

Risarcimento del Danno nel diritto civile Italiano e causation damage.

Il Diritto Civile ha subito importanti deviazioni del nesso di causalità in conseguenza di quanto è stato descritto nella sentenza Francese. Una situazione particolare, il *ragionevole dubbio*, in ambito civile, ha deviato dalle aspettative che la sentenza Cassazione penale, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 22568 cd Sentenza Francese, poteva far presagire.

Questa situazione si è composta dell'analisi di quattro momenti principali.

- 1) Sul nesso di causalità in diritto civile;
- 2) Sul "più probabile che non";
- 3) Sulla perdita di chance;
- 4) Sul tormentato problema delle concause naturali.

1) Sulla valutazione del nesso di causalità. Per per anni, la giurisprudenza civile si è conformata alle pronunce della giurisprudenza penale. Veniva seguito il giudicato penale sistematizzando ex post sostanzialmente per due motivi di ragioni: l'illecito civile è stato, per tantissimi anni, dipendente dell'illecito penale, è stato sotto l'ombrello dell'illecito penale era, praticamente rappresentata nell illecito civile la filiazione dall'illecito penale. La sanzione del diritto penale, per gli esperti di diritto civile veniva ricavata dall'illecito penale e poi c'era il dato oggettivo: in assenza di indicazioni normative, se non qualche cosa all'interno dell'articolo 1223 c.c. ma sicuramente insufficiente rispetto allo spessore contenuto degli articoli 40 e 41 del codice penale.

Insomma, la giurisprudenza civile nel corso degli anni semina quasi tacitamente tacitamente la giurisprudenza penale con criteri sperimentali, come quello della teoria della conditio sine qua non, con la causalità dei dolo e altri. Poi, a un certo punto, illecito civile si libera dall'abbraccio un po' opprimente dell'illecito penale e di conseguenza sono rappresentative fatto due espressioni usate nella motivazione della sentenza numero Cass. Civ sez.III n° 15991/2011 si parla di "morfologia disomogenea" e di "disarmonica funzione" due situazioni che rendono, insieme, e descrivono la figura del neonato illecito civile.

Dove si trova la "morfologia disomogenea" sostanzialmente in tre situazioni. Se il sistema di diritto penale un sistema tipico invece il diritto civile, la responsabilità civile, è un sistema strutturalmente aperto che poi sia clausola ossia la norma generale nella sostanza, l'articolo 2043 del c.c. indica la vocazione del diritto civile a superare. sempre di più, le frontiere del danno risarcibile.

Responsabilità soggettiva e responsabilità oggettiva, sono sempre più frequenti le ipotesi, nel perimetro del diritto civile, le ipotesi di responsabilità oggettiva, ipotesi che per anni sono state considerate ipotesi di responsabilità aggravata o presunte, vengono oggi qualificate della corte di cassazione, senza mezzi termini, come fattispecie di responsabilità che producono un livello di imputazione della responsabilità oggettiva, in primis e soprattutto viene applicato anche il termine responsabile sanitaria, dove il nesso di causalità la fa da padrone poi c'è il discorso che il diritto penale c'è l'imputato, favor rei, mentre, nel diritto civile c'è il danneggiato. Ed è questo punto che entra in Italia in tutta Europa un vento che segna la nuova stagione della responsabilità civile, un vento che vuole offrire una nuova situazione riparatoria ad una situazione o ad una serie di soggetti assolutamente incommensurabile rispetto alla situazione pregressa. Bisogna riparare, riparare sempre di più, si aggrediscono e si assoggettano ad una interpretazione rinnovata singoli elementi della fattispecie di compresa nell'articolo 2043 codice civile del danno ingiusto alla colpa ma soprattutto la massima attenzione viene esercitata a riguardo del nesso di causalità. Il nesso di causalità è veramente l'elemento che più si presta a una considerazione che è tipica di politica del diritto, che vede la sua policy nella maggiore considerazione sul nesso di causalità. Si vuole risarcire il nesso di causalità secondo un'espressione di due insigni giuristi stranieri The *damage causation* sarebbe il gancio dove, nel diritto civile, sostanzialmente, poter passare il principio di responsabilità. Insomma, il giudice passa attraverso un fenomeno di pregiudizio, o meglio, di preconfigurazione della fattispecie prima di procedere alla valutazione del risarcimento.

Affronta, cioè, prima lo scioglimento del nodo rappresentato dal nesso di causalità in favore di un interesse al risarcimento e quindi, il nesso di causalità è lo strumento per raggiungere la considerazione dell'eventuale risarcibilità del danno.

2) Diremmo, pertanto, che il nesso di causalità si presenta in modo totalmente diverso da quello che è il nesso di causalità in sede penale. In linea con questo modo di procedere, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, tira le fila ed in omaggio al principio del *favor rei* promuove quel "oltre il ragionevole dubbio" che altro non è che un atteggiamento a mezzo del quale la Cassazione sembra rilassarsi. Si tratta di un'influenza che viene da lontano e cioè da quella *relaxation of causation* espressione ed approccio filosofico già usato da autori anglosassoni per giustificare la allocazione di un risarcimento secondo un principio che altrimenti sarebbe risultato difficile da motivare. Da ciò nasce il principio del "*più probabile che non*". Principio che, per la prima volta, viene esplicitato solo nel luglio del 2007 con la sentenza n° 21619 in una sentenza in materia di responsabilità sanitaria.

Il caso. Un paziente si presenta con un problema respiratorio e viene portato in ospedale al pronto soccorso, ed il medico inizialmente sottovaluta la complessità della patologia, e somministra una dose, secondo il medico del pronto soccorso, adeguata e sufficiente, di ossigeno. Il paziente inizialmente recupera e quindi viene dimesso, apparentemente ripreso, ritorna a casa e, quando arrivato presso il proprio domicilio, subisce una ricaduta molto forte che richiede il trasferimento immediato all'ospedale nella camera iperbarica, nella quale se stato inizialmente ricoverato, il paziente non avrebbe avuto il peggioramento ed il decesso.

Inevitabile, la causa nei confronti dell'ospedale e del medico del pronto soccorso mirata ad accertare nella successiva consulenza tecnica, non tanto se vi sia o meno la colpa del medico. Quella è pacifica, ma se quella colpa medica commessa dal medico del pronto soccorso, sia stata o meno l'antecedente causale della lesione subita dal soggetto danneggiato. E cioè, se non fosse assolutamente certo se il paziente fosse stato curato tempestivamente e diligentemente della camera iperbarica non sarebbe avvenuta quella modificazione peggiorativa delle condizioni della salute. Il danneggiato nei giudizi di merito perde la causa ma la sezione terza della Cassazione Civile per la prima volta chiarisce, invece, che allorquando il nesso eziologico tra l'evento (mancanza di ricovero nella camera iperbarica) ed il fatto (peggioramento delle condizioni di salute): "non c'è, ma è più probabile che non", se il paziente fosse stato avviato tempestivamente alla camera iperbarica, non si sarebbero verificate questo tipo di complicazioni. Dal 2007 Cassazione Civile con la sentenza n° 21619, segue pertanto, il nuovo indirizzo giurisprudenziale in maniera completa tanto che possa testimoniare l'esistenza di un diritto "vivente" in cui il concetto di nesso di causalità, trasformandosi, si adagia sul nuovo concetto del "*più probabile che non*".

L'importanza di tale "virata" giurisprudenziale è data dal fatto che il danneggiato, in precedenza nelle secche probatorie, si trovava a dover dimostrare, tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità, non solo evitando l'accorpamento ma dovendo specificare tutte le vicende ed il loro nesso di causalità intrinseco.

Dopo questa sentenza si è pertanto aperta nei confronti del danneggiato una ipotesi più comprensiva, mirata all'accoglimento della domanda di risarcimento piuttosto che al suo rigetto.

Rimane comunque il problema noto anche in precedenza al 2007 e rimasto irrisolto, il problema del *quantum* del risarcimento. E' quello che del caso limite, calcolato sulla valutazione del punto base in materia di *probabilistic causation*. Il discrimine che si forma dall'applicazione della teoria del *più probabile che non*, quando ci si trovi a valutare situazioni similari, una differenza tra il 50,01% ed il 49,99%, è una differenza che in materia probabilistica e di evoluzione del danno, che nessun perito potrebbe accertare ed è difficile dimostrare il verificarsi della condizione che ha portato al danno. Queste sono, in sostanza le vicende che hanno condotto il pensiero giuridico al criterio decisamente a favore del soggetto danneggiato, che è coerente con la nuova identità *pariparatoria della responsabilità civile* degli ultimi vent'anni ma che ha in sé, ancora forte, il dubbio e che, quasi ad inficiarne le fondamenta, introduce alla domanda: "quante probabilità ci sono per aversi il risarcimento?".

3) Il "*più probabile che non*" in rapporto con la "teorica della chance".

Dobbiamo qui ricorrere alla famosa sentenza Fininvest-CIR per risalire alla confrontazione delle due tematiche il Tribunale di Milano in una sentenza, molto complessa, ha affrontato e risolto il problema della corruzione del giudice che, inizialmente, aveva in carico il processo, come un danno motivato dalla *perdita di chance* danno che si è verificato dal pronunciamento viziato della Corte d' Appello di Roma (sent. n° 14 del 14/01/1991) In secondo grado, ha ritenuto disapplicare la teorica della perdita di chance della parte che era stata danneggiata dalla corruzione operata dall'avversario nei suoi confronti e, in relazione a tale circostanza, la mancanza di probità del giudice è rilevante al punto che avrebbe potuto farle ottenere una sentenza giusta, è stata valutata sulla base del principio del "*più probabile che non*". Sostanzialmente ribaltando le conclusioni del tribunale di Milano, secondo il quale il risarcimento sarebbe stato ridotto in misura della *chance*, la Corte d'Appello di Milano nella sentenza depositata il 9 luglio 2011, demolisce la teorica della chance ed adotta il principio del "*più probabile che non*". Sostenendo che la corruzione del giudice di Roma è stato un antecedente causale e secondo un grado di alta probabilità, ha determinato il danno prodotto. Ecco quindi la tendenza verificata anche da ultimo, di impedire il taglio del risarcimento, che deriverebbe dall'applicazione *tout-court* della teoria della chance, con il riconoscimento di una somma maggiore sulla base del presupposto introdotto dall'applicazione della "*più probabile che non*".

Da più parti si è sostenuto che il principio della *chance* rappresentava uno strumento di equilibrio utile con un gioco di parole diremmo che la chance è la possibilità del verificarsi dell'evento, mentre i nuovi indirizzi della giurisprudenza esprimono una valutazione più monolitica, tenendo conto della probabilità del verificarsi dell'evento introdotto dal nesso causale. E' evidente che l'applicazione della chance ha un effetto limitativo del risarcimento mentre la seconda riporta la valutazione del danno a schemi maggiormente soddisfacenti sotto il profilo risarcitorio per il danneggiato, in linea con la tradizione del risarcimento del danno.

4) Concause naturali. Il punto in questione è se il concorso di una situazione pregressa del soggetto danneggiato debba, o meno, e se si in che modo contemperarsi con la condotta del danneggiante. Se vi era certezza che l'evento naturale, fosse stata la ragione sufficiente dell'evento di danno, la giurisprudenza escludeva qualsiasi responsabilità a carico del danneggiante, se invece l'evento di danno era stato determinato sia la condizione pregressa, sia dalla colpa del danneggiante, si gravava quest'ultimo insieme al responsabile civile anche nel caso la condotta del primo avesse avuto una minima influenza sull'evento (cd.: *all or nothing*). Questa giurisprudenza è stata superata dalla sentenza della Cassazione 975/2009 (rel.Finocchiaro) che ha stabilito il principio della *rilevanza delle concause naturali* con la possibilità che queste possono riflettersi sul valore del risarcimento in maniera proporzionale (cd.: *proportional liability*). Successivamente, nel 2011, un'altra sentenza, supera la precedente che sembrava incontrare il consenso generale, la 15994, e supera la decisione del 2009: "la responsabilità proporzionale è inapplicabile, la causalità materiale o esiste, o non esiste....Il giudice può una volta ricostruita la causalità materiale, secondo suo potere limitativo, allocare a una delle parti la quota di danno conseguenza la propria condotta". Anche in questo caso potremmo sostenere che Corte di Cassazione guarda a favore del danneggiato che in questi casi, è più vulnerabile di altri. Un danneggiato la situazione pregressa rispetto alla quale la condotta del medico ha effetti scaturenti importantissimi che non avrebbe avuto su una persona di normale condizione (cd.: *thin skull rule* contra *thin skull" rule* does not operate to establish liability. Scottish Law Commission, paper n° 120, Edinburg, 2002).

Tutto sta ad evidenziare come il fatto del sistema della causalità civile è un sistema caratterizzato da importanti profili di sofferta incertezza, in omaggio a chi vuole porre dei limiti alla risarcibilità. Il nesso di causalità rappresenta pertanto, il passaggio obbligato di queste tendenze sia di chi vuole risarcire e chi invece intende abbracciare filosofie e policy deterrenti rispetto ad un concetto più ampio di risarcimento del danno.