

Cass. civ. Sez. Unite, 11-01-2008, n. 582

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente

Dott. IANNIRUBERTO Giuseppe - Presidente di Sezione

Dott. DI NANNI Luigi Francesco - Consigliere

Dott. VITRONE Ugo - Consigliere

Dott. VIDIRI Guido - Consigliere

Dott. SETTIMI Giovanni - Consigliere

Dott. SEGRETO Antonio - rel. Consigliere

Dott. RORDORF Renato - Consigliere

Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

C.F., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA SISTINA 42, presso lo studio dell'avvocato GIORGIANNI FRANCESCO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato VOLPI ROBERTO, giusta delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

RAS RIUNIONE ADRIATICA DI SICURTÀ' S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PANAMA 88, presso lo studio dell'avvocato SPADAFORA GIORGIO, che la rappresenta e difende, giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

e contro

ASSA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA IN ARCIONE 71, presso lo studio dell'avvocato GRAZIANO GIUSEPPE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato CANDREVA FRANCESCO MASSIMO, giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1996/04 della Corte d'Appello di ROMA, depositata il 27/04/04;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/11/07 dal Consigliere Dott. Antonio SEGRETO;

uditi gli avvocati Iolanda CHIMENTO, per delega degli avvocati Giuseppe GRAZIANO e Francesco CANDREVA, Francesco GIORGIANNI, Giorgio SPADAFORA;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IANNELLI Domenico, che ha concluso per l'accoglimento per quanto di ragione del ricorso.

|              |                |               |
|--------------|----------------|---------------|
| <b>Fatto</b> | <b>Diritto</b> | <b>P.Q.M.</b> |
|--------------|----------------|---------------|

### **Svolgimento del processo**

C.F. conveniva davanti al tribunale di Roma la USL (OMISSIS) di Roma e la s.p.a. ASSA, quale gestore della casa di cura (OMISSIS), assumendo che era stato ricoverato d'urgenza presso l'Ospedale (OMISSIS), dove gli veniva diagnosticata una gastrite e veniva sottoposto a trasfusioni di sangue; che, il giorno successivo, dimesso, si faceva ricoverare presso la clinica (OMISSIS), dove veniva sottoposto ad intervento di resezione gastrica, a seguito del quale erano state necessarie altre trasfusioni; che successivamente accertava di essere affetto da epatite C. L'attore chiedeva quindi la condanna del soggetto, che tra la struttura pubblica o privata fosse risultato responsabile del contagio da epatite C a seguito di trasfusione con sangue infetto.

Si costituivano i convenuti e la Assa chiamava in causa la sua assicuratrice per responsabilità civile, RAS, che si costituiva.

Il Tribunale rigettava la domanda, ritenendo che non risultava provato il nesso causale tra uno dei due soggetti ed il contagio da epatite.

La Corte di appello di Roma, adita dall'attore, con sentenza depositata il 27.4.2004, rigettava l'appello.

In particolare la corte di merito, pur ritenendo nella fattispecie sussistente l'ipotesi del danno da attività pericolosa, per l'intrinseca pericolosità dell'attività trasfusionale, riteneva che non fosse stato provato il nesso causale tra uno dei due soggetti, che avevano praticato le trasfusioni al C., e l'infezione contratta da questi, in quanto dagli accertamenti effettuati non risultava quali delle trasfusioni (tra quelle fatte presso la casa di cura e quelle fatte in Ospedale) avesse provocato l'infezione, risultando la responsabilità alternativa tra le due strutture. La sentenza da atto che l'attore ha rinunciato nel corso del giudizio alla sua domanda nei confronti della USL, insistendo solo nella domanda nei confronti della s.p.a. ASSA. Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per Cassazione l'attore, che ha presentato memoria.

Resistono con rispettivi controricorsi la Assa e la Ras, che hanno presentato memorie.

### **Motivi della decisione**

1. La causa è stata rimessa alle Sezioni Unite, presentando questioni di massima di particolare importanza relative: al nesso causale in tema di responsabilità civile, segnatamente in ipotesi di danno da attività pericolosa; al riparto ed al contenuto dell'onere probatorio.

Con il primo motivo il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli *artt. 2050 e 2043 c.c.*, nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia.

Il ricorrente afferma che, pur avendo la sentenza di appello correttamente affermato che l'attività trasfusionale sia attività pericolosa e che dalla documentazione prodotta si poteva escludere la preesistenza dell'infezione rispetto al ricovero ed affermare la probabilità del contagio come conseguente alle emotrasfusioni, contraddittoriamente aveva poi concluso nel senso del difetto di prova del nesso causale della responsabilità della casa di cura. Secondo il ricorrente nelle attività pericolose la dimostrazione del nesso causale si atteggia diversamente rispetto alle altre ipotesi di responsabilità extracontrattuale, non essendo necessaria la dimostrazione di un nesso tra un fatto specifico imputabile all'agente ed il fatto dannoso, essendo sufficiente la sola probabilità fondata sulla causalità generica che una certa attività possa produrre un certo evento. Assume poi il ricorrente che, sebbene la casa di cura avesse l'obbligo di legge di riportare nella cartella clinica i dati identificativi delle sacche di sangue trasfuse, al fine di risalire al donatore ed agli accertamenti dell'inesistenza di virus, tanto non era stato provato dalla convenuta ASSA. 2. Con il secondo motivo il

ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 2236, 2697, 2727, 2729 c.c., nonché della L. n. 107 del 1990, e dei D.M. Sanità 27 dicembre 1990, e D.M. Sanità 15 gennaio 1991, nonché il vizio motivazionale dell'impugnata sentenza.

Assume il ricorrente che, qualora vi siano, come nella specie, omissioni nella redazione della cartella clinica integranti violazioni di legge (nel caso di specie la (OMISSIS), in violazione di legge invece di reperire il sangue dai centri trasfusionali autorizzati, avrebbe realizzato un proprio centro interno di raccolta di sangue, usufruendo di donatori a pagamento ed omettendo di indicare nella cartella il percorso di tracciabilità del sangue trasfuso), ciò rileva come nesso eziologico presunto, sulla base della "vicinanza della prova". 3.1. I due motivi, essendo strettamente connessi, vanno esaminati congiuntamente.

Essi sono parzialmente fondati.

Va anzitutto osservato che nella fattispecie la sentenza impugnata ha ritenuto che la domanda proposta dall'attore fosse quella di risarcimento del danno subito per responsabilità extracontrattuale da attività pericolosa, a norma dell'art. 2050 c.c..

Il punto non è oggetto di impugnazione.

Non è neppure in questione se tale forma di responsabilità ex art. 2050 c.c., integri un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale con presunzione di colpa ovvero un'ipotesi di presunzione di responsabilità, e cioè un'ipotesi di responsabilità oggettiva, sul quale punto vi è contrasto in dottrina.

E' stato, infatti, rilevato che il soggetto chiamato a rispondere (nell'ipotesi che l'attività pericolosa assuma la forma di impresa) è colui che ha il controllo dell'attività al momento del danno, sul solo presupposto dell'oggettiva mancanza delle misure protettive idonee, non essendogli sufficiente, per ottenere l'esonero, la prova di essere personalmente incolpevole.

Tale esito discende dal fatto che la valutazione richiesta dalla norma concerne l'attività nella sua interezza e non il comportamento personale dell'imprenditore, ed in questa attività vi è anche la mancanza oggettiva di misure idonee ad evitare il danno.

3.2. Sennonché anche coloro che sostengono che l'ipotesi di responsabilità ex art. 2050 c.c., integri un'ipotesi di responsabilità oggettiva (Cass. 4/05/2004, n. 8457), ritengono che ciò comporti solo che non sia necessario l'elemento soggettivo almeno colposo del soggetto ritenuto responsabile, ma che anche in questo caso, come in ogni caso di responsabilità extracontrattuale, essa pur sempre presuppone il previo accertamento dell'esistenza del nesso eziologico - la prova del quale incombe al danneggiato - tra l'esercizio dell'attività e l'evento dannoso, non potendo il soggetto agente essere investito da una presunzione di responsabilità

rispetto ad un evento che non è ad esso riconducibile.

3.3. Nè si può condividere l'assunto del ricorrente, pur sostenuto da autorevole dottrina, secondo cui, trattandosi di responsabilità per rischio tipico dell'attività intrapresa, il Giudice sarebbe tenuto a considerare solo se l'evento lesivo si ponga come probabile conseguenza dell'attività pericolosa, risolvendosi l'onere probatorio del danneggiato nella dimostrazione di una causalità generica (o generale).

Nell'accertamento del nesso causale con riferimento a danni alla persona va tenuta distinta la c.d. causalità generale dalla c.d. causalità individuale o del singolo caso.

La causalità generale è un'espressione che ha fatto ingresso nel mondo giuridico sotto l'impulso di moderne scienze, come l'epidemiologia o la biologia animale: essa sta ad indicare l'idoneità, la capacità in generale di una sostanza a provocare malattie, il rischio che incombe su popolazioni indagate (cioè su gruppi e non su singoli individui). Essa si fonda su un giudizio di probabilità scientifica ex ante e si contrappone alla causalità individuale, cioè al nesso di condizionamento tra esposizione a rischio e singolo evento lesivo. Anche questa non sempre può essere sostenuta da un giudizio di certezza assoluta, ma di probabilità scientifica, ma trattasi in questo caso di probabilità relativa alla concretizzazione nel singolo caso della legge causale generale (come si vedrà più ampiamente in seguito).

Non si tratta cioè dell'individuazione di una causa idonea a determinare l'evento di danno alla salute secondo una criteriologia medico-legale, che sorta verso gli inizi del secolo scorso e tuttora largamente diffusa, rivendica l'autonomia del concetto di causa nella medicina legale, rispetto alla causa come condizione necessaria ed efficiente dell'evento, richiesta dal diritto penale e civile.

3.4. Se si adottasse il principio secondo cui in tema di attività pericolosa è sufficiente che il danneggiato provi solo la causalità generale, si giungerebbe quasi ad una tautologia tra attività pericolosa e nesso causale.

Infatti quanto al concetto di attività pericolosa per sua natura, è giurisprudenza costante di questa Corte che debba intendersi non solo quell'attività che espressamente è ritenuta tale dalla legge (segnatamente quella di P.S.), ma anche ogni altra attività, che pur non essendo legislativamente qualificata come tale, tuttavia abbia una pericolosità intrinseca o relativa ai mezzi impiegati (Cass. 27/05/2005, n. 11275; Cass. 20.7.1993, n. 8069).

La qualifica di pericolosità di un'attività dipende, quindi, da una valutazione empirica: la quantità di pericolo che la connota.

Un primo indice rilevatore della pericolosità così intesa si ha quando dall'esercizio dell'attività derivi un'elevata probabilità o una notevole potenzialità dannosa, considerate in relazione al criterio della normalità

media e rilevate attraverso dati statistici ed elementi scientifici e di comune esperienza.

Ne consegue che la causalità generale tra un'attività ed un evento dannoso è solo idonea a far ritenere tale attività pericolosa, ma non anche a far ritenere che il danneggiato abbia assolto al suo obbligo di provare il nesso causale tra tale attività e l'evento, in quanto, ove si ritenesse ciò, la sola esistenza dell'attività pericolosa comporterebbe l'esistenza del nesso causale, gravando poi sul soggetto esercente l'attività provare che nel caso concreto o non esiste tra detta attività e lo specifico evento alcun nesso causale ovvero fornire la prova liberatoria della sua responsabilità, nei termini di cui *all'art. 2050 c.c.*, (aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno).

4.1. La questione, quindi, si sposta sul più generale problema del nesso casuale e della sua prova.

Osserva preliminarmente questa Corte che l'insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale è emersa con chiarezza nelle concezioni moderne della responsabilità civile, che costruiscono la struttura della responsabilità aquiliana intorno al danno ingiusto, anziché al "fatto illecito", divenuto "fatto dannoso".

In effetti, mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è appunto costituito da condotta, nesso causale, ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale.

E tuttavia un "fatto" è pur sempre necessario perchè la responsabilità sorga, giacchè l'imputazione del danno presuppone l'esistenza di una delle fattispecie normative di cui *all'art. 2043 c.c.* e segg., le quali tutte si risolvono nella descrizione di un nesso, che leghi storicamente un evento o ad una condotta o a cose o a fatti di altra natura, che si trovino in una particolare relazione con il soggetto chiamato a rispondere.

Il "danno" rileva così sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, retto il primo dalla causalità materiale ed il secondo da quella giuridica.

Il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria aquiliana è quindi esclusivamente il danno conseguenza del fatto lesivo (di cui è un elemento l'evento lesivo).

Se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno - conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria.

4.2. Proprio in conseguenza di ciò si è consolidata nella cultura giuridica contemporanea l'idea, sviluppata soprattutto in tema di nesso causale, che esistono due momenti diversi del giudizio aquiliano: la costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità (per la quale la problematica causale,

detta causalità materiale o di fatto, presenta rilevanti analogie con quella penale, *artt. 40 e 41 c.p.*, ed il danno rileva solo come evento lesivo) e la determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria.

A questo secondo momento va riferita la regola *dell'art. 1223 c.c.*, (richiamato *dall'art. 2056 c.c.*), per il quale il risarcimento deve comprendere le perdite "che siano conseguenza immediata e diretta" del fatto lesivo (c.d. causalità giuridica), per cui esattamente si è dubitato che la norma attenga al nesso causale e non piuttosto alla determinazione del quantum del risarcimento, selezionando le conseguenze dannose risarcibili.

Secondo l'opinione assolutamente prevalente, occorre distinguere nettamente, da un lato, il nesso che deve sussistere tra comportamento ed evento perchè possa configurarsi, a monte, una responsabilità "strutturale" (*Haftungsbegründende Kausalität*) e, dall'altro, il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua funzione di delimitare, a valle, i confini di una (già accertata) responsabilità risarcitoria (*Haftungsausfüllende Kausalität*).

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, tale distinzione è ravvisabile, rispettivamente, nel primo e *nell'art. 1227 c.c.*, comma 2: il comma 1, attiene al contributo eziologico del debitore nella produzione dell'evento dannoso, il comma 2, attiene al rapporto evento - danno conseguenza, rendendo irrisarcibili alcuni danni.

Nel macrosistema civilistico l'unico profilo dedicato al nesso eziologico, è previsto *dall'art. 2043 c.c.*, dove l'imputazione del "fatto doloso o colposo" è addebitata a chi "cagiona ad altri un danno ingiusto", o, come afferma l'*art. 1382 Code Napoleon* "qui cause au autrui un dommage".

Un'analoga disposizione, sul danno ingiusto e non sul danno da risarcire, non è richiesta in tema di responsabilità c.d. contrattuale o da inadempimento, perchè in tal caso il soggetto responsabile è, per lo più, il contraente rimasto inadempiente, o il debitore che non ha effettuato la prestazione dovuta. E questo è uno dei motivi per cui la stessa giurisprudenza di legittimità partendo dall'ovvio presupposto di non dover identificare il soggetto responsabile del fatto dannoso, si è limitata a dettare una serie di soluzioni pratiche, caso per caso, senza dover optare per una precisa scelta di campo, tesa a coniugare il "risarcimento del danno", cui è dedicato *l'art. 1223 c.c.*, con il rapporto di causalità. Solo in alcune ipotesi particolari, in cui l'inadempimento dell'obbligazione era imputabile al fatto illecito del terzo, il problema della causalità è stato affrontato dalla giurisprudenza, sia sotto il profilo del rapporto tra comportamento ed evento dannoso sia sotto quello tra evento dannoso e conseguenze risarcibili.

Il sistema di valutazione e determinazione dei danni, siano essi contrattuali o extracontrattuali, in virtù del rinvio operato *dall'art. 2056 c.c.*, è composto dagli *artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.*, e, in tema di responsabilità da

inadempimento, anche dalla disposizione *dell'art. 1225 c.c.*. A queste norme si deve aggiungere il principio ricavabile *dall'art. 1221 c.c.*, che si fonda sul giudizio ipotetico di differenza tra la situazione quale sarebbe stata senza il verificarsi del fatto dannoso e quella effettivamente avvenuta.

4.3. Ai fini della causalità materiale nell'ambito della responsabilità aquiliana la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, in applicazione dei principi penalistici, di cui agli *artt. 40 e 41 c.p.*, ritengono che un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*).

Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto *dall'art. 41 c.p.*, in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dal secondo comma *dell'art. 41 c.p.*, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (Cass. 19.12.2006, n. 27168; Cass. 8.9.2006, n. 19297; Cass. 10.3.2006, n. 5254; Cass. 15.1.1996, n. 268).

Nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quella simile della ed. regolarità causale (*ex multis*: Cass. 1.3.2007; n. 4791; Cass. 6.7.2006, n. 15384; Cass. 27.9.2006, n. 21020; Cass. 3.12.2002, n. 17152; Cass. 10.5.2000 n. 5962).

4.4. Quindi, per la teoria della regolarità causale, ampiamente utilizzata anche negli ordinamenti di common law, ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili. Sulle modalità con le quali si deve compiere il giudizio di adeguatezza, se cioè con valutazione *ex ante*, al momento della condotta, o *ex post*, al momento del verificarsi delle conseguenze dannose, si è interrogata la dottrina tedesca ben più di quella italiana, giungendo alle prevalenti conclusioni secondo le quali la valutazione della prevedibilità obiettiva deve compiersi *ex ante*, nel momento in cui la condotta è stata posta in essere, operandosi una "prognosi postuma", nel senso che si deve accertare se, al momento in cui è avvenuta l'azione, era del tutto imprevedibile che ne sarebbe potuta discendere una data conseguenza. La teoria della regolarità causale, pur essendo la più seguita dalla giurisprudenza, sia civile che penale, non è andata esente da critiche da parte della dottrina italiana, che non ha mancato di sottolineare che il giudizio di causalità adeguata, ove venisse compiuto con valutazione *ex ante*



verrebbe a coincidere con il giudizio di accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo. Ma la censura non pare condivisibile, in quanto tale prevedibilità obbiettiva va esaminata in astratto e non in concreto ed il metro di valutazione da adottare non è quello della conoscenza dell'uomo medio ma delle migliori conoscenze scientifiche del momento (poichè non si tratta di accertare l'elemento soggettivo, ma il nesso causale).

In altri termini ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento.

Il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito.

Inoltre se l'accertamento della prevedibilità dell'evento, ai fini della regolarità causale fosse effettuato ex post, il nesso causale sarebbe rimesso alla variabile del tempo intercorrente tra il fatto dannoso ed il suo accertamento, nel senso che quanto maggiore è quel tempo tanto maggiore è la possibilità di sviluppo delle conoscenze scientifiche e quindi dell'accertamento positivo del nesso causale (con la conseguenza illogica che della lunghezza del processo, segnatamente nelle fattispecie a responsabilità oggettiva, potrebbe giovare l'attore, sul quale grava l'onere della prova del nesso causale).

4.5. Nell'imputazione per omissione colposa il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto (Cass. n. 20328 del 2006; Cass. n. 21894 del 2004; Cass. n. 6516 del 2004; Cass. 22/10/2003, n. 15789): rilievo che si traduce a volte nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che il danno sia una concretizzazione del rischio, che la norma di condotta violata tendeva a prevenire.

E' questa l'ipotesi per la quale in parte della dottrina si parla anche di mancanza di nesso causale di antigiridicità e che effettivamente non sembra estranea ad una corretta impostazione del problema causale, anche se nei soli limiti di supporto argomentativo ed orientativo nell'applicazione della regola di cui *all'art. 40 c.p.*, comma 2.

Poichè l'omissione di un certo comportamento, rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto da una norma giuridica specifica (omissione specifica), ovvero, in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, siccome implicante l'esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento (omissione

generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento, il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto. L'individuazione di tale obbligo si connota come preliminare per l'apprezzamento di una condotta omissiva sul piano della causalità, nel senso che, se prima non si individua, in relazione al comportamento che non risulti tenuto, il dovere generico o specifico che lo imponeva, non è possibile apprezzare l'omissione del comportamento sul piano causale.

La causalità nell'omissione non può essere di ordine strettamente materiale, poichè *ex nihilo nihil fit*.

Anche coloro (corrente minoritaria) che sostengono la causalità materiale nell'omissione e non la causalità normativa (basata sull'equiparazione disposta dall'*art. 40 c.p.*) fanno coincidere l'omissione con una condizione negativa perchè l'evento potesse realizzarsi.

La causalità è tuttavia accertabile attraverso un giudizio ipotetico: l'azione ipotizzata, ma omessa, avrebbe impedito l'evento? In altri termini non può riconoscersi la responsabilità per omissione quando il comportamento omesso, ove anche fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l'evento prospettato: la responsabilità non sorge non perchè non vi sia stato un comportamento antiggiuridico (l'omissione di un comportamento dovuto è di per sè un comportamento antiggiuridico), ma perchè quell'omissione non è causa del danno lamentato.

Il giudice pertanto è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi.

L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato "controfattuale" che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

4.6. Si deve quindi ritenere che i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli *artt. 40 e 41 c.p.*, e dalla "regolarità causale", in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza.

Tanto vale certamente allorchè all'inizio della catena causale è posta una condotta omissiva o commissiva, secondo la norma generale di cui all'*art. 2043 c.c.*.

Nè può costituire valida obiezione la pur esatta considerazione delle profonde differenze morfologiche e funzionali tra accertamento dell'illecito civile ed accertamento dell'illecito penale, essendo il primo fondato

sull'atipicità dell'illecito, essendo possibili ipotesi di responsabilità oggettiva ed essendo diverso il sistema probatorio.

La dottrina, che sostiene tale linea interpretativa, finisce per giungere alla conclusione che non può definirsi in modo unitario il nesso di causalità materiale in civile, potendo avere tante sfaccettature quante l'atipicità dell'illecito.

Altra parte della dottrina, sulla base delle stesse considerazioni, ha finito per dissolvere ogni questione sulla causalità materiale in una questione di causalità giuridica (in diversa accezione da quella sopra esposta, con riferimento *all'art. 1223 c.c.*), per cui un certo danno è addebitato ad un soggetto chiamato a risponderne ed il legame "causale" tra responsabile e danno è tutto normativo.

4.7. Ritengono queste S.U. che le suddette considerazioni non sono decisive ai fini di un radicale mutamento di indirizzo, dovendosi solo specificare che l'applicazione dei principi generali di cui agli *artt. 40 e 41 c.p.*, temperati dalla "regolarità causale", ai fini della ricostruzione del nesso eziologico va adeguata alle peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile.

Il diverso regime probatorio attiene alla fase di accertamento giudiziale, che è successiva al verificarsi ontologico del fatto dannoso e che può anche mancare. Di questo si vedrà più ampiamente in seguito.

E' vero che la responsabilità civile orbita intorno alla figura del danneggiato, mentre quella penale intorno alla figura dell'autore del reato, ma come è stato acutamente rilevato, un responsabile è pur sempre necessario, se non si vuole trasformare la responsabilità civile in un'assicurazione contro i danni, peraltro in assenza di premio.

L'atipicità dell'illecito attiene all'evento dannoso, ma non al rapporto eziologico tra lo stesso e l'elemento che se ne assume generatore, individuato sulla base del criterio di imputazione.

E' vero, altresì, che, contrariamente alla responsabilità penale, il criterio di imputazione della responsabilità civile non sempre è una condotta colpevole; ciò comporta solo una varietà di tali criteri di imputazione, ma da una parte non elimina la necessità del nesso di causalità di fatto e dall'altra non modifica le regole giuridico - logiche che presiedono all'esistenza del rapporto eziologico.

Il problema si sposta sul criterio di imputazione e sulle figure (tipiche) di responsabilità oggettiva. E' esatto che tale criterio di imputazione è segnato spesso da un'allocazione del costo del danno a carico di un soggetto che non necessariamente è autore di una condotta colpevole (come avviene generalmente e come è previsto dalla clausola generale di cui *all'art. 2043 c.c.*, secondo il principio classico, per cui non vi è responsabilità senza colpa: "ohne schuld keine haftung"), ma ha una determinata esposizione a rischio

ovvero costituisce per l'ordinamento un soggetto più idoneo a sopportare il costo del danno (dando attuazione, anche sul terreno dell'illecito, al principio di solidarietà accolto dalla nostra Costituzione) ovvero è il soggetto che aveva la possibilità della cost-benefit analysis, per cui deve sopportarne la responsabilità, per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo nel modo più conveniente, sicché il verificarsi del danno discende da un'opzione per il medesimo, assunta in alternativa alla decisione contraria.

Senonché il criterio di imputazione nella fattispecie (con le ragioni che lo ispirano) serve solo ad indicare quale è la sequenza causale da esaminare e può anche costituire un supporto argomentativo ed orientativo nell'applicazione delle regole proprie del nesso eziologico, ma non vale a costituire autonomi principi della causalità. Sostenere il contrario implica riportare sul piano della causalità elementi che gli sono estranei e che riguardano il criterio di imputazione della responsabilità o l'ingiustizia del danno.

4.8. Un rapporto causale concepito allo stato puro tende all'infinito. La responsabilità oggettiva non può essere pura assenza o irrilevanza dei criteri soggettivi di imputazione, bensì sostituzione di questi con altri di natura oggettiva, i quali svolgono nei confronti del rapporto di causalità la medesima funzione che da sempre è propria dei criteri soggettivi di imputazione nei fatti illeciti. Mentre nella responsabilità per colpa quest'ultima si asside su un nesso causale tra evento e condotta ai fini della qualificazione di quest'ultima in funzione della responsabilità, nella responsabilità oggettiva sono i criteri di imputazione ad individuare il segmento della sequenza causale, tendenzialmente infinita, alla quale fare riferimento ai fini della responsabilità.

Anzi, a ben vedere, sono decisivi nella sfera giuridica "da fare responsabile". Ciò perché nella fattispecie di responsabilità oggettiva il nesso causale non si identifica nel rapporto eziologico tra evento e condotta di un agente candidato alla responsabilità, bensì o si riferisce alla condotta di altri o addirittura non coincide con una condotta, bensì con una concatenazione tra fatti di altra natura, idonea a risolvere la questione della responsabilità. Tale questione la norma di volta in volta risolve mediante qualcosa di ulteriore, che è costituito da una qualificazione, espressiva appunto del criterio di imputazione. Esso in questo caso non si limita a stabilire quale segmento di una certa catena causale debba ritenersi rilevante ai fini della responsabilità, ma addirittura serve ad individuare la catena causale alla quale fare riferimento e, attraverso tale riferimento, la sfera soggettiva sulla quale deve gravare il costo del danno.

4.9. Senonché detto ciò, ai fini dell'individuazione del soggetto chiamato alla responsabilità dal criterio di imputazione, un nesso causale è pur sempre necessario tra l'evento dannoso e, di volta in volta, la condotta del soggetto responsabile (in ipotesi di responsabilità per colpa) o la condotta di altri (ad es. *art. 2049 c.c.*) o i fatti di altra natura considerati dalla specifica norma (ad es. *artt. 2051, 2052 c.c., art. 2054 c.c., comma 4*), posti all'inizio della

serie causale.

Rimane il problema di quando e come rilevi giuridicamente tale "concatenazione causale" tra la condotta di altri e l'evento ovvero tra il fatto di altra natura e l'evento (di cui debba rispondere il soggetto gravato della responsabilità oggettiva).

In assenza di norme civili che specificamente regolino il rapporto causale, ancora occorre far riferimento ai principi generali di cui agli *artt. 40 e 41 c.p.*, con la particolarità che in questo caso il nesso eziologico andrà valutato non tra la condotta del soggetto chiamato a rispondere, ma tra l'elemento individuato dal criterio di imputazione e l'evento dannoso.

In altri termini, mentre nella responsabilità penale il rapporto eziologico ha sempre come punto di riferimento iniziale la condotta dell'agente, in tema di responsabilità civile extracontrattuale il punto di partenza del segmento causale rilevante può essere anche altro, se in questi termini la norma fissa il criterio di imputazione, ma le regole per ritenere sussistente, concorrente, insussistente o interrotto il nesso causale tra tale elemento e l'evento dannoso, in assenza di altre disposizioni normative, rimangono quelle fissate dagli *artt. 40 e 41 c.p.* Il rischio o il pericolo, considerati eventualmente dalla ratio dello specifico paradigma normativo ai fini dell'allocazione del costo del danno, possono sorreggere la motivazione che porta ad accertare la causalità di fatto, ma restano categorie di mero supporto che da sole non valgono a costruire autonomamente una teoria della causalità nell'illecito civile.

5. Essendo questi i principi che regolano il procedimento logico - giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale, ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali standards delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (in questo senso vedansi: la recentissima Cass. 16.10.2007, n. 21619; Cass. 18.4.2007, n. 9238; Cass. 5.9.2006, n. 19047; Cass. 4.3.2004, n. 4400; Cass. 21.1.2000 n. 632). Anche la Corte di Giustizia CE è indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13/07/2006, n. 295, ha ritenuto sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se "appaia sufficientemente probabile" che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione; Corte giustizia CE, 15/02/2005, n. 12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che "occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, ad fine di accogliere quelle maggiormente probabili").

Detto standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni).

6.1. Affermato, quindi, che anche in tema di responsabilità da attività pericolosa grava sul danneggiato l'onere della prova del nesso causale tra l'attività stessa e l'evento dannoso (in questo senso Cass. n. 5250 del 2006; Cass. n. 5080 del 2006; Cass. n. 20359 del 2005; Cass. n. 15383 del 2006), va ora esaminato come si atteggia il contenuto dell'onere probatorio relativamente ad elementi fattuali, le cui prove sono nell'esclusiva disponibilità dell'esercente tale attività ovvero, con più specifico riferimento al caso di specie, allorchè il soggetto chiamato a rispondere era obbligato a documentare la condotta tenuta.

Le S.U. di questa Corte (30 ottobre 2001, n. 13533), nel riparto dell'onere probatorio in tema di responsabilità contrattuale statuirono che competeva al debitore fornire la prova del suo adempimento, sulla base di varie ragioni: la presunzione di persistenza del diritto, la ravvisata omogeneità del regime dell'onere della prova per le azioni previste dall'art. 1453 c.c., e la vicinanza della prova. In relazione a tale ultima ragione si ritenne che anche nel caso di inadempimento l'onere della prova debba gravare non sul creditore ma sul debitore e ciò in applicazione del principio di riferibilità o vicinanza della prova, in forza del quale "l'onere della prova viene ripartito tenuto conto in concreto della possibilità per l'uno e per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione".

Al principio della vicinanza della prova, segnatamente nel settore della responsabilità medica, hanno fatto riferimento in seguito anche altre pronunzie (Cass. 2.2.2007, n. 2308; Cass. n. 23918 del 2006; Cass. n. 3651 del 2006; Cass. n. 11316 del 2003).

Senonchè, mentre nel campo della responsabilità contrattuale, l'onere della prova dell'avvenuto adempimento grava sul debitore ed il principio della vicinanza della prova è solo una delle varie ragioni (rectius: la ratio del principio di tale riparto, già fondato sulle prime due ragioni), in tema di responsabilità extracontrattuale non può farsi riferimento direttamente al principio della vicinanza della prova per assumere che, se tale prova dell'esistenza o inesistenza del nesso causale trovasi nella disponibilità esclusiva di una delle due parti, questa è onerata dal fornirla.

6.2. In questo caso l'onere della prova del nesso causale rimane pur sempre a carico dell'attore, stante il principio generale di cui all'art. 2697 c.c., in tema di prova del fatto costitutivo del diritto azionato, ma tale prova può

esseré fornita anche tramite presunzioni, allorchè il soggetto convenuto era obbligato (sulla base di norme giuridiche o tecniche) a predisporre la documentazione relativa alla condotta tenuta ed, avendone la disponibilità, non la fornisca, ovvero non l'abbia proprio predisposta.

Va, quindi, condiviso il principio espresso da Cass. 21/07/2003, n. 11316 per cui "la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici in relazione alla patologia accertata e la morte, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla". 6.3. In questo caso non può sostenersi che il nesso causale sia risultato provato sulla base della sola prova della causalità generale, in quanto è provata anche la causalità specifica sulla base della prova presuntiva, mezzo peraltro non relegato dall'ordinamento in grado subordinato nella gerarchia delle prove, cui il giudice può far ricorso anche in via esclusiva (Cass. S.U. 24/03/2006, n. 6572) per la formazione del suo convincimento, secondo le regole di cui *all'art. 2727 c.c.*. Il punto di partenza in tutti questi casi continua ad essere quello per cui l'attore è tenuto a provare il nesso di causalità, ma si tratta di una prova che può essere caratterizzata da meccanismi di tipo presuntivo. Come ha rilevato attenta dottrina dinanzi alla prova del nesso di causa il danneggiato non è lasciato solo, ma a quest'ultimo si affianca il soggetto evocato in giudizio nella veste di responsabile, ove egli sia tenuto per norma giuridica o tecnica a documentare la sua condotta o determinati fatti, registrandosi cioè una situazione in cui entrambe le parti non possono rimanere inerti dinanzi al problema della causalità.

Tuttavia non può ritenersi che, attraverso questa via si sia verificata un'inversione dell'onere della prova in merito al nesso di causalità, in quanto se questo non risulta provato o sulla base della documentazione di cui ha l'esclusiva disponibilità il convenuto, che era tenuto a predisporla, ovvero perchè il giudice di merito ritiene che nel caso concreto non sussistano le condizioni di cui agli *artt. 2727 e 2729 c.c.*, fondate sulla mancata produzione di tale documentazione, opera pur sempre il principio di cui *all'art. 2967 c.c.*, e la domanda del danneggiato deve essere respinta in quanto non provata in relazione al nesso di causalità, mentre, in caso di inversione dell'onere probatorio, nel senso che esso fosse posto a carico dell'esercente l'attività pericolosa, la domanda dovrebbe essere accolta.

7.1. Nella fattispecie, quindi, è errata la sentenza impugnata, la quale si è limitata a rilevare che, pur essendo certo che il C. nelle analisi eseguite 4 giorni prima dell'intervento del (OMISSIS) non presentava il virus dell'epatite C e che tale patologia era insorta a seguito delle trasfusioni effettuate presso la casa di cura e presso l'Ospedale, non era stato possibile per i c.t.u. accertare se tale contagio fosse dovuto al sangue trasfuso in

Ospedale o presso la Casa di cura, rigettando la domanda per mancata prova del nesso causale.

La corte di merito, infatti, ha trascurato di rilevare che a norma della *L. 4 maggio 1990, n. 107*, (avente ad oggetto: - Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati), del *D.M. 27 dicembre 1990*, (avente ad oggetto "Caratteristiche e modalità per la donazione del sangue ed emoderivati) e del *D.M. 15 gennaio 1991*, avente ad oggetto: (Protocolli per l'accertamento della idoneità del donatore di sangue ed emoderivati) dovevano essere annotati gli estremi delle sacche di sangue trasfuso al paziente, al fine di rendere possibile la loro tracciabilità in relazione al donatore anche per verificare l'espletamento dei tests relativi all'assenza di virus.

7.2. In conseguenza di ciò la corte territoriale al fine di poter escludere l'esistenza del nesso causale tra trasfusioni eseguite presso le due strutture ed il contagio subito dal C. avrebbe dovuto accertare che la suddetta documentazione prescritta normativamente ed esibita dai due convenuti escludeva che le sacche di sangue trasfuse all'attore provenissero da donatori affetti da HCV. Qualora, invece, tale prova non fosse stata fornita da uno dei due convenuti la corte avrebbe dovuto valutare se tanto costituiva presunzione, ai sensi degli *artt. 2727 e 2729 c.c.*, dell'esistenza del nesso causale a carico di questi ai fini del contagio da HCV. Ove tale prova non fosse stata fornita da alcuno dei due convenuti e la corte avesse ritenuto sussistente la presunzione suddetta nei confronti di entrambi i convenuti, la corte avrebbe dovuto anche accertare e valutare se la trasfusione effettuata presso la seconda struttura aveva avuto egualmente un apporto causale nella produzione del contagio.

8. Pertanto, in accoglimento del ricorso nei termini suddetti, va cassata l'impugnata sentenza, con rinvio, anche per le spese del giudizio di cassazione ad altra sezione della corte di appello di Roma, che si uniformerà al seguente principio di "diritto": "In tema di responsabilità extracontrattuale per danno causato da attività pericolosa da emotrasfusione, la prova del nesso causale, che grava sull'attore danneggiato, tra la specifica trasfusione ed il contagio da virus HCV (causalità individuale o specifica), ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla (causalità generale), può essere fornita anche con il ricorso alle presunzioni (*ex art. 2729 c.c.*), allorchè la prova non possa essere data per non aver la struttura sanitaria predisposto, o in ogni caso prodotto, la documentazione obbligatoria sulla tracciabilità del sangue trasfuso al singolo paziente e cioè per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla".

**P.Q.M.**



Accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione; cassa l'impugnata sentenza e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della corte di appello di Roma.

Così deciso in Roma, il 20 novembre 2007.

Depositato in Cancelleria il 11 gennaio 2008

---

Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl. All rights reserved.