

ISSN 0015-783X

# IL FORO ITALIANO

FONDATAO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA  
maggio 2020, I, 1663 (estratto)

BRUNO TASSONE

La Cassazione e il nuovo statuto delle cause naturali:  
prime applicazioni e nuove incertezze

R O M A

SOCIETÀ EDITRICE DEL «FORO ITALIANO»

2020

**CORTE DI CASSAZIONE;** sezione III civile; sentenza 15 gennaio 2020, n. 514; Pres. AMENDOLA, Est. PELLECCIA, P.M. FRESA (concl. parz. diff.); V. (Avv. GUIDA) c. Azienda sanitaria locale Asl X (Avv. ZINGARELLI) e altri. *Conferma App. Campobasso 24 maggio 2016.*

**Danni in materia civile — Errore diagnostico e terapeutico — Preesistenza di stato patologico invalidante — Incidenza causale — Conseguenze in tema di obbligo risarcitorio — Fattispecie** (Cod. civ., art. 1218, 1223, 1226, 1227; • cod. pen., art. 40, 41).

*Ove l'errore diagnostico e terapeutico del sanitario concorra con una causa naturale nella produzione dell'evento lesivo, mentre sul piano della causalità materiale la preesistenza, coesistenza o concorrenza della causa naturale stessa risulta indifferente, le conseguenze dannose della lesione (da valutare sul piano della causalità giuridica) vanno liquidate nella loro effettiva e complessiva consistenza, attribuendo all'autore dell'illecito la (sola) percentuale di aggravamento della situazione preesistente. (1)*

---

(1) La sentenza si può leggere in *Foro it.*, 2020, I, 1249, con osservazioni di A.M.S. CALDORO, *Concause umane e naturali: una coppia difficile.*

Se ne riproduce la massima per pubblicare la nota di B. TASSONE.

\* \* \*

#### **La Cassazione e il nuovo statuto delle cause naturali: prime applicazioni e nuove incertezze.**

1. - La sentenza in rassegna dev'essere segnalata intanto perché costituisce la prima applicazione — da parte dei giudici di legittimità — del nuovo «statuto» delle cause naturali per come disegnato da Cass. 28986 e 28990/19 (1).

Partendo dalla fattispecie concreta, un paziente ricoverato in data 12 maggio 2014 presso un primo nosocomio e in data 14 maggio 2014 presso altro ospedale, lamentava l'omessa diagnosi e cura di un ictus ischemico, così citando le due Asl di riferimento per ottenere il ristoro dei danni patrimoniali e no derivanti da un trattamento sanitario non ritenuto corretto.

I giudici di prime cure condannavano solo la prima azienda sanitaria, peraltro parametrando il risarcimento sulla percentuale del 20 per cento del danno biologico, con sentenza confermata in sede di gravame, la quale accertava altresì il passaggio in giudicato del capo riguardante la reiezione dell'addebito di omessa diagnosi formulato a carico dei sanitari di entrambe le strutture (2): dacché — secondo il c.t.u. — nei casi di ischemia cerebrale la terapia va eseguita nelle prime tre ore, diventando poi ininfluenza sul piano causale.

Di contro, sempre secondo il consulente, un trattamento farmacologico riabilitativo tempestivo avrebbe consentito «nella generalità dei casi analoghi» di contenere i postumi in misura apprezzabilmente inferiore,

---

(1) Le due decisioni si leggono fra le altre in PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, in *Foro it.*, *Gli speciali*, n. 1 del 2020.

(2) È la stessa pronuncia a usare l'espressione «danno biologico» e non quella, più ampia, «danno non patrimoniale», con terminologia la quale ha uno specifico senso rispetto a quanto si dirà più oltre.

sicché l'aggravamento del danno non patrimoniale correlato all'errore diagnostico commesso presso la prima struttura veniva stimato, in via probabilistica, nella citata misura del 20 per cento. Di qui sia il rigetto della domanda afferente al danno patrimoniale — visto che l'impossibilità di continuare a svolgere l'attività lavorativa di falegname o altre similari si sarebbe comunque prodotta anche in presenza del trattamento dovuto, a fronte di postumi che in ogni caso sarebbero stati del 45 per cento —, sia la condanna al ristoro del danno biologico per l'ulteriore 20 per cento.

Il paziente ricorre allora in Cassazione, lamentando intanto che il regime probatorio proprio della responsabilità contrattuale avrebbe dovuto far affermare che competeva al convenuto provare l'incidenza delle concause sulla condotta *sub iudice* e non il contrario — su tale aspetto torneremo in chiusura —, nonché censurando la decisione del secondo giudice circa l'opera di liquidazione compiuta e il mancato riconoscimento del danno patrimoniale.

Lasciando da parte tale ultima doglianza, la Suprema corte respinge tanto la prima per difetto di interesse — essendo incontestato che, a due giorni di distanza, i postumi si erano ormai stabilizzati —, sia la seconda, altresì ribadendo l'irrilevanza delle concause naturali sul piano della causalità naturale secondo i consolidati «precedenti» intervenuti in materia (3).

Circa il criterio da seguire ai fini della liquidazione la pronuncia — aderendo completamente all'impianto generale di Cass. 28986 e 28990/19 (cit.) — afferma dunque che: (i) lo stato anteriore di salute della vittima può concausare la lesione oppure la menomazione che ne è derivata; (ii) la concausa delle lesioni è giuridicamente irrilevante sul piano della causalità materiale; e (iii) la menomazione preesistente può essere «concorrente» o «coesistente» col maggior danno causato dall'illecito (4).

Per misurare la scelta di campo in favore della prima o della seconda fra le due decisioni dell'11 novembre 2019 già richiamate, devono invece essere guardate più da vicino le proposizioni secondo cui (iv) sono «coesistenti» le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto di presentarsi sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi, perché si devono ritenere «concorrenti» le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi; (v) quanto alle menomazioni coesistenti, (a) esse sono di norma, e «fatte salve le specificità del caso concreto» (con formula non del tutto riconducibile a Cass. 28986/19 e invece impiegata da Cass. 28990/19), irrilevanti ai fini della liquidazione; e (b) si deve escludere l'automatismo derivante dalla regola, sorta in materia di infortunistica, la quale abbassa sempre il risarcimento in presenza di patologie pregresse, con la conseguenza per cui (secondo tale regola) il punto di partenza della quantificazione sarebbe costituito dal valore «0» della tabella di invalidità; (vi) per tenere in considerazione le

---

(3) Il riferimento è a Cass. 21 luglio 2011, n. 15991 (*Foro it.*, Rep. 2011, voce *Professioni intellettuali*, n. 147, e, per esteso — fra le altre — *Corriere giur.*, 2011, 1672, con nota di BONA, *La Cassazione rigetta il «modello della causalità proporzionale» con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, e *Nuova giur. civ.*, 2012, I, 180, con nota di PUCCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*), la quale sconfessa Cass. 16 gennaio 2009, n. 975 (*Foro it.*, 2010, I, 994, con nota di TASSONE, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*).

(4) In specie, secondo Cass. 28986/19 la lesione della salute non costituisce il danno, ma il suo mero presupposto, cioè la lesione dell'interesse protetto: soltanto ove ne derivino una menomazione suscettibile di accertamento medico-legale e, poi, una forzosa rinuncia alle attività in precedenza svolte, si sarà in presenza di un pregiudizio risarcibile, dovendosi allora accertare due nessi di causa, l'uno tra la condotta lesiva e la lesione (teso a stabilire se vi sia responsabilità e a chi vada imputata), l'altro tra questa e le conseguenze dannose (teso a fissare la misura del risarcimento), per giunta con conferma della c.d. regola all or nothing, per cui se viene processualmente accertato che la causa naturale sia tale da escludere il nesso di causa tra condotta ed evento, la domanda sarà rigettata, mentre se la causa naturale abbia rivestito efficacia eziologica non esclusiva, ma soltanto concorrente rispetto all'evento, la responsabilità dell'evento stesso sarà per intero ascritta all'autore della condotta illecita.

menomazioni concorrenti, (a) occorre prima stimare l'invalidità complessiva dell'individuo e convertirla in denaro, poi (b.I) stimare l'invalidità anteriore al sinistro e convertirla in denaro — con la fondamentale precisazione per cui (b.II) «lo stato di validità anteriore al sinistro dovrà essere però considerato pari al 100 per cento in tutti quei casi in cui le patologie pregresse di cui il danneggiato era portatore non gli impedivano di condurre una vita normale» — e infine (c) sottrarre l'importo (b) dall'importo (a); resta però salvo — a mo' di clausola di chiusura, indicata dalla stessa decisione *sub* par. 4.1.2, punto 7 — «il potere-dovere del giudice di ricorrere all'equità correttiva ove la rigida applicazione del calcolo che precede conduca, per effetto della progressività delle tabelle, a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto».

Esemplificando: se, come avvenuto nella specie, dopo il trattamento sanitario si riscontra un'invalidità del 65 per cento e il paziente era già portatore di una invalidità del 45 per cento, il «differenziale» del 20 per cento andrà liquidato partendo dal valore tabellare che il punto ha dopo il 45 per cento.

Ebbene, la chiarezza espositiva e l'opera di sintesi che caratterizzano la parte motiva sono già ragione sufficiente per portare la sentenza all'attenzione del lettore. Un'altra ragione, come si è anticipato e come si vedrà di seguito, attiene al suo confronto con le due decisioni che hanno dettato il nuovo statuto delle cause naturali. E altre ancora — lo si illustrerà in chiusura — nascono calandola nella magmatica materia dell'accertamento del nesso in generale.

2. - Un primo dato che emerge dalla lettura di Cass. 514/20 concerne l'assenza di riferimenti al fatto che le menomazioni possono essere — secondo una distinzione valorizzata soprattutto da Cass. 28990/19 — «monocrone» o «policrone», a seconda che le medesime derivino o no da un «medesimo fatto generatore» (5).

Rinviando al già citato commento per maggiori approfondimenti, si era tuttavia dubitato che tale 'distinguo' avesse una reale portata euristica (se non in negativo, cioè per definire quello che è l'ovvio campo di indagine): perché in presenza di un solo fatto lesivo — la cui «unissistenza» toglie di per sé rilievo al dato cronologico — si sta evidentemente al di fuori del tema delle concause.

Dunque, laddove la decisione in rassegna nemmeno richiama le due etichette appena indicate — e induce piuttosto a soffermarsi sul carattere concorrente e coesistente delle menomazioni —, essa certamente contribuisce a evitare l'uso di formule che potrebbero rendere ancora più difficoltosa l'applicazione del nuovo modello da parte dell'interprete: anche perché tale seconda distinzione non è stata, di suo, enunciata con il medesimo significato. In specie — anche qui riassuntivamente — Cass. 28990/19 precisa che le menomazioni sono «concorrenti» o «coesistenti» in dipendenza del fatto che «colpiscono tutte il medesimo apparato od organo, ossia concernano più arti od organi sinergici od aventi comunque affinità funzionale, ovvero — invece — interessino differenti distretti anatomici o funzioni organiche, ossia più arti o più organi non affini o sinergici». Di contro, Cass. 28986/19 pone la distinzione fra menomazioni «coesistenti» e «concorrenti» mediante una visione (contro-fattuale) di insieme: si hanno le prime «se i postumi permanenti causati dall'illecito non sono stati punto aggravati dalle menomazioni preesistenti», il che «vuol dire che essi nella loro interezza sono conseguenza esclusiva del fatto illecito», mentre sono «menomazioni policrone concorrenti» quelle che hanno causato «il consolidarsi di postumi più gravi rispetto a quelli che avrebbe pati-

---

(5) Secondo Cass. 28990/19 le menomazioni «plurime» — vale a dire quelle «prodotte dalla medesima lesione o da molteplici lesioni arrecate contestualmente od in tempi diversi» — possono distinguersi in base al «criterio cronologico del fatto generatore» oppure «in relazione al tipo di disfunzionalità prodotto», sicché si hanno menomazioni «monocrone» e «policrone» in dipendenza del fatto che «il medesimo attentato alla integrità psicofisica del soggetto porti ad emersione tutte le plurime conseguenze dannose, simultaneamente o comunque progressivamente secondo una sequenza di naturale aggravamento, od invece gli attentati alla integrità psicofisica del soggetto siano stati realizzati con condotte lesive diacroniche».

to la vittima se fosse stata sana al momento dell'illecito». Ne deriva che non ha alcun rilievo il numero di organi o apparati lesi, dacché «il concetto di 'coesistenza' va valutato *a posteriori* ed in concreto, non *a priori* ed in astratto», non potendosi escludere «che successive menomazioni riguardanti lo stesso organo possano non aggravarsi le une a causa delle altre» e che «menomazioni riguardanti organi diversi [...] interferiscano tra loro a causa delle altre» (6).

Orbene, con la proposizione sopra schematizzata *sub (iv)* Cass. 514/20 sposa chiaramente l'approccio seguito da Cass. 28986/19, anche se con la piccola «sbavatura» consistente nell'affermazione di cui *sub (v.a)*, a tenore della quale le menomazioni coesistenti sono di norma, fatte salve le specificità del caso concreto, irrilevanti ai fini della liquidazione.

In effetti, tale ultima notazione fa piuttosto il paio con la massima di esperienza che Cass. 28990/19 aveva ritenuto di ricavare dal suo modo di intendere la «concorrenza» e la «coesistenza», laddove aveva affermato che «le menomazioni 'concorrenti' possono comportare, di regola, una variazione incrementativa dell'effetto invalidante e dunque del grado di inabilità della menomazione preesistente», mentre le «menomazioni 'coesistenti' conservano l'effetto invalidante dalle stesse prodotto, che rimane, di regola e salvo la specificità del caso concreto, immutato, in quanto del tutto indipendente rispetto alla valutazione della capacità pregressa del soggetto rispetto alla nuova menomazione».

Come meglio si vedrà in chiusura, l'impianto proposto si espone nel suo complesso a vari rilievi critici e, comunque, lascia senza risposta vari interrogativi.

Ad ogni modo, finché ci si vuole muovere al suo interno, sarebbe bene evitare equivoci su quelle che non sono questioni solo «terminologiche».

L'interazione (o no) delle nuove menomazioni con quelle preesistenti dovrebbe essere il frutto di un accertamento compiuto anche con l'ausilio della medicina legale per quanto riguarda la stima dell'invalidità in cui esse astrattamente — sul punto si tornerà fra un attimo — si traducono: sicché l'uso di etichette, per farne discendere o no «massime di esperienza» in una direzione o nell'altra a monte, rischia solo di complicare il discorso a valle.

Inoltre, proprio quelle categorie rischiano di indurre in confusione gli stessi addetti ai lavori, come emerge dall'autorevole commento proveniente dalla medicina legale, il quale afferma che — con una sorta di «sintesi riduttiva» delle due decisioni — Cass. 28996/19 «stabilisce che vengano prese in considerazione unicamente le lesioni concorrenti (quelle che insistono sullo stesso sistema organo-funzionale) e che di quelle coesistenti invece non si debba tenere conto nella liquidazione del danno, tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente» (7).

Fatta tale precisazione, si devono ora prendere in esame le proposizioni più interessanti, vale adire quelle dettate in tema di quantificazione del danno.

3. - Sempre una lettura coordinata di Cass. 28986 e 28990/19 induceva ad affermare che entrambe sono pienamente convergenti sulle operazioni «matematiche» che — accanto a quelle fra un attimo indicate — presiedono alla liquidazione del danno, una volta che esso sia «scontato» in ragione delle preesistenze rilevanti, con meccanismo ribadito da Cass. 514/20.

Invero — e come spiega la decisione in epigrafe tramite i punti schematizzati *retro* come (*vi.a*), (*vi.b.I*) e (*vi.c*), laddove il punto (*vi.b.II*) richiama il diverso tipo di valutazione di cui *infra* —, non si

---

(6) Inoltre, la presa di distanza da Cass. 28990/19 è ancora più netta quando Cass. 28986/19 afferma che «[q]uel che dunque rileva, al fine della stima percentuale dell'invalidità permanente, non sono né formule definitorie astratte ('concorrenza' o 'coesistenza' delle menomazioni), né il mero riscontro della medesimezza o diversità degli organi o delle funzioni menomati».

(7) RONCALI, *Preesistenze e danno differenziale. Riflessioni medico-legali e margini di Cass. 28986/19*, in PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria*, cit.

deve mai considerare il mero incremento dell'invalidità «precedente» provocato da quella «successiva» e poi tradurlo isolatamente (sia esso del 10 per cento, del 20 per cento, del 30 per cento e via dicendo rispetto ad una invalidità pregressa, poniamo, al 40 per cento) nel valore monetario corrispondente ai relativi punti «iniziali» delle tabelle tramite cui si liquida la componente biologica del danno non patrimoniale. Al contrario, si deve muovere dall'invalidità «successiva», commutarla nel valore monetario previsto da dette tabelle e poi procedere in egual modo con la invalidità «precedente» (con le precisazioni di cui in appresso): sicché la sottrazione avverrà non fra punti di invalidità, ma fra somme di denaro (per cui al danneggiato non verrà liquidata la cifra corrispondente ai punti sopra indicati in parentesi e compresi nelle forbici 1-10 per cento, 1-20 per cento e 1-30 per cento, ma — assumendo la cennata preesistenza del 40 per cento — quella corrispondente ai punti di invalidità compresi fra le forbici 41-50 per cento, 41-60 per cento e 41-70 per cento).

Tale tecnica di liquidazione ha due importanti implicazioni, la prima più ovvia e la seconda meno evidente, anche se (persino) più innovativa.

La prima implicazione è che — compiendo l'operazione fra le proiezioni delle invalidità considerate in modo continuo — si assicura la progressione del valore del punto di invalidità, sicché il soggetto cui è imputabile la seconda concausa lesiva lo «pagherà a prezzo pieno» (8).

La seconda implicazione — e veniamo al punto *vi.b.II* — è che il benchmark per apprezzare la situazione finale in cui si trova la vittima è costituito dagli effetti della condotta rapportati ad una validità biologica iniziale del 100 per cento, senza dare per scontato che la sottrazione di quelli attribuibili alla preesistenza avvenga, in modo matematico, a danno dell'attore: il giudice potrebbe infatti ritenere che la «sua» validità biologica prima del sinistro era in verità pari al 100 per cento o, comunque, ad una percentuale diversa da quella che ai postumi assegna la medicina legale. Pertanto, la somma di denaro posta a carico del danneggiante potrebbe essere non solo parametrata a punti di invalidità di importo unitariamente più elevato (come deriva dalla prima implicazione), ma anche a un numero di punti maggiore rispetto a quelli che deriverebbero dalla mera sottrazione, dall'invalidità «finale», di quella per solito associata alla preesistenza (9).

Da quanto sopra consegue che il medico legale — sotto la supervisione del giudice — dovrà prima stimare il grado di invalidità di cui la vittima è portatrice all'esito del sinistro «di qualunque tipo e da qualunque causa provocati» e poi «l'ideale grado di invalidità permanente di cui la vittima era portatrice prima» di esso, il quale non è però costituito, come si diceva, dalla mera traduzione della preesistenza in punti di invalidità, senza contare che il complessivo schema decisiona-

(8) Per usare le parole di Cass. 28986/19 in tal modo si viene a «sterilizzare» il risarcimento dai pregiudizi non causalmente imputabili al responsabile, ma senza violare il criterio di progressività del *quantum* del danno biologico (secondo cui a lesioni doppie, debbono corrispondere risarcimenti più che doppi).

(9) Anche qui vale la pena di riportare le efficaci parole con cui Cass. 28986/19 enuncia il proprio insegnamento: poiché la salute, «al contrario della capacità di lavoro, è un bene inesauribile», si staglia una «ontologica differenza» che «rende inutilizzabili [...] [r]apporti, calcoli proporzionali ed equazioni» i quali muovano da «un benchmark (il '100 per cento' di validità biologica) uguale per tutti i danneggiati», sicché chi, «dopo aver perso metà dello stipendio per causa di inabilità, patisca un secondo infortunio che lo obbliga a rinunciare ad un ulteriore quarto del suo reddito, ha patito un danno oggettivamente misurabile, quale che sia l'entità del suo reddito», mentre chi, «avendo già un ginocchio anchilosato in posizione sfavorevole, patisca l'anchilosi anche dell'altro, potrà patire conseguenze ben diverse a seconda che sia giovane od anziano, dinamico o sedentario, ipocondriaco od esuberante; se vive solo od in compagnia, se ha parenti o no; se ha dovuto rinunciare ad attività realizzatrici della sua personalità, oppure no». Di qui la conclusione per cui egli avrà «una validità antesinistro (il 'suo' 100 per cento) non comparabile con quella degli altri individui, ed è rispetto a tale concreta validità, e non a calcoli astratti, che andrà determinata l'effettiva incidenza del danno alla salute» e per cui — facendo leva sulla rilevazione delle «concrete rinunce indotte dalla menomazione» — la relativa entità può rivelarsi assai cospicua anche per una persona già affetta da gravi invalidità, se «il danneggiato riusciva comunque a dedicarsi ad attività per lui gratificanti».

le delle due sentenze dell'11 novembre 2019 prevede altri due correttivi.

Infatti, sempre con riferimento ai criteri di liquidazione, Cass. 28990/19 ammette una considerazione «prospettica» degli effetti della concausa quanto al naturale sviluppo della patologia, mentre Cass. 28986/19 lascia un ulteriore margine di adeguamento (successivo all'applicazione del cennato criterio che fa leva sulla «sottrazione» delle «liquidazioni funzionali» dei postumi) laddove afferma che «sarà sempre possibile per il giudice di merito aumentare o ridurre il risultato finale del calcolo liquidatorio, ove lo impongano le circostanze del caso concreto» (10).

Dunque, lo schema proposto dalle due decisioni di San Martino 2019 vuole che al cospetto di un danneggiato già affetto da postumi invalidanti il giudice — dopo aver valutato se essi amplificano oppure no gli effetti delle preesistenze — deve nel primo caso:

*i)* stimare l'invalidità permanente e tradurla nel valore monetario tabellare;

*ii)* stimare la validità biologica che il soggetto aveva nonostante le menomazioni pregresse e rapportare ad essa la loro incidenza concreta, se del caso contemplando anche la loro naturale evoluzione *quoad effectum*, secondo quella che qui si può definire come una vera e propria operazione di «personalizzazione» (degli effetti) delle menomazioni;

*iii)* tradurre la conseguente invalidità nel valore monetario tabellare;

*iv)* sottrarre al valore *i)* quello di cui *sub iii)*;

*v)* procedere, se del caso, ad una valutazione equitativa in aumento o in diminuzione.

Orbene, se si confronta tale schema con quello impiegato dalla sentenza in rassegna, ci si accorge agevolmente che la medesima fa un mero accenno all'operazione cui *sub ii)*, senza poi curarsi di verificare se per essa vi sia spazio nel caso di specie, in cui si afferma seccamente che dall'invalidità complessiva del 65 per cento va scorporato — per le preesistenze — il 45 per cento.

E a nostro avviso fa bene: per quanto Cass. 28986/19 — dovuta alla mano di un attentissimo estensore — spenda su detta operazione parole certamente animate da una visione assai nobile della responsabilità civile, sorge il sospetto che la loro traduzione pratica rischi di scompaginare il sistema di regole che presiede al risarcimento del danno non patrimoniale in generale o che, comunque, si traduca in un manifesto tanto affascinante, quanto difficile da rendere operativo: il che ci conduce ad alcune riflessioni conclusive.

4. - I due arresti alla base della decisione in rassegna hanno già indotto chi scrive a formulare sette schematiche considerazioni critiche, che non verranno ripetute in questa sede sia per ragioni di spazio, sia perché Cass. 514/20 è chiaramente incentrata sullo *ius regulatoris* e non sullo *ius constitutionis*, cioè sulla sola attuazione del nuovo statuto nel caso singolo, sicché non sarebbe giusto imputarle di non essersi fatta carico di altri aspetti.

Ci limitiamo allora a due notazioni che la riguardano da vicino.

In primo luogo, si deve condividere — come si è già detto — l'implicito ridimensionamento della operazione di «personalizzazione delle preesistenze» di cui si sono tracciati i contorni.

Al riguardo, è chiaro che vi sono stati pregressi che incidono in modo diverso o che non incidono per nulla sul pregiudizio imputabile al convenuto. Ma la «libertà» che si viene a dare in tal modo al giudice del merito circa la configurazione di una validità biologica «individua-

---

(10) In proposito, la decisione di cui nel testo formula il seguente esempio: «il soggetto monocolo che abbia perso l'occhio sano in conseguenza della condotta illecita altrui, non potrà vedersi risarcire, *sic et simpliciter*, il valore monetario della percentuale di invalidità prevista per la perdita di un occhio, dovendosi viceversa procedere alla quantificazione del risarcimento sulla base delle capacità perdute, e dunque sulla base della perdita dell'intero senso della vista, e non di quella dell'organo materialmente lesa».

le» pari al 100 per cento nonostante i postumi dovrebbe essere oggetto, a parere di chi scrive, di una maggiore riflessione.

Essa, ad esempio, porta a domandarsi perché un'analoga operazione non si venga a compiere anche rispetto alla liquidazione del danno non patrimoniale nel suo complesso, di suo già alle prese con tutte le difficoltà derivanti dal problematico rapporto sussistente fra le elaborazioni giurisprudenziali (incluse quelle dell'11 novembre 2019) e le divergenti regole dettate — anche fra loro — dalle tabelle del Tribunale di Milano e del Tribunale di Roma (11); e sempre detta operazione porta a domandarsi quale sia la sua relazione con le ordinarie modalità che presiedono alla personalizzazione della componente biologica del danno non patrimoniale.

Qui ci limitiamo a osservare che il danno non patrimoniale correlato alle menomazioni precedenti non può essere valutato in modo strutturalmente diverso da quanto accade per le menomazioni successive: anche perché — permettendoci di richiamare in punta di penna due soli rilievi che appartengono alla precedente riflessione — il quadro diventa ancora più difficile da gestire se poi si ipotizza che (a) intervenga un successivo illecito rispetto al quale anche le menomazioni oggetto del giudizio ormai concluso divengano «preesistenze», con l'aggiunta della complicazione per cui (b), secondo un arresto di qualche tempo addietro, a seguito del giudicato esse vengono attratte nel regime delle concause naturali (12).

In secondo luogo, come pure si è detto, se si unisce la «personalizzazione» iniziale della incidenza delle menomazioni alla possibilità per il giudice di procedere ad una finale valutazione equitativa — in aumento o diminuzione — ai fini della determinazione della somma posta a carico del convenuto, si configura un meccanismo di discrezionalità al quadrato che mette in discussione il principio della parità di trattamento, il valore della certezza del diritto e lo «spirito» che dovrebbe animare l'apprezzamento delle concause secondo la stessa sentenza «capostipite» che ha portato al nuovo sviluppo della teorica, cioè Cass. 15991/11 (13).

E si deve allora notare — seppur evitando di far dire alla decisione più di quanto la medesima non dica — che Cass. 514/20 sembra configurare quello *de quo* come un potere di natura residuale se non eccezionale, cioè — condivisibilmente — da utilizzarsi all'interno di un meccanismo di computo, tutto sommato, più rigido.

In terzo e ultimo luogo, sempre la decisione in rassegna induce a porsi un ulteriore problema laddove tocca il diverso regime processuale cui la causalità materiale è soggetta in presenza di una responsabilità contrattuale, perché — si assume da parte di varie voci dottrinarie — essa è «incorporata» nella stessa allegazione dell'inadempimento, sicché l'incertezza circa il legame fra la condotta e il danno dovrebbe ridondare in danno del debitore (14).

(11) Sul punto, DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le «tabelle» romane e bocchia quelle milanesi?*, in PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria*, cit., 26 ss.

(12) Cass. 21 agosto 2018, n. 20829, *Foro it.*, 2019, I, 1378, con nota di TASSONE, *Ancora su negligenza medica e pregressa situazione patologica*.

(13) In proposito, si è già detto che lo schema è in contrasto con il *dictum* di Cass. 15991/11, la quale aveva proposto un «modello di causalità del tutto innovativo [...] quello c.d. equitativo-proporzionale [...]» — icasticamente qualificato come «modello della causalità proporzionale in salsa equitativa» — e ritenuto non condivisibile tanto sul piano morfologico (circa l'inscindibilità del nesso in punto di *an*), quanto sul piano funzionale, perché lo stesso «darebbe luogo ad inestricabili difficoltà di gestione dei territori di 'causalità incerta'», sicché «l'applicazione di una logica fondata sull'*equitas* pura alla dimensione della causalità materiale trasformerebbe [...] il (già impervio) giudizio probabilistico in un giudizio equitativo, onde le incertezze da risolversi 'a monte' tramite l'indagine sulla sussistenza del primo rapporto causale secondo le regole dell'art. 41 c.p. verrebbero inevitabilmente inquinate dalla diversa analisi 'a valle' volta alla selezione dei danni ingiusti risarcibili».

(14) Sul tema, da ultimo, il contributo di PARDOLESI-SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da facere professionale* (nota a Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128, e 18 febbraio 2020, n. 4009), in *Foro it.*, 2020, I, 1595, in questo fascicolo. Inoltre, limitando la citazione agli ultimi lavori delle voci di

In proposito, il tema — rimasto sotto traccia dopo Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 — ha suscitato un dibattito accesissimo a seguito di varie sentenze rese dalla fine del 2017 in avanti e, poi, delle ulteriori precisazioni offerte con gli ultimi interventi giurisprudenziali (15): i quali hanno circoscritto la regola alle obbligazioni di dare e fare, dichiarandola però non applicabile a quelle aventi ad oggetto un *facere* professionale, tornando così (rispetto a queste) allo schema impiegato prima di Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 (fatto salvo il rilievo degli interventi routinari e l'uso di altre tecniche per agevolare il debitore, sulle quali non ci si può qui soffermare) (16).

Al riguardo, si è detto in altra sede che non pare abbia molto senso assoggettare la medesima fattispecie concreta — se sussunta nella responsabilità contrattuale della struttura e, al contempo, in quella aquiliana del medico — a regole strutturalmente diverse (sempre fatto salvo l'operare degli speciali regimi processuali che contornano l'applicazione del nesso, su cui invece andrebbe appuntata l'attenzione), anche in ragione dei poliedrici problemi che la causalità generale e l'ingresso del sapere scientifico nel processo pongono (17).

Non essendo opportuno tornare ora sull'argomento, si rinvia il discorso ad una successiva occasione. Qui si sollevano solo alcuni quesiti, che ruotano attorno a quello — più ampio — con cui ci si chiede se davvero sia il debitore a doversi fare carico del rischio della causa ignota e, più in generale, delle incertezze che contornano la spiegazione eziologica degli eventi quando vengono in considerazione stati invalidanti pregressi.

La loro sussistenza, il loro legame con le conseguenti menomazioni patite dall'attore e la loro incidenza rispetto a quelle cagionate dal convenuto dovranno sempre essere dimostrate secondo la preponderanza dell'evidenza? E sebbene si tratti evidentemente di oggetti di prova più «vicini» all'attore — volendo usare uno degli argomenti con cui si sposta o si può spostare l'*onus probandi* —, in mancanza della ridetta dimostrazione sarà ancora quest'ultimo a doverne dare evidenza in quanto gravato di quello afferente alla insussistenza dell'elemento eziologico nel suo complesso? Di poi e ancora, se si verificasse un ulteriore illecito, a chi spetterebbe il compito di dare la prova del rilievo delle menomazioni addebitabili ad altro danneggiante, certamente estranee alla sfera dell'ulteriore convenuto?

BRUNO TASSONE

seguito menzionate e senza poter qui dare conto delle diverse posizioni enunciate, v. PARDOLESI-SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di «assestamento»*, MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, nonché IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, tutti in PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria*, cit., 136 ss., cui *adde* PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità «materiale»: perseverare diabolicum*, in *Danno e resp.*, 2020, 75 ss., 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.

(15) Si allude a Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *Foro it.*, 2008, I, 455, con nota di PALMIERI, la quale conteneva un passaggio idoneo a comportare l'inversione dell'onere della prova del nesso nella responsabilità contrattuale, come segnalato già in TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 546 ss., ove pure la menzione della poca letteratura che si era occupata del tema.

(16) Il riferimento è a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, *Foro it.*, 2020, I, 210, e in PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria*, cit., 129 ss., nonché Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, *id.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, mentre la giurisprudenza che dal 2017 sovverte l'insegnamento delle sezioni unite — affermando una inesistente continuità — è ampiamente commentata in PALMIERI-PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa* (nota a Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487, e 20 novembre 2018, n. 29853), *id.*, 2019, I, 1603.

(17) Cfr., per tale impostazione, TASSONE, *Nesso di causa e perdita di chances*, Torino, 2019, 43 e 247 ss.