tale punto di vista, A. PORAT e A. STEIN, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford, 2001, 16 ss.

¹⁷ G. PONZANELLI, *La responsabilità civile – Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 87 ss.

¹⁸ U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Bologna, 1992, 326, in relazione alla *compensatio lucri cum damno*.

¹⁹ Così CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., *passim*, NOCCO, *Il «sincretismo causale»*, cit., *passim*, PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., *passim*, e, in misura più attenuata, R.E. CERCHIA, *Uno per tutti, tutti per uno – Itinerari della responsabilità solidale in diritto comparato*, Milano, 2009, 91-94, 265-271 e 235-238, cui sia consentito aggiungere B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell’illecito civile – Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, 265 ss. Si vedano, nella stessa direzione, i vari contributi pubblicati in U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Le «nuove» obbligazioni solidali – Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, nella Collana *I quaderni della rivista di*

Ovviamente – è bene chiarirlo subito –, un tale esito è quello suggerito in applicazione del nesso di causa “ordinario” e non in forza della teoria della perdita di *chances*²⁰: la quale è spesso trattata solo incidentalmente nei testi in materia, sebbene su essa si sia sviluppata una vasta letteratura e si contino vari lavori monografici, anche qui, di taglio fra loro differente²¹.

Peraltro, il tema del rapporto fra il nesso causale e la perdita di *chances* non si pone solo perché dal punto di vista operativo sia la responsabilità proporzionale sia l’uso della seconda figura conducono a un ristoro (o meglio a un riconoscimento) solo parziale delle richieste dell’attore (il che, peraltro, già basterebbe a renderlo oggetto di trattazione): dopo aver sposato il criterio del “più probabile che no” è la stessa Suprema Corte a essersi accorta, nel 2005, che un accertamento del nesso in chiave probabilistica non è facile da coordinare con una situazione protetta (la cui lesione dà vita al risarcimento) anch’essa definita su base probabilistica²². E una volta enunciato il principio per cui l’elemento eziologico sussiste se (da un punto di vista processuale) la tesi dell’attore è più credibile di quella del convenuto, sorge il problema di far convivere la regola e i suoi esiti con una (apparentemente) diversa costruzione di per sé basata sul *vulnus* alla possibilità che l’attore

diritto civile, Milano, 2015, nonché G. COMANDÈ e L. NOCCO, *Proportional Liability as an Application of the Precautionary Principle – Comparative Analysis of the Italian Experience*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2013, 2 ss.; seppur cautamente, A. D’ADDA, *Concorso di causa naturale e responsabilità proporzionale: l’apparente ortodossia della Suprema Corte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1056 ss.; da ultimo, G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1365-1366; e, ancora, R. PUCCELLA, *Il perimetro dell’accertamento causale tra colpa, concause e danno risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1112 ss.

²⁰ Nel presente lavoro la parola *chances* verrà declinata al plurale accanto alla parola “perdita” e al singolare senza di essa, per designare sempre l’omonima categoria giuridica nel contesto della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Preferisce invece l’impiego del singolare o del plurale, a seconda che ci si riferisca all’incerta possibilità di conseguire un beneficio o di evitare un pregiudizio rispetto al singolo evento oppure a una serie di casi, G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019, 3 ss. (ed. e-book).

²¹ Per un approccio più dogmatico, in ordine di tempo, D. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, M. LO MORO BRIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata – Un itinerario incrementale*, Napoli, 2006, S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell’interesse legittimo*, Milano, 2016 (a dispetto del titolo, non limitato al diritto amministrativo), e CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit., nonché i contributi editi in G.E. NAPOLI e M. SEPE (a cura di), *La perdita di chance in Italia e in Europa*, Bari, 2020. Per una ragionata rassegna giurisprudenziale, D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, 2^a ed., Milano, 2010, mentre per approccio più “pragmatico”, M. BONA, *Il nesso causale da perdita di chance*, collana *Officina del diritto*, Milano, 2018.

²² Per un primo tentativo in tale direzione, 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*.

stesso vantava di conseguire un beneficio o di evitare un pregiudizio (purché essa attinga a una soglia numericamente quantificabile o, comunque, di consistenza non secondaria)²³.

Dal canto suo, la stessa *chance* è stata nel tempo ricostruita in modo differente, essendo noto che per taluni (e forse per i più) essa appartiene al novero del danno emergente, mentre altri la collocano nell'area del lucro cessante, senza che peraltro manchino voci che rifuggono da un inquadramento unitario: il che, evidentemente, non agevola la definizione del suo rapporto con il nesso²⁴.

Né, ancora, agevola una tale definizione la considerazione per cui la *chance* non solo tocca i nervi maggiormente scoperti dell'elemento eziologico, ma è altresì una tematica per così dire trasversale rispetto alla responsa-

²³ In effetti, fino a tempi recenti si sono registrate ampie oscillazioni giurisprudenziali circa la necessità di stabilire nel 50% di probabilità la soglia minima sulla quale deve attestarsi la *chance* e, di contro, circa il rifiuto di una formula numerica, sebbene il primo orientamento sia stato a lungo prevalente soprattutto nella giurisprudenza civile, a differenza di quanto accaduto in quella giuslavoristica e amministrativistica. Con riserva di tornare sul punto, per una prima informazione, CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, cit., *passim*, mentre – sul versante amministrativistico – F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss., cui aggiungere G. VERCILLO, *La tutela della «chance» – Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 107 ss.

²⁴ Nel rinviare al cap. III per ulteriori riferimenti, si può ricordare che dopo le prime posizioni di segno contrario al suo accoglimento (manifestate già con M. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, 111), vi è chi ha rinvenuto nella *chance* un autonomo bene giuridico la cui lesione rileva quale danno emergente (per tutti, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, proseguito da F. GALGANO, Roma-Bologna, 1979, 477 ss.) e chi, invece, ha affermato che la stessa è da assimilare al lucro cessante, in quanto avente ad oggetto utilità non ancora presenti nel patrimonio del danneggiato (così M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, 676), con altre voci alla ricerca di una terza via. In specie, secondo alcuni qualsiasi pregiudizio sarebbe scomponibile in danno emergente e lucro cessante e la perdita di *chance* potrebbe “consistere in un danno emergente presente e/o futuro o in lucro cessante presente e/o futuro” a seconda delle circostanze (D. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005, 53). Per varie considerazioni in chiave critica, più di recente, M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 945 ss.; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquilano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chances, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, *id.*, 2008, 325 ss., e *ID.*, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, *id.*, 2010, 33 ss.; A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 95 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, 503 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 49 ss., *ID.*, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, *id.*, 2011, 121 ss., e *ID.*, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, *id.*, 2014, 713 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 144 ss., nonché *ID.*, *La responsabilità civile*, cit., 2^a ed., 589 ss.

bilità civile nel suo complesso, in quanto essa nasce sulla scia dell'allargamento dell'universo dell'illecito aquiliano, mette in crisi il requisito dell'ingiustizia del danno (almeno sul versante della *chance* puramente patrimoniale) e, infine, abbraccia il reame della responsabilità sia contrattuale sia extracontrattuale.

Del resto, in una prospettiva diacronica e di politica del diritto, va notato che proprio le spinte espansive – in orizzontale e verticale, quanto alle province di recente conquistate e alle nuove voci di danno ritenute risarcibili – cui è soggetta la responsabilità civile con le sue mobili frontiere, non devono portare a creare uno strumento ingovernabile²⁵.

Dunque, pur senza andare oltre la considerazione delle questioni fino a ora evocate, ci si rende conto che un'opera tesa alla trattazione *ex professo* dei due temi (prima) e del loro rapporto (poi) rischierebbe di peccare sia per difetto sia per eccesso: perché vi sarebbe sempre un qualche aspetto che rimarrebbe fuori dal giro e perché – di contro – dovrebbero essere incluse in essa questioni che possono assumere, alla luce di uno sguardo d'insieme, un rilievo secondario. Appare allora preferibile adottare un diverso approccio, del quale si tratteggeranno ora i contorni.

2. Ambito e finalità dell'indagine

Si è appena detto che l'esposizione completa e integrale anche solo dei problemi del primo "corno" dell'oggetto della presente indagine, cioè del nesso eziologico, metterebbe a rischio il senso ultimo della stessa, perché l'inventario dei profili da illustrare richiederebbe uno sforzo non compensato dal beneficio atteso, cui aggiungere che una sua considerazione solo "domestica" non è del tutto fruttuosa (e, forse, nemmeno possibile).

In effetti, prendendo in esame uno qualsiasi di quei profili – ad esempio, il rapporto con il criterio d'imputazione della responsabilità –, si riscontra subito la diversità delle tecniche usate nelle singole fattispecie, venendo il nesso allargato o ristretto a seconda delle situazioni²⁶: potendosi persino ar-

²⁵ La nota espressione di cui nel testo è ovviamente presa a prestito da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 1 ss.

²⁶ Il tema del rapporto fra il nesso e i criteri di imputazione – per il quale, per tutti, CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 188 ss. – meriterebbe ben altra trattazione. Solo a titolo di esempio, mentre il fatto doloso del terzo ha solitamente efficacia interruttiva rispetto al legame fra il danno e la condotta del convenuto (salvo che il medesimo non avesse l'obbligo di impedirlo), una tale logica non vale solitamente ad escludere la responsabilità del condominio (afferzata applicando l'art. 2051 c.c. in modo da ricomprendere nel perimetro dell'indagine il comportamento del custode) per aver agevolato, tramite l'apposizione delle impalcature necessarie a eseguire i lavori deliberati dall'assem-

rivare a una “responsabilità senza causalità” in quelle maggiormente complesse.

Quando con *Summers v. Tice* del 1948 la Suprema Corte della California affronta il caso del “pallino anonimo” (deciso in modo conforme in Germania e in senso opposto in Francia, nonché in Italia, secondo l’insegnamento della Corte Costituzionale), la domanda viene accolta sostanzialmente in mancanza della prova dell’elemento oggettivo o, al più, postulando una responsabilità da “svolgimento dell’attività” di ampiezza assai larga²⁷; e lo stesso accade quando altre corti nordamericane ragionano sui *Des Cases* con la teorica della *market-share liability*²⁸.

blea, l’ingresso dei ladri in un appartamento (per vari riferimenti, PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 4 ss., cui aggiungere Cass. 19 aprile 2010, n. 9259, in *Danno resp.*, 2011, 285, con nota di P. LAGHEZZA, *Causalità probabile e non: l’incendio di proprietà limitrofe*, cui si rinvia per l’esame di altri casi sulla medesima linea). Premesso che alle “contraddizioni” giurisprudenziali del nesso è dedicata la documentata opera di INFANTINO, *La causalità*, cit., è altresì da notare come la consapevolezza per cui esso può cambiare morfologia a seconda dei diversi criteri di imputazione che vengono in considerazione risale al già citato studio di TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 19 ss., il quale ha peraltro incluso il rischio fra gli stessi criteri di imputazione. Ancora, nel senso che nella responsabilità oggettiva sono i criteri di imputazione a individuare la sequenza causale cui occorre fare riferimento, anche perché talvolta il nesso viene istituito con la condotta di soggetti diversi dall’agente o addirittura non riguarda una condotta, bensì una concatenazione di fatti di altra natura, come accade nel settore della responsabilità da prodotto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 336 ss.

²⁷ Per una panoramica, W. VAN GERVEN, J. LEVER e P. LAROCHE, *National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, 2000, 430 ss. In Italia si veda Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 79, in *Foro it.*, 1992, I, 1347, con nota di G. PONZANELLI, «Pallino anonimo», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «welfare state». Nel caso di cui nel testo – *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948) – i giudici ritennero che fosse onere di ciascuno dei due cacciatori dimostrare che non era la propria condotta ad aver cagionato il danno: con *rationales* – quello per cui il convenuto ha una maggiore conoscenza dell’attore in merito alla serie causale dallo stesso innescata, nonché quello secondo cui è il sempre convenuto ad aver creato la situazione di incertezza in ordine al nesso eziologico o ad aver reso non disponibile la relativa prova – indagati, fra i tanti, da D.B. DOBBS, *The Law of Torts*, Saint Paul, Minnesota, 2001, vol. I, 427 ss. La stessa soluzione dell’ordinamento italiano è adottata peraltro nell’ordinamento francese, mentre in Germania si segue quella proposta oltreoceano, secondo quanto riporta T. HONORÉ, *Causation and Remoteness of Damage*, in A. TUNC (a cura di), *Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, parte I, cap. 7, Tubinga, 1983, 78-79, cui *adde*, più di recente, C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2006, 287. Per il Canada si veda *Cook v. Lewis*, (1951) SCR 830.

²⁸ Si trattava di casi relativi a prodotti farmaceutici immessi sul mercato da varie aziende per diminuire la tendenza all’aborto spontaneo, contenenti un composto chimico inventato nel 1937 che, a distanza di molti anni, aveva determinato in diversi soggetti l’insorgenza di un tumore ai polmoni. Nell’impossibilità di stabilire quale farmaco avesse provocato il danno al singolo attore, varie corti decisero di parametrare la responsabilità sulla quota di mercato detenuta dal convenuto al tempo della commercializzazione. Per tutti, D. GOLBE e L.J. WHITE, *Market Share Liability and Its Alternatives*, 1999, disponibile

Se poi si confrontano i casi citati con il punto di partenza “istituzionale” offerto fino a pochi anni fa dalle trattazioni in materia, ci si avvede dell'enorme distanza che intercorre fra le declamazioni di principio e i problemi concreti (e attuali). A livello manualistico il nesso di causa è a tutt'oggi definito, fondamentalmente, attraverso la teoria della *condicio sine qua non* con il temperamento della causalità adeguata: secondo una formula ancora adottata da alcuni noti arresti delle Sezioni Unite del 2008 e che, ad esempio, si ritrova altresì in tre decisioni rese dai giudici di legittimità fra il giugno e luglio del 2011, sebbene esse siano alquanto diverse (anche) quanto alla regola realmente applicata²⁹.

Eppure, qualche anno addietro la stessa Cassazione aveva ammesso 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”³⁰.

Orbene, se alla “crisi” dell'approccio tradizionale si affiancano i problemi legati alle regole processuali che via via possono venire in considerazione – di là da quelli di per sé connessi al criterio del “più probabile che no” – e che contribuiscono a definire la dimensione operativa del nesso di causa, diventano ancora più evidenti le difficoltà che si affrontano nel cercare, a ogni costo, un disegno unitario e completo.

La dimensione reale in cui si muove il nesso di causa, sempre a titolo di esempio, non può infatti non risentire delle elaborazioni sul “danno evidenziale”, sull'uso delle presunzioni, sulla tecnica della *res ipsa loquitur* e sul principio della vicinanza della prova. E lo stesso vale per le ricadute su essa della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato – originariamente dovuta a René Demogue e soggetta, in Italia, alla nota critica di Luigi Mengoni –, nonché delle stesse inversioni dell'*onus probandi* che caratterizzano la responsabilità contrattuale³¹.

presso il sito www.ssrn.com, cui *adde*, nella letteratura italiana, E. PODDIGHE, *I «Mass Torts» nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008, 28 ss.

²⁹ Il riferimento alle Sezioni Unite riguarda le decisioni dell'11 gennaio 2008 dalla n. 576 alla n. 585 e, in specie, l'identico *pattern* motivazionale contenuto nelle decisioni nn. 576, 577, 578, 581, 582 e 584 (che si leggono, fra le altre, in *Foro it.*, 2008, I, 453, con nota di A. PALMIERI, ove una ampia “mappa” sui loro contenuti). Per la specifica analisi degli altri interventi della Suprema Corte e delle questioni di cui nel testo, sia permesso il rinvio a B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso CIR-Fininvest: quali chances per la perdita di chances?* (nota ad App. Milano, 9 luglio 2011), in *Giur. it.*, 2012, 609 ss. Per una critica all'uso della causalità adeguata come temperamento della *condicio*, in ragione della ontologica diversità dei criteri di valutazione alla base delle relative analisi, R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*, in *Danno resp.*, 2008, 1011 ss.

³⁰ Così Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, cit.

³¹ Il riferimento è naturalmente a R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. I., *Sources des obligations*, t. 5, Parigi, 1925, n. 1237, 536 ss., nonché a L. MENGONI, *Obbliga-*

Del resto, è ormai chiaro sul piano generale che, per un verso, la teoria della *condicio* conduce ad allargare eccessivamente le maglie della responsabilità, come emerge dal classico esempio della vittima del sinistro stradale ricoverata in un ospedale dove poi scoppia un incendio o dove la stessa è colpita da altra fatalità³²; oppure dai casi di suicidio post-traumatico occorso dopo molto tempo dall'incidente, a valle dei problemi di per sé posti dall'esegesi dell'art. 1223 c.c.³³.

Ed è pure chiaro – per l'altro verso – che, in una serie di situazioni, la stessa *condicio* impedisce di affermare la responsabilità, in specie quando il relativo accertamento non può che avvenire su base probabilistica, secondo quanto dimostra il prolifico settore della colpa medica³⁴. Non è un caso, allora, che un recente studio la consideri una base logica del modello di spiegazione causale prevalente invece che una vera e propria teoria, intendendo-

zioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico), in Riv. dir. comm., I, 1954, 185 ss., anticipato da ID., L'oggetto della obbligazione, in Jus, 1952, 178 ss., cui aggiungere la diversa posizione di G. CATTANEO, La responsabilità del professionista, Milano, 1958, 58 ss. Nel rinviare per ulteriori riferimenti al cap. II e agli studi di Giovanni D'AMICO, La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999, 105 ss., ID., Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, in Riv. dir. civ., 2006, 43 ss., e ID., La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti, id., 2019, 1 ss., interviene di recente sul tema, in chiave monografica, N. ROLDAN ALZATE, Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio, Padova, 2016, 57 ss.

³² Esempio purtroppo non da manuale, come dimostra Trib. Perugia, 8 giugno 1991, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 636, con nota di G. GIANNINI, *Sinistro stradale, responsabilità professionale del medico e nesso causale*, confermata da Cass. 11 maggio 2001, n. 6596, inedita e citata da A. QUERCI, *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Torino, 2011, 237, cui *adde* Trib. Parma, 30 settembre 1998, in *Danno resp.*, 1999, 465, e Cass. 24 aprile 2001, n. 6023, in *Dir. e giust.*, 2001, fasc. 20, 71. Tuttavia, in senso contrario, in base alla nozione di "causa prossima", Cass. 7 dicembre 2005, n. 26997, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 862, a dimostrazione delle "incoerenze" che caratterizzano l'applicazione del nesso nella giurisprudenza italiana.

³³ Si vedano Cass. 7 febbraio 1996, n. 969, in *Foro it.*, 1996, I, 2482, nonché Cass., Sez. Lav., 23 febbraio 2000, n. 2037, fra le altre in *Giust. civ.*, 2000, I, 1655. Per il resto, è da notare che il tipo di casi menzionati nel testo non ha solo offerto supporto alla citata teoria della causalità adeguata, ma anche indotto la dottrina a interrogarsi su quali siano le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento o dell'illecito, al fine di limitare lo spettro della responsabilità. Ricordando solo in una battuta che per i sostenitori della teoria del "doppio nesso" l'art. 1223 c.c. non viene in realtà in considerazione nelle fattispecie in parola, si veda fin da ora G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.

³⁴ Per un primo riscontro, nella letteratura più risalente, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., 327, che – ad esempio – esclude la responsabilità in caso di mancata somministrazione del siero antitetanico proprio perché esso non porta sempre alla guarigione del paziente. È di contrario avviso, almeno con riguardo alla responsabilità omissiva, F. INTRONA, *La responsabilità professionale nell'esercizio delle attività sanitarie*, Padova, 1955, 195.

la cioè – si potrebbe aggiungere – più come un modo di ragionare e di organizzare il pensiero ai fini della verifica della sussistenza del nesso, che come uno strumento dotato di reale capacità euristica³⁵.

D'altronde, nemmeno è una coincidenza che la *condicio* abbia provocato reazioni per ogni dove e in direzioni diverse. Lo dimostrano le difficoltà applicative riscontrate con riferimento all'omologo istituto conosciuto in ambiente di *Common Law* come *but-for test*, nonché il dibattito innescatosi sulle sue varianti rappresentate, fra le altre, dal "relevant factor" di Hart e Honoré e dal *NESS test* di Richard Wright, senza dimenticare la "material contribution to harm" fissata dalla House of Lords in *Wardlaw*³⁶.

Sebbene la tentazione di continuare nella carrellata degli aspetti problematici sia forte – anche per l'interesse che ognuno di essi suscita, oltre che per il fascino che di per sé discende dal quadro poliedrico che essi permettono di costruire –, occorre però ritornare al punto che qui interessa.

Tramite le digressioni appena offerte al lettore diviene infatti chiara una delle ragioni per le quali è opportuno rifuggire da un tentativo enciclopedico e forzatamente unificante, per invertire la prospettiva, prendendo atto che la più recente evoluzione in materia di nesso di causa – sia in Italia, sia in altri Paesi appartenenti alla *Western Legal Tradition* –, è caratterizzata dall'innesto della *chance* sull'elemento eziologico. Conviene pertanto concentrarsi su tale fenomeno ed esaminare i modelli decisori concretamente adottati o adottabili sulla base di esso, per poi vagliare le ricadute che gli esiti dell'indagine hanno sugli altri snodi problematici e sui temi non immediatamente connessi a quel rapporto.

Ciò, ovviamente, avverrà facendo tesoro dello stato dell'arte, sicché – data come acquisita l'impossibilità di elaborare una teoria sulla causalità valida in ogni situazione –, dovranno essere tenute presenti le numerose limitazioni che caratterizzano le costruzioni tradizionali (assieme alle regole che contribuiscono a definire il regime operativo dell'accertamento dell'elemento oggettivo) per domandarsi se, consolidata la *pars destruens* del discorso, non si possa tentare una sua *pars costruens*.

E in tale prospettiva occorrerà riflettere sulle funzioni della responsabilità civile (fra cui quella deterrente e/o punitiva, che qui verrà indicata come "sanzionatoria" per distinguerla dalle applicazioni che riguardano specifi-

³⁵ Sul primo aspetto, F. PIRAINO, *Il nesso di causa*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 399 ss.

³⁶ Nel rinviare al cap. VI per tutti gli opportuni riferimenti, si vedano fin da ora – per una recente ed efficace sintesi – G. TURTON, *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*, Oxford, 2016, *passim*, nonché S. GREEN, *Causation in Negligence*, Oxford, 2015, *passim*. In lingua italiana, N. COGGIOLA, *Frammentazione delle regole sul nesso causale e giustizia sostanziale nella recente esperienza inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 109 ss., e P.G. MONATERI, D. GIANTI e M. BALESTRIERI, *Causazione e giustificazione*, Torino, 2016, 267 ss.

camente i *punitive damages*); sulla costruzione di un'indicativa griglia di fattispecie (almeno per mettere in evidenza i principali problemi operativi che sorgono); oppure su un'opzione che, svelate tutte le contraddizioni che il tema mostra, non cerchi (senza ipocrisie) una soluzione all'insegna del *keep it simple*, quale scelta consapevole e meditata³⁷.

Di qui, dunque, la proposta di percorrere taluni itinerari in chiave prima di tutto domestica, senza tralasciare gli spunti offerti da una dimensione multidisciplinare e comparata, i quali verranno di seguito tratteggiati assieme al metodo che può agevolare l'indagine stessa.

3. Una nota sul piano dell'opera e una sul metodo

Da quanto si è esposto emerge che, per offrire una proficua trattazione del tema posto, occorre innanzi tutto dare conto dell'elaborazione intervenuta sul nesso di causa e sulla perdita di *chances*, nonché sul loro rapporto. Essa costituisce un presupposto del presente lavoro, ma non può essere data per scontata.

Di qui il primo itinerario offerto e cioè la ricostruzione delle traiettorie seguite dalla giurisprudenza italiana a partire dal già citato caso *Franzese*, da considerare non solo assieme (per quanto occorra) a decisioni precedenti, ma pure alle posizioni del formante dottrinale. Nell'illustrare tale percorso non potranno che emergere una serie di interessanti notazioni anche circa il nesso di causa di per sé considerato, dacché la giurisprudenza più recente usa concetti dalle origini antiche e si confronta, sempre di più, con i suoi regimi processuali³⁸.

Tralasciando in questa sede una analitica disamina dei settori coperti dal contenzioso giuslavoristico e amministrativistico – di cui si indicheranno alcuni elementi nel paragrafo che segue e di cui, soprattutto, si recupereranno le conclusioni nel momento di tracciare un quadro di insieme –, occorrerà poi soffermarsi sulle varie ricostruzioni di cui la *chance* è stata oggetto³⁹.

³⁷ Anche qui occorre formulare alcune precisazioni terminologiche rilevando che, di recente, Pietro TRIMARCHI (*La responsabilità civile*, cit., 2^a ed., 9 ss., 524 ss. e 649 ss.) ha preso una netta posizione sostenendo che i danni punitivi non sono in senso tecnico compatibili con il nostro sistema, senza però disconoscere che la misura risarcitoria possa avere una "funzione sanzionatrice". Pertanto, per quanto possibile, si parlerà di seguito di "funzione sanzionatoria".

³⁸ Per le ragioni indicate nella Prefazione tale percorso sarà qui esposto in modo più conciso di quanto avvenuto nella prima edizione, sicché il lettore potrà trovarne una più ampia trattazione in B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, 1^a ed., Torino, 2019, 15 ss.

³⁹ Si tratta dell'itinerario tracciato nella prima parte del cap. III.

Inoltre, per meglio apprezzare la dimensione operativa in cui essa opera e il suo rapporto con il nesso, oltre che per definire più compiutamente tale figura e individuarne le concrete funzioni, sarà utile provare a stabilire secondo quali tecniche il danno da perdita di *chances* venga effettivamente quantificato: potendosi anticipare che le medesime sono più d'una, a dispetto del carattere unitario delle formule con cui la stessa *chance* viene descritta in dottrina e giurisprudenza⁴⁰.

Per giunta, ci sono molte ragioni per le quali una compiuta indagine in materia non può omettere la considerazione di quanto accade in altri sistemi.

Per un verso, alcune categorie utilizzate dalla nostra dottrina e giurisprudenza sono nate altrove, sicché vale la pena interrogarsi, ove la si riscontri, sulla relativa operazione di trapianto giuridico. Basta un attimo a ricordare che il “più probabile che no” è o dovrebbe essere la versione nostrana del “more likely than not” applicato in ambiente di *Common Law* (secondo alcuni) già a far data dal 1571, così come la circostanza per cui talune *doctrines* di recente citate dalla Cassazione (quali la *thin skull rule* in materia di concause) trovano una consolidata trattazione in quei quadranti⁴¹.

L'indagine sul modo in cui il criterio è reso operativo nell'ordinamento di origine, del resto, vale sia a misurare l'eventuale differenza che si riscontra rispetto al nostro, sia a meglio capire la portata che lo stesso “più probabile che no” ha in Italia, dove troppo spesso lo si dà come un dato acquisito. Si può cioè supporre che la comprensione della sua reale configurazione nei sistemi di provenienza possa gettare nuova luce su un dibattito sotterraneo, ma sempre più rilevante, cioè quello inerente alla versione forte o debole del criterio medesimo (circa la necessità che la tesi enunciata dall'attore sia la più credibile in termini assoluti o solo rispetto a ciascuna delle spiegazioni causali entrate a far parte dello spettro dell'indagine)⁴².

E dopo aver approfondito il discorso su tale criterio verrà fatto un cenno alle varie regole processuali che, come anticipato, possono influire in modo incisivo sul regime operativo del nesso, nonché alla rilevante questione della possibile inversione dell'onere della prova dell'elemento eziologico nella responsabilità contrattuale rispetto alla legge Gelli-Bianco (prim'ancora

⁴⁰ Alla ricostruzione degli schemi che di fatto sovrintendono alla liquidazione del pregiudizio derivante dalla perdita di *chances* è dedicata la seconda parte del cap. III.

⁴¹ Premesso che a tale tema è riservato il cap. IV, sull'origine del criterio H. REECE, *Losses of Chances in the Law*, (1996) 59 *Modern Law Review* 204 ss., secondo la quale la *preponderance of the evidence* risalirebbe appunto al 1571. Per vari riferimenti all'applicazione delle altre *doctrines* di cui nel testo nel nostro sistema, sia permesso il rinvio a B. TASSONE, *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, in E. AL MUREDEN (a cura di), *I fatti illeciti*, I, *Casi e materiali*, 2014, Torino, 77 ss.

⁴² Se ne parlerà sempre nel cap. IV.

discussa sul piano generale nel cap. II, laddove essa si lega alla richiamata evoluzione giurisprudenziale e al dibattito che la medesima ha stimolato).

Per altro verso, in diversi sistemi si constata una straordinaria consonanza delle tematiche che vengono in considerazione nel momento in cui il nesso è rapportato alla perdita di *chances* – in specie nel settore della *medical malpractice* – assieme, tuttavia, a vere e proprie crisi di rigetto. Di esse, a fronte di una tematica quasi “globalizzata”, occorrerà dare conto, essendo agevole ricordare che le stesse corti nordamericane sono fortemente combattute circa l’ammissibilità della figura, mentre in Quebec, Canada e Inghilterra, le giurisdizioni superiori si sono mostrate refrattarie, se non ostili, al riconoscimento della *chance*⁴³.

Infine, lungo il corso della trattazione e con la riserva di compendiarne gli esiti in chiusura, non si potrà non tener conto di alcune suggestioni multidisciplinari. Posto che sia il nesso sia la *chance* richiedono di considerare le differenti accezioni date alle “probabilità”, occorre capire come esse si contengano e come trovino ingresso nel processo, assieme alla categoria del rischio. In proposito, è facile ricordare sia che varie scienze hanno molto da dire al riguardo, sia il vivace dibattito da lungo tempo in corso con i medici legali, dal rilievo sia teorico sia pratico⁴⁴.

Il discorso, d'altronde, rimane pienamente giuridico sol che si ponga mente al fatto che la medesima distinzione fra causalità generale e specifica riposa su un diverso apprezzamento delle probabilità, così come la loro stessa rilevanza chiama in causa – sebbene in modo non subito intuitivo – il dibattito sugli scopi della responsabilità civile: se il medico che effettua negligenza una determinata tipologia di intervento tiene una condotta che si colloca, sistematicamente, al di sotto della soglia di rilevanza della causalità in forza del “più probabile che no” o di quella del 50% fino a poco tempo fa richiesta per il ristoro della *chance*, la sua condotta non può rimanere senza “sanzione giuridica”, almeno ove si voglia valorizzare la funzione preventivo-deterrente della responsabilità in una con quella punitiva⁴⁵.

È peraltro ovvio che il modo di intendere la causalità secondo altre discipline è un aspetto che deve più di altri essere esposto rifuggendo dal tentativo di una trattazione onnicomprensiva, del resto superabile alla luce della necessaria “giuridicizzazione” del nesso che la sua applicazione richiede, purché la medesima abbia luogo in modo consapevole e non totalmente “delegato”⁴⁶.

⁴³ Si tratta dell’itinerario tracciato nel cap. V.

⁴⁴ È questo l’itinerario esposto nel cap. VI.

⁴⁵ Proprio qui si rinviene – come si vedrà nel cap. VII – una delle possibili soluzioni ai problemi che il rapporto fra il nesso e la perdita di *chances* solleva.

⁴⁶ Il tema si pone, ad esempio, quando ci si domanda quali sono i criteri con cui prima si convalida la legge scientifica e poi si apprezza la prova su essa basata ai fini della dimostrazione della causalità.