



PARALOGISMI E MORFOLOGIA DEL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE**

MARIA FEOLA

SOMMARIO: 1. I paralogismi della dottrina in tema di danno da perdita di *chance*. L'evoluzione della nozione di causalità: dalla "certezza" del diritto a criterio d'imputazione della responsabilità – 2. *Segue*. Il diritto inglese e i limiti del modello *all-or-nothing*. La maggiore varietà del diritto statunitense: teoria "causale" dell'aumento del rischio e perdita di *chance of survival* – 3. L'espansione giurisprudenziale dell'area di riparazione del danno da perdita di *chance*. Il superamento dell'orientamento gius-lavorista "apocrifo". Critica della tesi che qualifica tale figura quale "lucro cessante" presente o futuro – 4. Il danno "ingiusto" da perdita di *chance* nel caso di lesione di interessi pretensivi. Dalla concezione "eziologica" all'idea della *chance* quale danno risarcibile, "per equivalente" o in forma specifica. La responsabilità della P.A. nei riguardi del cittadino – 5. Rapporto di causa e danno da perdita di *chance* nella responsabilità medica. Autonomia delle domande e ontologica diversità dei beni tutelati – 6. Il falso dilemma della natura delittuale o contrattuale del danno da perdita di *chance*. Il problema nella responsabilità contrattuale: irrilevanza dell'interesse protetto e inversione dell'onere della prova – 7. Il danno da perdita di *chance* in Francia: i *garde-fous*. La prova del danno e del rapporto causale. Il carattere reale e serio delle *chances* perdute. Il requisito della certezza del danno: la "sufficiente probabilità" che la *chance* si sarebbe realizzata e la "certezza" che il vantaggio previsto è stato irrimediabilmente perduto – 8. La perdita delle «*chances* di realizzare un profitto o di evitare una perdita» quale evento dannoso che è «specifico e autonomo rispetto al pregiudizio finale». Una conclusione divergente rispetto alla dottrina francese: il danno da perdita di *chance* non è «futuro e aleatorio», bensì certo e attuale, poiché ha sempre ad oggetto *chances* irrimediabilmente perdute – 9. Critica della dottrina italiana che qualifica la perdita di *chance* come danno emergente o come lucro cessante. La perdita di *chance*, quale figura generale di danno, può consistere in un danno emergente presente e/o futuro, in un lucro cessante presente e/o futuro o in entrambi – 10. Morfologia del danno da perdita di *chance* e superamento dei più diffusi paralogismi: il "decalogo" della Cassazione. *Chance* patrimoniale pretensiva e *chance* non patrimoniale. L'incertezza dell'evento di danno, non del rapporto causale – 11. Il ruolo del danno da perdita di *chance* in presenza del recente indirizzo che inverte l'onere della prova nella responsabilità contrattuale sanitaria. La destrutturazione del tema della causalità da parte della dottrina di lingua inglese, quale elemento d'imputazione dei danni. *Contributory negligence* e concorso di responsabilità. Il danno da perdita di *chance* quale strumento giusto ed efficiente di valutazione dei *competing interests* delle parti, espressione della generale funzione di *compensation* della responsabilità civile.

1. La Corte di Cassazione, in sempre più numerosi settori, ha recepito l'indirizzo di quella dottrina che, sulla scia dell'esperienza francese, ha proposto di riconoscere una generalizzata risarcibilità del danno da perdita di *chance*, soprattutto nell'ambito della responsabilità contrattuale¹. Un'importante e recente sentenza della Terza Sezione civile², nel discutere i paralogismi più diffusi e nel tracciare la morfologia del danno (*recte*, dei danni) da perdita

* Questo saggio rappresenta la versione italiana della relazione, dal titolo "*La relación de causalidad y el daño por la pérdida de Chance*", presentata al VI Convegno Internazionale di Diritto Civile Patrimoniale, sul tema della Responsabilità civile, svoltosi a Lima, dal 21 al 24 maggio 2018, presso la Facoltà di Giurisprudenza della Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Sul punto, M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, *passim*.

² Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641 (Travaglino Presidente ed Estensore), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1285 ss., con nota di S. GARREFFA, *I paralogismi della teoria della chance perduta*.



di *chance*, propone un “decalogo”³, assai equilibrato e ragionato, che realizza un’indubbia funzione di nomofilachia e che può contribuire a sopire il dibattito, assai vivo, che ha caratterizzato, in questi anni, i tentativi di ricostruzione e, soprattutto, di decostruzione di questo modello di danno.

Tale figura, infatti, prima di ottenere l’auspicato suggello giurisprudenziale, ha sollevato non poche riserve, testimoniando le difficoltà di pensare un “danno” da perdita di *chance* effettivamente distinto dall’usuale rapporto di causalità, oggi strutturato, nel diritto civile, in termini probabilistici⁴. La controversia ha riguardato, in particolare, nelle esperienze francese, anglo-americana e italiana, la responsabilità sanitaria, sia per le evidenti interferenze tra il diritto civile e quello penale, sia per le maggiori difficoltà di provare che la condotta colposa (soprattutto omissiva) del medico fosse la causa “certa” o “più probabile” del decesso, dell’invalidità o della mancata guarigione del paziente.

Questa delicata problematica, che può concernere la teoria della perdita di *chance* anche ai fini di una sua delimitazione⁵, è stata utilizzata da quella dottrina – considerata poi come minoritaria dalla Cassazione⁶ – che, confondendo la parte (e cioè la inidoneità della nozione di *chance* di sopravvivenza o di guarigione a provare in senso presuntivo probabilistico un nesso causale ipotetico) con il tutto (la teoria della perdita di *chance* nel suo significato eventistico), ha generalizzato tale concezione al fine di assumere un atteggiamento ostile nei confronti dello stesso tema della risarcibilità della *lost chance*. In tal senso si è rilevato che, «Fuori dai denti, la risarcibilità del danno da perdita di *chances*» si tradurrebbe «nel riconoscimento della giuridica rilevanza di un nesso di causalità espresso in termini probabilistici»⁷.

Così, per un verso, si è ribadito che la stessa *chance* di promozione di un lavoratore non possa né avere un proprio valore economico né rappresentare un’autonoma entità patrimoniale⁸. Essa non sarebbe «idonea a costituire, neppure in astratto, oggetto di scambio, non presentando in quanto tale alcuna obiettiva utilità economica trasferibile, ma essendo, al contrario, semplicemente destinata a realizzarsi (e, quindi, a tradursi nel vantaggio sperato) ovvero a non realizzarsi»⁹. Per altro verso, ci si è profusi nel dibattito, tutto italiano¹⁰, avente a oggetto la classificazione dogmatica della *chance* in termini di “danno emergente” o di “lucro cessante”¹¹, al fine di tentare di contestarne l’autonoma risarcibilità e di affermar-

³ Il termine è mutuato da G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all’interno della terza sezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 836 ss., in nota a Cass. civ., Sez. III, Ord., 27 marzo 2018, n. 7513. In tema di responsabilità sanitaria, sempre attuali le pagine di P. STANZIONE e V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 5 ss. e *passim*.

⁴ Per tutti, R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 91 ss.

⁵ Per tale implicita proposta, F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 238 ss.

⁶ Così già Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, p. 47, con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*. L’orientamento è, oggi, implicitamente confermato da Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.

⁷ A.M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizî (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 661.

⁸ Così, A.M. PACCES, *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*, in *Riv. dir. sportivo*, 1994, p. 452.

⁹ A.M. PACCES, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Lo rileva A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’art. 2059 c.c. va in Paradiso*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 832.

¹¹ Tra i primi a considerare il danno da perdita di *chance* come danno emergente, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1966, p. 264; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 86. Tendono, invece, a ricondurre la perdita di *chance* nel quadro del lucro cessante, sulla scia di G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 184 ss., oltre agli autori



ne l'inquadramento «nel *genus* del lucro cessante futuro»¹². In proposito sembra opportuno fin d'ora precisare, sulla scia di chi sottolinea che «la teoria della *perte d'une chance* nel campo medico ha un significato ambiguo»¹³, che, «contrariamente a quanto fin qui sostenuto da una parte della dottrina, la risarcibilità della *chance* perduta non sta [...] nella sua qualificazione di danno emergente o lucro cessante», poiché «ogni danno si può scomporre in queste due componenti»¹⁴.

Per altro verso ancora, si è rilevato che il danno da perdita di *chance* sarebbe «pari *in toto* al valore della utilità sperata e perduta: a condizione, ovviamente, che possa ritenersi soddisfatta la doppia inferenza probabilistica tra commissione dell'illecito e perdita della *chance*, e quindi tra perdita della *chance* e perdita del risultato sperato»¹⁵. La propensione a risarcire tale danno s'inquadrerebbe in «una tendenza giurisprudenziale alluvionale, la quale ha preferito piuttosto la via dell'analisi e della moltiplicazione delle categorie concettuali, piuttosto che lo sforzo per la *reductio ad unitatem* delle varie categorie di danno»¹⁶.

Queste argomentazioni, proposte ancora con particolare tenacia, possono essere considerate come l'ultimo tentativo di salvare una nozione di causalità monolitica e indivisibile, di stampo ottocentesco, che, «sulla spinta di analoghe e assai più pregnanti riflessioni svolte dalla dottrina penalistica (in particolare tedesca) e da correnti filosofiche (in particolare inglesi)», intendevano considerare il rapporto eziologico «uno degli elementi essenziali nella struttura della responsabilità per fatto illecito, utilizzato soprattutto al fine di escluderla»¹⁷. Una delle ragioni «dell'emergere del problema eziologico sta nella concezione, assai diffusa nell'Ottocento e che trova ancora seguito ai giorni nostri, del diritto come "scienza" e dunque governato da regole "scientifiche" di cui quelle causali – in larga misura mimate dalla fisica – costituirebbero l'aspetto più significativo»¹⁸. Molteplici ragioni hanno condotto, soprattutto nel corso del XX secolo, al superamento di tali concezioni¹⁹. In questa sede può essere sufficiente rilevare come, allo stato, il nesso causale costituisca non più un elemento indefettibile dell'illecito civile, bensì, più propriamente, uno dei criteri di imputazione del medesimo.

2. Le critiche sollevate nella dottrina italiana richiamano le conclusioni alle quali perviene una parte consistente dell'esperienza inglese, la quale non ha dedicato al tema della perdita

citt. nelle note che seguono, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 545, e F. MASTROPAOLO, voce *Danno (risarcimento del danno)*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, p. 12. Affermano la risarcibilità del danno da perdita di *chance*, distinguendo la perdita di una probabilità di conseguire un risultato favorevole dal danno consistente nel mancato conseguimento del risultato, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 330; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli, 1993, p. 150 ss.; conf. A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 447 s.

¹² Da ultimo, M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2000, p. 676.

¹³ A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 321, in nt. 18.

¹⁴ A.M. PRINCIGALLI, *op. cit.*, p. 324.

¹⁵ M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 676.

¹⁶ M. ROSSETTI, *op. cit.*, p. 677.

¹⁷ V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, in G. ALPA, M.J. BONELLI, D. CORAPI, L. MOCCIA e V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2004, p. 302. Sul punto, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2002, *passim*.

¹⁸ V. ZENO ZENCOVICH, *op. loc. cit.*

¹⁹ V. ZENO ZENCOVICH, *op. loc. ult. cit.*



di *chance* una trattazione autonoma in termini di danno, essendo tale problematica esaurita nell'accertamento, *on the balance of probabilities*, della sussistenza del rapporto causale tra condotta ed evento "finale"²⁰. Se si eccettua il caso *Chaplin v. Hicks*²¹, nel quale l'impresario è condannato a risarcire la perdita delle *chances* di vittoria (stimate nel 25% circa; 50:12) alla concorrente che viene esclusa dalla selezione finale perché impossibilitata a presentarsi per impegni di lavoro – ma in questo caso l'illegittima esclusione è considerata fonte di un danno risarcibile poiché l'attrice rientrava tra un numero limitato di soggetti che si contendevano un premio economico –, la quasi totalità dei casi *leader* ha ad oggetto ipotesi di responsabilità medica, nelle quali il rilievo della perdita di *chance* si esaurisce nella valutazione probabilistica del nesso causale. Ad esempio, nel caso *McGhee v. National Coal Board* la riforma, da parte della Camera dei Lords, della decisione che, pur riconoscendo la negligenza dell'impresa, aveva escluso la sua responsabilità nei confronti del dipendente che aveva contratto la dermatite, viene motivata verificando se il convenuto «substantially contributed» alla causazione del danno, in ordine ai rapporti tra violazione dell'obbligo di diligenza, omissione di determinate cautele e creazione di un rischio²².

Così, nella maggioranza delle *opinions* espresse dalla *House of Lords* in *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*²³ – che unitamente a *Wilsher v. Essex Health Authority*²⁴ sembra escludere che *McGhee* abbia statuito un'eccezione all'obbligo dell'attore di provare, *on the balance of probabilities*, che la condotta del convenuto sia stata la *conditio sine qua non* del danno²⁵ – il problema della *loss of a chance* di riacquistare la piena funzionalità degli arti offesi (nella specie, del 25%) viene dibattuto non in termini di danno autonomo, ma quale eventuale strumento di integrazione probabilistica del nesso causale tra violazione del *duty of care* ed evento dannoso, qualora la stima delle cc.dd. *chances* perdute abbia superato il 50% delle possibilità²⁶.

²⁰ Tra i contributi più significativi v., ad es., B. CHAPMAN, *Chance, Reason, and the Rule of Law*, in 50 *Univ. Toronto L. J.*, 2000, p. 469 ss.; N. JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, in 19 *Journ. Legal Studies*, 1999, p. 271 ss.; T.S. AAGAARD, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, in 96 *Michigan L. Rev.*, 1997-98, I, p. 1335 ss.; S.M. WADDAMS, *The Valuation of Chances*, in 30 *Canadian Business L. Journal*, 1998, p. 86 ss.; M.T. MANGAN, *The Loss of a Chance Doctrine: A Small Price for Human Life*, in 42 *South Dakota L. Rev.*, 1997, p. 279 ss.; H. REECE, *Losses of Chances in the Law*, in 59 *Modern L. Rev.*, 1996, p. 188 ss.; R.S. BRUER, *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in 59 *Missouri L. Rev.*, 1994, p. 969 ss.; T. HILL, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, *ivi*, 1991, vol. 54, p. 511 ss.; L.J. ANDERSON, *Loss of a Chance in Tort*, in 131 *Solicitor's Journal*, 1987, p. 1258 ss.; J.H. KING, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, in 90 *Yale L. Journal*, 1981, p. 1378 ss.

²¹ *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 K.B. 786.

²² *McGhee v. National Coal Board* [1972] 2 A.E.R. 1008. Cfr., in particolare, le *opinions* di Lord Reid, che richiama la nozione di contribuzione causale, di Lord Wilberforce, che affronta il problema dei rapporti tra violazione dell'obbligo di diligenza e creazione di un rischio, e di Lord Simon. Sul significato di tale decisione, E.J. WEINRIB, *A Step Forward in Factual Causation*, in 38 *Mod. L. Rev.*, 1975, p. 518 ss.; P.S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, ed. P. CANE, London, 1987, p. 101. Ricorda che «the House of Lords held that it could be enough to establish a causal connection if the plaintiff showed that the defendant "substantially contributed" to the harm», N. JANSEN, *The Idea*, cit., p. 275.

²³ [1987] 2 A.E.R. 909.

²⁴ [1986] 3 A.E.R. 801; e soprattutto [1988] 1 A.E.R. 870. Sul ruolo precedenziale di *McGhee v.*, tuttavia, M.A. JONES, *Textbook in Tort*, London, 1991, p. 132 s.

²⁵ In questi termini, N. JANSEN, *op. cit.*, pp. 276 e 271, anche in nt. 1 e 2, ove cita il pensiero di Lord Bridge.

²⁶ Per una critica all'orientamento seguito dalla Camera dei Lords, D.P.T. PRICE, *Causation: The Lords' Lost Chance?*, in 38 *Int. Comp. L. Q.*, 1989, p. 735.



Nella contraria decisione resa in appello²⁷, sulla scia dei giudici di primo grado²⁸, il giudice Donaldson aveva acutamente rilevato come tale caso ponesse un problema non di accertamento del nesso eziologico, bensì di quantificazione del danno patito dal minore, distinguendo i fatti passati da quelli futuri²⁹ che, per la loro natura speculativa, richiedevano una stima del loro ammontare. Anche secondo il giudice Dillon il sistema tradizionale si dimostrava inadeguato, sia per l'incertezza che regna nell'ambito delle scienze mediche, sia perché garantisce un'impunità al medico negligente ogni qualvolta l'attore non riesca a provare il nesso causale adducendo percentuali superiori al 50%. Come si è rilevato, mentre il rapporto causale tra la negligenza del medico e il pregiudizio patito dalla vittima era stato accertato nella misura del 25%, il danno consistente nella perdita del 25% delle *chances* di guarigione poteva essere provato con una certezza pari al 100%³⁰. Viceversa, la distinzione tra *chances* meramente statistiche e *chances* "personali" della vittima³¹, proposta dal giudice Johnson, introducendo un dato che è estremamente difficile da verificare³², sembra proporre un distinguo sicuramente sfavorevole all'idea della risarcibilità della *lost chance*. L'atteggiamento tradizionale manifestato dalla Camera dei Lords, tanto fermo nel considerare il profilo della *chance* limitato al solo aspetto di accertamento probabilistico del nesso causale, quanto contrario a individuare un *distinct harm* da valutare in maniera proporzionale alla stima effettuata, si innesta in un più complessivo discorso scientifico, talvolta altamente metaforico³³, teso a verificare il profilo meccanicistico dell'accertamento della "catena" causale e della sua "interruzione", cioè del «break of a chain of causation»³⁴.

Molto più ricca è l'esperienza statunitense la quale, sia per la varietà che è propria di tale diritto, influenzato da molteplici e diverse componenti culturali e istituzionali³⁵, sia per l'attenzione prestata ai fattori di *policy*, sia per il ruolo svolto dalla giuria nell'accertamento in fatto del nesso causale, non conosce, in materia, l'univocità di prospettiva espressa dal diritto inglese. Ciò non impedisce che alcune decisioni siano comunque ispirate alla regola tradizionale della prevalenza della "causa efficiente" le quali, negando la risarcibilità «per se» della *lost chance*, considerano integrato il rapporto causale in termini di "ragionevole probabilità" soltanto in presenza della prova, fornita dall'attore, che le *chances* perdute fossero superiori al cinquanta per cento³⁶. Questo indirizzo trova fondamento nelle esigenze di evitare un sovvertimento delle tradizionali regole causali³⁷ e, soprattutto, di contenere l'efficacia

²⁷ [1987] 1 *A.E.R.* 210.

²⁸ [1985] 3 *A.E.R.* 167.

²⁹ Per la distinzione tra «past happenings» e «future events», cfr. *Davies v. Taylor* [1974] *A.C.* 207, 212.

³⁰ Cfr. J. STAPLETON, *The Gist of Negligence*, II, in 104 *L. Quarterly Rev.*, 1988, p. 392.

³¹ Sull'*opinion* del giudice Johnson, T. HILL, *A Lost Chance*, cit., p. 514.

³² J. STAPLETON, *op. cit.*, p. 394. Sul punto, altresì, W. SCOTT, *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the "Lost Opportunity" Cases*, in 55 *Mod. L. Rev.*, 1992, p. 521.

³³ Insuperate, in proposito, le pagine di H.L.A. HART and T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, II ed., 1985, pp. 12, 72 ss., e di J.G. FLEMING, *Probabilistic Causation in Tort Law*, in 68 *Can. B. Rev.*, 1989, p. 661 ss. Sulla più estesa nozione di "causalità giuridica", quale insieme di tecniche giuridiche di selezione delle conseguenze risarcibili, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 2 ss. e *passim*.

³⁴ H.L.A. HART and T. HONORÉ, *op. loc. cit.*

³⁵ Sul punto, U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in *Tratt. di dir. comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 1992, pp. 122 ss., 214 ss., 262 ss. e *passim*.

³⁶ Per un caso esemplare in tal senso, cfr., ad es., *Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati*, 272 *N.E. 2d* 97 (1971).

³⁷ Lo rileva V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994, p. 27.



“espansiva” del danno da perdita di *chances* in altri settori della responsabilità civile, così come è avvenuto in Francia e, di recente, anche in Italia.

A fronte di questo orientamento è ravvisabile un ulteriore indirizzo, che poi si è esteso anche alla *medical malpractice*, il quale tende ad allocare il rischio dell'evento dannoso sul soggetto negligente. Esso si ispira a un noto precedente riguardante la morte di un marinaio caduto in mare durante la navigazione³⁸. Il comandante, nonostante fosse stato avvertito della sua scomparsa, si rifiutò di procedere alle ricerche in mare, pensando che in virtù della distanza già percorsa (molte decine di miglia) e delle circostanze del caso (era notte, il mare era infestato da squali, ecc.) non vi sarebbe stata alcuna possibilità di trovarlo ancora in vita. La sua condotta negligente non avrebbe dovuto essere considerata la causa della morte del marinaio, essendo la stessa dovuta a fattori naturali (la caduta in mare). La Corte d'appello federale, tuttavia, nel riformare la decisione resa in primo grado, ravvisava la violazione dell'obbligo di compiere ogni “ragionevole sforzo” per salvare la vita del naufrago. La condotta omissiva del comandante aveva contribuito a produrre l'evento della morte in quanto aveva negato allo sfortunato marinaio ogni ragionevole possibilità di soccorso, avendo considerato irrilevante la percentuale probabilistica che, concretamente, la ricerca in mare avrebbe avuto di trovarlo ancora in vita. Se fosse stata effettuata una stima delle *chances* che il naufrago avrebbe avuto di sopravvivere anche là dove il comandante avesse deciso di procedere tempestivamente alla ricerca, la percentuale sarebbe stata irrisoriamente bassa, di gran lunga inferiore al 50%, e ciò avrebbe dovuto impedire di ravvisare l'esistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento morte. Ma la responsabilità del comandante fu acclarata per sanzionare il suo comportamento, anche in considerazione delle ragioni di *policy* che sottendono lo specifico settore del diritto della navigazione.

Pochi anni dopo, la regola dell'allocatione del rischio sul soggetto negligente è stata applicata nel caso *leader Hicks v. U.S.*, per condannare un medico di un pronto soccorso per il decesso di una paziente che, a seguito di un suo errore di diagnosi, non era stata operata d'urgenza³⁹. Nonostante il rapporto causale tra l'errore diagnostico e il decesso fosse stato affermato con un notevole grado di probabilità dai periti, i quali sostenevano che la paziente sarebbe sopravvissuta se fosse stata operata in modo tempestivo, la Corte d'appello colse l'occasione per enunciare, probabilmente in via di *obiter dictum*, un principio estremamente rigoroso, che troverà successive applicazioni in materia: allorché la condotta commissiva od omissiva negligente di un soggetto fa venir meno anche qualche “sostanziale possibilità” di sopravvivenza, ciò è sufficiente a integrare il nesso causale e a dichiarare la responsabilità dell'agente. Soluzioni ispirate a questa regola sono state assunte in una pluralità di ipotesi concernenti errori diagnostici, nelle quali le percentuali di sopravvivenza del paziente erano sicuramente molto limitate e incerte. Così, nel caso in cui vi era stata una serie di colpevoli negligenze che, ritardando di qualche mese la cura di un linfosarcoma, avevano ridotto le *chances* di sopravvivenza dal 35 al 5%, la Corte d'appello, nel riformare la decisione di primo grado, affermò che il nesso causale non doveva essere dimostrato con matematica certezza, poiché l'attore, altrimenti, non sarebbe mai stato in grado di assolvere l'onere della prova, non essendo la medicina una scienza esatta⁴⁰. La responsabilità è stata altresì dichiarata avverso un dentista che, non essendosi accorto tempestivamente di un carcinoma della cavità orale, aveva fatto perdere alla paziente una possibilità di sopravvivenza stimata nel 30%⁴¹;

³⁸ Gardner *v.* National Bulk Carriers, 310 F. 2d 284 (1962).

³⁹ Hicks *v.* U.S. 368 F. 2d 626 (1966).

⁴⁰ Jeanes *v.* Milner, 428 F. 2d 598 (1970).

⁴¹ O'Brien *v.* Stover, 443 F. 2d 1013 (1971).



nei confronti di un medico che, avendo interpretato male un elettrocardiogramma, aveva ridotto dal 30-35% al 15% le *chances* di sopravvivere a seguito di un infarto⁴²; avverso alcuni sanitari che non avevano praticato un'appropriata terapia d'urgenza in presenza di uno *shock* anafilattico⁴³, ecc.

Tale orientamento, fondato comunque sulla verifica della causalità della condotta colposa quale *substantial factor* dell'evento "finale", trova poi un significativo arricchimento in quelle più recenti decisioni⁴⁴ che hanno citato il § 323(a) del *Restatement of Torts*, il quale imputa la responsabilità a colui che, nel fornire un servizio ad altri, con la sua condotta negligente abbia "aumentato il rischio di danno". Nell'applicare la teoria dell'aumento del rischio, la sussistenza del nesso causale viene provata attraverso una metodologia apparentemente opposta a quella della perdita delle probabilità di guarigione o di sopravvivenza: si tratta, da parte dell'attore, non di dimostrare "in negativo" la quantità, più o meno significativa, delle *chances* che sono state perse per effetto della condotta negligente, bensì di provare "in positivo" che questa ha aumentato il rischio di danno. In astratto, entrambi i procedimenti, proprio perché esattamente speculari, dovrebbero pervenire a un identico risultato: affermare che la condotta negligente del medico ha fatto perdere al malato il 30% delle *chances* di sopravvivenza potrebbe significare che il professionista ha aumentato del 30% il rischio di morte del paziente. Se si adotta un parametro numerico superiore a cinquanta al fine di dichiarare la sussistenza del rapporto causale, il procedimento per addizione (+ 30% di rischio di morte) e quello per sottrazione (- 30% di *chances* di sopravvivenza) dovrebbero condurre alla medesima conclusione: in entrambi i casi non sarebbe individuabile nella condotta del medico la causa della morte poiché essa non ha inciso sul residuo 70%.

Tuttavia, se si seguisse questa metodologia, si discorrerebbe sia di perdita di *chance*, sia di aumento del rischio in modo improprio. La prima figura verrebbe evocata strumentalmente al solo fine di provare in senso probabilistico il rapporto causale tra condotta ed evento finale, mentre del tutto diverso è il discorso del "danno" da perdita di *chance* quale pregiudizio autonomo, risarcibile in misura proporzionale (30%, ad es.) alla quantità di probabilità perse. Eguale inconsistenza, quanto meno sotto il profilo del rispetto delle *doctrines* originarie, avrebbe il tentativo di individuare un inedito "danno da aumento del rischio", da risarcire in maniera proporzionale alla quantità numerica (30%, ad es.) dei rischi di danno che la condotta colposa ha con certezza causato. Se s'intende rispettare la configurazione che queste due teorie hanno avuto negli ordinamenti di appartenenza, come non può essere condiviso il discorso che esaurisce la nozione di perdita di *chance* in ordine alla prova del nesso eziologico in relazione all'evento "finale", così non sembra concepibile un orientamento, per assurdo qui ipotizzato, che volesse utilizzare la teoria dell'aumento del rischio al fine di valutare percentualmente il "danno", piuttosto che considerare tale dottrina come un criterio di imputazione del nesso causale tra condotta ed evento finale, che determina un'inversione dell'onere della prova. Infatti, «si potrebbe pensare che non v'è alcuna differenza tra esposizione al rischio e distruzione di una *left chance*, se l'unica cosa che interessa è il contributo causale in relazione al danno finale»⁴⁵. Viceversa, è necessario considerare «l'esposizione al rischio come un normale problema di causalità in ordine al danno fi-

⁴² McBride *v.* U.S., 462 F. 2d 72 (1972).

⁴³ Daniels *v.* Hadley Memorial Hospital, 566 F. 2d 749 (1977).

⁴⁴ Cfr., ad es., Hamil *v.* Bashline, 392 A. 2d 1280 (1978); Gradel *v.* Inouye, 421 A. 2d 674 (1980); Jones *v.* Montefiore Hospital, 431 A. 2d 920 (1981), per quanto riguarda la Corte Suprema della Pennsylvania.

⁴⁵ N. JANSEN, *The Idea*, cit., p. 295.



nale e intendere la *lost chance* come un danno che richiede riparazione»⁴⁶. L'introduzione della nozione di "aumento del rischio", quale teoria della causalità e non del danno, ha provocato un'inversione della prospettiva tradizionale e ha indotto i giudici (e la giuria, nell'esperienza statunitense) ad affermare la sussistenza del nesso eziologico per il solo fatto che la condotta negligente avesse provocato "un" sicuro aumento del rischio di danno, senza verificare se questo fosse superiore o no a cinquanta.

Nella varietà degli orientamenti che caratterizzano l'esperienza statunitense, dovuti soprattutto alla coesistenza di diversi e variegati diritti statali, è possibile ravvisare anche un indirizzo che più fedelmente fa riferimento al danno da perdita delle *chances (of survival)*⁴⁷, risarcibile in sé. Anche qui si avverte l'esigenza di spostare il problema dall'ambito dell'accertamento causale tra condotta negligente e *final event* a quello della specificità della situazione lesa in concreto. Il sistema *all-or-nothing* provoca una "de-responsabilizzazione" dell'agente ogni qualvolta la perdita delle probabilità di sopravvivenza sia stimata in misura inferiore al 50%, e ciò a prescindere dal dato dell'intensità della colpa⁴⁸, mentre, al contrario, genera una "iper-responsabilizzazione" del convenuto, allorché le *chances* ammontino al 50,01%. Nel danno da perdita di *chance*, come si è rilevato anche in ambiente di *common law*, il pregiudizio da risarcire non consiste nella morte o nel decesso, o comunque in un *final harm*, bensì nella specifica riduzione delle *chances of survival*. Anche una modesta diminuzione della percentuale di probabilità che il paziente aveva, in assenza della condotta negligente, di sopravvivere o di guarire non esclude la responsabilità dell'agente, ma è fonte di un risarcimento proporzionale alle *chances* perdute, e ciò con riferimento sia ai *past losses*, sia ai *future losses*⁴⁹. Là dove, ad esempio, la condotta negligente del medico ha diminuito le *chances* di sopravvivenza del malato dal 40% al 15%, le diverse voci di danno dovrebbero essere calcolate riducendo l'entità dei danni passati e di quelli futuri al 25% (40% – 15%) del loro valore complessivo⁵⁰.

3. Nell'esperienza italiana, la Corte di Cassazione ha da tempo superato quegli equivoci che avevano caratterizzato l'originaria ricezione del danno da perdita di *chance* in termini, per così dire, "eziologici"⁵¹. Con la sentenza n. 22026 del 2004, la Seconda Sezione civile, nell'assumere una posizione finalmente chiara in tema di professioni legali⁵², ha deciso che «in ambito contrattuale, l'inadempimento dell'una delle parti cui consegua la perdita, per l'altra, della *chance* di intraprendere o gestire [...] una lite in sede giudiziaria, [...] determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema d'accertamento sotto il

⁴⁶ N. JANSEN, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ Cfr., ad es., la *concurring opinion* del giudice Pearson in *Herskovits v. Cooperative of Puget Sound*, 664 P. 2d 474 (1983); *Thompson v. Sun City Community Hospital*, 668 P. 2d 605 (1984); *Mays v. U.S.*, 608 F. Supp. 1476 (1985).

⁴⁸ Cfr., ad es., *Herskovits v. Cooperative of Puget Sound*, 664 P. 2d 474 (1983).

⁴⁹ *Mays v. U.S.*, 608 F. Supp. 1476 (1985).

⁵⁰ In *Mays v. U.S.*, 608 F. Supp. 1476 (1985), dal quale è tratto l'esempio citato nel testo, la riduzione proporzionale venne effettuata soltanto per i *future losses*.

⁵¹ L'espressione è coniata da Pret. Ascoli Piceno, 23 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1838.

⁵² Rispetto a quella già proposta, *obiter dictum*, da Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, p. 395.



profilo dell'*an*, questo non essendo revocabile in dubbio nell'ipotesi d'accertato inadempimento contrattuale»⁵³.

Così, nell'emendare quell'orientamento che, per primo in Italia, ha introdotto il risarcimento del danno da perdita delle *chances* di essere assunti o di conseguire avanzamenti di carriera (con riferimento a promozioni a scelta), a seguito d'irregolarità nell'espletamento dei concorsi in violazione degli obblighi di buona fede e di correttezza⁵⁴, la Sezione lavoro della Cassazione ha confermato la distinzione esistente tra il danno da mancata promozione e quello da perdita di *chance*. Mentre, nel primo caso, il prestatore di lavoro che agisce per il risarcimento del danno «deve provare sia l'illegittimità della procedura concorsuale sia che, in caso di legittimo espletamento, sarebbe stato certamente incluso nell'elenco dei promossi»⁵⁵. Nel secondo caso, sul presupposto della irrimediabile perdita di *chance* in ragione dell'irripetibilità della procedura con le stesse modalità e gli stessi partecipanti di quella ritenuta illegittima, «si fa valere il danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile»⁵⁶. Con la conseguenza che mentre il danno da mancata promozione può trovare «un ristoro corrispondente in pieno con la perdita dei vantaggi connessi alla superiore qualifica (non solo di natura economica, ma anche normativa), il danno da perdita di *chance* può solo commisurarsi, ma non identificarsi, nella perdita di quei vantaggi, in ragione del grado di probabilità – esistente al momento della legittima esclusione – di conseguire la promozione»⁵⁷. In questo caso, il lavoratore ha l'onere di provare, «pure se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che avrebbe avuto di conseguire il superiore inquadramento»⁵⁸. Viceversa, «pretendere la prova delle attitudini professionali dei singoli impiegati [...] significherebbe confondere la perdita di *chance* con la perdita del risultato, vale a dire il giudizio di verosimiglianza col giudizio di verità»⁵⁹.

Le Sezioni Unite civili, nel ribadire la risarcibilità del danno da perdita di *chance* in materia giuslavorista⁶⁰, hanno successivamente precisato le questioni relative alla causalità e all'onere della prova. In caso «di violazione, da parte dell'ente pubblico/datore di lavoro, dell'obbligo di predeterminare i criteri di selezione degli impiegati necessari per il riconoscimento e l'attribuzione della qualifica superiore, incombe sul singolo dipendente non promosso ed attore in giudizio per il risarcimento del danno da perdita della possibilità di promozione (c.d. perdita di *chance*), l'onere di provare – alla stregua dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale – il nesso di causalità tra detto inadempimento datoriale ed il danno,

⁵³ Cass., Sez. II, 22 novembre 2004, n. 22026 in *Dir. e prat. trib.*, 2005, II, p. 13 s. In senso conforme, già M. FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di chances nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 179 ss.

⁵⁴ Oltre al *leading case* Cass., Sez. lav., 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 ss., cfr., tra le molteplici decisioni conformi, Cass., Sez. lav., 10 agosto 1987, n. 6864, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2987 ss.; Cass., Sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 234 ss.; Cass., Sez. lav., 15 marzo 1996, n. 2167, *in*, 1996, I, 1, c. 799 s.

⁵⁵ Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852, riprodotta nella App. giur. di D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2007, p. 191.

⁵⁶ Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852, cit., p. 191. Conf., Cass., Sez. lav., 12 agosto 2004, n. 15688, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 199, che discorre di «“rilevante probabilità” dei lavoratori di essere prescelti nel caso di osservanza dei criteri stabiliti».

⁵⁷ Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852, cit., p. 191.

⁵⁸ Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2006, n. 852, cit., p. 192; conf., tra le tante, Cass., Sez. lav., 1 dicembre 2004, n. 22524, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 195.

⁵⁹ Cass., Sez. lav., 6 giugno 2006, n. 13241, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 187.

⁶⁰ Cass. civ., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21678; Cass. civ., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7943.



ossia la concreta sussistenza della probabilità di ottenere la qualifica superiore»⁶¹. Il lavoratore-creditore «che voglia ottenere i danni derivanti dalla perdita di *chance* ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta»⁶². Ma il riferimento alla prova, sia pur probabilistica o mediante presunzioni, della perdita del “risultato sperato e impedito”, piuttosto che delle *chances* (perdute) che il lavoratore avrebbe avuto di conseguire la qualifica superiore, inducono a pensare che la Cassazione, pur senza avvedersene, nel tentativo di rendere più rigorosa la prova del nesso di causa, continui a perseverare nel suo “peccato originale” (già manifestato nel caso Baroncini contro Enel)⁶³ di confondere la teoria del danno da perdita di *chance* con la concezione c.d. eziologica la quale, situandosi totalmente al di fuori della concezione ortodossa della perdita di *chance* quale danno risarcibile, intende soltanto verificare la sussistenza di un nesso causale provato in modo probabilistico tra la “condotta illecita” e la perdita dell'intera “posta finale” (ovvero il “risultato sperato e impedito”).

In un'altra importante decisione, la Terza sezione civile ha affermato, per la prima volta nel 2004, la risarcibilità delle *chances* di guarigione o di sopravvivenza⁶⁴, circa quarant'anni dopo la prima decisione della *Chambre civile* d'oltralpe⁶⁵. Tale figura, che fu proprio la più contestata nella letteratura francese, va quindi ad aggiungersi all'area di risarcibilità delle *chances* perdute, che la giurisprudenza italiana ha già esteso progressivamente a settori sempre più ampi che comprendono, ad esempio, la perdita della possibilità «d'être secouru par la victime immédiate»⁶⁶, le attività professionali⁶⁷, le ipotesi di “demansionamento”⁶⁸ o di “dequalificazione”⁶⁹ del prestatore di lavoro, le conseguenze patrimoniali e non patrimoniali di un negligente intervento chirurgico⁷⁰, il pregiudizio subito da un libero professionista per l'irragionevole durata di un processo penale che si conclude con una sentenza di assoluzione⁷¹, la posizione dello studente⁷², dell'“aspirante ballerino”⁷³ o del pugile

⁶¹ Cass. civ., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21678.

⁶² Cass. civ., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21678.

⁶³ V., *infra*, la nota 83.

⁶⁴ Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 45 ss. Questo orientamento, poi, si è consolidato anche con riguardo alla risarcibilità delle *chances* di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente: Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Dir. e giur.*, 2008, p. 581 ss., con il commento di M. FEOLA, *La responsabilità del medico per il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*.

⁶⁵ Cass. civ., 14 décembre 1965, in *Sem. jur.*, 1966, II, *Jur.*, 14753, con nota critica di R. SAVATIER, che recepisce l'orientamento di App. Grenoble, 24 octobre 1961, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 334 s.

⁶⁶ Si deve a F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, c. 50, l'aver sottolineato come il risalente orientamento della Cassazione (ad es., Cass., 27 gennaio 1964, n. 186, *ivi*, 1964, I, c. 1200), favorevole a riconoscere il risarcimento del danno «non soltanto a chi, nei confronti dell'ucciso, fosse titolare di un vero e proprio diritto (agli alimenti), ma anche a chi sia stato leso in un mero interesse di fatto», significasse «riconoscere, sia pure limitatamente al circoscritto settore alimentare, la risarcibilità del danno dovuto a mera perdita di *chance*, in deroga al comune modo di intendere la “ingiustizia del danno”».

⁶⁷ V., *retro*, le note 2, 6 e 53.

⁶⁸ Cass. civ., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Danno e resp.*, 2006, p. 855.

⁶⁹ Cass., Sez. lav., 10 giugno 2004, n. 11045, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 202.

⁷⁰ Cass., 28 gennaio 2005, n. 1752, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 207 s.

⁷¹ Cass., I Sez. civ., 28 settembre 2005, n. 18953, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 228.

⁷² App. Trieste, 25 novembre 1987, in *Dir. prat. ass.*, 1988, p. 535.

⁷³ Cass., III Sez. civ., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e resp.*, 1999, p. 534, con nota di U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*.



dilettante⁷⁴ che, a causa di un incidente o di un negligente controllo sanitario, perdono la possibilità di svolgere una futura attività lavorativa, i danni patiti da un corridore automobilistico⁷⁵ o da un revisore dei conti⁷⁶ per l'illegittima esclusione dalle competizioni sportive o per l'erroneo protesto di un assegno, la perdita opportunità di partecipare ad un concorso a causa della mancata consegna del telegramma di convocazione⁷⁷, la seduzione con promessa di matrimonio (con particolare riguardo alle perdute opportunità di sposarsi)⁷⁸, gli interessi "pretensivi" del cittadino che sono stati lesi da comportamenti illegittimi della Pubblica Amministrazione⁷⁹, ecc.

La codificazione del danno da perdita di *chance* all'interno di un modello «a potere "legislativo" diffuso»⁸⁰ dimostra come la giurisprudenza civile e quella amministrativa abbiano ormai superato le incomprensioni dell'originario orientamento gius-lavorista che, esauendo il danno da perdita di *chance* nel problema della causalità esistente tra la condotta e l'evento "finale", ovvero nella sua componente «esplicativa»⁸¹ o «eziologica»⁸², ne subordinava la risarcibilità alla prova che il «risultato positivo» potesse essere conseguito con una probabilità «superiore al 50%»⁸³, senza peraltro disporre (come coerentemente avviene nel modello *all-or-nothing*) la riparazione dell'intero pregiudizio. Il risarcimento delle *chances* perdute richiede non percentuali probabilistiche particolarmente elevate, né, tanto meno, la sussistenza di una "soglia minima"⁸⁴, ma l'esistenza di «una buona (o non trascurabile)»⁸⁵ possibilità di esito favorevole, rilevando la misura di queste in ordine al diverso profilo dell'entità del danno⁸⁶. La perdita di *chance* va risarcita «tutte le volte in cui l'attore può dimostrare fatti costitutivi da cui dedurre che le probabilità favorevoli sono maggiori di zero e il convenuto non riesce a provare fatti impeditivi che avrebbero comunque escluso la rea-

⁷⁴ Trib. Roma, 28 ottobre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, p. 658 ss.

⁷⁵ Trib. Monza, 21 febbraio 1992, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 859 ss.

⁷⁶ App. Roma, Sez. III, 17 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 640 ss., con nota di G. NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*.

⁷⁷ Successivamente alla sentenza della Corte cost., 20 giugno 2002, n. 254, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2209, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 6 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, «nella parte in cui dispone che l'Amministrazione ed i concessionari del servizio telegrafico non incontrano alcuna responsabilità per il mancato recapito del telegramma», Trib. Reggio Calabria, Sez. II, 11 ottobre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 165 ss., con la nota di G. PONZANELLI, *La quantificazione del danno da perdita di chance per telegramma spedito, ma non consegnato*. Sulla questione, già Trib. Termini Imerese, 10 maggio 1999, in *Giur. it.*, 1999, p. 2075.

⁷⁸ Per una critica di tale giurisprudenza v., tuttavia, V. CARBONE, *La seduzione con promessa di matrimonio non è perdita di chance*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1144 ss., e M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., pp. 87-90.

⁷⁹ Oltre alle sentenze citate nel § successivo, cfr., ad es., T.A.R. Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, T.A.R. Toscana, 21 ottobre 1999, n. 766, in *Foro it.*, 2000, III, cc. 227 s., 2340 s., e Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1417 ss.

⁸⁰ Cfr. A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 359.

⁸¹ G. MARI, *Responsabilità per perdita di chance e domanda di risarcimento in forma specifica implicita nella domanda di annullamento dell'affidamento a trattativa privata di un servizio*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1423, in critica a Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2002, n. 686.

⁸² Pret. Ascoli Piceno, 23 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1838.

⁸³ Ad es., Cass., Sez. lav., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, p. 212. Criticamente, già P.G. MONATERI, *Fattispecie di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 364.

⁸⁴ Cass. civ., 27 marzo 2014, n. 7195, in *Corriere giur.*, 2014, p. 1077, con il commento di M. BONA, *Causalità da perdita di chance e "lost years": nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*.

⁸⁵ Così Cass., Sez. lav., 25 agosto 2017, n. 20408, in *Danno e resp.*, 2018, p. 336, con nota di M. MESSINA, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*.

⁸⁶ Cass. civ., 27 marzo 2014, n. 7195, cit., p. 1077 ss. In dottrina, già C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 330; A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1181.



lizzazione della “*chance*”⁸⁷. La Cassazione ha confermato, infine, il definitivo rigetto della tesi che ha tentato di qualificare il danno da perdita di *chance* quale preteso “lucro cessante”⁸⁸, alla quale la nostra giurisprudenza prevalente non ha mai aderito⁸⁹, avendola considerata destituita di ogni fondamento.

4. Sulla scia dell’indirizzo «epocale»⁹⁰ inaugurato dalle Sezioni unite con la sentenza n. 500 del 1999⁹¹, il danno da perdita di *chance* assume un inedito rilievo anche nel risarcimento della “ingiusta” lesione degli interessi legittimi pretensivi. Nel caso di illegittimo diniego del provvedimento richiesto o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, la Cassazione ribadisce che la perdita di *chance*, «come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene non è una mera aspettativa di fatto, ma un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione»⁹². La quale costituisce «normalmente l’effetto immediato ed evidente della lesione dell’interesse pretensivo del soggetto ad acquisire posizioni soggettive abilitanti o, comunque, ammissive di status e capacità»⁹³.

Così, in tema di procedure di aggiudicazione di pubblici appalti, il Consiglio di Stato dispone che occorre distinguere «la fattispecie in cui il ricorrente riesce a dimostrare che, in mancanza dell’adozione del provvedimento illegittimo, avrebbe vinto la gara (ad esempio perché, se non fosse stato indebitamente escluso, sarebbe stata selezionata la sua offerta) dai casi in cui non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l’esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata»⁹⁴. La dimostrazione della spettanza dell’appalto all’impresa danneggiata risulta configurabile soltanto allorché il criterio di aggiudicazione si basi su «parametri vincolati e matematici» (ad es., come nel caso del massimo ribasso in un pubblico incanto), mentre «si rivela impossibile là dove la selezione del contraente viene operata sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell’offerta (come nel caso dell’offerta economicamente più vantaggiosa)»⁹⁵. In tali ipotesi, non essendovi «agevole rinnovabilità»⁹⁶ delle attività amministrative o delle operazioni di gara, il danno vantabile nei confronti dell’amministrazione «deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di *chance*, quale perdita, definitiva, di un’occasione favorevole di cui il soggetto danneggiato si sarebbe avvalso con ragionevole certezza, ossia nella elisione di un bene, giuridicamente ed economicamente rilevante, già esistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell’evento dannoso, il cui valore, però, è dato dalle sue utilità future, ovvero dalla sua idoneità strumentale a far sorgere in capo al *dominus* dello stesso una data e specifica situazione di vantaggio»⁹⁷. Quando il ricorrente allega la sola perdita di

⁸⁷ A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una “chance”*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 237.

⁸⁸ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 47. *Contra*, da ultimo, M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., p. 676.

⁸⁹ V., tuttavia, Cass. civ., 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, c. 534; Cass. civ., 10 aprile 2015, n. 7193, in *Danno e resp.*, 2015, p. p. 853

⁹⁰ Cfr. A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 356.

⁹¹ Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2271.

⁹² Cass., Sez. III, 29 marzo 2006, n. 7228, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 213.

⁹³ Cass., Sez. III, 29 marzo 2006, n. 7228, cit., p. 213.

⁹⁴ Cons. Stato, 22 giugno 2004, n. 278, in D. CHINDEMI, *op. ult. cit.*, p. 220.

⁹⁵ Cons. Stato, 22 giugno 2004, n. 278, cit., p. 220.

⁹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Responsabilità civile (Responsabilità della p.a.)*, p. 2037, n. 400, anche in *Urban. e appalti*, 2006, p. 1355 s.

⁹⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, cit., p. 2037, n. 400.



chance a sostegno della pretesa risarcitoria, la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura⁹⁸. La decurtazione deve essere effettuata prendendo in considerazione tutti gli indici significativi delle potenzialità di successo del ricorrente, quali, ad esempio, il numero dei concorrenti, la graduatoria eventualmente stilata, il contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata, ecc.

Anche nel decidere in tema di illegittimo affidamento di un servizio mediante trattativa privata al di fuori dei casi consentiti dalla legge e, più in generale, in riferimento ad ogni ipotesi nella quale ad un soggetto è stata preclusa la partecipazione ad una gara o concorso, «sicché non è possibile dimostrare, *ex post*, né la certezza della vittoria, né la certezza della non vittoria», il Consiglio di Stato ha precisato che «la situazione soggettiva tutelabile è la *chance*, cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole»⁹⁹. Il risarcimento della perdita di *chance* potrebbe avvenire, sia in forma specifica, attraverso la «riammissione in gara del concorrente escluso» o la «ripetizione della procedura», sia «per equivalente», mediante la quantificazione «con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara o concorso»¹⁰⁰. In astratto «sarebbe perseguibile la strada di ipotizzare in via di medie e presunzioni quale sarebbe stato il numero presumibile di partecipanti alla gara, se gara vi fosse stata (sulla base dei dati relativi a gare similari indette dal medesimo ente), e di dividere l'utile d'impresa (quantificato in via forfetaria in misura pari al dieci per cento del prezzo base dell'appalto) per il numero presuntivo dei partecipanti: il quoziente costituisce la misura del danno risarcibile»¹⁰¹. Ma se è vero che la riparazione in forma specifica e il risarcimento per equivalente «costituiscono forme alternative di ristoro, di cui la prima, ove praticabile, di regola elimina l'area del danno da risarcire per equivalente, ovvero la riduce al solo danno emergente», l'annullamento dell'illegittima aggiudicazione e il rinnovo della gara, con la partecipazione dell'impresa ricorrente, costituiscono il «risarcimento in forma specifica della *chance* di successo»¹⁰². Tale rimedio può essere preferito rispetto al risarcimento per equivalente ogni qual volta vi sia «la possibilità pratica di rinnovo della gara», cioè quando l'appalto «non abbia già avuto integrale esecuzione, o non sia ad uno stadio talmente avanzato, ovvero non vi siano ragioni di urgenza tali che la indizione di una nuova gara si tradurrebbe in un costo eccessivo per la stazione appaltante»¹⁰³.

Il danno da perdita di *chances* che consegue alla lesione di interessi legittimi pretensivi concerne situazioni giuridiche che, sicuramente, non è possibile configurare in termini di diritto soggettivo, concretandosi in «istanze di sviluppo della sfera [...] personale e patrimoniale del soggetto»¹⁰⁴ che vengono frustrate dalla mancata possibilità di ottenere un provvedimento favorevole, a seguito di una condotta illegittima della pubblica amministrazione. La risarcibilità di utilità che non possono essere considerate “già” acquisite alla sfera del pretendente (come, ad es., gli interessi “oppositivi”), ma che consistono in posizioni giuridicamente definibili in termini di “oggettivo affidamento” circa la conclusione positiva

⁹⁸ Cons. Stato, 22 giugno 2004, n. 278, cit., p. 220.

⁹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1418 s.

¹⁰⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, cit., p. 1419.

¹⁰¹ Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, cit., p. 1419.

¹⁰² Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, cit., p. 1419.

¹⁰³ Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, cit., p. 1419.

¹⁰⁴ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2265.



di un procedimento concorsuale¹⁰⁵, dà la misura del recente ampliamento della nozione di danno ingiusto e del definitivo abbandono di una teorica fondata sulla lesione dei soli “diritti” formalmente costituiti. La risarcibilità di ogni interesse meritevole di tutela da parte dell’ordinamento, da un lato, ridimensiona il significato del collegamento al “bene della vita”¹⁰⁶, dall’altro, sembra escludere dall’area del danno risarcibile soltanto quegli interessi legittimi «definiti meramente “procedimentali”»¹⁰⁷. A differenza di quanto si potrebbe arguire dalla definizione di questa inedita categoria, individuabile attraverso un procedimento per esclusione rispetto all’esistenza di un “qualsiasi” interesse sostanziale giuridicamente rilevante, sarebbero da comprendere nella sfera di risarcibilità del danno ingiusto anche quelle posizioni soggettive del privato che consistono nel mero «interesse a partecipare alla gara», le quali rilevano «sotto il profilo giuridico come lesione della *chance* di divenire aggiudicatario della gara, e, quindi, come perdita della possibilità di conseguire un vantaggio»¹⁰⁸. La lesione di qualsiasi interesse (legittimo) si colora d’“ingiustizia” nella misura in cui rappresenta la violazione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante¹⁰⁹. Negare il risarcimento di tale danno sulla base della considerazione che la *chance* integrerebbe un «mero interesse di fatto»¹¹⁰ significa fondare il ragionamento su un «errore di fondo»¹¹¹, consistente nel «non considerare la *chance* come un bene già presente nel patrimonio del ricorrente, strumentale al conseguimento del risultato finale, ma da esso distinto»¹¹².

In tal senso, anche se si vuol continuare a considerare come delittuale la responsabilità della pubblica amministrazione nei confronti del privato, «una “ragionevole probabilità” viene ritenuta sufficiente al fine di considerare verificatosi il danno»¹¹³ ed a legittimarne il risarcimento.

Il problema della risarcibilità del danno da perdita di *chance* in questo settore può trovare, però, una soluzione totalmente svincolata dal problema dell’ingiustizia del danno¹¹⁴, se si accede all’opinione secondo la quale «la responsabilità della pubblica amministrazione sia di natura contrattuale, naturalmente nel senso di responsabilità da violazione di un rapporto obbligatorio, in questo caso costituito di soli obblighi di protezione»¹¹⁵. A questa costruzione aderiscono sia il Consiglio di Stato¹¹⁶, sia la stessa Cassazione, là dove afferma che, soprattutto a seguito delle riforme legislative che hanno esteso la cognizione dei T.A.R. a «tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri *diritti patrimoniali consequenziali*» (art. 35 d.lgs. n. 80 del

¹⁰⁵ In questi termini, A. DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corriere giur.*, 2000, p. 394.

¹⁰⁶ Così, C. CASTRONOVO, *L’interesse legittimo varca le frontiere della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1221 ss., in riferimento a Cass., Sez. Un., n. 500 del 1999.

¹⁰⁷ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 395.

¹⁰⁸ G. MARI, *Responsabilità*, cit., p. 1423.

¹⁰⁹ Tale interpretazione sembra praticabile, sulla base delle considerazioni svolte da C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 1271.

¹¹⁰ Trib. amm. reg. Lombardia, sez. Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8, cit., c. 223.

¹¹¹ G. MARI, *op. cit.*, p. 1425.

¹¹² G. MARI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹³ G. MARI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁴ Lo rileva C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 97 s.

¹¹⁵ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 97.

¹¹⁶ Cons. Stato, 6 agosto 2001, n. 4239, cit. in C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 97, in nota 70.



1998, come modificato dall'art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205)¹¹⁷, «il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale»¹¹⁸. Rivelatosi l'art. 2043 c.c. «insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500/99/SU», l'inquadramento «degli obblighi procedurali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.), è proponibile, ove si voglia sperimentare un modello tecnico-giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa» che, «fra l'altro [...] rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e di contratti»¹¹⁹.

Il risarcimento del danno da perdita di *chance* conseguente alla lesione degli interessi legittimi troverebbe più idonea collocazione nell'ambito della responsabilità contrattuale, nell'area della figura di diritto giurisprudenziale ormai accreditata come obbligazione senza prestazione¹²⁰. Ricondata anche la responsabilità della pubblica amministrazione a tale modello, alla sfera della responsabilità delittuale resterebbero confinate soltanto le ipotesi, del tutto marginali e pressoché ignorate dalla giurisprudenza italiana, nelle quali la riparazione del danno da perdita di *chance* sia la conseguenza del fatto di un terzo che sia «completamente estraneo»¹²¹ alla preesistenza di una relazione giuridicamente rilevante.

5. Il settore nel quale la figura del danno da perdita di *chance* trova la sua più significativa verifica, sia per la quantità dei casi decisi, sia per la qualità degli scritti in materia, pur subendo le contestazioni più veementi, è quello della responsabilità sanitaria. Tale tendenza riguarda non soltanto il diritto francese¹²², nel quale tale problematica ha trovato le prime contrastate applicazioni, ma anche quegli ordinamenti di *civil law* (tra i quali v'è quello italiano) e di *common law*¹²³ che direttamente o implicitamente sono stati influenzati dall'acceso dibattito che ha connotato l'esperienza d'oltralpe.

Proprio l'esperienza italiana si è caratterizzata – almeno fino alla recente riforma che ha ricollocato in ambito extracontrattuale la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che non «abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, comma 3, l. n. 24 del 2017) – per aver qualificato la responsabilità sanitaria all'interno della problematica dell'inadempimento contrattuale¹²⁴ e, soprattutto, per aver saputo individuare, sulla base di una ben nota decisione delle Sezioni Unite¹²⁵, una disciplina sostanziale e processuale dell'oggetto e dell'onere della prova che ha superato le tradizionali credenze fondate sulla rigida partizione tra obbligazioni cc.dd. “di mezzi” e “di risultato”.

¹¹⁷ Il riferimento ai “diritti consequenziali” non sfugge a Cass., I Sez. civ., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Danno e resp.*, 2003, p. 593 s.

¹¹⁸ Cass., I Sez. civ., 10 gennaio 2003, n. 157, cit., p. 588.

¹¹⁹ Cass., I Sez. civ., 10 gennaio 2003, n. 157, cit., p. 588.

¹²⁰ Testualmente, C. CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*

¹²¹ Cfr. Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3526.

¹²² Sul punto, si rinvia a M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., pp. 167-247.

¹²³ V., *retro*, il § 2.

¹²⁴ Il *leading case* è Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 448 s.

¹²⁵ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565 ss.



Un distinto, più arduo problema concerne il rapporto di causalità, poiché, nella maggior parte dei casi decisi dai giudici, si è in presenza di una comprovata negligenza del medico, ma ciò che difetta è la prova che tale condotta sia stata la causa dell'evento dannoso subito dal paziente. La declamata "certezza" del nesso di condizionamento ha costituito, nell'ambito del diritto civile, una categoria astratta e rigida che ontologicamente confliggeva con l'incertezza costante che da sempre ha caratterizzato gli itinerari della scienza medica. La questione della c.d. "causalità materiale", come poche altre, ha assunto un rilievo interdisciplinare ed è assurda a terreno esemplare di confronto e di scontro tra le teorie che sono state elaborate dalla scienza penalista e quelle, non sempre corrispondenti, che sono state pensate dalla dogmatica civilista¹²⁶. Questo confronto, già complesso e, per molti versi, demistificante, trova poi ulteriori inediti svolgimenti in riferimento ai peculiari rapporti che caratterizzano, nei singoli ordinamenti, il valore e l'operatività del giudicato – e, più in generale, del processo – penale rispetto a quello civile. L'esperienza italiana presenta caratteristiche del tutto singolari rispetto al diritto francese. Mentre oltralpe il problema è stato esaminato in un contesto essenzialmente civilistico, «nel nostro ordinamento sono i giudici penali ad aver affrontato la questione [...], mentre la giurisprudenza civile è rimasta quasi sempre assente o, quando si è occupata specificamente del tema, attestata generalmente su posizioni estremamente tradizionali»¹²⁷.

Un'autorevole dottrina francese¹²⁸ ha negato, fin dall'inizio, che il danno da perdita di *chance* di guarigione o di sopravvivenza – a differenza di tutte le altre ipotesi "tradizionali" di perdita di *chance* – fosse risarcibile poiché, quando interviene la decisione del giudice, la *chance* sarebbe stata *courue*, essendo il paziente già defunto o invalido. Le Corti valuterebbero *chances* di guarigione o di sopravvivenza che si collocano «nel passato»¹²⁹, creando confusione tra «la riparazione retrospettiva della perdita di una possibilità passata e incerta di causare il danno e il risarcimento di una *chance* perduta per l'avvenire»¹³⁰. In proposito, però, si è opportunamente rilevato che, ai fini della valutazione delle *chances* perdute, sia necessario situarsi non al tempo della decisione del giudice, bensì «al momento della condotta colposa»¹³¹. In quell'istante il paziente aveva tutte le sue *chances*¹³², una parte delle quali sono state, poi, irrimediabilmente perdute proprio a "causa" della *faute*. Compito del giudice è quello di accertare se, in quel preciso momento, il paziente ha subito un danno (consistente nel decesso, nell'invalidità o nell'aver contratto una nuova malattia) che deve essere riparato integralmente, un pregiudizio da perdita di *chance* o, viceversa, nessuno di questi due tipi di danno, non potendo essi essere imputati alla condotta colposa del professionista sulla base di rapporti di causalità autonomi e distinti. Se si prendono in considerazione le unità temporali che immediatamente precedono e che succedono all'intervento della condotta colposa causale, le ipotesi riconducibili alla responsabilità medica appaiono analoghe a quelle "classiche". La perdita delle *chances* di guarigione o di sopravvivenza rappresenta comunque

¹²⁶ In argomento, R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 151 ss.

¹²⁷ Anche se prima del *revirement* della Cassazione penale, V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, cit., p. 44.

¹²⁸ R. SAVATIER, *Observations* a Cass. civ., 14 décembre 1965 e ad App. Paris, 10 mars 1966, in *Sem. jur.*, 1966, II, *Jur.*, 14753.

¹²⁹ R. SAVATIER, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁰ R. SAVATIER, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Chron.*, p. 123.

¹³¹ F. CHABAS, *Observations* a Cass. crim., 9 janvier 1979, in *Sem. jur.*, 1980, II, *Jur.*, 19272, *sub* II A 2°; conf. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, 1983, p. 37.

¹³² G. DURRY, *Faute médicale et perte de chances de survie*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 409.



«un capo autonomo di danno, con cui si fa riferimento alla perdita attuale di un miglioramento futuro e possibile»¹³³.

La Suprema Corte d'oltralpe seguirà, fin dalla prima sentenza in materia¹³⁴, implicitamente questo orientamento, senza conoscere effettive soluzioni di continuità¹³⁵, nonostante la dottrina francese¹³⁶ e quella italiana¹³⁷ tenteranno di ravvisare pretesi *revirements*. Come rileverà uno dei più acuti critici della figura del danno da perdita di *chance* in ambito medico, «contrariamente a ciò che, all'epoca, si affermò con maggiore [...] o con minore [...] prudenza, la Prima sezione civile, nel rendere la decisione del 17 novembre 1982 non ha in alcun modo operato un *revirement* di giurisprudenza. La sentenza dell'8 gennaio 1985 e la sua motivazione lo dimostrano con evidenza; e, sulla base di una comparazione tra le due decisioni, una nuova analisi della sentenza [...] dimostra che tutti i commentatori si sono sbagliati sul suo effettivo significato»¹³⁸.

La dottrina e la giurisprudenza italiane, invece, piuttosto che riflettere sull'evoluzione unanime delle Corti francesi, hanno seguito per molti decenni un itinerario del tutto diverso. Posta innanzi all'alternativa *all-or-nothing*, in assenza della prova certa del nesso di causalità tra il fatto del professionista e l'evento dannoso, la Cassazione penale, sulla scia del caso Melis¹³⁹, ha ritenuto sufficiente per condannare questi per omicidio o lesioni colpose il solo trenta per cento¹⁴⁰ delle probabilità di sopravvivenza o di guarigione sottratte al paziente per colpa del medico. Fino ai successivi *revirements*, la nostra giurisprudenza penale ripeterà, in maniera monotona, che «nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta si possa sostituire quello della probabilità di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli), nel senso che il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza quanto soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata»¹⁴¹. In tal modo la giurisprudenza penale, introducendo nella nostra esperienza quel dibattito che, in qualche modo, aveva già caratterizzato il diritto anglo-sassone, ha impropriamente utilizzato il termine *chance* per presumere, sulla base di un criterio probabilistico di tipo quantitativo, l'esistenza di un rapporto di causalità (che non era provato con scientifica certezza), accontentandosi di «serie», «notevoli», «apprezzabili», quando non addirittura «poche probabilità»¹⁴², al fine di condannare il medico al reato ascrittogli.

¹³³ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di Dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 283.

¹³⁴ Cass. civ., 14 décembre 1965, cit., 14753, che segue App. Grenoble, 24 octobre 1961, cit., p. 334 s.

¹³⁵ Per una ricostruzione di tale orientamento, M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., pp. 167-247.

¹³⁶ Ad es., A. DORSNER DOLIVET, *Note a Cass.*, I Ch., 17 novembre 1982, in *Rec. Dalloz*, 1984, *Jur.*, p. 305 ss.; J. PENNEAU, *Observations, in*, 1983, *Inf. rap.*, p. 380.

¹³⁷ A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., p. 315 s.

¹³⁸ J. PENNEAU, *Note a Cass.*, I Ch. civ., 8 janvier et 27 mars 1985, in *Rec. Dalloz*, 1986, *Jur.*, p. 391.

¹³⁹ Cass. pen., Sez. IV, 7 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1986, II, c. 351.

¹⁴⁰ Ad es., Cass. pen., Sez. IV, 17 gennaio 1992, n. 371, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 361 ss., e in *Foro it.*, 1992, II, c. 363, secondo la quale «sussiste sempre il rapporto di causalità tra la colposa omissione di diagnosi da parte del medico e la morte del paziente, anche qualora l'esatta e tempestiva opera del sanitario avrebbe potuto evitare l'evento non già con certezza o elevate probabilità, ma solo con probabilità apprezzabili nella misura del trenta per cento».

¹⁴¹ Cass. pen., Sez. IV, 7 gennaio 1983, cit., c. 355.

¹⁴² Più approfondite indicazioni sull'indirizzo c.d. "lassista" della giurisprudenza italiana sono in M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., pp. 248-267.



Tale indirizzo, tuttavia, a seguito delle fondate critiche mosse dalla dottrina civile e penale, ha subito, oggi, un completo ribaltamento. Da un lato, era stata evidenziata l'illogicità della «strana regola del *ciò che accade nel minor numero dei casi*»¹⁴³, che avrebbe sostituito, paradossalmente, nel campo medico, l'opposto broccardo *id quod plerumque accidit*. Dall'altro si era rilevata l'erronea applicazione della teoria dell'aumento del rischio ai reati omissivi impropri, che aveva trasformato, *contra legem*¹⁴⁴, tali delitti in reati di mera condotta o di pericolo, «nei quali l'evento lesivo (e dunque il nesso causale con esso) non costituirebbe un elemento essenziale, bensì solo una condizione obiettiva di punibilità»¹⁴⁵. Ciò, in violazione del «principio di materialità del reato previsto (oltre che dall'art. 25, 2° comma, Cost., anche) dall'art. 27, 1° comma, Cost.»¹⁴⁶. Rimaneva il dubbio che la Cassazione, lungi dal voler ricostruire il nesso eziologico in termini di «probabilità», avesse inteso «costruire un rapporto causale sul poco «probabile», vale a dire su basi «possibilistiche»»¹⁴⁷. La «scarsa probabilità (cioè la grande improbabilità) di rapporto causale» avrebbe dovuto senz'altro condurre «all'assoluzione del medico nel processo penale», mentre «la pur subita perdita di *chances*, da parte del paziente», avrebbe dovuto rilevare soltanto sul piano civile, «come autonoma e separata voce di danno»¹⁴⁸.

Nel riconoscere la risarcibilità del danno da perdita di *chance* nel campo medico¹⁴⁹, la Cassazione civile ha assunto una posizione coerente nei confronti dell'orientamento elaborato dalle Sezioni Unite penali in tema d'accertamento del rapporto di causalità¹⁵⁰. Non può essere condiviso, quindi, il parere di chi, al contrario, aveva ravvisato un preteso «contrasto tra le sezioni civili e penali della Suprema corte»¹⁵¹, identificando ancora una volta la tematica del «danno» da perdita di *chance* nel diverso problema della causalità intercorrente tra la condotta colposa e l'evento c.d. finale. È difficilmente controvertibile che gli artt. 40 e 41 c.p. disciplinino un rapporto di causalità che è unitario sia per il diritto civile sia per quello penale. Tale conclusione è stata confermata dalle Sezioni Unite civili: nel giudicare come «non decisive» le argomentazioni poste a fondamento dell'orientamento che intendeva separare i concetti di causalità in sede penale e civile, la Suprema Corte dispone che, fatte salve le differenti regole probatorie le quali, stante la diversità dei valori in gioco, informano il processo civile e quello penale, «i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. [...], in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico»¹⁵². Ma le abusive espressioni «causalità

¹⁴³ G. GIANNINI, *La questione del nesso causale, la Suprema Corte e la strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 367 (il corsivo è dell'A.).

¹⁴⁴ Per tutti, G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. it.*, IV ed., *Disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 128; L. RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 1986, II, c. 352.

¹⁴⁵ V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, cit., p. 45, in nt. 82, ove aderisce al pensiero di A. CRESPI, voce *Medico chirurgo*, in *Dig. it.*, IV ed., *Disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 597 ss.

¹⁴⁶ I. GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 366.

¹⁴⁷ L. RENDA, *Sull'accertamento*, cit., c. 352.

¹⁴⁸ E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso causale e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 846.

¹⁴⁹ Così, Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 45 ss.

¹⁵⁰ Cass., Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 ss.

¹⁵¹ M. ROSSETTI, *Allargati ancora i confini della responsabilità del medico. Ma è contrasto tra le sezioni civili e penali della Suprema corte*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 14, p. 35 ss.

¹⁵² Cass., Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Altalex*, n. 2253 del 13 settembre 2008, p. 12 s., che non accoglie, sul punto, la tesi proposta da Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corriere giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.



materiale», o «di fatto», e «causalità giuridica» paiono improprie, sia perché il diritto qualifica in termini giuridici qualsiasi fatto, non esistendo un fatto giuridicamente “indifferente”, sia perché il vero e proprio nesso di condizionamento lega soltanto la condotta all’evento, mentre la disciplina di cui agli artt. 1223 ss. c.c. collega «non la condotta all’evento, ma l’evento/inadempimento ai danni/conseguenza»¹⁵³. Per esplicita ammissione della stessa Cassazione, la pretesa “causalità giuridica”, «presupponendo già risolto il problema dell’imputazione – e quindi già accertata l’esistenza della responsabilità –, si preoccupa soltanto di determinare l’estensione della stessa, risolvendo [...] un problema che non è più di causalità, ma di ammontare del danno risarcibile»¹⁵⁴. Così, il risarcimento del danno da perdita di *chance* non rappresenta una riprova del differente nesso causale sussistente in sede civile o penale, se s’intende correttamente tale nozione come un’autonoma figura di danno, e non come una manifestazione del nesso di causalità “probabilistico” o “possibilistico” esistente soltanto in materia civile.

Su questo punto concorda un’ulteriore significativa sentenza della Cassazione¹⁵⁵, la quale supera implicitamente quella tesi, invero già ribaltata dalle Sezioni Unite¹⁵⁶, che aveva tentato di graduare, in una «serie discendente» unitaria, la probabilità (“relativa” o “variabile”) dalla possibilità, riferendo la prima al rapporto causale “probabilistico” con l’evento dannoso c.d. finale (che riguarderebbe il solo diritto civile), e la seconda al danno da perdita di *chance*¹⁵⁷. Secondo la Suprema corte, invece, distinta l’ipotesi in cui l’attore sia in grado di provare, secondo gli orientamenti delineati dalle Sezioni Unite civili e penali, il rapporto eziologico tra la condotta e l’evento c.d. finale, il danno da perdita di *chance* è risarcibile ogni qual volta «sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell’esistenza di una *chance* di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica», indipendentemente «dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della *chance* avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione»¹⁵⁸. La idoneità della *chance* «a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione» rileva «soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno»¹⁵⁹. Probabilità e possibilità stanno ad indicare la differente consistenza numerica delle *chances* perdute, «posto che nel primo caso il valore della *chance* è certamente maggiore che nel secondo e, quindi, lo è il danno per la sua perdita»¹⁶⁰. Il rapporto causale collega alla condotta colposa ora il pregiudizio consistente nell’invalidità, nel decesso o nel mancato miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente, ora il danno, qualitativamente diverso, risultante dalla quantità delle *chances* che si stimino essere state effettivamente perdute.

Com’era logicamente prevedibile, anche la giurisprudenza italiana doveva conoscere quella divaricazione che, ancor prima della sentenza della Cassazione del 1981¹⁶¹, ha carat-

¹⁵³ Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., p. 39.

¹⁵⁴ Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., p. 39.

¹⁵⁵ Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Diritto e giur.*, 2008, p. 581 ss. (da qui le ulteriori cit.), anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 293 ss., con il commento di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*.

¹⁵⁶ Cass., Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., p. 12 s.

¹⁵⁷ Cass., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., p. 41 s.

¹⁵⁸ Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, cit., p. 604.

¹⁵⁹ Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, cit., p. 604.

¹⁶⁰ Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, cit., p. 604.

¹⁶¹ Cass., I Ch. civ., 24 mars 1981, in *Rec. Dalloz*, 1981, *Jur.*, p. 545 s. Tale decisione, tuttavia, rappresenta il punto d’arrivo di un lungo itinerario, sul quale si rinvia a M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., p. 188 ss.



terizzato l'esperienza francese in ordine ai rapporti tra il giudicato penale e quello civile. E ciò, a maggior ragione rispetto al diritto d'oltralpe, se si considera il principio d'autonomia fra il processo civile e quello penale che è stato introdotto in Italia dalla riforma del codice di procedura penale. In Francia, pur in presenza di una sentenza penale di assoluzione, il giudice civile ha, da molti lustri, l'obbligo di pronunziarsi, pena la cassazione¹⁶², sulla domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, poiché l'autorità della cosa giudicata penale ha operato, sul piano civile, soltanto nei limiti di precludere al giudice, successivamente adito, di poter condannare il convenuto al risarcimento integrale del danno consistente nell'invalidità o nel decesso. Non contemplando il diritto penale uno specifico reato di perdita delle *chances* di sopravvivenza o di guarigione¹⁶³, tale danno non può essere stato oggetto di decisione. L'accertamento del giudice penale riguarda il solo rapporto causale tra la *faute* e il decesso o l'invalidità, non il diverso nesso eziologico intercorrente tra la condotta e la perdita di *chance*, quale danno anch'esso "finale"¹⁶⁴, del tutto autonomo, distinto e specifico rispetto al primo.

Un logico corollario è che «la domanda per perdita di *chances* è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato» e, quindi, deve essere proposta, in quanto «domanda diversa», in maniera specifica¹⁶⁵. Soluzione, questa, anch'essa recepita dall'esperienza francese la quale, però, ammette che l'attore possa indicare le cifre complessive dei diversi danni (biologico, morale, patrimoniale), essendo «compito del giudice accertarne il fondamento e determinare, attraverso una valutazione sovrana, la frazione di questi danni corrispondente alla perdita delle *chances* di evitarli»¹⁶⁶.

Questa problematica si presenta anche nel diritto italiano. L'accertamento effettuato in sede penale ha ad oggetto la responsabilità del medico per il decesso o l'invalidità del paziente, dovendo il giudice decidere in ordine alla condanna dell'imputato ai reati colposi di omicidio o di lesioni. La sentenza d'assoluzione, pronunziata con qualsiasi formula processuale, non impedisce alla vittima o ai suoi aventi causa di poter agire in sede civile per poter richiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*. È probabile, tuttavia, che in un numero crescente di casi, la vittima o i suoi parenti potrebbero decidere di non costituirsi parte civile nell'ambito del giudizio penale¹⁶⁷, preferendo agire direttamente in sede civile per ottenere, sulla base del principio del "più probabile che non", il risarcimento integrale dei danni derivanti dal decesso o dall'invalidità o, in via graduata, la riparazione del danno da perdita di *chance*. E ciò, a seguito dell'orientamento che ammette il risarcimento dei danni biologico ed esistenziale, definiti quali danni dinamico-relazionali, nonché del danno morale¹⁶⁸ come lesioni di interessi costituzionalmente rilevanti, pur in assenza di una condotta che integri, in concreto o in astratto, gli elementi costitutivi di una fattispecie di reato.

¹⁶² Così, Cass., I Ch. civ., 24 mars 1981, in *Rec. Dalloz*, 1981, *Jur.*, p. 546.

¹⁶³ In questi termini, F. CHABAS, *Observations*, cit., 19272; e già, G. DURRY, *La perte de chances de survie imputable au médecin*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 361.

¹⁶⁴ M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 209 s.

¹⁶⁵ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 47.

¹⁶⁶ Cass., I Ch. civ., 8 juillet 1997, arrêt Rocq c. Chasseriau, in *Sem. jur.*, 1997, II, *Jur.*, 22921, p. 439.

¹⁶⁷ Lo afferma L. NOCCO, *Il "giudizio di alta probabilità logica" nell'accertamento del nesso causale: prime applicazioni*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1211.

¹⁶⁸ Cass., Sez. III, Ord., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 844 s.; Cass., Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno e resp.*, 2018, p. 463 ss.; Cass., Sez. III, 31 maggio 2018, n. 13770, *ivi*, 2018, p. 453 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*, così



La logica *all-or-nothing* pervade soprattutto il diritto penale. E ciò fu esattamente avvertito dalla giurisprudenza della Suprema Corte francese la quale decise, a seguito di un'importante sentenza della Cassazione belga¹⁶⁹, che il nesso di causalità tra la condotta e l'evento morte (o invalidità) non dovesse essere più accertato, anche ai fini della condanna penale, in termini meramente statistici e probabilistici, anche là dove la stima delle cc.dd. *chances* perdute poteva ammontare al 90%. Esigenze costituzionali di libertà, di dignità della persona e gli stessi principi di legalità, tassatività, tipicità delle fattispecie criminose e di personalità della responsabilità penale (artt. 25, comma. 2, e 27, comma 1, Cost.) hanno spinto, in Italia, le Sezioni Unite a ribaltare definitivamente la c.d. giurisprudenza del 30%¹⁷⁰ e a individuare nel giudizio di «probabilità logica» o di «alto o elevato grado di credibilità razionale»¹⁷¹ una soluzione equilibratamente garantista che consenta di coniugare la rara certezza scientifica che il rapporto causale assume nel campo medico con le finalità preventivo-repressive proprie del diritto penale.

6. In presenza di una dottrina¹⁷² e di una giurisprudenza¹⁷³ le quali hanno affermato con insistenza, in Italia, che la perdita di *chance* sia una «possibile fonte di responsabilità extracontrattuale»¹⁷⁴, ci si è chiesti se tale figura di danno abbia natura delittuale o contrattuale¹⁷⁵.

Il problema, invece, non ha interessato l'esperienza francese. E ciò, non tanto perché l'assenza del requisito dell'ingiustizia del danno (nel testo dell'art. 1382 - oggi 1240 - *Code civ.*) tenderebbe a parificare le ipotesi di responsabilità delittuale e contrattuale, quanto perché non sarebbe né possibile né corretto fornire una risposta astratta e generalizzata. Poiché la perdita di *chance* rappresenta un modello generale di danno, esso, come qualsiasi altro pregiudizio, sarà risarcibile sulla base delle regole della responsabilità contrattuale o delittuale secondo che sia causato, rispettivamente, da un inadempimento (e/o da un inesatto adempimento), di un rapporto obbligatorio derivante da un contratto o, più in generale, da una relazione «che preesiste alla responsabilità e di cui quest'ultima costituisce lo sviluppo patologico»¹⁷⁶, ovvero da un fatto illecito, in assenza di un previo obbligo contrattuale, di un «rapporto a contenuto determinato»¹⁷⁷ o di una «relazione giuridicamente rilevante»¹⁷⁸.

Nell'ambito della *faute* professionale, il risarcimento del danno da perdita di *chance* è disciplinato dalle regole della responsabilità contrattuale, almeno in quegli ordinamenti che qualificano in tal modo le attività poste in essere in adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti del cliente. Come sottolinea la nostra Cassazione, affinché possa sorgere una responsabilità aquiliana «in luogo dell'esclusiva responsabilità di natura contrattuale, occor-

come "emendano" Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, *ivi*, 2009, p. 19 ss.

¹⁶⁹ Cass. belge, II Ch. Civ., 23 settembre 1974, in *Sem. jur.*, 1976, II, *Jur.*, 18216.

¹⁷⁰ Per tutte, Cass., IV Sez. pen., 17 gennaio 1992, n. 371, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 361 ss.

¹⁷¹ Cass., Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, cit., c. 623.

¹⁷² Ad es., A.M. PACCES, *Alla ricerca*, cit., p. 659.

¹⁷³ Tra le tante decisioni, Trib. Roma, 28 ottobre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, p. 658.

¹⁷⁴ Così, Trib. Roma, 28 ottobre 1999, cit., p. 658.

¹⁷⁵ Su tale problema, ad es., T. TORRESI, *Il «danno da perdita di chance» tra contratto e torto: diritto all'integrità patrimoniale? Danno meramente patrimoniale?*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2073 ss.

¹⁷⁶ C. CASTRONOVO, *Le due specie*, cit., p. 70.

¹⁷⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Camerino-Napoli, 1984, p. 309 e *passim*.

¹⁷⁸ C. CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*



re che il fatto prospettato come generatore del danno sia completamente estraneo all'esecuzione della prestazione richiesta»¹⁷⁹. In ambito contrattuale, il danno da perdita di *chance* è risarcibile in quanto violazione di un dovere¹⁸⁰, quale conseguenza immediata e diretta (artt. 1223 c.c. e 1151 *Code civ.*) dell'inadempimento dell'obbligazione nei confronti del danneggiato-creditore, senza che assuma, in Germania, alcun rilievo la violazione del *Rechtsgut*, degli «altri diritti», delle «norme di protezione» (§ 823 BGB)¹⁸¹ o del buon costume (§ 826) e, in Italia, la valutazione in termini d'ingiustizia del danno (art. 2043 c.c.), nel senso della lesione di un «interesse giuridicamente rilevante»¹⁸². In presenza di un obbligo di prestazione, «che si tramuta in una obbligazione di risarcimento del danno [...] a seguito dell'inadempimento», il danno da perdita di *chance*, per essere risarcibile, «non abbisogna di un criterio che abbia la funzione di fornire giustificazione alla responsabilità»¹⁸³.

Rilevando, in tema di responsabilità contrattuale, in maniera esclusiva l'inadempimento, il nesso di causalità c.d. giuridica e la prevedibilità del pregiudizio, il risarcimento del danno da perdita di *chance* discende dalla mera «concatenazione causale»¹⁸⁴. Sul versante della responsabilità professionale e, più in generale, ogni qual volta la responsabilità sia qualificata come contrattuale, la risarcibilità delle *chances* perdute «non sembra rappresentare altro che l'applicazione dei principi generali sulla certezza del danno e sulla reintegrazione integrale dello stesso: se infatti di perdita di una possibilità si tratta, il danno non può che recuperare il valore economico della possibilità stessa»¹⁸⁵. In ambito contrattuale, il danno da perdita di *chance* è risarcibile quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 c.c.), prescindendo «assolutamente da ogni considerazione della posizione soggettiva che sorregge tale danno»¹⁸⁶.

Un'altra importante caratteristica del risarcimento del danno da perdita di *chance* in ambito contrattuale è che «non è onere del creditore insoddisfatto provare la negligenza del debitore come se quest'ultimo fosse l'autore di un illecito qualunque; al contrario, è il debitore che deve provare che l'inadempimento è dovuto a un impedimento che a sua volta non gli sia imputabile»¹⁸⁷. Tale soluzione ha trovato una significativa conferma nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, le quali hanno sancito che, in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione, per il risarcimento del danno o per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (contrattuale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere di provare il fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento¹⁸⁸. Anche nel caso in cui sia dedotto il solo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione dei doveri accessori, come quelli d'informazione, o per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando sul solo debitore l'onere di dimostrare

¹⁷⁹ Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3526.

¹⁸⁰ Lo precisa C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 72.

¹⁸¹ Cfr. C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, I e II, trad. it. di A. di Majo e M.R. Marella, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 567 ss., 793 ss.

¹⁸² È, questa, la definizione fornita da Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2270.

¹⁸³ C. CASTRONOVO, *Le due specie*, cit., p. 73.

¹⁸⁴ T. TORRESI, *op. cit.*, p. 2074.

¹⁸⁵ T. TORRESI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁶ T. TORRESI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁷ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pp. 73 e 74.

¹⁸⁸ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.



l'avvenuto, esatto adempimento¹⁸⁹. Tale regola, fondata sul «principio di riferibilità o di vicinanza della prova»¹⁹⁰, ha trovato una rigorosa applicazione anche in tema d'inesatta esecuzione della prestazione medica, da sempre considerata il prototipo dell'obbligazione di mezzi¹⁹¹ e del suo preteso regime probatorio. Prestata piena adesione ai principi espressi nella sentenza n. 13533 del 2001, le Sezioni Unite ritengono che il creditore debba limitarsi ad allegare un inadempimento «astrattamente efficiente alla produzione del danno» e che «competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno»¹⁹². In ordine all'interruzione del nesso di causa è del tutto irrilevante la prova della diligenza nell'adempimento, dovendo il debitore dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore e gravando su di lui «il rischio della causa ignota e non accertabile»¹⁹³. Malgrado questo orientamento rischi di essere revocato in dubbio da alcune decisioni della Terza Sezione civile¹⁹⁴ che, nell'ibridare improvvidamente il tema dell'inadempimento con la disciplina della responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.), ribaltano sul creditore l'onere di provare il rapporto di causalità c.d. materiale tra la condotta negligente e l'evento dannoso, è da ritenere che, a seguito della riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24 del 2017), e fin quando non interverrà una nuova sentenza delle Sezioni Unite che modificherà il suo precedente indirizzo, la citata disciplina riguardi comunque la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica o privata e del suo assicuratore, chiamato in giudizio dal paziente (o dai suoi aventi causa) sulla base dell'azione diretta prevista dall'art. 12.

Se si esamina la giurisprudenza italiana in tema di danno da perdita di *chance* si può verificare che, anche di là dalla materia della responsabilità professionale, che rappresenta in Francia come in Italia il terreno di elezione di tale forma di pregiudizio, la quasi totalità delle ipotesi decise è qualificata in termini di responsabilità contrattuale¹⁹⁵. E questo, anche in virtù di quel fenomeno di “contrattualizzazione” della responsabilità civile che si verifica ogni qual volta ci si trovi in presenza di esperienze giuridiche ispirate a modelli legali tipici in materia di illecito delittuale (come in Germania) o a soluzioni intermedie che si trovano ancora in una fase di sviluppo e transizione giurisprudenziale (come in Italia). Ciò non esclude che anche quei sistemi (quello francese, ad esempio) che pur assegnano alla responsabilità delittuale una maggiore ampiezza di confini, possano estendere il regime di responsabilità contrattuale attraverso obbligazioni determinate di *sécurité*¹⁹⁶, al fine di rafforzare, in

¹⁸⁹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1568.

¹⁹⁰ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., p. 1567.

¹⁹¹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925, pp. 538-541 (tra i tanti, J.-L. HALPÉRIN, *La naissance de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1183, in nota 78).

¹⁹² Cass., Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 791, annotata da G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

¹⁹³ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 366.

¹⁹⁴ Il *leading case* è Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?* Oltre alle ulteriori sentenze del 7 dicembre 2017, n. 29315 (Cass. civ., Sez. III), in *Pluris*, e del 15 febbraio 2018, n. 3704 (Cass. civ., Sez. III), *ivi*, molte altre decisioni assumono la forma dell'ordinanza: ad es., Cass., Sez. III, Ord., 13 luglio 2018, n. 18540, in *Pluris*; Cass., Sez. III, Ord., 19 luglio 2 n. 19204, *ivi*; Cass., Sez. III, Ord., 22 agosto 2018, n. 20905, *ivi*; Cass., Sez. III, Ord., 13 settembre 2018, n. 22278, *ivi*; Cass., Sez. III, Ord., 20 novembre 2018, n. 29853, in *De Jure*.

¹⁹⁵ Per la verifica di tale affermazione, si rinvia a M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., p. 40 ss. e *passim*.

¹⁹⁶ Cfr., ad es., Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, in *Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 81 ss.; P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1196 ss.; D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, *ivi*, 1997, II, p. 1202 ss.



specifici rapporti, la tutela del creditore-danneggiato esimendolo dalla prova della *faute*. La tendenza alla “contrattualizzazione” dei rapporti di diritto civile, che anche la giurisprudenza italiana oggi prospetta con convinzione, rappresenta una soluzione necessaria finché le corti rimarranno attestare su posizioni comunque incerte nell’interpretazione dell’“ingiustizia” del danno di cui all’art. 2043 c.c. Non è ancora chiaro come la giurisprudenza abbia inteso, in sede civile, il generico riferimento a «l’interesse ad un bene della vita»¹⁹⁷, contenuto nel *leading case* in materia, nel senso di escludere «soltanto gli interessi definiti meramente procedurali»¹⁹⁸, ovvero di reintrodurre, in sede di qualificazione dell’interesse protetto, una serie di distinguo che trovano fondamento nella teorica tradizionale delle situazioni soggettive. In tal senso non può non condividersi l’opinione di chi ha criticato¹⁹⁹ il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite poiché, se è vero che l’interesse (legittimo o) «giuridicamente rilevante»²⁰⁰ rappresenta una situazione soggettiva protetta dall’ordinamento, la sua sola lesione dovrebbe integrare il requisito dell’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c., senza che sia necessario aggiungere alcuna ultronea qualificazione. Richiedere un secondo giudizio di meritevolezza in relazione all’eventuale collegamento con un ulteriore interesse sostanziale significherebbe privare la lesione dell’interesse (legittimo o) «giuridicamente rilevante» di ogni specifico significato in ordine al giudizio di responsabilità.

Se si muove da una concezione che declama sia l’atipicità dell’illecito delittuale sia la struttura dell’art. 2043 c.c. in termini di «norma primaria», di «clausola generale»²⁰¹ aperta «in consonanza al principio solidaristico»²⁰², è necessario che la giurisprudenza si abitui, in relazione ai singoli casi decisi, a individuare gli interessi meritevoli di protezione, superando, anche a livello culturale, la dogmatica dei diritti soggettivi. Come affermano le stesse Sezioni Unite, il giudice, nell’accertare l’interesse meritevole di tutela del danneggiato, deve rivolgere la sua opera di «comparazione e valutazione» non soltanto a «disposizioni specifiche (risolvendo così in radice il conflitto [...])», ma anche a quegli interessi che il diritto prende «comunque» in considerazione «sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così un’esigenza di protezione»²⁰³.

È ancora presto per verificare un orientamento attendibile della giurisprudenza di legittimità, soprattutto sul tema della pretesa “tipicità” degli illeciti non patrimoniali e sulla sua capacità di mutare prospettiva nell’interpretazione e nell’applicazione dei principi enunciati nella sentenza n. 500/99 delle Sezioni Unite. Se le Corti non riusciranno in questa opera di rielaborazione del sistema di responsabilità delittuale, il cammino intrapreso dall’esperienza italiana non potrà non essere analogo a quello del diritto tedesco, che ha «avuto come ponte la categoria degli obblighi di protezione, immaginati ad integrare l’obbligo di prestazione in una struttura allargata del rapporto obbligatorio nella quale trovava e trova tuttavia rilevanza, oltre all’interesse alla prestazione anche quello alla tutela degli interessi altri che costituiscono la sfera giuridica, peraltro non solo del creditore ma reciprocamente anche del debitore, quando risultino violati nell’attuazione del rapporto stesso»²⁰⁴. La teoria degli obblighi di protezione e lo stesso contratto con effetti protettivi per terzi non rappresentano un patrimonio esclusivo di un ordinamento, come quello germani-

¹⁹⁷ Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2265.

¹⁹⁸ A. DI MAJO, *Danno ingiusto*, cit., p. 395.

¹⁹⁹ C. CASTRONOVO, *L’interesse legittimo*, cit., p. 1271.

²⁰⁰ Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2270.

²⁰¹ In questi termini, Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2270.

²⁰² Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Corriere giur.*, 2003, p. 593.

²⁰³ Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., pp. 2270 e 2271.

²⁰⁴ Lo ricorda C. CASTRONOVO, *Le due specie*, cit., p. 78.



co, che, ispirato ad una disciplina «complessa e insufficiente»²⁰⁵ in tema di responsabilità delittuale, ha introdotto, attraverso l'opera mediatrice della giurisprudenza, tutele ulteriori e più efficienti rispetto a quelle originariamente contemplate dal legislatore. Il fenomeno, sia pur limitato, della *stipulation pour autrui tacite* (o *implicite*)²⁰⁶ e, soprattutto, l'espansione della categoria delle obbligazioni di *sécurité*, in un paese (come la Francia) che potrebbe riparare in via delittuale (e sulla base delle regole di responsabilità oggettiva elaborate *ex art. 1384*, comma 1, oggi *art. 1242*)²⁰⁷ qualsiasi danno che non rappresenti la lesione di un interesse illecito o immorale, pongono in evidenza una tendenza del diritto europeo all'ampliamento del rapporto obbligatorio, che è stata avvertita in vari ordinamenti ed «è rimasta a farne parte»²⁰⁸.

7. Il danno da perdita di *chance* assume natura delittuale qualora sia causato dal fatto illecito del terzo al di fuori di una relazione giuridicamente rilevante. Tra le ipotesi più frequenti nell'esperienza d'oltralpe, ma poco conosciute dalle Corti italiane, vi sono quelle nelle quali la condotta colposa del terzo impedisce alla vittima di poter sostenere una prova (esame, concorso, provino, ecc.), di partecipare ad una competizione sportiva, di stipulare un contratto economicamente vantaggioso, ecc.²⁰⁹. Oltre a questi casi, il diritto francese ha conosciuto molteplici altre ipotesi: il danno subito dalla banca che ha pagato un assegno senza la relativa copertura di provvista e che chiede il risarcimento al terzo che con la sua colpa ha provocato la morte del cliente²¹⁰; il danno patito dalla fanciulla che, a seguito di un fatto di un terzo, non potrà più divenire hostess di volo²¹¹; il pregiudizio sofferto dai danneggiati *par ricochet* che, per effetto della morte della *victime immédiate* causata da un terzo, non potranno più beneficiare di un futuro sostegno economico²¹², ecc.

Per quanto, nel settore della responsabilità extracontrattuale, si sia verificata una tendenziale uniformazione delle regole specifiche in modelli che nascono, a livello legale, come contrapposti, sulla base di un procedimento interpretativo “per sottrazione”, in Francia, ove vige una regola (tendenzialmente) onnicomprensiva (oggi *art. 1240 code civ.*) che consente di risarcire tutti i danni che non sono assistiti da una causa di giustificazione, e “per addizione”, in Germania, ove la risarcibilità dovrebbe essere limitata alla lesione di un diritto o a casi ad essa equiparati²¹³, la giurisprudenza francese, nel giudicare sulla risarcibilità

²⁰⁵ Per tutti, L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 245.

²⁰⁶ Cfr. M.L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 85.

²⁰⁷ Oltre all'applicazione, con il “caso Valverde” (Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 632 s.), agli *accidents de gare* accaduti al passeggero della disciplina delittuale di cui all'art. 1384, comma 1, di grande interesse è l'elaborazione di un generale principio di responsabilità oggettiva contrattuale per il fatto delle cose (Cass., I Ch. civ., 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 350 s.) e *d'autrui* (Cass., Ass. Plén., 29 mars 1991, in *Sem. jur.*, 1991, II, *Jur.*, 21673).

²⁰⁸ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 79. Sul punto, H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, *passim*.

²⁰⁹ Per una rassegna della giurisprudenza francese in materia si rinvia a M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., pp. 28-40 e *passim*.

²¹⁰ È il celebre caso deciso, ma in senso negativo, da App. Parigi, 6 marzo 1964, in *Foro it.*, 1965, IV, c. 46 s.

²¹¹ Cass. civ., 17 février 1961, in *Gaz. Pal.*, 1961, I, p. 440.

²¹² Ad es., Cass. crim., 24 février 1970, in *Sem. jur.*, 1970, II, *Jur.*, 16456; App. Paris, 9 juillet 1975, in *Gaz. Pal.*, 1976, I, *Somm.*, p. 58.

²¹³ In tal senso, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 104 ss.



del danno delittuale da perdita di *chance*, si disinteressa quasi sempre di verificare se sussista la lesione di un interesse giuridicamente protetto²¹⁴, rilevando *garde-fous* del tutto diversi che tendono a incentrare l'indagine sui requisiti della certezza, del carattere "diretto", reale e serio delle *chances* perdute. Tramontata la stagione germanistica nella quale la letteratura francese richiedeva la violazione di un diritto soggettivo, di un dovere o di un obbligo, cioè un elemento oggettivo del tutto autonomo dalla *faute* e consistente nella *illicéité*, già nel 1931 un'autorevole dottrina avvertiva che v'era un obbligo di risarcimento per qualsiasi danno, causato da qualsiasi *faute*²¹⁵. L'evoluzione del sistema d'oltralpe ha «allargato la vocazione indennitaria della responsabilità civile che tende ormai a comprendere ogni lesione portata a qualsiasi interesse, a condizione che essa sia certa»²¹⁶. L'unica classe d'ipotesi nella quale si richiede la sussistenza di un «*intérêt légitime, juridiquement protégé*» è quella della perdita di *chance* «*d'être secouru par la victime immédiate*»²¹⁷. Ma questa nozione, lungi dall'identificarsi, come un tempo, con la violazione di un diritto soggettivo, al punto da divenirne un "sinonimo"²¹⁸, ha finito con il perdere anche «la sua funzione primitiva di dissuasione delle azioni proposte da alcune vittime *par ricochet*, pur conservando tuttavia un ruolo, almeno potenziale, di strumento di politica giudiziaria»²¹⁹. Essa consente «ai tribunali di non accogliere alcune domande presentate da soggetti che sarebbero tentati di servirsi dei principi della responsabilità civile per difendere interessi manifestamente illeciti o immorali»²²⁰. Nel caso del danno da perdita delle *chances* di poter beneficiare, in futuro, delle obbligazioni alimentari, il controllo sull'*intérêt légitime juridiquement protégé* serve al giudice al solo fine di verificare la sussistenza di un interesse da parte dei danneggiati *par ricochet*, sulla base di un criterio di prossimità parentale o soltanto affettiva (è il caso della concubina adultera) che lega l'attore "di rimbalzo" alla vittima *immédiate*, la quale è deceduta a causa del fatto colposo del terzo.

Un essenziale *garde-fou* richiesto in giurisprudenza riguarda la prova del danno da perdita di *chance* e/o del rapporto di causalità²²¹. Di regola, la *chance* perduta non deve essere stata «*courue*»²²². Là dove si verifici il contrario, il danno non sarebbe risarcibile²²³. La Cassazione tende ad escludere l'esistenza del nesso causale²²⁴ qualora il candidato, che abbia subito un incidente prima di effettuare una prova (un concorso, un provino, un esame, una gara sportiva, ecc.), si sia recato egualmente a sostenerla (pur menomato), non superandola.

Una parte della giurisprudenza, inoltre, nega la riparazione allorché rileva che la *chance* invocata non era «*personnelle*» all'attore²²⁵. Qualora gli eredi di un soggetto che decede a

²¹⁴ Anche per questa ragione, per C. CASTRONOVO (*Del non risarcibile aquiliano, danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 315; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 133) in Italia la *chance* potrebbe essere risarcita soltanto in tema di responsabilità da inadempimento.

²¹⁵ Cfr. H. et L. MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, Paris, 1931, p. 31.

²¹⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de Droit civil*, sous la direction de G. Ghestin, II éd., 1998, p. 11.

²¹⁷ Cfr. Y. CHARTIER, *La réparation*, cit., p. 45.

²¹⁸ Lo sottolinea G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 66, in nota 338.

²¹⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 66.

²²⁰ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²²¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 79.

²²² G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²²³ In questi termini, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²²⁴ Cfr. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 80, *ivi* la giurisprudenza cit.

²²⁵ Cfr. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 79.



seguito di un incidente chiedono *iure successionis* la riparazione della perdita della «speranza di vita» patita dalla vittima, la giurisprudenza risponde in modo negativo²²⁶, salvo che si tratti di casi di contagio da HIV causati da trasfusioni di sangue. Ma, in queste ipotesi, tale figura rappresenta soltanto una delle molteplici “voci” legali (art. 47 l. 31 décembre 1991) che compongono la riparazione del danno non patrimoniale «da contagio» o da «sieropositività» che, posto al riparo dal ricorso dei *tiers payeurs*, è qualificato come «dommage personnel»²²⁷.

Un altro essenziale *garde-fou* concerne il carattere «reale» e «serio» delle *chances* perdute. Le corti, al fine di accertare tali dati, verificano innanzitutto se la condotta colposa sia intervenuta allorché la vittima era «en train de courir sa chance»²²⁸. L'attualità o, addirittura, l'imminenza della possibile realizzazione della *chance* sono considerati requisiti essenziali per quanto riguarda la riparazione del danno derivante dalla perdita possibilità sia di trovare un impiego o di accedere a una determinata carriera (richiedendosi la conclusione degli studi specialistici o l'acquisizione della preparazione professionale necessaria)²²⁹, sia di ottenere una promozione²³⁰, sia di poter beneficiare di *secours alimentaire*²³¹, soprattutto allorché il soggetto obbligato è ancora minore. Questo criterio cronologico assume rilievo anche nelle ipotesi più disparate, come, ad esempio, in relazione alla possibilità di beneficiare di una pensione di reversibilità²³², di poter sfruttare economicamente un'invenzione non ancora compiutamente elaborata²³³, di creare un'impresa, ecc. Il fondamento di tale orientamento appare chiaro: «l'attore, allorché non ha ancora tentato la sua *chance* nel momento in cui interviene l'evento che impedisce definitivamente il suo verificarsi, deve dimostrare, per ottenere il risarcimento [...], che era in grado, a partire da quel momento, di profittare della speranza perduta o sul punto di poterlo fare»²³⁴. Diversamente, le *chances* che non risultano fondate su fatti «d'ores et déjà acquis»²³⁵ nel momento in cui interviene la *faute* sono giudicate non risarcibili, perché puramente eventuali.

La diversità delle applicazioni pretorili della “perdita di *chance*” non ha impedito di elaborare una «teoria generale» idonea a comprendere in tale figura la perdita delle possibilità sia «di ottenere un guadagno», sia «di evitare l'aggravamento di uno stato»²³⁶. La riparazione della *chance* perduta riposa su una probabilità e su una certezza: «è verosimile che la *chance* si sarebbe realizzata; è certo che il vantaggio previsto è stato perduto» e che da esso «ne è derivato un danno»²³⁷. Il danno da perdita di *chance* presenta «in sé un carattere diretto e certo, ogni qualvolta si constati il venir meno, per effetto dell'illecito, della probabilità di un evento favorevole, anche se, per definizione, la realizzazione di una *chance* non è mai cer-

²²⁶ V., ad es., Cass. crim., 30 octobre 1979, in *Sem. jur.*, 1980, IV, p. 15.

²²⁷ In argomento, G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 43 s., e Y. LAMBERT FAIVRE, *Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du SIDA*, in *Rec. Dalloz*, 1993, *Cron.*, p. 67 ss.

²²⁸ Tale formula di sintesi è elaborata da G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 81.

²²⁹ V. la giurisprudenza cit. in M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., pp. 28-33.

²³⁰ Cfr., ad es., Cass., II Ch. civ., 19 juillet 1966, in *Rev. dr. aér.*, 1966, p. 455, che considera troppo lontana nel tempo la *chance* di promozione.

²³¹ Si rinvia alle decisioni cit. in M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 34 ss.

²³² Cass. soc., 21 juin 1978, in *Bull. civ.*, V, p. 370, n. 491.

²³³ Cass., II Ch. civ., 26 janvier 1977, in *Gaz. Pal.*, 1977, I, *Somm.*, p. 84.

²³⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 84.

²³⁵ L'espressione è riferita da Y. CHARTIER, *La réparation*, cit., p. 25 ss., e da G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²³⁶ Y. CHARTIER, *op. ult. cit.*, p. 50.

²³⁷ Y. CHARTIER, *op. loc. ult. cit.*



ta»²³⁸. La *chance* persa di realizzare un profitto o di evitare una perdita doveva essere «reale e seria»²³⁹, nel senso che l'evento divenuto impossibile era probabile. Poiché «rien n'est absolument certain, et tout n'est pas également probable»²⁴⁰, il giudice possono accertare solo ciò che è sufficientemente probabile²⁴¹.

Alle semplici probabilità che vengono invocate «deve, all'opposto, corrispondere una certezza»²⁴²: la perdita, per la vittima, del vantaggio sperato. La certezza del danno²⁴³ consiste nel fatto non che «l'evento futuro si sarebbe verificato», ma «che esso non potrà più sopravvenire»²⁴⁴.

8. In presenza di una giurisprudenza del tutto uniforme, la dottrina francese è unanime nell'affermare sia che «il problema classico della perdita di una *chance* si pone in termini di pregiudizio»²⁴⁵, riguardando la valutazione del danno e non il rapporto di causalità²⁴⁶, sia che la *chance* di realizzare un profitto o di evitare una perdita²⁴⁷ rappresenta «un danno specifico ed autonomo rispetto al pregiudizio finale»²⁴⁸, il quale, proprio per l'alea che è intrinseca alla *chance*, non si saprà mai se si sarebbe verificato. «La situazione è definitiva; più nulla potrà modificarla; a causa della sua condotta colposa, l'agente ha arrestato lo svolgimento di una serie di fatti che potevano essere fonte di guadagni»²⁴⁹. La *chance*, quindi, «costituisce un danno (attuale, certo e) risarcibile»²⁵⁰. Ma «è soltanto questa perdita che deve essere compensata attraverso il risarcimento», non, invece, «la totalità di ciò che la *chance* avrebbe procurato alla vittima, se si fosse realizzata»²⁵¹.

La prevalente letteratura francese non s'interessa di verificare se la perdita di *chance* sia un danno attuale o futuro. Come si è autorevolmente sottolineato, «bisogna distinguere non tra il pregiudizio attuale e quello futuro, ma tra il danno certo e quello eventuale»²⁵², poiché la riparazione deve essere negata non a chi è titolare di un interesse futuro, ma soltanto a colui che invoca un interesse ipotetico²⁵³. Una parte della dottrina, tuttavia, considera esplicitamente il danno da perdita di *chance* come un danno futuro²⁵⁴ ed aleatorio poiché, «per

²³⁸ Ad es., Cass. crim., 18 mars 1975, in *Bull. crim.*, 1975, p. 223, n. 79; Cass. crim., 9 octobre 1975, in *Gaz. Pal.*, 1976, I, p. 4; Cass. crim., 3 février 1979, in *Bull. crim.*, 1979, p. 380, n. 134.

²³⁹ In questi termini, ad es., Cass. crim., 12 février 1979, in *Sem. jur.*, 1979, IV, p. 131.

²⁴⁰ Secondo la celebre frase di G. DURRY, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 600.

²⁴¹ Y. CHARTIER, *op. ult. cit.*, p. 51.

²⁴² Y. CHARTIER, *op. loc. ult. cit.*

²⁴³ J. BORE, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, in *Sem. jur.*, 1974, 2620, n. 29 s.

²⁴⁴ Y. CHARTIER, *La réparation*, cit., p. 51.

²⁴⁵ Testualmente, F. CHABAS, *Observations* a Cass. crim, 9 janvier 1979, cit., 19272.

²⁴⁶ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil. Les obligations*, Paris, 1985, p. 117. In tal senso è lo stesso F. CHABAS, *Note* a Trib. gr. inst. Montpellier, 21 décembre 1970, in *Rec. Dalloz*, 1971, *Jur.*, p. 640.

²⁴⁷ Così, tra i tanti, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 72; Y. CHARTIER, *op. ult. cit.*, p. 31.

²⁴⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 85, sulla scia dell'unanime giurisprudenza della Cassazione.

²⁴⁹ H., L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préface par H. Capitant, tome I, VI éd., Paris, 1965, p. 273.

²⁵⁰ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli, 1993, p. 155.

²⁵¹ Le espressioni tra virgolette sono di P. LE TOURNEAU e L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, 1996, p. 186.

²⁵² H., L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité*, cit., p. 268.

²⁵³ H., L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 73.



definizione, una *chance* non si realizza giammai»²⁵⁵. Nulla permette di affermare che, «se l'evento che ha privato la vittima della *chance* non fosse intervenuto, il profitto sperato sarebbe stato effettivamente realizzato»²⁵⁶. Ma l'esistenza di un'alea non impedisce al diritto di riconoscere un valore certo all'esistenza della *chance*²⁵⁷. Di conseguenza, «il suo venir meno non può non essere avvertito come un danno»²⁵⁸.

Il danno da perdita di *chance* consisterebbe, quindi, in un danno futuro e virtuale, ma certo. La certezza del danno va individuata nella sola circostanza che «non esista, in futuro, una *chance* ragionevole che il danno non si produrrà»²⁵⁹. Non si potrà mai sapere se l'evento favorevole alla vittima si sarebbe verificato, «poiché è divenuto impossibile»²⁶⁰. Ma è certo «che la *chance* di realizzare un guadagno, o di evitare una perdita, che era nell'ordine possibile – se non probabile – delle cose, non potrà più realizzarsi»²⁶¹. La perdita di una *chance* reale e seria è, dunque, una certezza. «Questa certezza giustifica un risarcimento»²⁶².

La ricostruzione della dottrina francese, che si fonda sull'affermazione esplicita secondo la quale la perdita di *chance* sarebbe un danno futuro e aleatorio, ma certo, finisce, tuttavia, con il pervenire ad una conclusione implicita, che pare divergente. Come si è sottolineato²⁶³, il giurista non deve mai fidarsi, «in maniera assoluta e senza riserve»²⁶⁴, delle declamazioni della dottrina nazionale, dovendo verificare la coerenza delle soluzioni sulla base della complessità delle fonti e in relazione anche ai «dati impliciti»²⁶⁵. Ciascuna dottrina utilizza concetti e vocaboli in maniera tipicamente convenzionale e sovente «non riesce ad affrancarsi dalla logica o dai pregiudizi della prospettiva municipale»²⁶⁶. Se la perdita di *chances* «reali e serie» rappresenta una certezza, e questo dato è incontestato sia in dottrina sia, soprattutto, in giurisprudenza, tale danno non è virtuale, ma certo. Il carattere della probabilità rileverà nella fase della valutazione e della liquidazione, non in quella dell'accertamento del danno. Così, se la *chance* è già stata irrimediabilmente perduta, il danno non è futuro, ma presente.

La tesi della perdita di *chance* quale danno futuro trova un'ulteriore, implicita smentita proprio nella dottrina francese che contesta la distinzione tra le *chances*, secondo che esse si situino nel passato o nell'avvenire. Nel giudicare tale tesi «artificiosa», si è invece esattamente precisato che «quando una *chance* perduta viene risarcita, essa è, per definizione e in ogni ipotesi, passata»²⁶⁷. Anzi, una «condizione essenziale per la sua riparazione» è proprio che essa «sia definitivamente venuta meno»²⁶⁸. Sia che la *chance* sia stata tentata, sia che ciò non sia accaduto, «il risultato è il medesimo: la perdita della *chance* è irrimediabile nel momento in cui il danno è invocato»²⁶⁹. Il danno «è costituito dalla perdita della *chance* in sé»²⁷⁰.

²⁵⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁹ Y. CHARTIER, *La réparation*, cit., p. 28.

²⁶⁰ Y. CHARTIER, *op. ult. cit.*, p. 31.

²⁶¹ Y. CHARTIER, *op. loc. ult. cit.*

²⁶² Y. CHARTIER, *op. loc. ult. cit.*

²⁶³ R. SACCO, *Introduzione*, cit., p. 125 ss.

²⁶⁴ L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 149.

²⁶⁵ Secondo il pensiero di R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 126 s.

²⁶⁶ L.-J. CONSTANTINESCO, *op. loc. ult. cit.*

²⁶⁷ Y. CHARTIER, *La réparation*, cit., p. 37.

²⁶⁸ Y. CHARTIER, *op. loc. ult. cit.*

²⁶⁹ Y. CHARTIER, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁰ Y. CHARTIER, *op. ult. cit.*, p. 38.



9. Nel diritto francese non v'è mai stato un dibattito sulla perdita di *chance* quale danno emergente o lucro cessante. E ciò, non certo perché l'esperienza d'oltralpe non conosca tali figure, caratterizzandosi per la presenza di una norma (l'art. 1149 *code civ.*, oggi numerato come art. 1231-2) – fondamento del principio di riparazione integrale «de chaque chef de préjudice»²⁷¹ – che può essere considerata l'antecedente del nostro art. 1223 c.c. Forse, le ragioni di tale situazione possono essere ravvisate non tanto nella minor propensione del giurista francese per classificazioni di tipo dogmatico – allorché le stesse non abbiano un immediato riscontro pratico ai fini della soluzione del concreto problema e/o della disciplina applicabile – o nel fatto che nessun autore abbia mai avuto l'idea di qualificare il danno da perdita di *chance* come lucro cessante, quanto nella stessa definizione che la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe forniscono di tale pregiudizio, che viene unanimemente considerato quale perdita della possibilità «di realizzare un guadagno o di evitare una perdita»²⁷².

La perdita di *chance* assurge a modello generale di danno, senza ulteriori qualificazioni, che può consistere sia nella «perte qu'il a faite», sia nel «gain dont il a été privé» (art. 1231-2 *code civ.*), ovvero, sia nella «perdita subita», sia nel «mancato guadagno» (*ex* art. 1223 c.c.). Come ho avuto modo, a suo tempo, di rilevare²⁷³, questa figura non è identificabile né (soltanto) con il danno emergente, né (soltanto) con il lucro cessante, ma costituisce un evento dannoso che, a sua volta, in relazione ai singoli casi concreti, può essere composto, al pari di ogni altro pregiudizio, da un danno emergente, da un lucro cessante o, come spesso accade, da entrambi. Se è vero che il danno emergente ha ad oggetto un «interesse attuale, ovverosia l'interesse relativo a un bene già spettante ad una persona nel tempo in cui il danno medesimo è cagionato»²⁷⁴, e che, nel lucro cessante, «viceversa, oggetto del danno è un interesse futuro, [cioè] l'interesse relativo a un bene non ancora spettante ad una persona»²⁷⁵, qualora il danno da perdita di *chance* si concreti, ad esempio, nella perdita delle possibilità di guarigione, il paziente potrà subire sia un danno emergente, consistente nella frazione, espressa in termini percentuali, di mancato «risparmio delle spese chirurgiche ed ospedaliere»²⁷⁶, sia in un lucro cessante, e cioè nella frazione di «utile ottenibile nel futuro da quei beni patrimoniali che la conservata integrità fisica avrebbe fatto conseguire»²⁷⁷. Come si può verificare, senza dover procedere ad altre esemplificazioni, il danno da perdita di *chance*, proprio perché consiste nella perdita della possibilità di realizzare un guadagno o di evitare una perdita, può concernere, come ogni altro evento dannoso, sia un danno emergente, sia un lucro cessante, sia entrambi.

La distinzione tra danno emergente e lucro cessante, come autorevolmente si ammonisce, non deve essere confusa con «l'altra, non espressamente menzionata dalla legge, tra danno *presente* e danno *futuro*»²⁷⁸. In realtà, «il significato ne è diverso», poiché tale partizione assume una propria accezione in ordine al momento del giudizio sul danno²⁷⁹. Il danno presente è «il danno già verificatosi, [...] esistente in atto, nel momento in cui si giudica intorno ad

²⁷¹ Ad es., Y. CHARTIER, *op. ult. cit.*, p. 182 ss.

²⁷² Per tutti, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 72; Y. CHARTIER, *op. ult. cit.*, p. 31.

²⁷³ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., p. 99 ss.

²⁷⁴ A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 257.

²⁷⁵ A. DE CUPIS, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁶ Per tale classica ipotesi di “danno emergente”, cfr. A. DE CUPIS, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁷ A. DE CUPIS, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁸ A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*, p. 265.

²⁷⁹ A. DE CUPIS, *op. loc. ult. cit.*



esso»²⁸⁰. Per danno futuro «s'intende, invece, il danno non ancora verificatosi in tale momento»²⁸¹. Il danno emergente può essere sia presente sia futuro, «e del pari dicasi per il lucro cessante»²⁸². Questo, «che è sempre *futuro* riguardo al *momento in cui è cagionato* (avendo per oggetto un interesse ancora futuro), può essere *presente* o *futuro* in relazione al *momento del giudizio su esso*»²⁸³.

Il danno da perdita di *chance*, come figura generale di danno, potrà consistere in un danno emergente presente e/o futuro e in un lucro cessante presente e/o futuro, secondo che il giudice ripari, in termini percentuali, la lesione di un interesse relativo ad un bene presente o futuro, rispetto al tempo in cui il danno stesso è cagionato (danno emergente o lucro cessante) e/o rispetto al momento in cui si giudica del pregiudizio (danno presente o danno futuro). Riprendendo l'esempio già proposto, se il giudice, nel risarcire un danno da perdita di *chance* di guarigione, ripara, in termini percentuali, spese chirurgiche e ospedaliere che sono già state o che non sono ancora state sostenute dalla vittima rispetto al momento del giudizio, si avrà, rispettivamente, un danno emergente presente o futuro. Così, se il giudice ripara proporzionalmente l'impedito incremento patrimoniale che si è sofferto nell'intervallo tra il fatto dannoso e il giudizio o, invece, quello che è successivo rispetto al momento della valutazione, si avrà, rispettivamente, un lucro cessante presente o futuro. Il danno da perdita di *chance*, al pari di qualsiasi altro evento dannoso, può essere fonte di conseguenze patrimoniali che possono essere inquadrate sia nel danno emergente presente e/o futuro, sia nel lucro cessante presente e/o futuro, sia in entrambi.

Non può essere condivisa, quindi, l'opinione di quegli autori i quali, al fine di negare l'esistenza del danno da perdita di *chance*, hanno identificato tale specifica problematica in quella del lucro cessante, più o meno futuro²⁸⁴. Quando si affronta questa tematica, così come si manifesta all'interno dell'unica esperienza giuridica che ne ha dato i natali, non si tratta di “aderire” o meno alla «tesi della perdita di *chance* come perdita di un bene patrimoniale»²⁸⁵, ma semplicemente di voler comprendere in cosa consista tale figura. Se s'intende escludere a priori l'esistenza di tale danno, non ha senso richiedere che debba ritenersi soddisfatta una duplice inferenza probabilistica tra illecito, perdita della *chance* e perdita del risultato sperato²⁸⁶. Poiché, se la questione che si vuol risolvere è soltanto quella di accertare se una condotta, attraverso il “medio” di un calcolo probabilistico fondato sulla quantità delle cc.dd. *chances* perdute, ha provocato o no il verificarsi dell'evento c.d. finale, al fine di riparare integralmente tutte le conseguenze patrimoniali e non patrimoniali che ad esso sono collegate, il problema si pone sul solo piano (della prova) del rapporto causale tra questi due dati, ma si deve avere la consapevolezza che il tema del danno da perdita di *chance* non è stato neppure sfiorato. Come si è efficacemente affermato, sulla scia di questa ricostruzione, perdita di *chance*, lucro cessante e pregiudizio futuro «sono concetti non omogenei e dunque non assimilabili»²⁸⁷. Mentre il primo è il solo a definire “un tipo” di danno, «il secondo rappresenta una modalità di espressione del danno e il terzo è concetto idoneo ad

²⁸⁰ A. DE CUPIS, *op. loc. ult. cit.*

²⁸¹ A. DE CUPIS, *op. loc. ult. cit.*

²⁸² A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*, p. 266.

²⁸³ A. DE CUPIS, *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁴ Per tutti, M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., p. 676.

²⁸⁵ M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, p. 675.

²⁸⁶ Così, invece, M. ROSSETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁷ R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 142.



evidenziare il mero sfasamento temporale tra pretesa risarcitoria e momento di verifica-
zione del pregiudizio»²⁸⁸.

Il problema non muta per quanto riguarda la qualificazione del danno da perdita di *chance* in termini di “danno emergente”, la quale, però, ha avuto, nella nostra esperienza giuridica, un’essenziale funzione educativa, poiché ha consentito ad alcuni avvertiti autori²⁸⁹ di far comprendere alla gran parte della dottrina e, soprattutto, alla giurisprudenza, la reale fisionomia di tale danno, chiarendo, attraverso l’utilizzo di una figura dogmatica, che esso non aveva alcun punto di contatto con le tesi che, più o meno fedelmente, si riferivano alla tematica del lucro cessante. Tuttavia, insistere oggi su una ricostruzione in termini di danno emergente, ora che tale modello di pregiudizio è ormai costantemente riconosciuto, significherebbe continuare a porre in evidenza soltanto un aspetto, pur essenziale, del problema. Sembra, forse, opportuno seguire l’esempio dell’esperienza d’oltralpe la quale non si è mai interessata a tali qualificazioni, mentre ha da sempre privilegiato un’attenta individuazione dei *garde-fous* necessari al fine di selezionare i requisiti essenziali che consentissero di considerare come risarcibile il danno da perdita di *chance*.

10. Il tema del danno da perdita di *chance* è stato oggetto, di recente, di un’articolata sentenza della Terza Sezione civile²⁹⁰ la quale, pur avendo ad oggetto un caso di responsabilità sanitaria, discute in sintesi ma con estrema chiarezza i principali paralogismi che hanno caratterizzato tale problematica nel diritto italiano, individuando i tratti morfologici di tale figura con riferimento sia alla questione della causalità, sia alla sua coesistenza con la regola del “più probabile che non”. La Cassazione, malgrado sia chiamata a decidere in merito alla possibilità di un mutamento del *petitum* in corso di giudizio in istanza risarcitoria da perdita di *chance*, detta un “decalogo” teorico che, probabilmente, dovrà essere osservato nei prossimi anni. Con soddisfazione si osserva che la Suprema Corte aderisce ai risultati ai quali erano pervenute in questi ultimi anni la migliore giurisprudenza e la dottrina civil-comparativa che aveva tentato di studiare il fenomeno «così come esso è»²⁹¹, con argomentazioni rigorose ed anche originali. La definitiva ricostruzione della perdita di *chance* in termini di evento di danno implica, finalmente, il superamento delle tesi “eziologica” e “ontologica”, delle teorie che qualificavano tale figura come “danno emergente” o come “lucro cessante” più o meno futuro, soprattutto di quegli orientamenti che, identificando la perdita di *chance* con una problema di causalità tra la condotta e l’evento “finale”, avevano finito per assegnare una connotazione morfologica del tutto erronea a tale modello.

Il caso deciso dalla Cassazione riguarda il decesso “anticipato” di una paziente alla quale viene diagnosticato con due anni e mezzo di ritardo un adenocarcinoma polmonare. Il giudice d’appello, aderendo probabilmente all’orientamento²⁹² che aveva riconosciuto, nei casi di mancata diagnosi di un processo morboso terminale, il danno da perdita delle *chances* di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente, risarcisce i danni richiesti sotto il profilo della riduzione delle *chances* di sopravvivenza, mentre gli attori

²⁸⁸ R. PUCCELLA, *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁹ Tra i quali, cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 264; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance”*, cit., p. 86.

²⁹⁰ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1285 ss.

²⁹¹ Per tale imperativo metodologico, L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 115 ss. Per ulteriori essenziali indicazioni di metodo, G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Comparazione e diritto civile. Saggi*, Napoli, 1978, p. 37 ss.

²⁹² Inaugurato da Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Dir. e giur.*, 2008, p. 581 ss.



avevano domandato il risarcimento per avere, i sanitari, cagionato la morte “anticipata” della propria congiunta. La Cassazione accoglie le doglianze mosse avverso la sentenza d’appello, constatando la «arbitrarietà e illegittimità della trasformazione» del danno richiesto dagli attori («i.e., il danno da perdita del rapporto parentale) in una fattispecie di danno del tutto diversa, costituita “dalla riduzione delle chance di una più lunga sopravvivenza”, perché ciò integrava «una inammissibile mutatio libelli»²⁹³.

Con riferimento a questa *ratio decidendi* non v’è alcuna novità, poiché la Cassazione, già nel 2004, nel recepire tale figura di danno anche in tema di responsabilità sanitaria, aveva opportunamente sottolineato questa soluzione, attesa la «ontologica diversità del bene tutelato (i.e., dell’oggetto della lesione)»²⁹⁴.

Le novità, invece, riguardano, quanto meno per la giurisprudenza della Cassazione, le conclusioni sulla morfologia del danno da perdita di *chance* e, soprattutto, l’esplicita critica dei più diffusi paralogismi. Secondo la S.C., il primo paralogismo che ha accompagnato l’evoluzione storica della teoria della *chance* perduta è consistita nell’aver ricostruito, in maniera più o meno consapevole, gli elementi strutturali della fattispecie in termini di danno patrimoniale. E ciò, fin dalla controversa decisione lavoristica del 1985²⁹⁵ che, nel considerare come entità risarcibile la perdita della speranza di conseguire un risultato utile, per di più assegnando al danneggiato l’onere di provare che le *chances* perdute presentassero una percentuale di successo pari almeno al 50%, aveva seguito una concezione sicuramente “apocrifa”²⁹⁶ la quale, piuttosto che scoprire «un nuovo “bene” oggetto di tutela», aveva individuato il danno risarcibile nella lesione dell’integrità del patrimonio, sulla base della «formulazione di un vero e proprio principio causale», al tempo in cui la causalità civile «seguiva le orme di quella penale, i.e. “la certezza processuale”, poi divenuta, a seguito della storica sentenza 30328/2002 delle sezioni unite penali, “alto grado di probabilità logica/alto grado di credenza razionale”»²⁹⁷. Quindi, secondo la Cassazione, il modello “patrimonialistico” della *chance* mal si concilia con la perdita della possibilità di conseguire un risultato migliore sul piano non patrimoniale. Se, da un lato, la *chance* patrimoniale «presenta le stimmate dell’interesse pretensivo», e cioè «postula la preesistenza di un quid su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa»²⁹⁸. Dall’altro la *chance* “non pretensiva” si rivela come morfologicamente diversa soprattutto nel sistema della responsabilità sanitaria: «l’apparire del sanitario sulla scena della vicenda patologica lamentata dal paziente coincide, innanzitutto, con la creazione di una chance, prima ancora che con la sua (eventuale) cancellazione colpevole, e si innesta su di una preesistente situazione sfavorevole (e cioè patologica) rispetto alla quale non può in alcun modo rinvenirsi un quid inteso come preesistenza “positiva”»²⁹⁹. Questa diversità morfologica si riverbererebbe anche con riferimento al profilo degli effetti ed al momento risarcitorio, in quanto, se per l’accertamento del valore della *chance* patrimoniale «è spesso possibile il riferimento a valori oggettivi» (si pensi al parametro del 10% del valore dell’appalto), per la perdita di una *chance* a carattere non patrimoniale «il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via

²⁹³ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1287.

²⁹⁴ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1287, che conferma Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, cit., spec. p. 47.

²⁹⁵ Cass., Sez. lav., 19 dicembre 1985, n. 6506, cit., p. 209 s.

²⁹⁶ Testualmente, già M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., p. 51 e *passim*.

²⁹⁷ Così, ora anche Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1288.

²⁹⁸ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1288.

²⁹⁹ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1288.



equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo»³⁰⁰. Possibilità che, per integrare gli estremi del danno risarcibile, «dovrà necessariamente attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà, consistenza, rispetto ai quali il valore statistico-percentuale – se in concreto accertabile – potrà costituire al più criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto»³⁰¹.

Il secondo e più significativo paralogismo, in cui sono incorse parte della giurisprudenza e gran parte della dottrina italiana, è consistito «nell'aver (inconsapevolmente) sostituito uno degli elementi essenziali della fattispecie dell'illecito – il nesso causale – con il suo oggetto – il bene tutelato oggetto della lesione»³⁰². Questa «contrazione», se non vera e propria «elisione» degli elementi destinati ad integrare la fattispecie dell'illecito, ha determinato una sovrapposizione tra accertamento dell'elemento causale e dell'evento di danno, anche «a cagione dell'equivocità del lessico usato per definire la chance»³⁰³. Questa, intesa, «al pari di ogni altra conseguenza della condotta illecita, come evento di danno», quale «possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale» non esclude né elide «la preliminare e necessaria indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento»³⁰⁴. A questa felice affermazione la Cassazione fa conseguire, finalmente, la critica alla «fuorviante distinzione» tra chance cd. «ontologica» e chance «eziologica»³⁰⁵, rilevando come «la seconda delle predette definizioni sovrappone inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell'evento di danno», mentre la prima «evoca una imprevedibile fattispecie di danno in re ipsa che prescinde del tutto dall'esistenza e dalla prova di un danno risarcibile»³⁰⁶.

Non v'è, quindi, contrapposizione ma piena compatibilità tra la regola causale civilistica del «più probabile che non» e il risarcimento del danno da perdita di *chance*. Nel primo caso il giudice accerta, anche se in termini probabilistici, la sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta illegittima e il «(mancato) risultato», nella specie, la perdita «anticipata» della vita. Nel secondo, invece, la incertezza del risultato «incide non sulla analisi del nesso causale, ma sulla identificazione del danno, perché la possibilità perduta di un risultato sperato (nella quale si sostanzia la chance) è la qualificazione/identificazione di un danno risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante, e non della relazione causale tra condotta ed evento, che si presuppone risolta positivamente prima e a prescindere dall'analisi dell'evento lamentato come fonte di danno»³⁰⁷.

La Cassazione procede, quindi, alla formulazione di una casistica tipizzata, applicando tali principi alla responsabilità sanitaria in ambito oncologico:

a) se «la condotta (commissiva o più spesso omissiva) colpevolmente tenuta dal sanitario ha cagionato la morte del paziente», mentre una diversa condotta corretta e tempestiva ne avrebbe consentito la guarigione, l'evento dannoso (decesso) «sarà attribuibile al sanitario, chiamato a rispondere del danno biologico cagionato al paziente e del danno da lesione del rapporto parentale cagionato ai familiari»;

b) se la condotta colpevole ha cagionato non la morte del paziente (che si sarebbe comunque verificata) ma una significativa riduzione della durata della vita ed una peggiore qualità della stessa, il sanitario dovrà rispondere dell'evento dannoso costituito dalla «minor

³⁰⁰ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1288.

³⁰¹ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1288.

³⁰² Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1288.

³⁰³ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1288 s.

³⁰⁴ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.

³⁰⁵ Così già M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 90 ss. e *passim*.

³⁰⁶ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.

³⁰⁷ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.



durata della vita e dalla sua peggior qualità», senza che tale danno integri una fattispecie di perdita di *chance*, poiché, in tal caso, l'evento ha ad oggetto la «certezza (o rilevante probabilità) di avere vissuto meno a lungo, patendo maggiori sofferenze fisiche e spirituali»;

c) se la condotta illegittima del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata e sull'esito finale, ma ha impedito il solo ricorso tempestivo a cure palliative, l'evento di danno e, quindi, il danno risarcibile, «sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita», senza che «ancora una volta, sia lecito evocare la fattispecie della *chance*»;

d) se la «condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata, sulla qualità della vita medio tempore e sull'esito finale», la mancanza, sotto il profilo eziologico, di conseguenze dannose «della pur colpevole condotta medica impedisce qualsiasi risarcimento»;

e) se, infine, la condotta illegittima del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto, tale «possibilità – i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di *chance* perduta) – sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta», se provato «il nesso causale (certo ovvero “più probabile che non”), tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza»³⁰⁸.

Ove risulti provato, «sul piano etiologico, che la mancata diagnosi di una patologia tumorale abbia cagionato la morte anticipata del paziente, che sarebbe (certamente o probabilmente) sopravvissuto significativamente più a lungo e in condizioni di vita (fisiche e spirituali) diverse e migliori, non di “maggiori *chance* di sopravvivenza” sarà lecito discorrere, bensì di un evento di danno rappresentato, in via diretta ed immediata, della minore durata della vita e della sua peggiore qualità (fisica e spirituale)»³⁰⁹.

In tal modo non vengono vulnerati i tradizionali elementi che costituiscono la struttura dell'illecito, con riguardo sia alla relazione causale (e alle sue regole), sia alla natura dell'evento di danno da porre in relazione con la condotta dell'agente³¹⁰. L'indagine eziologica segue *sic et simpliciter* «l'ordinaria trama probatoria dettata in tema di causalità materiale, così fuggendosi l'equivoco lessicale (che ridonderebbe inevitabilmente sullo stesso accertamento della causalità) per il quale la condotta avrebbe causato “la perdita della possibilità (i.e. della *chance*) di vivere più a lungo e di vivere meglio”»³¹¹. In tal modo viene scongiurato il rischio di confondere il grado di incertezza della *chance* perduta con il grado di incertezza sul rapporto causale.

Quindi, si ha *chance* risarcibile esclusivamente sul piano dell'evento di danno³¹², mai su quello della causalità, allorché esso sia «morfologicamente identificato, in una dimensione di insuperabile incertezza, con una possibilità perduta»³¹³. Questa possibilità «integra gli estremi della *chance*, la cui risarcibilità consente», in paesi di *Civil*, ma anche di *Common Law*, «di temperare equitativamente il criterio risarcitorio» del sistema *all-or-nothing*, «senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, né ad integrarne il necessario livello probatorio»³¹⁴.

³⁰⁸ Tutte le espressioni tra virgolette sono tratte da Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.

³⁰⁹ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.

³¹⁰ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.

³¹¹ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1289.

³¹² Così già M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

³¹³ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1290.

³¹⁴ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1290.



11. Questo importante *dictum* della Cassazione, che finalmente fa giustizia delle tante imprecisioni della dottrina che, in questi ultimi anni, hanno caratterizzato il dibattito sul danno da perdita di *chance*, appare quanto mai opportuno anche in presenza dell'emergere di quel contestato orientamento (pur sempre della Terza Sezione)³¹⁵ che, confondendo la disciplina dell'inadempimento con quella della responsabilità extracontrattuale per colpa, e ribaltando l'unanime indirizzo delle Sezioni Unite, va ad imputare, anche in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, l'onere della prova della causalità tra l'inadempimento e l'evento dannoso in capo al creditore, facendo gravare su di lui la c.d. causa ignota. Da un esame delle decisioni emerge che, in tutti i casi esaminati, il creditore (paziente o aventi causa) non è mai stato in grado di provare il rapporto causale, anche in virtù dei molteplici equivoci che, allo stato, caratterizzano la regola probabilistica. Basta che il consulente d'ufficio – che, se medico legale, è abituato a pensare la causalità nei termini più rigorosi richiesti, giustamente, dal processo penale – individui tre possibili “cause” dell'evento (tutte implicitamente stimate al 33%), senza specificare che l'una integri l'*id quod plerumque accidit*, per destituire di ogni operatività la regola del “più probabile che non”. Appare, quindi, quanto mai opportuno che il creditore danneggiato dalla prestazione sanitaria inesattamente eseguita chieda, sempre, in via graduata, anche il risarcimento del danno da perdita di *chance*, là dove la condotta del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno tendenzialmente incerto. Nei casi in cui sussista una “incertezza eventistica” sarà più facile provare, per l'attore, il rapporto causale (“più probabile che non”) tra la condotta e le possibilità perdute, pur sempre caratterizzate da apprezzabilità, serietà e consistenza.

Nel campo del diritto civile, a differenza di quanto accade nel diritto penale, non deve necessariamente operare, in tema di responsabilità, la logica *all-or-nothing*. Autorevoli studiosi di lingua inglese hanno destrutturato il tema della causalità, ora dimostrando come tale nozione non sia univoca, conoscendo molteplici variazioni che in gran parte dipendono dalle diverse tecniche di formulazione³¹⁶, ora sottolineando come le argomentazioni eziologiche siano oggetto di finalizzazione da parte dei giudici, i quali le utilizzano per raggiungere risultati considerati opportuni³¹⁷. La pretesa sussistenza del rapporto causale, sia pure provata sulla base della regola del “più probabile che non”, più che una realtà oggettiva, rappresenta uno schermo dietro il quale l'interprete o il legislatore celano, talvolta, convinzioni personali o scelte di *policy*.

Le soluzioni espresse in ordine al problema causale variano in riferimento ai diversi modelli di imputazione dei danni³¹⁸, fino a identificarsi con le diverse regole di responsabilità³¹⁹. La generalizzata estensione della teoria della creazione di un rischio ingiustificato³²⁰ e, soprattutto, l'adozione di modelli di *absolute liability* nel campo medico tendono ad affie-

³¹⁵ Cfr., *retro*, la nt. 194. Significativi rilievi critici sono stati mossi, ad es., da R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 5 ss.; G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, *ivi*, 2018, p. 349 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *ivi*, 2018, p. 19 ss.

³¹⁶ Per tutti, H.L.A. HART and T. HONORÉ, *Causation*, cit., pp. 12 ss., 72 ss. e *passim*. Sul carattere induttivo e probabilistico di ogni accertamento causale, J.G. FLEMING, *Probabilistic Causation*, cit., p. 661 ss.

³¹⁷ Già G. CALABRESI, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.*, in 43 *U. Chicago L. Rev.*, 1975, p. 69 ss.

³¹⁸ In argomento, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 44 ss.

³¹⁹ In tal senso, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 89 ss.

³²⁰ Proposta da G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 71 ss.



volire o addirittura ad escludere ogni rilievo all'elemento della colpa e ad astrarre la riparazione dallo stesso rapporto di causalità, al fine di "garantire"³²¹ in ogni caso l'integrale *compensation* del danno "subito" dalla vittima. Nel campo del diritto civile le regole causali non possono essere pensate separatamente dai diversi modelli d'imputazione della responsabilità³²² che, anche in base a scelte di *policy*, tendono a ripartire il peso del danno tra la vittima, il danneggiante, l'impresa assicurativa e lo Stato o, viceversa, a «lasciare i danni là dove cadono»³²³, ovvero a trasferirli altrove, facendoli gravare interamente su determinati soggetti pubblici o privati.

La critica tradizionale alla figura del danno da perdita di *chance*, che parte della dottrina italiana ha ripreso fraintendendo il dibattito insorto nell'esperienza inglese, si è fondata integralmente sui ben noti «ostacoli logici» e sulle «illusioni probabilistiche»³²⁴ che si frapporrebbero all'utilizzo di una siffatta figura. Ma in tal modo si è dimenticato che il diritto non è una disciplina logica o matematica, ma una scienza sociale che da sempre utilizza il ricorso a strumenti «di varia natura per offrire maggiore protezione agli interessi lesi laddove il mutare dei tempi od esigenze del caso concreto lo richiedano»³²⁵. Basti pensare, per rimanere in ambiti limitrofi, alle numerose forme di semplificazione e/o d'inversione dell'onere della prova, alla regola *res ipsa loquitur*, alla stessa disciplina delle presunzioni³²⁶, ai principi della *market share liability*³²⁷, ecc. Il diritto non ha il compito di fotografare il mondo fisico così come esso realmente è, ma deve disciplinarlo così come dovrebbe essere³²⁸. Quindi, nella figura del danno da perdita di *chance* non v'è «nulla di nuovo, [...] se non l'intuizione che anche la perdita di astratte possibilità favorevoli si presta ad essere configurata come danno»³²⁹.

Nel sistema del "tutto o niente", l'incertezza causale viene, ingiustamente, ad avvantaggiare proprio la parte che, versando in colpa, è meno meritevole di protezione. La teoria della perdita di *chance*, invece, inducendo a quantificare il danno nella misura in cui riflette il grado di probabilità che consegue all'incertezza eventistica, come «diminutivo astratto dell'illecito»³³⁰, rappresenta uno strumento giusto ed efficiente, rispondente alle funzioni compensative e di deterrenza dei sistemi di responsabilità civile, che tende a ripartire proporzionalmente il peso del danno tra la vittima e il danneggiante, soprattutto in settori nei quali non è previsto un modello di *Social security* o d'assicurazione sociale diretto a "garantire", in ogni caso, anche a prescindere dalla stessa individuazione del responsabile, il diritto del danneggiato alla riparazione integrale del pregiudizio. Imputare per intero il danno all'agente, nel caso in cui le probabilità statistiche indicano una percentuale di "circa" il 51%, significherebbe addossargli, in ossequio ad una mendace idea di certezza (del rapporto causale e) del diritto, un danno che per il 49% non è stato da lui "causato". Viceversa,

³²¹ Sul punto, il pensiero di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 31.

³²² Cfr. S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 600 ss.

³²³ A. GAMBARO, *La sentenza n. 500*, cit., p. 382.

³²⁴ Oltre agli autori già citati, basti rinviare a R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., pp. 91 ss., 97 ss.

³²⁵ R. PUCCELLA, *op. ult. cit.*, p. 90.

³²⁶ Il rapporto di dipendenza logica tra fatto noto ed ignoto, infatti, può «essere accertato alla stregua di canoni di probabilità con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti la cui sequenza e ricorrenza possono verificarsi secondo regole di esperienza» (Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 1996, n. 9961, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1564) e il cui accertamento può presentare margini di opinabilità.

³²⁷ R. PUCCELLA, *op. ult. cit.*, pp. 90 s., 289 ss., *ivi* le essenziali indicazioni bibliografiche.

³²⁸ In termini analoghi, R. PUCCELLA, *op. ult. cit.*, p. 109.

³²⁹ R. PUCCELLA, *op. ult. cit.*, p. 90.

³³⁰ Cass., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit., p. 1290; e già G. CRICENTI, *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 2073 ss.



escludere qualsiasi risarcimento allorché le probabilità stimate sono “circa” del 49%, vorrebbe dire voler far gravare il 100% del peso del danno interamente sulla vittima. E può forse essere considerato equo dal diritto «that a victim with a less than 50 per cent *chance* of regaining health is always denied a legal remedy despite being treated negligently?»³³¹. Infatti, pare «assurdo» che il convenuto, il quale abbia chiaramente contribuito a provocare un danno, possa essere interamente esonerato³³², mentre in ipotesi di concorso di responsabilità, ripartendo l’«incidenza causale in un 60% a carico di Tizio e in un 40% a carico di Caio, la responsabilità di quest’ultimo non viene meno per essere il suo contributo inferiore al 50%»³³³. Se il danneggiato che ha «in gran parte concorso con la propria colpa ha comunque diritto al risarcimento, è ragionevole negare il ristoro a chi non vi ha nemmeno contribuito?»³³⁴.

La figura del danno da perdita di *chance* realizza essenziali *policy considerations*: rafforza la funzione deterrente della responsabilità civile, soprattutto allorché sono in gioco valori primari della persona; consente di valutare comparativamente gli opposti interessi del danneggiante e del danneggiato, da commisurare in maniera proporzionale anche ai fini della riparazione, evitando di far gravare per intero il peso del danno sull’uno o sull’altro; esprime una valutazione del rilievo sociale del problema, poiché «the basis for none the less acknowledging such a harm is to be found in people’s interest in the protection of such *chances*»³³⁵.

L’idea *all-or-nothing* trova concorde un noto studioso della *chance* nel diritto francese, il quale sottolinea che la probabilità perduta «dovrebbe servire non a stimare l’entità della riparazione, ma semplicemente a permettere ai giudici di dire, attualmente, qualora la *chance* fosse stata *courue*, se essa si sarebbe realizzata o no»³³⁶. Risarcendo la vittima con l’equivalente delle *chances* perdute, «la si colloca nella situazione nella quale essa si sarebbe trovata se avesse venduto la sua *chance*, non in quella nella quale essa si troverebbe se l’avesse *courue*»³³⁷.

Tuttavia, proprio questa considerazione rappresenta un’argomentazione che, se adottata in senso contrario, costituisce una delle ragioni che in maniera più decisiva militano a favore del riconoscimento del “danno” da perdita di *chance*. Se è vero che la funzione compensativa della responsabilità civile consiste proprio nella riparazione del pregiudizio secondo una regola generale di equivalenza tra entità del risarcimento e gravità del danno³³⁸, nel senso che essa deve «ristabilire il più esattamente possibile l’equilibrio distrutto dal danno e collocare la vittima nella medesima situazione nella quale si sarebbe trovata se l’atto dannoso non fosse stato posto in essere»³³⁹, il giudice è tenuto a risarcire alla vittima proprio l’esatto valore delle *chances* perdute per effetto della condotta colposa che ha “causato” tale danno, non certo un pregiudizio che ha un valore finale fittizio pari a 100 o, viceversa, pari a 0, e che, proprio per questo, non è stato “causato” dalla *faute*.

³³¹ N. JANSEN, *The Idea*, cit., p. 278.

³³² Sul punto, H.L.A. HART and T. HONORÉ, *op. cit.*, p. 411.

³³³ V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, cit., p. 102.

³³⁴ V. ZENO ZENCOVICH, *op. loc. ult. cit.*

³³⁵ Così, N. JANSEN, *op. ult. cit.*, p. 274 e *passim*.

³³⁶ A. BÉNABENT, *La chance et le droit*, Préface de J. Carbonnier, Paris, 1973, p. 180.

³³⁷ A. BÉNABENT, *op. loc. cit.*

³³⁸ In questi termini, G. VINEY et B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, préf. di A. Tunc, Paris, 1985, p. 54.

³³⁹ Per l’unanime giurisprudenza, cfr. Y. CHARTIER, *La réparation*, cit., p. 150.



Il diritto non può riparare, se non vuole contraddire l'essenziale funzione compensativa della responsabilità civile, un danno ipotetico che sarebbe potuto conseguire all'eventuale verifica o all'annientamento delle *chances*. Il fatto illecito del terzo o l'inadempimento hanno fermato definitivamente il corso degli eventi. Nessuno potrà mai sapere se l'evento si sarebbe verificato o no. Non è compito del diritto quello di prevedere il futuro. Viceversa è compito della responsabilità civile riparare, sulla base di un principio di proporzionalità, "quella" perdita di *chance* che è stata effettivamente causata da "quella" determinata *faute*, corrispondendo alla vittima l'esatto valore delle probabilità perdute, proprio come se il danneggiato avesse dovuto "venderle" un istante prima che intervenisse la condotta impeditiva dell'agente. In tal senso il danno da perdita di *chance* rappresenta un'espressione immediata e diretta della funzione di *compensation* della responsabilità civile, nella misura in cui «colloca la vittima nella medesima situazione nella quale si sarebbe trovata» se il fatto dannoso non fosse intervenuto.

Al contrario, la tesi che considera la *chance* soltanto un elemento statistico-probabilistico idoneo a provare, in casi d'incertezza sul rapporto causale, il legame tra la condotta e l'evento "finale" incorre in un paralogismo che trova fondamento nel dogma causale *all-or-nothing*. Piuttosto che corrispondere al danneggiato l'esatto valore delle *chances* realmente perdute, preferisce immaginare, sulla base di un criterio quantitativo convenzionalmente ancorato a 50, se le *chances* si sarebbero realizzate o meno. Ma questa concezione, che risente del retaggio neo-positivista tipico dello scienziato naturalista che spiega i fenomeni riportando gli effetti alle cause ed elaborando leggi scientifiche³⁴⁰, non sembra adattabile al diritto, poiché, lungi dal risolvere l'incertezza in certezza, trasferisce l'incertezza dal piano del danno e della sua valutazione (ove essa è fisiologica) a quello del rapporto causale. Affermare che il medico debba essere condannato per omicidio colposo e che, inoltre, debba risarcire per intero il danno biologico in quanto vi era "circa" il 50,01%, o addirittura il 30%³⁴¹, delle probabilità che, in presenza della condotta doverosa omessa, il paziente affetto da neoplasia sarebbe sopravvissuto per una settimana, un mese o, forse, un anno, e, viceversa, sostenere il contrario allorché le statistiche indicavano percentuali appena inferiori, significa voler credere a un'illusione mendace sulla pretesa esistenza del nesso causale, in ossequio a una falsa "certezza" del diritto. È allora che si è realmente in presenza di una «causalità aleatoria»³⁴², la quale genera, nel primo caso, un fenomeno di *overcompensation* e, nel secondo, un'inammissibile assenza di ogni riparazione. In entrambe le ipotesi, la funzione compensativa della responsabilità civile è stata irrimediabilmente violata.

³⁴⁰ V. ZENO ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, p. 68 s.

³⁴¹ Come è accaduto in Italia, per effetto del criticato orientamento della Cassazione penale.

³⁴² A differenza di quanto afferma J. PENNEAU, *Note a Cass.*, 27 mars 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Jur.*, p. 596, il quale discorre di causalità aleatoria proprio in riferimento al danno da perdita di *chance*.