

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXII

Settore Concorsuale: **12/A1- DIRITTO PRIVATO**

Settore Scientifico Disciplinare: **IUS/01- DIRITTO PRIVATO**

**LA PERDITA DI *CHANCE* NEL PRISMA DEL DANNO NON
PATRIMONIALE**

Presentata da: **Luigi La Battaglia**

Coordinatore Dottorato

Prof. Andrea Morrone

Supervisore

Prof. Enrico Al Mureden

Esame finale anno 2020

INDICE

CAPITOLO PRIMO

IL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE*: LINEE RICOSTRUTTIVE GENERALI

1. La definizione e i problemi sul campo.p. 4
2. Le opinioni della dottrina.p. 7
3. L'emersione del danno da perdita di *chance* nella giurisprudenza della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione.p. 14
4. Il danno da perdita di *chance* nella responsabilità professionale.p. 28
5. Il danno da perdita di *chance* nella giurisprudenza amministrativa (cenni). p. 35
6. L'improprio utilizzo della categoria della perdita di *chance* nel danno alla persona.p. 38
7. Altre fattispecie di utilizzo improprio del danno da perdita di *chance*.p. 44

CAPITOLO SECONDO

IL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE* NELLA TEORIA GENERALE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

1. La perdita di *chance* tra danno emergente e lucro cessante, danno presente e danno futuro.p. 48
2. La perdita di *chance* tra danno evento e danno conseguenza: il dilemma del nesso causale.
 - 2.1. Considerazioni generalip. 51
 - 2.2. La causalità da perdita di *chance*p. 56
 - 2.3. Il danno da perdita di *chance* e la responsabilità "proporzionale"p. 63
 - 2.4. Causalità e perdita di *chance* nella vicenda del c.d. Lodo Mondadori..... p. 74
3. Danno da perdita di *chance* e titolo della responsabilità.p. 79
4. Danno da perdita di *chance* e ingiustizia del danno.p. 89
5. Danno da perdita di *chance* e liquidazione equitativa del danno..p. 96
6. Danno da perdita di *chance* e funzioni della responsabilità civile.p. 104

CAPITOLO TERZO

IL DANNO NON PATRIMONIALE DA PERDITA DI *CHANCE* NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

1. La responsabilità sanitaria: inquadramento della fattispecie.....	p. 108
2. Lo “stato dell’arte” in tema di danno non patrimoniale.	
2.1. I presupposti di risarcibilità.....	p. 123
2.2. I criteri di liquidazione	p. 131
3. Il danno non patrimoniale da perdita di <i>chance</i>	p. 140
3.1. Il danno da perdita di <i>chance</i> di sopravvivenza.	p. 155
3.2. Il danno da perdita di <i>chance</i> di guarigione.	p. 164
3.3. Perdita di <i>chance</i> e diritto all’autodeterminazione del paziente.....	p. 169
3.3.1. L’autodeterminazione del malato terminale.....	p. 170
3.3.2. Il danno da nascita indesiderata.....	p. 175
3.4. Perdita di <i>chance</i> e danno da perdita (o macrolesione) del congiunto	p. 180
4. Il danno da perdita di <i>chance</i> nella nuova stagione di San Martino.....	p. 186
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	p. 197
BIBLIOGRAFIA.....	p. 202
ABSTRACT	p. 222

CAPITOLO PRIMO

IL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE*: LINEAMENTI GENERALI DELLA FIGURA.

SOMMARIO: 1. - *La definizione e i problemi sul campo.* 2. - *Le opinioni della dottrina.* 3. - *L'emersione del danno da perdita di chance nella giurisprudenza della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione.* 4. - *Il danno da perdita di chance nella responsabilità professionale.* 5. - *Il danno da perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa (cenni).* 6. - *L'improprio utilizzo della categoria della perdita di chance nel danno alla persona.* 7. - *Altre fattispecie di utilizzo improprio del danno da perdita di chance.*

1. *La definizione e i problemi sul campo.*

Con l'espressione "danno da perdita di *chance*" si suole designare il pregiudizio, giuridicamente rilevante, consistente nel venir meno della possibilità di conseguire un determinato vantaggio (ovvero di evitare un risultato sfavorevole). La figura non riceve una specifica disciplina legislativa, ma trova ampio riconoscimento nella dottrina civilistica e frequente applicazione nella giurisprudenza di legittimità e di merito. Come appare evidente dalla stessa definizione che se n'è data, il danno da perdita di *chance* evoca immediatamente i concetti di possibilità, occasione, probabilità (ma anche incertezza), i quali esprimono la cifra fondamentale della fattispecie, caratterizzata dalla proiezione verso l'acquisizione di un'utilità futura, che il soggetto non raggiunge, e che non è possibile dire che avrebbe raggiunto, ove l'illecito non si fosse verificato¹. Appare subito chiaro, dunque, che risarcire il danno da perdita di *chance* significa allargare le maglie della responsabilità civile a casi in cui non si configura un danno da lucro cessante propriamente detto².

Quali esempi, tratti dalla variegata casistica giurisprudenziale, si possono menzionare l'illegittima esclusione del lavoratore dai concorsi indetti dal datore di

¹ Afferma M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017, 164 s., che "lo scopo di questa figura dovrebbe essere (...) quello di ristorare il pregiudizio consistente nell'essergli stato ingiustamente impedito di trovarsi in quella situazione che gli avrebbe forse consentito di conseguire il detto incremento patrimoniale".

² Il lucro cessante (ovvero il "mancato guadagno" di cui all'art. 1223 c.c.) è quel tipo di danno-conseguenza consistente nel mancato conseguimento di un reddito, e (così come il danno emergente) può essere attuale (se tale mancato conseguimento si sia già verificato al momento della liquidazione) o futuro (se riguarda guadagni che sarebbero stati realizzati dal danneggiato in un periodo successivo alla liquidazione medesima).

lavoro per l'assunzione o per l'attribuzione di una qualifica superiore; la perdita della possibilità dell'esito favorevole di un'azione giudiziaria, cagionata dall'inadempimento dell'avvocato; la perdita delle *chances* di guarigione o di sopravvivenza del paziente, per colpa del medico; oltre a tutta una serie di altre fattispecie nelle quali, come si vedrà, ad onta del riferimento nominalistico al danno da perdita di *chance*, a venire risarciti sono, in realtà, pregiudizi riconducibili a tradizionali "voci" di danni (patrimoniali o non patrimoniali).

La figura assume fisionomia cangiante ed è idonea a evocare problemi giuridici diversi, a seconda che venga declinata nel campo della responsabilità contrattuale o extracontrattuale, ovvero con riferimento al danno patrimoniale o non patrimoniale. In particolare, a venire in rilievo sono le questioni legate all'individuazione dei caratteri strutturali identificativi della *chance*, suscettibili di differenziarla dal danno "tradizionalmente" inteso; all'ascrivibilità del pregiudizio da perdita di *chance* alla categoria del danno emergente ovvero del lucro cessante; alla compatibilità della figura con la struttura della fattispecie di responsabilità civile (soprattutto sotto il profilo del nesso di causalità); all'oggetto della prova da fornire, da parte del danneggiato che ne invochi il risarcimento; ai criteri di liquidazione.

Sul primo punto, si può convenire che il terreno di coltura elettivo del danno da perdita di *chance* sia la responsabilità contrattuale, sia essa scaturente da un vero e proprio contratto ovvero da un "contatto sociale qualificato", fonte di obblighi di protezione preordinati alla salvaguardia delle probabilità di conseguimento di un risultato utile vantate dalla controparte³. Si pensi al rapporto di lavoro subordinato, o al contratto di prestazione d'opera intellettuale tra un professionista (avvocato, commercialista) e il suo cliente, o al rapporto tra medico (o struttura sanitaria) e paziente, o ancora alla relazione giuridica qualificata che si instaura tra la pubblica amministrazione e il concorrente di una procedura di appalto pubblico. In questo campo, ove si riconduca la *chance* nell'area dell'interesse del creditore, al cui soddisfacimento la prestazione del debitore è preordinata, l'inadempimento è (o dovrebbe essere) di per sé idoneo a provocarne la lesione, ponendosi solo il problema dell'identificazione e della quantificazione di un danno-conseguenza. Cionondimeno, sia la dottrina favorevole alla configurabilità di un danno da perdita di *chance*, sia la prevalente giurisprudenza, hanno generalmente applicato (più o meno consapevolmente) schemi teorici più vicini ai canoni della responsabilità extracontrattuale, andando alla ricerca di un "bene" o di un interesse del

³ V. C. SCOGNAMIGLIO, *Le perdite di chances*, in *Tratt. resp. contr.*, vol. III, a cura di G. VISINTINI, Padova, 2009, 219 s.. In tal senso si esprime anche A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979, 301 s. secondo il quale "la tutela giuridica è attribuita all'interesse concernente una chance o possibilità, in sé e per sé considerata (...) nei casi (...) ove attraverso il vincolo contrattuale si intese garantire proprio quella possibilità".

danneggiato, la cui lesione giustificasse comunque il risarcimento (indipendentemente, cioè, dal collegamento con una preesistente obbligazione). Affermando la necessità che l'inadempimento determini, sotto il profilo causale, il venir meno di apprezzabili e significative *chances* di conseguimento del risultato, queste ultime sono state - in un certo senso - "espunte" dal perimetro della prestazione, venendo "reificate" quale substrato oggettivo di una lesione che funge da presupposto per la risarcibilità del danno. Conseguentemente, si è imposto all'attenzione degli interpreti il problema del nesso causale, non solo (e non tanto) con riferimento al c.d. danno-conseguenza *ex art. 1223 c.c.*, quanto piuttosto - in via logicamente preliminare - tra l'illecito e la lesione del bene-*chance*. Ciò ha portato in rilievo, nella prospettiva extracontrattuale, il problema dell'ingiustizia del danno (soprattutto nella sua variante "costituzionale", applicabile al danno non patrimoniale)⁴; e, dall'angolo visuale della responsabilità contrattuale, quello di ricondurre le *chances* frustrate all'area delle obbligazioni assunte dal debitore con la stipulazione del contratto (o mediante il "contatto sociale").

Le questioni della qualificazione del danno da perdita di *chance* in termini di danno-evento o danno-conseguenza, di danno emergente o lucro cessante, di danno (sempre) patrimoniale o (eventualmente anche) non patrimoniale), presentano - all'evidenza - una stretta correlazione reciproca, che dovrà essere puntualmente scandagliata per verificarne coerenza sistematica e ricadute in punto di disciplina. Si pensi, ad esempio, al nesso causale, che, a seconda della soluzione prescelta, può atteggiarsi come nesso di causalità materiale o giuridico, e rispetto al cui accertamento potrebbero essere predicati criteri diversi da quelli ordinariamente in uso per la selezione dei danni risarcibili.

Per quel che riguarda la collocazione del danno da perdita di *chance* rispetto alla dicotomia danno emergente/lucro cessante, non v'è dubbio che, sotto il profilo concettuale, la perdita della possibilità di ottenere un certo risultato appaia maggiormente assimilabile a quest'ultimo, posto che il concetto di possibilità è ontologicamente legato a un'utilità che, al momento dell'illecito, non è ancora stata acquisita alla sfera giuridica del soggetto. Ciononostante, sulla scia dell'esperienza francese, è prevalsa (almeno fino a tempi assai recenti) la c.d. teoria ontologica della *chance*, fondata sull'idea che essa rappresenti un bene giuridico autonomamente individuabile, presente nel patrimonio del danneggiato e distinto dal vantaggio "finale" di cui esprime la possibilità, la cui lesione/privazione determina un danno (patrimoniale) emergente. Si rende allora necessario

⁴ Come esattamente nota G. ALPA (cur.), *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 583, "del danno conseguente alla perdita di una *chance* si può trattare sia in materia di risarcimento sia in materia di presupposti della responsabilità e quindi di danno ingiusto, essendo la "perdita" lesiva di un interesse del danneggiato che si deve qualificare come meritevole di tutela per poter pervenire al risarcimento".

coordinare tale assunto con la teoria dei beni e delle situazioni giuridiche, ciò che la giurisprudenza (e, per vero, anche la dottrina maggioritaria) non s'è mai curata di fare, reiterando tralattivamente la formula che identifica la *chance* in un'“entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione”.

2. *Le opinioni della dottrina.*

Il danno da perdita di *chance* (nelle “accezioni” che troveranno successivamente ampia diffusione nell'ordinamento italiano) nacque nell'esperienza giuridica francese, ove la categoria finisce per abbracciare una congerie di fattispecie diverse, tra cui la perdita: della possibilità di intraprendere una determinata carriera (o di conseguire una promozione professionale o di accedere a un impiego maggiormente lucrativo); della *chance* di guadagno conseguente alla mancata conclusione di un contratto; della *chance* di sposarsi da parte della donna cui sia stato ucciso il fidanzato poco prima del matrimonio; degli emolumenti versati ai congiunti dal parente rimasto ucciso in conseguenza del fatto illecito altrui (o il venir meno della relativa aspettativa futura); della *chance* di aggiudicarsi un premio in un concorso artistico, dovuta alla colpa degli organizzatori o del vettore dell'opera; della *chance* di aggiudicarsi una lite giudiziaria, causata dal comportamento colposo dell'ufficiale giudiziario o dell'avvocato; delle *chances* di sopravvivenza o di guarigione del paziente, a causa del comportamento imperito del medico⁵.

La categoria viene utilizzata – come non mancò di notare Busnelli⁶ in uno dei primi contributi sull'argomento – per apprestare tutela risarcitoria anche alla lesione di interessi di mero fatto, in coerenza con la struttura “aperta” della fattispecie di responsabilità civile delineata dall'art. 1382 del codice civile transalpino⁷.

⁵ Per una casistica della giurisprudenza francese, si rimanda a M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004, 28 ss., nonché a S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, Milano, 2016, 2 s.; N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, 2004, 295; F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 227.

⁶ F. D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, I, 47.

⁷ V. S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 49. Non vi è compatibilità, invece, con il sistema italiano di responsabilità extracontrattuale, se è vero – come sostiene lo stesso F.D. Busnelli in un saggio di trent'anni successivo alla nota sul Foro italiano (*Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e resp.*, 1997, 272) – che in quest'ultimo è risarcibile soltanto la violazione dell'interesse legittimo c.d. pretensivo che, quale contraltare di un'attività amministrativa vincolata, si rapporti a una situazione di affidamento oggettivamente valutabile, mentre, nelle ipotesi di attività discrezionale della pubblica amministrazione, l'interesse del privato resterebbe confinato alla dimensione “procedimentale”, non superando la *chance* di conseguimento

In Italia, la prima riflessione organica sul tema si deve a Maurizio Bocchiola il quale, intorno alla metà degli anni '70 del secolo scorso, adattò al nostro sistema gli approdi già raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza d'oltralpe⁸. Muovendo dall'assunto della sostanziale inutilità della *chance*, ove assimilata al lucro cessante⁹, l'Autore accolse una visione "statica" della *chance*, intesa come "un qualcosa di completamente autonomo che (...) può essere considerato più o meno esistente indipendentemente da quella che risulta essere la dimostrabilità del risultato finale"¹⁰: da qui, il "capovolgimento concettuale per cui la perdita di una chance non è considerata un lucro cessante, ma un danno emergente"¹¹. Se la *chance* è una "proprietà anteriore" del soggetto, un'entità che preesiste al fatto illecito, è "il valore economico di questa chance che deve essere risarcito, indipendentemente dal risultato finale che il danneggiato avrebbe potuto conseguire ove l'evento non lo avesse privato della possibilità medesima"¹². Non è chiaro, tuttavia, né di che tipo di "bene" si tratti, né sulla base di quali criteri possa essere quantificato il suo valore economico. Da un lato vengono richiamate "le regole dei grandi numeri ed il calcolo statistico"¹³ (criterio che sembra invero più consono all'accertamento del lucro cessante); dall'altro si precisa che "con la statistica si accerta soltanto se prima che si verificasse l'evento dannoso esisteva un'entità avente un certo contenuto patrimoniale positivo per un soggetto, il quale poi ne è stato privato"¹⁴. Un'entità che, in linea di principio (e in ossequio alla predicata qualificazione di danno emergente) potrebbe anche essere di rilevanza economica "molto tenue", ma che in concreto dovrebbe superare il 50% per potersi dire "dimostrata ai fini probatori"¹⁵. È evidente la forzatura alla quale viene

del bene della vita il rango dell'interesse di mero fatto (come tale irrisarcibile). Distingue tra "posizioni giuridicamente protette" e "situazioni di mero fatto" anche V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 216, facendo l'esempio, con riguardo alla possibilità di vincere il premio di una lotteria, del soggetto che abbia acquistato il biglietto e di quello che, invece, non lo abbia fatto (per esempio, per l'inadempimento del mandatario a ciò incaricato).

⁸ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 55 ss.

⁹ Laddove si decida di valorizzare la similitudine "strutturale" tra (perdita di) *chance* e lucro cessante, siccome entrambi proiettati su un risultato utile non prodottosi in conseguenza dell'illecito, le due figure potrebbero differenziarsi solo sotto il profilo della graduazione quantitativa, trascorrendosi, in un'ideale scala ascendente, dalle (mere) possibilità consustanziali alla *chance* alle (più consistenti) probabilità, idonee a conferire al lucro cessante quella "certezza" (giuridica) da cui dipende la relativa risarcibilità. Conseguentemente, il concetto di *chance* risulterebbe intrinsecamente assorbito da quello di lucro cessante, non potendosi configurare alcun pregiudizio risarcibile, al cospetto di una misura di probabilità di conseguimento del risultato, inferiore a quella necessaria per integrare il mancato guadagno di cui all'art. 1223 c.c. Sul punto, si veda anche S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, cit., 18 s.

¹⁰ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 84.

¹¹ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 86.

¹² M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 87.

¹³ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 95.

¹⁴ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 94.

¹⁵ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 101.

sottoposto il concetto di “certezza” del danno, laddove predicato nei confronti di un’“entità” sostanziantesi di (mere) possibilità, le quali peraltro, proprio per poterne ammettere la risarcibilità, debbono essere forzatamente sganciate dal risultato verso il quale sarebbero ontologicamente proiettate. Così come è evidente la contraddizione di considerare la perdita di *chance* come un danno emergente, per poi negarne la risarcibilità allorquando essa non assurga a una certa consistenza probabilistica¹⁶.

La concezione c.d. “ontologica” della *chance* ha ricevuto, nel tempo, il favore della dottrina maggioritaria¹⁷, la quale però, nell’indagarne i rapporti col danno emergente e il lucro cessante, è parsa concentrarsi maggiormente sul profilo “conseguenziale” del pregiudizio, senza soffermarsi adeguatamente sul (possibile) diverso atteggiarsi della figura nei due settori della responsabilità civile (contrattuale ed extracontrattuale), o sull’incidenza che sulla conformazione della fattispecie può spiegare (quantomeno nell’ottica extracontrattuale) il requisito dell’ingiustizia del danno. Si è ribadito, allora, che, riguardata dall’angolo visuale del lucro cessante, la perdita di *chance* non potrebbe che integrare un pregiudizio potenziale o eventuale, come tale non risarcibile, mentre, se considerata quale utilità già presente nel patrimonio del danneggiato, essa sarebbe “*risarcibile di per sé, poiché ad essa viene attribuito un valore economico*”, venuto meno a causa dell’illecito¹⁸. Altro autorevole Autore parla di “*posizione [che] ha un valore in ragione delle sue utilità future*” e di “*lesione attuale di una posizione del danneggiato*”, sembrando configurare dunque la perdita di *chance* come danno-evento, cui consegue il risarcimento per la perdita dei vantaggi “*funzionalmente connessi col bene*”¹⁹. Un danno attuale, dunque, già verificatosi nel momento in cui viene accertato e liquidato nel processo.

¹⁶ La conclusione di M. BOCCHIOLA *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, cit., 101, secondo cui “*in presenza di una percentuale sfavorevole, superiore a quella favorevole, non vi [sarebbe] alcuna ragione che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima e, quindi, la risarcibilità di un danno non dimostrato*” sembra tradire la premessa della diversità del bene-*chance* rispetto al risultato mancato.

¹⁷ Aderiscono a tale posizione, tra gli altri, F. GALGANO, *Trattato di dir. civ.*, vol. III, III ed., Padova, 2015, 280 ss.; F. MASTROPAOLO, *Danno, III Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, 13; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 301; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 448; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016, 302, che, qualificando la *chance* alla stregua di “*componente autonoma del patrimonio della vittima*”, ne afferma la risarcibilità “*di per sé, poiché ad essa viene attribuito un valore economico, il quale, esistendo già nel patrimonio del danneggiato, va qualificato come danno emergente*”; G. FACCI, *Chance (danno da perdita di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2009, 3; D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, II ed., Milano, 2010, 12, 25 e 28.

¹⁸ Così M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 823 ss., il quale peraltro precisa che “*deve (..) trattarsi di una perdita che altrimenti non potrebbe essere ricompresa in alcun’altra voce di danno*”, così ammettendo che il risarcimento del lucro cessante potrebbe, in concreto, coprire anche il pregiudizio imputabile alla perdita di *chance*.

¹⁹ C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 329 ss.

A questa tesi si contrappone quella c.d. eziologica, secondo la quale la *chance* si sostanzierebbe in un interesse, pur sempre omogeneo rispetto al bene giuridico “finale”, la cui lesione verrebbe integrata, tuttavia, a fronte di un grado di possibilità/probabilità inferiore a quello necessario per la configurazione del nesso causale “ordinario”²⁰. In altri termini, stante la sostanziale identità “strutturale” della perdita di *chance* e del lucro cessante (entrambi protesi verso l’acquisizione di un’utilità, che viene impedita dal fatto illecito), la funzione della prima sarebbe quella di assicurare un risarcimento (sia pur quantitativamente ridotto) anche nelle ipotesi in cui le probabilità di conseguimento del vantaggio, prima del verificarsi dell’illecito, fossero più basse (purché non irrisorie)²¹.

Alcuni Autori prendono le mosse da tale impostazione concettuale (ritenuta l’unica astrattamente plausibile) per negare qualsivoglia utilità giuridica alla teoria

²⁰ Si veda M. TESCARO, *Il danno da perdita di chance*, in *La resp. civ.*, 2006, 532 ss., il quale, muovendo (correttamente) dalla reciproca autonomia delle qualificazioni danno attuale/futuro e danno emergente/lucro cessante, individua nel danno da perdita di *chance* un danno attuale da lucro cessante, “consequente alla perdita della (semplice) possibilità di conseguire vantaggi futuri” e “distint[o] dalla perdita di quegli stessi vantaggi”, senza spiegare però come sia conciliabile tale conclusione con le regole in punto di nesso causale (posto che la mera possibilità di consecuzione del vantaggio dovrebbe essere per definizione insufficiente ad integrare la soglia probabilistica idonea a fondare il nesso causale giuridicamente rilevante tra l’illecito e la relativa perdita). Su posizione simile C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 318 s., secondo la quale “una volta dimostrato che il danneggiato avrebbe sicuramente preso parte — se non fosse intervenuto l’illecito — a quegli avvenimenti (selezione, gara, concorso, giudizio) che costituiscono i presupposti per il conseguimento del lucro, le eventuali circostanze che non hanno potuto concretizzarsi per effetto dell’illecito ma che, secondo un calcolo di probabilità, avrebbero ugualmente potuto impedire il raggiungimento del guadagno sperato, assumono rilevanza ai soli fini della quantificazione del danno”.

²¹ Si muove in tale direzione la ricostruzione di M. F. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata. Un itinerario incrementale*, Napoli, 2006, che, accostata la perdita di *chance* al lucro cessante, sotto il profilo della dimensione (patrimoniale e) futura del relativo pregiudizio (p. 22), li distingue per la diversa “graduazione” delle probabilità di conseguimento del risultato, ma non già in punto di nesso causale (che sarebbe, in entrambi i casi, “certo”), bensì con riferimento alla quantificazione, “a valle”, del risarcimento. In altri termini, in entrambi i casi potrebbe dirsi accertata una perdita economica futura in rapporto di causalità con l’illecito, ma nel caso del lucro cessante il risarcimento sarebbe integrale, riscontrandosi una probabilità vicina alla certezza (o comunque molto elevata), mentre nel caso della perdita di *chance* il *quantum* sarebbe contenuto, in corrispondenza del minor grado di probabilità occorrente nel caso di specie. In questo modo, però, le due figure finiscono per sovrapporsi completamente, essendo entrambe proiettate sulle medesime utilità, il cui mancato conseguimento sarebbe correlato al fatto generatore della responsabilità sulla base di uno schema causale – almeno in tesi – identico. L’Autrice (come si vedrà più diffusamente in seguito) riconosce, invero, alla teoria del danno da perdita di *chance* una funzione, in certo senso, punitiva del comportamento *non iure* del danneggiante, che giustifica il risarcimento anche al cospetto di situazioni in cui il nesso causale non potrebbe dirsi – a rigore – integrato. D’altra parte, l’indebito trasferimento della dimensione probabilistica dal momento dell’accertamento del nesso causale a quello della quantificazione del danno, lascia campo libero, sotto quest’ultimo profilo, alla più ampia discrezionalità (per non dire all’arbitrio) del giudice, chiamato a liquidare il risarcimento su basi percentuali prive di qualsivoglia (reale) criterio orientativo. E infatti, dopo avere postulato, ai fini della risarcibilità del danno, una “consistenza minima che è data da percentuali di probabilità favorevoli superiori rispetto a quelle sfavorevoli” (p. 79), l’Autrice sembra tornare sui suoi passi, laddove, alla domanda quando sussista “la ragionevole certezza necessaria per dar luogo al risarcimento”, risponde che “non si può fissare un criterio standard, ad esempio una percentuale di probabilità, in quanto tale percentuale varia da caso a caso. Il giudice, nel valutare o meno la presenza o meno del grado di probabilità, tiene conto dei vari aspetti del contesto” (p. 86).

della *chance*, non potendosi ammettere una causalità “attenuata”, che rappresenti una “terza via” rispetto all’alternativa tra la sussistenza e l’insussistenza del nesso²².

Altra visione realizza un singolare “ibridismo” tra le due impostazioni, aderendo alla teoria ontologica pur sul presupposto “*che la chance sia ontologicamente connessa all’utilità finale, configurandosi proprio come possibilità di realizzare tale utilità*”²³. La risarcibilità del danno da perdita di *chance* viene assicurata sostituendo, nel ragionamento causale, al “più probabile che non” il “meramente possibile”, mediante l’artificio di trasformare la *chance* “in “oggetto di danno”, in quanto *l’accertamento si sposterà sul rapporto di causalità che lega l’illecito alla perdita della possibilità di conseguire il risultato sperato, anziché al mancato conseguimento dello stesso*”²⁴. Tale possibilità integra essa stessa un interesse meritevole di tutela per l’ordinamento giuridico (come tale suscettibile di integrare il requisito dell’ingiustizia *ex art. 2043 c.c.*); senonché, esso viene tautologicamente configurato come “*interesse a conservare la possibilità di conseguire l’utilità finale*”, così perpetrando l’artificioso schema logico della creazione *ad hoc* di posizioni giuridiche soggettive²⁵, modellate sulle conseguenze pregiudizievoli la cui risarcibilità dovrebbero, invece, esse stesse fondare²⁶.

Secondo un’altra opinione, il danno da perdita di *chance* non sarebbe (“qualitativamente”) distinto da quello “finale”, esprimendo semplicemente, nella sua consistenza “quantitativa”, la misura dell’apporto eziologico ascrivibile al

²² Si veda M. ROSSETTI, *sub art. 2056 c.c.*, in *Comm. cod. civ. dir. da E. Gabrielli, Dei fatti illeciti*, a cura di U. Carnevali, Torino, 2011, 589, il quale, sulla premessa che “*la perdita di una chance non [possa] essere distinta dal danno finale, cioè dalla perdita del risultato sperato*”, conclude nel senso che “*affermare la risarcibilità della perdita di chance in sé non costituisce che un escamotage per ammettere la risarcibilità di un danno il cui nesso causale rispetto alla condotta illecita non è certo, ma solo probabile*”. Si veda anche R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Padova, 2007, 146 s., il quale rileva perspicuamente che “*nel caso della probabilità perduta, rimane realmente incerto se l’evento finale la cui dimensione per altro è chiaramente definita, sia oppure non conseguenza della condotta illecita; resta incerto, cioè, se l’evento negativo (inteso come mancato conseguimento di utilità o come necessità di subire un evento negativo) sia l’effetto della condotta illecita. Nel danno futuro invece non c’è incertezza circa il fatto che la condotta illecita sia l’unica possibile causa in gioco*”.

²³ S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell’interesse legittimo*, cit., 31.

²⁴ S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell’interesse legittimo*, cit., 33.

²⁵ Rileva icasticamente P.G. MONATERI, *L’ingiustizia del danno di cui all’art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno e resp.*, 2011, 1095, che “*il requisito dell’ingiustizia del danno si risolverebbe in un nulla se per ogni danno si inventasse la violazione di un diritto ad hoc*”.

²⁶ Il rischio – nota perspicuamente G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019, 35 – è “*che l’ingiustizia del danno finisca per consistere nella perdita di una mera probabilità, la quale prescinde dall’utilità finale, e che non mutua la sua natura di interesse da un bene della vita già rilevante*”. Fa riferimento all’“*escamotage concettuale di soggettivizzare la situazione giuridica corrispondente alla possibilità andata perduta*” A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 675, il quale nota che, in questo modo, “*viene entificato, sul piano delle situazioni soggettive, il percorso logico-consequenziale che avrebbe potuto condurre il soggetto (poi danneggiato) ad ottenere l’utilità realmente perseguita*” (p. 680).

comportamento del danneggiante, declinato con riferimento alle probabilità di conseguimento del risultato: l'aver fatto perdere al paziente determinate probabilità di guarigione integra una "condizione di agevolazione" (e dunque un fattore causale concorrente) dell'evento lesivo²⁷. La tesi è stata anche declinata in termini di analisi economica del diritto²⁸.

V'è poi chi propende per l'autonomia della fattispecie del danno da perdita di *chance* rispetto alle classiche voci del danno emergente e del lucro cessante. In un primo senso, la perdita di *chance* sarebbe un "modello generale di danno", non identificabile "né (soltanto) con il danno emergente, né (soltanto) con il lucro cessante", costituendo "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 e da un lucro cessante o, come spesso accade, da entrambi"²⁹. La sostenitrice di tale tesi fa l'esempio del danno da perdita di *chances* di guarigione, dal quale potrebbe scaturire sia un danno emergente ("consistente nella frazione, espressa in termini percentuali, di mancato «risparmio delle spese chirurgiche ed ospedaliere»"), sia un lucro cessante (consistente nella "frazione di «utile ottenibile nel futuro da quei beni patrimoniali che la conservata integrità fisica avrebbe fatto conseguire»"³⁰). In quest'accezione, le *chances* perdute vengono collocate sul piano del danno-conseguenza cui allude l'art. 1223 c.c.³¹. Non viene chiarito, peraltro, quale sia (nel contesto della responsabilità extracontrattuale) l'interesse giuridicamente rilevante leso sul piano del danno-evento, né come si vada declinata la causalità giuridica al cospetto di danni-conseguenza quantificati in una frazione del "tutto" (del *quantum*, cioè, che sarebbe stato liquidato ove l'attore fosse riuscito

²⁷ Così A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 315 ss. (in part., 324 ss.). La tesi viene (condivisibilmente) criticata da R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 143, con l'argomentazione per cui "la probabilità che definisce la possibilità di realizzazione di un evento sperato non vada confusa con la probabilità intesa come modo per esprimere la contribuzione causale di una certa condotta nella verifica di un evento".

²⁸ Da A. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 658, secondo il quale, sul presupposto che "nella prospettiva dell'economista, la responsabilità dell'agente viene a dipendere dal grado di incidenza della sua condotta (più o meno negligente) sulla produzione del danno", afferma l'opportunità "che l'agente internalizzi il rischio di perdita delle chances del danneggiato in dipendenza della propria attività, acciocchè lo stesso agente sia incentivato ad un comportamento efficiente: a conformarsi, cioè, ad un opportuno standard of care, limitando così l'incidenza causale della propria condotta (commisurata – in assenza di misure di prevenzione – sulla consistenza probabilistica della chance oggetto di potenziale lesione) sul mancato conseguimento del bene finale".

²⁹ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., 99.

³⁰ L'Autrice cita qui A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 257.

³¹ Sulla stessa linea di pensiero M. FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *La resp. civ.*, 2005, 446 (il quale, rigettando la tesi del diritto all'integrità del proprio patrimonio, puntualizza che la perdita di *chance*, collocandosi sul terreno del danno-conseguenza, "deve essere la conseguenza della lesione di una situazione protetta"), e F. MASTROPAOLO, *Danno, III Risarcimento del danno*, cit., 12.

a dimostrare che la lesione della propria salute fosse eziologicamente ascrivibile al comportamento del medico)³².

In un altro senso, il danno da perdita di *chance* si situerebbe nella “*terra di nessuno*” tra danno emergente e lucro cessante, e designerebbe la perdita – economicamente rilevante – di un vantaggio attuale rappresentato dalla possibilità, per il danneggiato, di trovarsi in una situazione che gli avrebbe consentito di giocarsi le probabilità di acquisizione di un determinato risultato³³. Un danno attuale, direttamente discendente dalla condotta illecita idonea a conculcare la libertà di azione della vittima; un danno che, nell’ipotesi in cui non sia configurabile un vero e proprio lucro cessante, corrisponderà al “*controvalore monetario della (...) attività prodromica al conseguimento dell’utilità futura, cui [il danneggiato, n.d.r.] deve forzatamente e ingiustamente rinunciare*” (in una logica “*assai prossima, se non identica, a quella dell’interesse contrattuale negativo*”)³⁴. Tale accezione, portando in esponente un pregiudizio sussistente *in re ipsa* per il solo fatto che “*a monte, la condotta contra ius del danneggiante ha precluso, a valle, la possibilità, per il danneggiato, di un arricchimento*”³⁵, esibisce un (concorrente) carattere “punitivo” del risarcimento, mediante una quantificazione che si collocherebbe - nella generalità dei casi - a un livello intermedio tra il danno emergente (nell’accezione di interesse negativo sopra specificata) e il lucro cessante, quale risultato del contemperamento del “*piano prevalentemente orientato sulla funzione riparatorio-integrativa*” e del “*piano prevalentemente orientato sulla funzione sanzionatorio punitiva*”³⁶. È evidente l’eco della teorica

³² Sul punto si ritornerà diffusamente *infra*. Sia qui sufficiente sottolineare che sostenere (come fa M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., 119) che la tecnica della perdita di *chance* consente di “*limitare la riparazione al solo danno (da perdita di chance) che è stato effettivamente causato dal medico*” significa confondere indebitamente la fattispecie con quella del concorso tra causa umana (il comportamento imperito o negligente del medico) e causa naturale (il decorso della patologia), nella quale – a differenza che nella perdita di *chance* – il nesso causale tra l’inadempimento del sanitario e l’evento lesivo è positivamente dimostrato.

³³ M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., 168 ss., il quale sembra riprendere, in questo punto, l’idea di V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, cit., 215, secondo cui “*il superamento di una delle prove d’esame conferisce una «qualità» economicamente rilevante e monetizzabile, come minimo, nel valore del tempo impiegato per preparare e sostenere adeguatamente la prova*”.

³⁴ M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., 184.

³⁵ M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., 186.

³⁶ M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, cit., 187, che si spinge poi ad affermare che “*l’attuale apparato rimediale potrebbe consentire al giudice di liquidare una somma anche complessivamente più alta dell’incremento patrimoniale non conseguito (e comunque sganciata da tale parametro, proprio per valorizzare l’autonomia risarcitoria del danno da perdita di chance), e ciò tutte le volte in cui le caratteristiche della condotta illecita siano tali da giustificare, almeno in ipotesi, un surplus risarcitorio in funzione strettamente sanzionatoria, e cioè un risarcimento sovracompensativo che sia riferibile allo specifico contributo causale del danneggiante, e quindi alle caratteristiche di esso in termini di gravità della condotta*” (p. 191 s.).

del danno meramente patrimoniale³⁷, che – come noto - si caratterizza per conseguire direttamente all'inadempimento (o, nell'ottica aquiliana, alla violazione di modelli di comportamento "doverosi"), senza l'intermediazione della lesione di una situazione giuridica soggettiva. Figura, quest'ultima che però - a tacer d'altro – appare (come innanzi si vedrà) ontologicamente incompatibile con le fattispecie in cui il danno da perdita di *chance* assume connotazione non patrimoniale (segnatamente, quelle di perdita di possibilità di guarigione o di sopravvivenza nell'ambito della responsabilità sanitaria)³⁸.

In un certo senso "intermedia" sembra essere anche la posizione assunta da Zeno Zencovich, il quale, con riferimento alla fattispecie dell'illegittima esclusione da una prova concorsuale, prospetta, da un lato, un danno emergente, rappresentato dal controvalore del "*tempo impiegato per preparare e sostenere adeguatamente la prova*"³⁹, e dall'altro "*danni ulteriori consistenti nell'utilità finale che si intendeva raggiungere*"⁴⁰.

3. L'emersione del danno da perdita di chance nella giurisprudenza della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione.

L'esordio della categoria nel panorama giurisprudenziale italiano si deve alla Sezione lavoro della Corte di Cassazione, la quale, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, prese a farne ampio uso nel settore delle procedure concorsuali/selettive, svolte dal datore di lavoro per l'assunzione o la promozione dei lavoratori. Lo schema seguito da queste decisioni è quello "ontologico", che

³⁷ Sul quale si veda C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 315, e in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 761 ss. Riconduce la perdita di *chance* al danno meramente patrimoniale S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 77. Parla di "*lesione all'integrità del patrimonio*" anche C. SALVATORI, *Nuovi profili della responsabilità medica: la risarcibilità del danno da perdita di chance*, in *Giur. it.*, 2006, 283. Ad un concetto allargato di patrimonio sembra far riferimento anche N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 873, che ricollega la risarcibilità ad una "*valutazione complessiva del patrimonio del soggetto privato della chance, intesa come tessera di un mosaico più ampio e che, nondimeno, nella sua singolarità e specificità anche infinitesimali, ha una economicità, comunque tutelabile nel momento in cui è riconnessa ad una situazione idonea a produrre una certa redditività*". Dello stesso Autore si veda anche *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, cit., ove si sottolinea che "*è proprio la lesione, il vulnus inferto all'integrità patrimoniale in uno dei suoi elementi caratteristici (la chance) a fornire il crisma dell'ammissibilità risarcitoria anche ex art. 1223 c.c.(..)*". Si esprime in termini di "*lesione all'integrità del proprio patrimonio, consistente nel danno emergente*" anche A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 237.

³⁸ Critica nei confronti dell'utilizzo della categoria del danno meramente patrimoniale è T. TORRESI, *Il danno da perdita di "chance" tra contratto e torto: diritto all'integrità patrimoniale? Danno meramente patrimoniale?*, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, 2073.

³⁹ Si veda *supra*, nota 33.

⁴⁰ Con conseguente piena sovrapposizione al lucro cessante.

vede nella *chance* una componente del patrimonio del concorrente, conculcata dall'illecito del datore di lavoro.

La prima pronuncia ad occuparsi diffusamente del tema fu la n. 6506 del 19.12.1985, con riferimento ad un caso in cui al ricorrente, che aveva già superato la prova scritta di un concorso indetto dall'Enel, era stata preclusa la partecipazione alla successiva prova orale, in quanto nelle more era già stato assunto dall'ente, all'esito della vittoria di altro concorso. La Corte censurò la pronuncia di merito, che aveva interpretato la domanda come rivolta a conseguire il risarcimento del lucro cessante derivante dalla mancata vittoria del concorso, puntualizzando come a venire in questione fosse piuttosto un "*danno emergente da perdita di una possibilità attuale, e non di un futuro risultato*", per la cui configurabilità si richiedeva che la possibilità fosse superiore al 50%, dal momento che, "*in presenza di una percentuale di possibilità sfavorevole maggiore di quella favorevole, non vi è ragione alcuna che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima, e, quindi, la sussistenza del danno*"⁴¹. Trattandosi di un concorso diretto all'assunzione di nuovi dipendenti (e non alla promozione di lavoratori già alle dipendenze del datore), la Cassazione argomentò secondo categorie proprie della responsabilità extracontrattuale, delineando la perdita di *chance* come un danno emergente certo, attuale e patrimoniale, discendente dalla (concorrente) lesione di due diritti soggettivi: il "*diritto a partecipare alla prova orale del concorso*" e il "*diritto all'integrità del proprio patrimonio*"⁴².

In una successiva pronuncia (la n. 5494 del 12.10.1988), la Suprema Corte fu chiamata a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento proposta da un lavoratore che, a differenza di altri suoi colleghi, si era visto negare la promozione a una qualifica superiore. La procedura valutativa, benché viziata da evidenti profili di illegittimità, non consentiva una comparazione *ex post* della posizione del ricorrente rispetto a quella degli altri partecipanti (e, dunque, l'individuazione della consistenza delle probabilità di vittoria vantate dal primo). I giudici di legittimità precisarono, allora, che, in casi come questo, non è possibile riconoscere all'attore il danno da lucro cessante "pieno", proprio perché non è dato raggiungere la prova che, in assenza dell'illecito, il lavoratore sarebbe stato certamente incluso nel novero dei vincitori: "*solo in tal modo, infatti il ricorrente può provare di avere il diritto alla promozione e, quindi, al risarcimento del danno corrispondente alla retribuzione nella maggiore qualifica*". Il concorrente ingiustamente penalizzato potrà, quindi, domandare il solo "*danno consistente nella mancata possibilità (la*

⁴¹ Nel caso di specie ricorreva tale presupposto, risultando che solo 24 concorrenti su 91 non avevano superato la prova orale.

⁴² Quello che può definirsi, dunque, un danno-conseguenza, disciplinato (quanto al suo collegamento causale con la lesione dell'interesse meritevole di tutela) dall'art. 1223 c.c..

c.d. “chance”) di vincere il concorso”; e “l’entità del danno in questi casi potrà essere maggiore o minore a seconda della gravità e del numero delle illegittimità commesse nell’espletamento del concorso, della maggiore o minore possibilità di successo del dipendente, del successivo comportamento del datore di lavoro diretto a permettere o meno la migliore ricostruzione della vicenda del concorso e così via”. Non si fa cenno alla tesi “ontologica”, e la risarcibilità del danno da perdita di *chance* sembra piuttosto configurarsi, da un lato, come “sanzione” per le illegittimità commesse dal datore di lavoro, e dall’altro come contraltare del lucro cessante (collegato, quest’ultimo, alla “certezza” della promozione e commisurato all’intero ammontare delle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito, se avesse ottenuto la qualifica superiore), del quale rappresenterebbe una sorta di “graduazione *in minus*”, associata all’incertezza *tout court* di conseguimento del risultato. In quest’ottica, la misura della probabilità rileva (unitamente agli altri elementi sopra evidenziati) soltanto in sede di liquidazione del danno⁴³.

Questa impostazione fu conservata nella sentenza n. 781 del 24.1.1992, nella quale, qualificandosi lo scorretto svolgimento delle operazioni concorsuali come inadempimento (e non illecito extracontrattuale) del datore di lavoro, si sostenne che il conseguente risarcimento del danno “*può avere come risultato massimo quello della percezione delle differenze retributive mancate, sempreché sia provato il nesso di causalità tra mancata promozione ed inadempimento, ma anche conseguire un risultato minore, in relazione a un detrimento patrimoniale non necessariamente corrispondente al mancato maggior reddito della posizione negatagli, poiché la relativa liquidazione potrà essere fatta dal giudice anche d’ufficio, costituendo essa un minus rispetto a quella domandata e rientrando nello stesso genus di mezzo satisfattorio indiretto*”. Una certa “commistione” con la prospettiva extracontrattuale riemerge, tuttavia, allorché la Corte afferma che “*nella sfera di tutelabilità delle posizioni soggettive dei candidati - aspiranti possono ben essere comprese situazioni caratterizzate dalla potenzialità del pregiudizio, quale la perdita di chance, poiché, ai fini della sussistenza e della determinazione del danno risarcibile, il concetto di perdita di guadagno di cui all’art. 1223 c.c. non si riferisce solo ad entità pecuniaria, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile, costituendo un’entità patrimoniale anche una situazione cui è collegato un reddito probabile, il cui valore economico è offerto dall’entità di questo reddito e dal grado di probabilità che il reddito sia effettivamente prodotto*”. Se ne ha la conferma nel passaggio della motivazione in cui si precisa che non è possibile “*trasferire sul piano meramente liquidatorio*

⁴³ Si veda anche Cass., 14.12.2001, n. 15810, che, dopo aver definito il danno da perdita di *chance* “certo”, quanto all’*an debeat*, attribuisce un ruolo al criterio probabilistico “*solo sul piano della quantificazione del danno nel più generale ambito della liquidazione equitativa*”.

l'acquisizione di elementi che attengono alla sua entità ontologica”, cosicché il ricorso alla liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. non può sopperire al deficit di prova della sussistenza “ontologica” della *chance*⁴⁴. La “patrimonialità” sembra consistere, dunque, non già nella diretta misura di un mancato guadagno (quello di parte degli emolumenti che sarebbero spettati in caso di conseguimento della posizione ambita), bensì nella tecnica di commisurazione della liquidazione al “valore” di un bene giuridico (diverso dal denaro) “esterno” alla prestazione. Un bene fatto di “possibilità di promozione”, che “è già nel patrimonio del concorrente sin dalla richiesta di partecipazione al concorso ed in misura maggiore man mano che il candidato proceda nelle prove di selezione”⁴⁵.

Non sulla perdita di un “bene”, ma sulla lesione di un “interesse legittimo di diritto privato” venne posto l’accento da Cass., 14.6.2000, n. 8132, che lo descrive come un “*interesse giuridicamente tutelato al regolare funzionamento dei (..) meccanismi procedurali*”⁴⁶. Interessante la distinzione, operata in questa pronuncia dalla Cassazione, tra la tutela in forma specifica e la tutela risarcitoria, con la precisazione che ricorre la prima se il datore di lavoro, non tenendo conto dei risultati del concorso illegittimamente svolto, lo ripeta, uniformandosi alle regole del bando e al principio generale di buona fede: in questo modo, al lavoratore originariamente pretermesso viene consentito di (ri)giocarsi le proprie *chances* di successo, ciò che rende evidentemente non configurabile un danno, posto che, se così non fosse, “*la condanna risarcitoria si risolverebbe (..) in una semplice pena privata, intesa non già a compensare, bensì a distogliere da ulteriori e futuri comportamenti illeciti; pena privata (..) non corrispondente ad un rimedio generale del nostro sistema, ma costituente solo un rimedio eccezionale ossia applicabile in presenza di espressa previsione di legge o di contratto*”⁴⁷. Anche il danno da perdita di *chance* sarebbe quindi, coerente con la funzione “classica” della responsabilità civile, vale a dire quella di compensare il pregiudizio prodottosi nella sfera patrimoniale del danneggiato. Non sembrerebbe esserci spazio,

⁴⁴ Nel caso di specie, il ricorrente si era classificato 85esimo su 184 candidati, di cui solo 26 promossi, ed era preceduto in graduatoria da più di 50 candidati con un punteggio fisso superiore al suo.

⁴⁵ Così Cass., 10.11.1998, n. 11340. Che l’entità del “bene” cresca con il progredire del candidato nelle prove di selezione dimostra il suo (inevitabile) collegamento concettuale con l’utilità “finale” rappresentata dall’incremento patrimoniale corrispondente alla posizione lavorativa messa a concorso.

⁴⁶ La risarcibilità del danno, nell’ottica extracontrattuale, si giustifica alla stregua del nuovo corso della giurisprudenza in tema di ingiustizia del danno, inaugurato – con specifico riguardo agli interessi legittimi - dalla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, 22.7.1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2847, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI.

⁴⁷ Nello stesso senso, v. anche Cass., 25.10.2000, n. 14074, la quale puntualizza che, per fondare l’interesse ad agire sotteso alla domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, la censura “procedimentale” deve essere accompagnata dall’allegazione che “*il vizio della procedura di promozione (..) abbia inficiato l’esito del procedimento*”.

conseguentemente - quantomeno a livello declamatorio – per la teorica del danno *in re ipsa*, secondo la quale il pregiudizio conseguirebbe indefettibilmente alla lesione dell’interesse protetto (in una prospettiva che partecipa di istanze *lato sensu* punitivo-deterrenti), dovendo essere tenuti ben distinti l’illecito e il danno conseguente.

In ogni caso, anche a voler presumere l’esistenza del danno in virtù della mera ricorrenza dell’illecito, non è semplice dargli “sostanza”; riuscire a fornire, cioè, all’interno di un processo, la prova della sua consistenza⁴⁸. Affermare – come fa, di recente, la Cassazione nella sentenza 29.5.2018, n. 13483 – che il risarcimento del danno da perdita di *chance* per l’illegittima cancellazione dalle liste del collocamento obbligatorio richiede la prova della probabilità di impiego che il ricorrente avrebbe avuto qualora fosse rimasto iscritto, significa confondere evidentemente i profili dell’esistenza e della quantificazione del pregiudizio, contraddicendo l’inquadramento della *chance* in seno alla teoria “ontologica” (pure affermato, in premessa, nella motivazione). È chiaro, infatti, che, se si rimane sul terreno della perdita di *chance*, non si può non riconoscere un danno per il sol fatto dell’illegittima cancellazione, che inconfutabilmente azzerava ogni possibilità di chiamata per il lavoratore escluso (ferme restando le obiettive difficoltà nella liquidazione equitativa).

Nell’ambito dei concorsi “privati”, la perdita di *chance* intanto è configurabile (sul piano logico prima ancora che giuridico), in quanto non sia possibile fornire la prova “controfattuale” che, in mancanza dell’inadempimento del datore di lavoro, l’attore sarebbe risultato vittorioso. È quanto generalmente accade nelle competizioni caratterizzate da valutazioni (in tutto o in parte) discrezionali del datore di lavoro, alle quali il giudice non può sovrapporre la propria, essendo il suo sindacato limitato alla verifica del rispetto delle regole procedurali previste dalla legge (*in primis*, dal principio generale della buona fede) ovvero dalla stessa volontà del datore di lavoro, come cristallizzatasi nel bando di concorso. Non è semplice, tuttavia, conciliare la premessa dell’impossibilità di fornire la prova del (sicuro) conseguimento dell’utilità “finale”, con la necessità di dover pur sempre dimostrare la consistenza delle probabilità possedute (e perse) dal concorrente, ai fini della quantificazione del danno da perdita di *chance*. Alcune pronunce (coerenti con l’assunto dell’insindacabilità delle scelte discrezionali del datore) fanno riferimento, a tal fine, al rapporto tra i dipendenti promossi e quelli astrattamente idonei a conseguire la promozione⁴⁹; altre si spingono oltre, ritenendo la prima impostazione insufficiente, in quanto meramente statistica, come tale suscettibile di “*parificare la posizione di tutti i partecipanti alla selezione*

⁴⁸ Sul punto, v. *infra*, Cap. II, par. 5.

⁴⁹ V. Cass., 6.6.2006, n. 13241.

*indipendentemente dagli specifici titoli posseduti e a determinare il danno prescindendo da elementi in concreto idonei a far apprezzare la probabilità di una utile collocazione in graduatoria del lavoratore escluso, sulla base dei criteri stessi alla cui osservanza il datore di lavoro era obbligato*⁵⁰. Nella sentenza 21.6.2000, n. 8468, per esempio, la Suprema Corte mandò esente da censure il ragionamento del giudice di merito, secondo cui il ricorrente non aveva adeguatamente dimostrato le circostanze su cui *“fondare un giudizio di ragionevole superamento delle prove selettive (ad esempio proponendo un raffronto tra la propria posizione e quella degli altri concorrenti risultati vincitori), limitandosi a sostenere la diretta derivazione del danno risarcibile dall’illegittima esclusione dal concorso”*. Vi è, peraltro, che la riproduzione *incidenter tantum*, da parte del giudice, della valutazione comparativa tra le posizioni dei vari candidati, o è consentita o non lo è: nel primo caso (che si realizza, per esempio, quando la procedura sia imperniata su punteggi “fissi”, collegati a requisiti rigidamente predeterminati), il giudice potrebbe direttamente verificare se il candidato ingiustamente estromesso avrebbe potuto conseguire l’utilità “finale”, riconoscendogli per intero il lucro cessante (nel quale, dunque, la perdita di *chance* finirebbe per rimanere “assorbita”)⁵¹; nel secondo caso, in contraddizione con la premessa si mostra l’affermazione secondo cui il giudice dovrebbe (comunque) apprezzare la maggiore o minore probabilità di conseguimento del risultato, in funzione della quantificazione del “minor” danno rappresentato dalla perdita di *chance*⁵². Si potrebbe, infatti, sostenere che, proprio perché il giudice non può ri-effettuare la valutazione discrezionale riservata al datore di lavoro, la prova dell’illegittimità della procedura integri, di per se stessa, un danno da perdita di *chance* (sempre che, naturalmente, il candidato fosse in possesso dei requisiti preliminari eventualmente previsti per l’accesso alla gara⁵³),

⁵⁰ Cass., 3.3.2010, n. 5119. Cass., 5.3.2012, n. 3415, dopo aver sostenuto che il riconoscimento del danno da perdita di *chance* non è subordinato alla prova della certezza del conseguimento della promozione, al fini della sua quantificazione indica il criterio del rapporto tra posti messi a concorso e concorrenti come residuale, *“in mancanza di risultanze sul possibile esito della selezione ove correttamente eseguita”*. Si veda anche Cass., 2.2.2009, n. 2581.

⁵¹ V. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 423 ss.

⁵² Lo nota M. FEOLA, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, 10, la quale, commentando un’altra sentenza della Cassazione (Cass., S. u., 23.9.2013, n. 21678), sottolinea che il riferimento, contenuto nella stessa, *“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) 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 del nesso causale provato in modo probabilistico tra la “condotta illecita” e la perdita dell’intera “posta finale” (ovvero il “risultato sperato e impedito”)”*.

⁵³ V. Cass., 18.1.2001, n. 682, in cui il giudice di merito aveva escluso che l’attore potesse vantare qualsivoglia possibilità di vittoria del concorso, essendo privo del requisito previsto dal bando per la partecipazione. Nel ricorso per Cassazione, il lavoratore aveva peraltro evidenziato come il datore

con conseguente “appiattimento” della fattispecie sul danno *in re ipsa*⁵⁴, innervato di una funzione para-sanzionatoria⁵⁵. La contraddizione è plasticamente espressa nella motivazione di Cass., 6.2.2004, n. 2254, che ritenne insufficiente, ai fini del risarcimento del danno da perdita di *chance* da mancata partecipazione a un concorso, l’allegazione del possesso dei titoli abilitativi richiesti e della sussistenza di probabilità di vittoria pari a quelle degli altri partecipanti, in mancanza della “*doverosa comparazione, alla stregua di detti criteri, della sua posizione [del ricorrente, n.d.r.] con quella dei due dipendenti risultati vincitori*”. L’affermazione sembra non lasciar spazio alcuno al danno da perdita di *chance*: una volta che si intraprenda, infatti, la via della comparazione tra i candidati, la prova della sussistenza di maggiori probabilità di successo in capo al ricorrente, consentendo di superare lo stato di incertezza in ordine al conseguimento del risultato (che rappresenta il terreno di coltura tipico della *chance*), dovrebbe schiudere le porte al risarcimento del lucro cessante *tout court*⁵⁶. La stessa Cassazione ne appare consapevole in un’altra pronuncia⁵⁷, ove, dopo aver riconosciuto che il danno da perdita di *chance* era stato adeguatamente accertato dal giudice di merito, mediante la verifica “*che dei posti disponibili circa tre quarti erano stati coperti con impiegati appartenenti allo stesso ufficio delle attrici e che in questo ufficio gli*

di lavoro avesse ammesso al concorso altri lavoratori non in possesso del requisito in discorso, ma la Suprema Corte aveva osservò che in ogni caso la domanda del lavoratore era priva di “*qualsiasi accenno all’esistenza di elementi che il giudice del merito avrebbe trascurato di considerare, anche solo presuntivi e tali da fondare un calcolo delle probabilità, in ordine alle possibilità di conseguire la promozione alla qualifica superiore*”.

⁵⁴ Cass., 10.11.1998, n. 11340, distingue la prova del danno da perdita di *chance*, a seconda che riguardi un concorso per titoli o per esami: nel primo caso, “*va dimostrato il grado di probabilità di conseguire il risultato favorevole*”; nel secondo, “*nel quale non rilevi un punteggio di ammissione e nessuno può divinare il risultato finale*”, il danno sarebbe sostanzialmente *in re ipsa*, in quanto “*è la stessa esclusione illegittima alla partecipazione che comporta la impossibilità di vittoria, e quindi la perdita della relativa chance*” (di modo che sarebbe legittima una liquidazione equitativa commisurata “*alla perdita della chance in sé*”).

⁵⁵ Si è già citata *supra* Cass., 12.10.1988, n. 5494, che riconosce al giudice la possibilità di trarre “*argomenti di convincimento, circa il grado di probabilità favorevole, anche dal comportamento processuale delle parti, e in particolare dalle carenze di allegazione e prova dei fatti rilevanti e rientranti nell’ambito delle rispettive conoscenze e possibilità di attestazione*”.

⁵⁶ In una fattispecie di responsabilità professionale di un consulente del lavoro, per l’incompleta presentazione di una domanda funzionale al conferimento di contributi P.O.R., il Tribunale di Potenza, nella sentenza del 27.1.2011, dopo aver affermato che “*i danni per la perdita di chance devono essere quantificabili sulla base del tasso di probabilità che il concorrente escluso aveva di risultare vincitore in caso di partecipazione alla selezione*”, rigettò la domanda, “*non essendo possibile riesaminare in questa sede la domanda con l’annessa documentazione e prevedere l’entità dei punteggi attribuibili (in base a valutazioni tecniche) secondo il bando in relazione alle condizioni dell’azienda ed al programma di investimento (occupazione esistente; occupazione aggiuntiva; capacità economica; indice di affidabilità e produttività)*”. In questo modo, il Tribunale lucano finisce, però, per equiparare la prova richiesta per la risarcibilità del danno da perdita di *chance* e del lucro cessante, laddove proprio l’impossibilità di prevedere se il concorrente escluso dalla selezione avrebbe conseguito il beneficio costituiva il terreno elettivo per la fattispecie della *chance*: una volta dimostrato che, in caso di corretta presentazione della domanda, l’attore sarebbe stato ammesso alla valutazione comparativa, per ciò stesso si sarebbero dovute riconoscere in suo favore delle *chances* di “vittoria” (da rapportare, eventualmente, al numero dei sussidi disponibili).

⁵⁷ Cass., 6.6.2006, n. 13241.

impiegati erano in numero pari ai posti disponibili”, affermò che “*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*”.

Non è azzardato affermare, quindi, che, grazie al duttile strumento della perdita di *chance* (in grado di occupare l’ampia “zona grigia” esistente tra danno irrisarcibile e lucro cessante) si possa giungere alla “sovracompensazione” di un danno soltanto eventuale o potenziale⁵⁸, o, all’opposto, alla “sottocompensazione” (o non compensazione *tout court*) di un danno “pieno”. Esempificazione del primo scenario è fornita da Cass., 12.4.2017, n. 9392, nel quale una dirigente lamentava l’illegittima valutazione del suo operato da parte del datore di lavoro (con conseguente mancata corresponsione della retribuzione “di risultato”), determinata dalla tardiva comunicazione degli obiettivi che avrebbe dovuto raggiungere nel periodo di riferimento. Qui l’inadempimento del datore di lavoro era evidente, ma non era possibile verificare (neppure *ex post*) la spettanza dell’integrazione retributiva, difettando in radice il parametro di valutazione dell’attività della dirigente (consistente, per l’appunto, negli obiettivi mai comunicati). In tale situazione di assoluta incertezza circa le probabilità di conseguimento del beneficio, il risarcimento del danno da perdita di *chance* (riconosciuto dal giudice di merito e confermato dalla Cassazione) venne fatto discendere, nella sostanza, dalla mera violazione della regola di condotta (integrando dunque un danno *in re ipsa*, la cui quantificazione appare lasciata all’ampia discrezionalità del giudice). Un esempio della seconda situazione è dato invece da Cass., 12.5.2017, n. 11906, in tema di avviamento alla selezione degli iscritti nelle liste di collocamento obbligatorio *ex art. 16 l. n. 56/87*. I giudici di legittimità, pur qualificando in termini di diritto soggettivo (sulla scorta del consolidato orientamento giurisprudenziale puntualmente richiamato) la pretesa del soggetto utilmente collocato in graduatoria all’avviamento e all’assunzione (nel caso di specie, la lavoratrice era prima in graduatoria e aveva prodotto in giudizio la documentazione volta a dimostrare la propria idoneità allo svolgimento delle mansioni in questione), limitarono il risarcimento alla (richiesta) perdita di *chance*, in base alla motivazione che il procedimento di avviamento non si era completato (per essere stato annullato dal giudice amministrativo per l’illegittima composizione della commissione). Ora, la circostanza che la valutazione di idoneità allo svolgimento delle mansioni non fosse stata concretamente effettuata dal datore di lavoro (peraltro per un vizio

⁵⁸ Si può richiamare la pertinente osservazione di V. MAIO, *La perdita di chance nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 122, secondo il quale “*al di là del brillante escamotage logico linguistico utilizzato, asserire che la lesione è certa a condizione che vi sia stata una riduzione apprezzabile delle probabilità di successo significa, alla fine delle fini, accontentarsi del combinato disposto di illecito datoriale e lesione eventuale*”.

procedimentale allo stesso imputabile) non sembra rappresentare un ostacolo al riconoscimento, da parte del giudice, del diritto all'assunzione (e dunque del danno "pieno" da lucro cessante), non trattandosi di procedere ad una valutazione comparativa con altri lavoratori⁵⁹, ma semplicemente di accertare (sulla base degli elementi portati in giudizio e sia pure ai soli fini risarcitori) la spettanza del "bene della vita" oggetto del diritto soggettivo⁶⁰. Si consideri, ancora, il caso affrontato da Cass., 10.11.2017, n. 26694. Qui il lavoratore lamentava il mancato rispetto, da parte del datore, dei criteri previsti dall'art. 19 d. lgs. n. 165/01, e in particolare che il conferimento degli incarichi dirigenziali fosse avvenuto sulla base di una scelta puramente discrezionale, al di fuori di qualsivoglia procedura competitiva. La Corte avallò il ragionamento del giudice di merito il quale, riscontrata la violazione, da parte del datore di lavoro, di una "obbligazione strumentale" (dal contenuto patrimoniale), ne aveva fatto discendere la lesione del correlato "interesse legittimo di diritto privato" del lavoratore, dal quale era scaturito un danno "certo", da qualificarsi in termini di perdita di *chance*, in considerazione dell'impossibilità di sovrapporre la valutazione giudiziale alla discrezionalità del datore. La valutazione del grado di probabilità di conseguimento del posto era stata, quindi, "posposta" alla successiva fase di liquidazione del danno, ove era stata fissata al 60%. La negazione, in tesi, della configurabilità del lucro cessante vale, pertanto, a "sterilizzare" l'apprezzamento di un livello elevato di probabilità (astrattamente idoneo ad integrare, in forza della regola del "più probabile che non", il nesso di causalità giuridica con l'intero guadagno mancato), relegandolo "forzatamente"

⁵⁹ Si legge nella motivazione che "*in caso di positivo accertamento di tale idoneità da parte della ricorrente – prima nella lista – la valutazione dell'idoneità degli altri soggetti avviati a selezione non era più necessaria, non trattandosi di procedura concorsuale e/o comparativa*".

⁶⁰ In Cass., 9.12.2015, n. 24833 il datore di lavoro aveva revocato la richiesta di avviamento inizialmente avanzata, senza aver mai proceduto alla verifica di idoneità prevista dalla legge. Il lavoratore (utilmente posizionato in graduatoria) aveva quindi agito in giudizio, domandando, previo accertamento dell'illegittimità della suddetta revoca, in via principale la "*costituzione del rapporto di lavoro sin dalla data di approvazione della graduatoria con il riconoscimento delle spettanze economiche con pari decorrenza*" e, in via subordinata, il danno da perdita di *chance*. La Corte rigetta la domanda principale, sul presupposto che il diritto all'assunzione sorge solo con l'utile completamento della procedura di avviamento, facendone discendere come conseguenza necessitata la risarcibilità del (solo) danno da perdita di *chance*. Sebbene la soluzione nel caso di specie non potesse essere diversa (avendo il ricorrente sin dall'inizio domandato, in via subordinata, unicamente il danno da perdita di *chance*), si deve notare come l'argomento dell'insussistenza di un diritto soggettivo all'assunzione, se può valere a fondare il diniego della tutela in forma specifica, volta alla costituzione giudiziale del rapporto di lavoro, non esclude di per sé la risarcibilità del (pieno) danno da lucro cessante (la quale, vertendosi in ambito contrattuale, non postula la lesione di un siffatto diritto, discendendo direttamente dall'inadempimento del datore di lavoro agli obblighi su di lui incombenti, nel caso di specie alla stregua dell'art. 16 l. n. 56/87). Uno schema non dissimile è seguito da Cass., 15.10.2018, n. 25727, in cui si disquisiva della mancata attribuzione alla ricorrente di una posizione organizzativa: il Collegio riconosce che la ricorrente (la cui domanda non era stata presa in considerazione, senza alcuna motivazione o esplicito diniego) aveva "*provato di avere ottenuto dai suoi dirigenti un punteggio (pari a 13 punti) utile ad ottenere la PO in oggetto così offrendo adeguati elementi per provare il suddetto nesso di causalità*", e a tale affermazione fa seguire quella della risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

alla dimensione del *quantum*, ma senza farsi carico delle aporie sistematiche derivanti dal riconoscimento, in favore del ricorrente, di un'ampia fetta del pregiudizio totale.

Il vero *punctum dolens* della teoria del danno da perdita di *chance* sta, allora, nell'inidoneità di entrambe le concezioni (ontologica ed eziologica) a "ritagliare" alla figura un proprio spazio autonomo, che consenta di collocarla concettualmente in posizione "intermedia" tra il danno da lucro cessante e il danno (se non insussistente *tout court*, quantomeno) irrisarcibile per mancanza (*rectius*, impossibilità) di (fornirne la) prova⁶¹.

Dall'angolo visuale della concezione ontologica, se, da un punto di vista puramente astratto, la trasposizione della possibilità di conseguimento dell'utilità futura in un bene giuridico attuale (la cui lesione dà luogo a un danno emergente) consente di immaginare la *chance* come entità patrimoniale a sé stante, resta da spiegare di cosa effettivamente si sostanzia questo "nuovo" bene giuridico: la "probabilità di riuscire vincitore" in una procedura di selezione o concorso può realmente considerarsi un *quid* patrimoniale, qualitativamente diverso dall'utilità verso la quale è proiettata?⁶²

La questione non è soltanto teorica, ma presenta evidenti ricadute processuali, in termini di identità o novità della domanda. Cass., 9.1.2003, n. 123, per esempio, affermò la diversità del fatto costitutivo della domanda di risarcimento del danno per mancata promozione, rispetto a quello relativo alla perdita di *chance*: "*una cosa è l'affermazione di un diritto alla promozione che il soggetto ritenga acquisito al suo patrimonio, altra è la situazione di chi abbia solo una possibilità di promozione, dovendo in tal caso verificate una serie di circostanze (numero dei candidati alla promozione, posizione in graduatoria, numero dei posti messi a concorso) al fine di valutare la consistenza dell'aspettativa dedotta*"⁶³. Al contrario, Cass., 21.2.2007, n. 4003, considerò la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* una mera "riduzione" di quella – originariamente

⁶¹ Sarà la stessa Cassazione, nel 2018 (e sia pure nella diversa fattispecie della responsabilità medica), a riconoscere che "*appare (...) fuorviante la distinzione tra chance c.d. "ontologica" e chance "eziologica", volta che la seconda delle predette definizioni sovrappone in ammissibilmente 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 del danno risarcibile*" (Cass., 9.3.2018, n. 5641, sulla quale vedi *amplius infra*, Cap. III).

⁶² Nota, perspicuamente, M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. traspr.*, 2000, 670, che "*affermare che la chance costituisca un bene autonomo, patrimonialmente valutabile, pone l'interprete dinanzi ad ostacoli quasi insormontabili. La chance infatti non si acquista e non si vende, non si cede, non si dona. Affermare che essa costituisca un bene autonomo equivale a creare un bene che – paradossalmente – per il diritto rileva solo nel momento in cui viene leso (...)*".

⁶³ Cass., 13.6.2014, n. 13491 statuisce che "*la domanda di determinazione, in via equitativa, del danno da perdita di chance non può essere proposta per la prima volta in cassazione, trattandosi di danno potenziale, non assimilabile ad un danno futuro, e, dunque, non ricompreso, neppure per implicito, in una domanda generica di risarcimento del danno*".

proposta – finalizzata a ottenere l'intero incremento patrimoniale correlato alla promozione, con la conseguenza che il giudice investito di quest'ultima potrebbe pronunciarsi anche d'ufficio sulla prima.

Il punto è che, ad onta della declamata diversità ontologica, i due tipi di danno finiscono per porsi in ideale continuità l'uno rispetto all'altro, in ragione del fatto che il loro accertamento e quantificazione risultano pur sempre improntati (stando alla giurisprudenza) a criteri omogenei, impernandosi sull'apprezzamento di probabilità inevitabilmente proiettate verso l'ottenimento del bene giuridico finale.

Il danno da perdita di *chance*, allora, se riguardato fuor di retorica, finisce per diventare una gradazione quantitativa *in minus* del lucro cessante, con ciò implicitamente trascorrendo dalla concezione ontologica a quella eziologica. Non v'è dubbio, infatti, che il pregiudizio invocato dal concorrente che sia stato ingiustamente pretermesso è collegato alla legittima aspettativa di vittoria di cui era portatore al momento di prendere parte al concorso; aspettativa che, a sua volta, è collegata a doppio filo a quella del corrispondente incremento patrimoniale. V'è da chiedersi, allora, come possa un pregiudizio ricalcato (*in minus*) a immagine e somiglianza del lucro cessante, trasformarsi in danno emergente, per il solo fatto che non sia stata raggiunta la “soglia di integrazione” del primo. Si dovrebbe, allora, immaginare una scala di probabilità, che proceda da quelle “scarse” (come tali irrisarcibili) a quelle “significative” (idonee a fondare un danno da perdita di *chance*), fino a giungere ai livelli più elevati in grado di giustificare il danno da lucro cessante “pieno”. Ma come fissare i confini tra tali “classi di probabilità”? Da quale punto della scala la *chance* potrebbe considerarsi “consistente” o “non irrisoria” (e, dunque, secondo la giurisprudenza prevalente, risarcibile)? E fino a quale punto essa conserverebbe la propria autonomia ontologica, prima di confondersi col lucro cessante? Partendo dallo 0,1%, il raggiungimento di una determinata soglia probabilistica rileverebbe, in primo luogo, quale presupposto di risarcibilità (dovendo il danno essere “certo”, nel senso di sufficientemente apprezzabile sotto il profilo “conseguenziale”)⁶⁴; successivamente, ai fini della (progressivamente crescente) quantificazione del risarcimento; infine, per sancire

⁶⁴ Si possono citare Cass., 22.4.1993, n. 4725, che fa riferimento alla “ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole (non necessariamente superiore al cinquanta per cento)”; Cass., 21.6.2000, n. 8468, che allude alla necessità di dimostrare la sussistenza di “ragionevoli probabilità di ottenere un risultato utile”; Cass., 25.10.2000, n. 14074, che discorre di “perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile”; Cass., 12.8.2004, n. 15688, che conferma le conclusioni del giudice di merito, il quale aveva ravvisato un danno da perdita di *chance* al cospetto di una “rilevante probabilità dei lavoratori di essere prescelti nel caso di osservanza dei criteri stabiliti”; Cass., 12.5.2017, n. 11906, che parla di “elevate probabilità, prossime alla certezza, di essere chiamati e quindi di ottenere l'assunzione” (con riferimento all'avviamento alla selezione degli iscritti alle liste di collocamento e mobilità, *ex art.* 16 l. n. 56/87).

l'“annichilimento” della *chance*, in concomitanza con l'integrazione del nesso causale rispetto al venir meno (per intero) del beneficio sperato. Invero, la peculiare natura delle probabilità fa sì che, oltre un certo limite, il loro incremento non sia più riguardabile alla stregua di un danno da perdita di *chance* progressivamente più consistente, bensì (in modo solo apparentemente paradossale) come lucro cessante “pieno”, che implica la negazione in radice di ogni *chance*⁶⁵.

Il risultato è un'evidente sovrapposizione dei profili dell'accertamento del danno e della sua liquidazione, cui conseguono una serie di aporie logico-sistematiche. *In primis*, dal punto di vista logico, la *chance*, ove intesa quale danno emergente, non dovrebbe tollerare alcuna “franchigia” risarcitoria, nel senso che anche a basse (o bassissime) probabilità di conseguimento del risultato finale dovrebbe corrispondere un (sia pur contenuto) risarcimento⁶⁶. All'opposto, la risarcibilità del (danno da perdita del)la *chance* potrebbe, in astratto, predicarsi anche con riferimento a livelli di probabilità elevati (in ipotesi, anche dell'80 o 90%⁶⁷). Ciò, però - lo si ripete -, solo a patto di riuscire a delineare il bene giuridico *chance* come realmente distinto rispetto all'utilità “finale” (sottesa al concetto di lucro cessante) dal momento che, in caso contrario, percentuali così alte di probabilità non potrebbero che integrare il nesso causale “pieno” rispetto al mancato conseguimento di quest'ultima (non lasciando spazio alcuno alla configurabilità di un danno da perdita di *chance*). È noto, infatti, che l'accertamento del nesso causale è esso stesso imperniato su una dimensione probabilistica (espressa dalla formula del “più probabile che non”), di modo che, una volta raggiunta la soglia di probabilità ritenuta idonea ad integrare il suddetto *standard*, tutte le conseguenze pregiudizievoli scaturite dall'illecito (o dall'inadempimento) devono ritenersi imputabili all'agente, non facendosi questione di decurtazioni di sorta⁶⁸. In secondo luogo, l'impossibilità di tracciare precise linee di demarcazione produce il rischio di applicare la falciata risarcitoria (propria della perdita di *chance*) a casi di altissima probabilità di conseguimento del risultato, ovvero di non

⁶⁵ Cass., 27.6.2007, n. 14820, affermò che “l'adozione del criterio probabilistico comporta, come rilevato dalla dottrina, che il danno da perdita di *chance* sia nullo quando la probabilità è pari a zero, e parimenti nullo quando la probabilità è pari al 100%, perché il danno da perdita di *chance* viene a identificarsi con il danno da perdita del risultato”.

⁶⁶ Come si è già visto *supra*, alla nota 45, Cass., 10.11.1998, n. 11340, ha affermato che “la possibilità di promozione (c. d. perdita di “*chance*”) è già nel patrimonio del concorrente sin dalla richiesta di partecipazione al concorso ed in misura maggiore man mano che il candidato proceda nelle prove di selezione”.

⁶⁷ Cass., 1° 3.2016, n. 4014, per esempio, individuata una probabilità di promozione del 90%, ha liquidato il danno da perdita di *chance* nella medesima percentuale, calcolata sull'intero ammontare degli emolumenti non conseguiti.

⁶⁸ Non si giustificano dunque, alla stregua del sistema, affermazioni quali quella per cui, ai fini della risarcibilità del danno da perdita di *chance*, è necessaria la prova del “*probabile trasformarsi della chance in reale conseguimento del beneficio in termini di probabilità prossima alla certezza*” (così Cass., 9.5.2018, n. 11165, sulla quale si veda *infra*, nel testo).

risarcire alcunché, pure a fronte di un compendio probabilistico significativo (benché insufficiente ad attingere il livello del lucro cessante).

In Cass., 25.9.2012, n. 16233, per esempio, il lavoratore pretermesso in una procedura selettiva per l'accesso a mansioni superiori si era posizionato al settimo posto assoluto in graduatoria e al primo posto per le mansioni amministrative; ciononostante, gli erano state preferite due colleghe, posizionate al dodicesimo e al ventesimo posto della graduatoria. Ebbene, la Corte confermò la decisione di merito che, nel ritenere sussistente una probabilità di accesso alla qualifica superiore pari al 99%, aveva liquidato un danno da perdita di *chance* corrispondente a un terzo della differenza della retribuzione tra l'inquadramento attuale del dipendente e quello che egli avrebbe conseguito ove fosse stato effettivamente promosso. Analogo esito ricorre in Cass., 12.5.2017, n. 11906, in cui, pure al cospetto dell'accertamento di un "*diritto soggettivo all'avviamento a selezione e all'assunzione della ricorrente*", il danno venne qualificato in termini di perdita di *chance*, sulla base dell'argomento che la procedura era stata annullata per illegittimità della composizione della commissione, dato che "*il diritto all'assunzione del lavoratore avviato ex art. 16 [della legge n. 56 del 1987] sorge soltanto all'esito del completamento del procedimento sicché, nel caso di annullamento della procedura in sede giurisdizionale, per irregolarità commesse dalla P.A., al lavoratore compete soltanto il risarcimento da c.d. perdita di "chance"*".

Di segno opposto Cass., 1°12.2004, n. 22524, relativa a un caso in cui il ricorrente si doleva di non essere stato messo nelle condizioni di partecipare a una procedura comparativa, nella quale - sosteneva - avrebbe avuto probabilità di vittoria almeno pari a quella degli altri due concorrenti. La corte rigettò la domanda, ritenendo che egli non avesse indicato "*in alcun modo i requisiti richiesti nella procedura concorsuale per l'avanzamento in carriera, e cioè i criteri selettivi in base ai quali detto avanzamento doveva avvenire, e non procedendo alla doverosa comparazione, alla stregua di detti criteri, della sua posizione con quella dei due dipendenti risultati vincitori*"⁶⁹.

Per quanto riguarda la liquidazione del danno, il riferimento alla retribuzione corrispondente alla posizione lavorativa cui la *chance* è preordinata ha sempre costituito il parametro principale (se non unico) cui ancorare il potere equitativo del giudice: la giurisprudenza fa costante riferimento a un "coefficiente

⁶⁹ Al di fuori della materia lavoristica, si veda Cass., 13.4.2017, n. 9571, che, relativamente al danno da perdita di *chance* di aggiudicazione di un appalto, cagionato dalla mancata consegna, da parte di un corriere postale, del plico contenente la relativa domanda di partecipazione, ha affermato che il risarcimento può essere riconosciuto solo quando la *chance* ha "*la certezza o l'elevata probabilità di avveramento*", in tal modo finendo per far coincidere la perdita di *chance* con il vero e proprio lucro cessante.

di riduzione”, rispetto al danno da lucro cessante propriamente detto, “*che tenga conto del grado di possibilità di conseguirlo, ovvero, ove questo od altro criterio risultassero di difficile o di incerta applicazione, ricorrendo alla liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c.*”. Cass., 25.8.2014, n. 18207, per esempio, censurò la sentenza d’appello che, nel liquidare il danno conseguente a un illegittimo atto di avviamento al lavoro, aveva esplicitamente escluso di prendere in considerazione le retribuzioni che il riservatario avrebbe percepito ove avesse potuto beneficiare effettivamente dell’atto illegittimo.; Cass., 15.5.2015, n. 10030, in un caso in cui i due ricorrenti vantavano ciascuno il 50% di probabilità di accedere alla posizione lavorativa illegittimamente conferita a un terzo, ritenne congrua una liquidazione che non superasse la metà della retribuzione totale cui ciascun dipendente poteva aspirare nel periodo di illegittima privazione della posizione organizzativa⁷⁰. Orbene, questa tendenza finisce (indirettamente) per confermare la sostanziale identità “qualitativa” della *chance* rispetto al lucro cessante (siccome entrambi costituiti di probabilità), sconfessando l’autonomia della prima, che diviene una sorta di “miniatura” del secondo, del quale garantisce comunque (sia pure con una limitazione quantitativa) il risarcimento.

Che la giurisprudenza si muova a tentoni nella “terra di mezzo” tra danno emergente e lucro cessante è confermato da alcuni ulteriori, recenti arresti della Corte di legittimità. Nella sentenza del 29.5.2018, n. 13483 (relativa a una fattispecie di illegittima cancellazione di un lavoratore dalle liste del collocamento obbligatorio), la Corte, subito dopo aver definito il pregiudizio in questione “*un danno concreto e attuale*”, lo qualifica (citando un proprio precedente⁷¹) “*un danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio attuale, ma della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione ex ante da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale*”. Insomma, un danno emergente con i caratteri tipici del lucro cessante, che viene definito (all’interno della stessa sentenza), da un lato “*concreto e attuale*”, e dall’altro “*incerto e potenziale*”.

Emblematica di queste incertezze è anche Cass., 9.5.2018, n. 11165, la quale, a fronte di una probabilità del 55,41% che una lavoratrice riuscisse vincitrice del concorso (probabilità ricavata dal rapporto tra partecipanti allo stesso e posti disponibili), ha confermato il rigetto della domanda sulla base dell’assunto che “*il livello di probabilità che deriva dal rapporto tra partecipanti e posti disponibili*

⁷⁰ Ancor più recentemente, si veda Cass., 10.11.2017, n. 26694.

⁷¹ Si tratta di Cass., 12.2.2015, n. 2737. Negli stessi termini si esprime anche Cass., 29.11.2016, n. 24295, relativa a un caso di illegittimo diniego di iscrizione di un’impresa nell’Albo nazionale costruttori, che aveva determinato, a dire della ricorrente, un danno da perdita di *chances* di aggiudicazione di appalti pubblici.

risulta tale (il predetto 55,41%, di cui è menzione anche nella sentenza impugnata) da restare ampiamente al di sotto della soglia richiesta per la sufficiente dimostrazione di un danno risarcibile per perdita di chance". La Corte, utilizzando come "vasi comunicanti" i concetti di probabilità correlati, rispettivamente, al nesso causale e all'ontologia della *chance*, finisce per sostenere che, mentre, se a venire in questione è un danno "ordinario", il nesso causale può essere determinato probabilisticamente (secondo la regola del "più probabile che non" appunto), nel caso di perdita di *chance* l'accertamento del nesso causale richiederebbe un range di probabilità più elevato (una sorta di "più che più probabile che non"). Presupposto del ragionamento è che sia *"razionale che, proprio per l'incertezza rispetto alla spettanza dell'utilità in ipotesi menomata, la probabilità di verifica di cui è necessaria la prova si collochi (..) verso i range più elevati della scala probabilistica"*. In realtà, per quanto incorpori, per definizione, il concetto di incertezza, la *chance*, se interpretata quale danno emergente, dovrebbe essere considerata "certa", per la semplice ragione che una perdita patrimoniale non diviene incerta per il sol fatto di essere (eventualmente) di scarsa entità. Porre l'accento sul carattere di "incertezza" del danno da perdita di *chance* significa, invece, farlo transitare (più o meno consapevolmente) sotto l'egida del lucro cessante. In tal caso, però, non si vede perché bisognerebbe applicare un diverso parametro causale, e non concludere – coerentemente – che una probabilità di conseguimento del risultato finale pari a oltre il 55% possa dar luogo (alla stregua del "più probabile che non") al risarcimento dell'intero danno. La circostanza che, in tal modo, in nulla la perdita di *chance* si distinguerebbe dal lucro cessante vero e proprio rappresenta, allora, valido motivo per mettere in dubbio l'utilità della figura, e non già argomento per la rimediazione (più o meno surrettizia) delle regole causali in funzione sotto-compensatoria. La soluzione corretta del caso prospettato alla Corte era quella diametralmente opposta, il 55,41% di vittoria del concorso rappresentando una probabilità ampiamente sufficiente, se non a fondare la risarcibilità dell'intero danno da lucro cessante (non domandato, nel caso di specie, dalla ricorrente), quantomeno a configurare una consistente *chance*, senz'altro risarcibile, stando alla teoria ontologica in più occasioni sposata dai giudici di legittimità.

4. *Il danno da perdita di chance nella responsabilità professionale.*

Altro settore in cui il danno da perdita di *chance* ha trovato frequente applicazione è quello della responsabilità del professionista (a parte il medico, generalmente l'avvocato) per gli errori che precludono al cliente di giocarsi le sue *chances* di vittoria della causa. L'inadempimento può consistere nel lasciar spirare

un termine di decadenza o di prescrizione (previsto, per esempio, per la proposizione di un'impugnazione o la citazione dei testimoni); nel non presenziare a un'udienza, omettendo così di compiere la relativa attività processuale; più in generale, nella scelta di una strategia processuale errata in diritto o comunque controproducente per il cliente (dovuta, ad esempio, all'ignoranza di una modifica normativa o della consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione).

In termini di inquadramento generale della fattispecie, è noto come fra l'avvocato ed il proprio cliente si concluda un contratto di prestazione d'opera intellettuale, disciplinato dagli articoli 2230 ss. c.c. Ne discende che la responsabilità dell'avvocato è essenzialmente contrattuale. Con specifico riguardo all'attività giudiziaria, si afferma generalmente che dal contratto sorgano, a carico del professionista, obbligazioni di mezzi e non di risultato: l'avvocato deve svolgere la propria attività con diligenza, prudenza e osservanza delle *leges artis*, indipendentemente dall'effettivo conseguimento del risultato perseguito dal cliente. Ne consegue che il mancato raggiungimento di tale obiettivo non è indice, di per sé, di inadempimento, dovendosi valutare la prestazione dell'avvocato alla stregua del parametro della diligenza professionale *ex art. 1176, II co., c.c.* Nel caso in cui la prestazione implichi "*la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*", la responsabilità dell'avvocato è limitata al dolo o colpa grave. Tale formula, presente nell'art. 2236 c.c., altro non è che una specificazione di quella di cui all'art. 1176, II co., c.c., in relazione alla particolare cura con la quale il professionista deve trattare le prestazioni caratterizzate da peculiare difficoltà. La disposizione in esame, peraltro, si riferisce alle sole ipotesi di imperizia, e non a quelle di negligenza o imprudenza; essa parla infatti di "problemi tecnici", rimandando quindi ai casi che richiedano professionalità altamente specializzate o presentino incertezze scientifiche nella soluzione di determinati problemi. Non vale, invece, evidentemente, a "coprire" negligenze grossolane, ovvero mancanze nell'espletamento di attività "normali", ordinarie, consuete per il professionista del settore di riferimento. In linea di massima, la prestazione dell'avvocato è connotata da una certa autonomia, che gli impone di vagliare le esigenze del cliente sotto il profilo della praticabilità e convenienza tecnica delle scelte processuali. Egli, in altre parole, deve scegliere la linea tecnica da seguire, non potendo appiattirsi sui mezzi difensivi sollecitati dal cliente, laddove questi siano dannosi per il cliente stesso⁷². Se dunque, da un lato, l'avvocato non può adottare "*mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente*" - neppure se l'utilizzo degli stessi gli sia sollecitata da quest'ultimo⁷³ -, dall'altro, egli deve evidentemente selezionare le difese maggiormente adeguate (sotto il profilo giuridico) alla tutela degli interessi del

⁷² V. Trib. Cagliari, 25.5.2011.

⁷³ V. Cass., 28.10.2004, n. 20869.

cliente, indipendentemente da specifiche sollecitazioni tecnico-processuali da parte dello stesso.

La prima pronuncia della Cassazione ad occuparsi del tema, risalente al 10 febbraio 1931⁷⁴, riguardava il caso di un avvocato che aveva proposto tardivamente appello contro una sentenza di primo grado. La Corte, pur avendo accertato l'inadempimento del professionista, rigettò la domanda di risarcimento del danno avanzata dal cliente, argomentando circa l'impossibilità di "divinare" l'esito che la lite avrebbe potuto avere se il mandato professionale fosse stato diligentemente coltivato, in considerazione dei molteplici fattori (spesso imponderabili) che intervengono a condizionarlo (quali la condotta processuale delle parti, la formazione culturale e la preparazione del giudice, lo stato della giurisprudenza al momento della decisione, ecc.). La *ratio decidendi* era, dunque, imperniata sulla mancanza di nesso causale tra l'inadempimento e il danno-conseguenza lamentato dall'attore. Ciò – notò Calamandrei⁷⁵ – finiva per garantire una sostanziale immunità del professionista legale, anche a fronte di errori grossolani, sicché evidenti ragioni di equità consigliavano di scandagliare il nesso causale attraverso il ragionamento probabilistico, fondato sulla "statistica giudiziaria", in grado di disvelare la percentuale di probabilità di accoglimento che avrebbe avuto l'appello, ove fosse stato tempestivamente proposto. Secondo questa opinione, i risultati statistici si sarebbero dovuti utilizzare (anche) quale criterio per la commisurazione del danno, che dunque "*avrebbe dovuto essere stimato rapportando il valore della causa alla percentuale di probabilità che la decisione del tribunale aveva di essere riformata innanzi al giudice di secondo grado*"⁷⁶. Veniva in tal modo applicato, di fatto, il ragionamento tipico della perdita di *chance*, ciò che consentì a Bocchiola di sostenere, quasi mezzo secolo più tardi, che "*dopo aver riconosciuto che un nesso di causalità immediata e diretta non potrebbe riscontrarsi tra la colpa del procuratore e la soccombenza completa, il Calamandrei ha, però, avvertito che tale nesso esisteva indubbiamente tra la colpa del procuratore e l'immediata perdita delle probabilità favorevoli statisticamente esistenti per ogni appello*"⁷⁷.

⁷⁴ In *Foro it.*, 1932, I, 628, con nota di A. PARRELLA, *Colpa del procuratore e stima preventiva della lite*. La sentenza fu commentata da P. CALAMANDREI in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 260, *Limiti di responsabilità del legale negligente*.

⁷⁵ P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, cit.

⁷⁶ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, cit., 141. La principale critica che fu rivolta a questa ricostruzione del Calamandrei riguardava proprio l'astrattezza del criterio, che prendeva in considerazione tutti gli appelli celebrati da un determinato ufficio giudiziario, senza adeguatamente valorizzare le specificità del caso concreto (o quantomeno casi simili, per la materia trattata o per le questioni giuridiche affrontate). Per una sintesi delle posizioni critiche nei confronti della proposta di Calamandrei, v. M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, cit., 142 e M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 92 s.

⁷⁷ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., 94, il quale prosegue affermando che "*non è che con la statistica si voglia valutare un danno indimostrato o dare una dimostrazione del danno al di fuori dei normali mezzi probatori; con la statistica si accerta soltanto*

Una volta caduto il “tabù” dell’intangibilità del giudicato (secondo cui il giudice della causa di responsabilità professionale non avrebbe potuto conoscere nuovamente della lite “presupposta”, ormai definita con sentenza passata in giudicato), per il riscontro del nesso causale (divenuto, nell’argomentare delle Corti, l’elemento centrale della fattispecie⁷⁸), la giurisprudenza ha oscillato tra la “certezza morale”⁷⁹ e la ragionevole certezza⁸⁰, per approdare infine alla ragionevole probabilità⁸¹, in concomitanza con l’affermarsi del criterio della causalità adeguata anche negli altri settori della responsabilità civile (in particolare, quello della responsabilità sanitaria). Tuttavia, i giudici hanno tradizionalmente ragionato in termini di “*all or nothing*”, prendendo cioè a riferimento, quale pregiudizio risarcibile, l’intero controvalore economico che la vittoria della causa

se prima che si verificasse l’evento dannoso esisteva un’entità avente un certo contenuto patrimoniale positivo per un soggetto, il quale poi ne è stato privato”.

⁷⁸ La negligenza o l’imperizia dell’avvocato sono, infatti, irrilevanti ove non si riesca a dimostrare, in primo luogo, che l’omissione o l’errore hanno concretamente influenzato la decisione giudiziale sfavorevole al cliente; e in secondo luogo, che l’attività richiesta, ove correttamente posta in essere dall’avvocato, avrebbe determinato l’esito fausto della lite. Afferma Cass., 22.7.2014, n. 16690, che “*la responsabilità dell’avvocato non può affermarsi per il solo fatto del suo non corretto adempimento dell’attività professionale, occorrendo verificare se l’evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente sia riconducibile alla condotta del primo, se un danno vi sia stato effettivamente ed, infine, se, ove questi avesse tenuto il comportamento dovuto, il suo assistito, alla stregua di criteri probabilistici, avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, altrimenti, la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale, commissiva od omissiva, ed il risultato derivatone*”. Più di recente, si veda Cass., 28.6.2019, n. 17414, a mente della quale “*l’affermazione di responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell’attività professionale implica una valutazione prognostica positiva, non necessariamente la certezza, circa il probabile esito favorevole del risultato della sua attività se la stessa fosse stata correttamente e diligentemente svolta. Di talché, in mancanza di elementi probatori atti a giustificare una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell’attività del prestatore d’opera, deve escludersi l’affermazione della responsabilità dell’esercente la professione forense, giacché detta responsabilità non può affermarsi per il solo fatto del mancato corretto adempimento dell’attività professionale occorrendo, invece, verificare se, qualora l’avvocato avesse tenuto la condotta dovuta, il suo assistito avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, altrimenti difettando la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale ed il risultato derivatone*”.

⁷⁹ Di “*sicuro e chiaro fondamento dell’azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata*” e di “*certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente*” parla, ad es., Cass., 28.4.1994, n. 4044. Nello stesso senso Cass., 11.5.1977, n. 1831; Cass., 5.6.1996, n. 5264; Cass., 11.8.2005, n. 16846; Cass., 17.1.2007, n. 974; Cass., 29.9.2009, n. 20828.

⁸⁰ Trib. Roma, 11.10.1995, in *Danno e resp.*, 1996, 644, con nota di N. COSENTINO, *Colpa professionale dell’avvocato e “chance” di vittoria del cliente*; Trib. Roma, 27.11.1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 267; Trib. S.M. Capua Vetere, 6.2.1989, in *Foro it.*, 1990, I, 3315.

⁸¹ In tal senso, Cass., 6.2.1998, n. 1286, in *Danno e resp.*, 1998, 343, con nota di A. MAGNI, *Responsabilità dell’avvocato per negligente perdita della lite tra “certezza” e “probabilità” di un diverso esito del giudizio*. Si noti che nella motivazione la Corte, dopo aver richiamato l’evoluzione della giurisprudenza sul nesso causale in tema di responsabilità sanitaria (nel senso del passaggio dal criterio della “certezza degli effetti” al criterio probabilistico), afferma che “*tale principio (...) per altro nel campo civilistico ha trovato ripetuta applicazione a svariate ipotesi di “danno da perdita di una chance”*”, così semplicisticamente sovrapponendo le due figure, senza minimamente accennare alle relative differenze (quantomeno in punto di quantificazione del danno). Da ultimo, si veda Cass., 28.6.2019, n. 17414, che discorre della necessità di una “*valutazione prognostica positiva – non necessariamente la certezza – circa il probabile esito favorevole del risultato della sua [dell’avvocato, n.d.e.] attività*”.

avrebbe assicurato al cliente. L'apprezzamento delle probabilità dell'esito fausto della lite spiegava rilevanza, dunque, nel momento della valutazione "controfattuale" del nesso causale tra inadempimento e danno; ma, una volta ritenuto integrato tale nesso, il *quantum debeatur* corrispondeva invariabilmente al lucro cessante "pieno". Ancora nel 1999⁸² la Cassazione, richiamando un precedente di quindici anni prima⁸³, affermava l'insufficienza, ai fini del risarcimento del danno da omessa impugnazione, della "astratta possibilità della riforma (...) della sentenza", così apparentemente sbarrando la strada alla perdita di *chance*, stretta nella morsa tra l'impossibilità di risarcire un danno *in re ipsa*⁸⁴ e la necessità di un'elevata consistenza probabilistica dello scenario controfattuale.

Il mutamento di prospettiva si ebbe con Cass., 13.12.2001, n. 15759⁸⁵. A venire in questione era l'inadempimento del contratto d'opera concluso tra due società e un domiciliatario il quale, omettendo di comunicare alle prime la ricezione di alcuni avvisi di accertamento, ne aveva precluso la tempestiva impugnazione. La Corte prese le mosse proprio dalla "evoluzione giurisprudenziale in tema d'individuazione del nesso di causalità tra inadempimento della prestazione dedotta in contratto e danno (...) dal criterio della certezza degli effetti della condotta omessa a quello della probabilità di essi e della idoneità della stessa a produrli ove posta in essere", per trarne la conseguenza che, nel caso di specie, non si trattava di acquisire la "certezza assoluta d'un esito positivo della lite", bensì di formulare "una valutazione prognostica circa la sussistenza d'un consistente *fumus boni iuris* o, se vuoi, di serie ed apprezzabili possibilità di successo dell'azione, tali che la contestazione degli accertamenti (...) avrebbe avuto, in tutto o in parte, ragionevoli probabilità d'accoglimento". Il ragionamento probabilistico, strumentalmente trasposto dal nesso di causa al danno conseguenza⁸⁶, tornò utile però per "dare sostanza" alla figura della perdita di

⁸² Nella sentenza del 27.1.1999, n. 722, relativa alla responsabilità (non già di un avvocato, bensì) di un sindacato per non avere comunicato, quale mandatario di un lavoratore, l'esito del giudizio d'appello all'avvocato che lo difendeva, così precludendo il ricorso per cassazione.

⁸³ Cass., n. 5.4.1984, n. 2222.

⁸⁴ La Corte precisa, infatti, in motivazione, che "nessun danno può ricollegarsi alla mancata proposizione dell'impugnazione, di per sé sola considerata".

⁸⁵ In *Danno e resp.*, 2002, 393, con nota di A. L. BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle «regole». Ma quanto vale un'occasione?*

⁸⁶ Commentando questa sentenza, M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, cit., 154, afferma che "Il danno consistente nella perdita di chances si caratterizza per un nesso causale che è del tutto autonomo e distinto rispetto a quello che intercorre tra la condotta colposa e il preteso evento "finale". Ma entrambi devono essere qualificati in termini di certezza. Nel primo caso, in presenza di un nesso certo di causalità tra la condotta e l'evento consistente nella perdita del processo, il professionista sarà tenuto a risarcire l'intero. Nel secondo caso, provato del pari con certezza l'esistenza di un legame eziologico tra l'inadempimento e il danno da perdita di chances, la riparazione dovrà essere commisurata alla quantità di chances che si stimino essere state effettivamente perdute". A venire modificato dunque – secondo la Feola – è l'oggetto del nesso di causalità", che viene proiettato su un evento dannoso creato *ex nihilo*, e costituito – per l'appunto – dalla perdita di *chances*. Di queste ultime, viene dato per scontato dall'Autrice che integrino una

chance (ovviamente riguardata alla luce della concezione “ontologica”). Affermando che “*la perdita della chance di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema di accertamento sotto il profilo dell’an - una volta accertato l’inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l’uso dell’ordinaria diligenza professionale -, ma solo, eventualmente, sotto quello del quantum (...)*”, la Cassazione sembrò, peraltro, sconfessare il requisito della soglia minima di consistenza quale presupposto di risarcibilità del danno. L’adesione alla teoria ontologica non andò, però, molto oltre la citazione dei precedenti rilevanti, non venendo fornita alcuna illustrazione della (asserita) specificità “ontologica” dell’“entità patrimoniale” rappresentata dalla *chance*, rispetto al pregiudizio da lucro cessante “pieno”. Anzi, dal punto di vista processuale, la Corte disse chiaramente che, per quanto “nettamente” distinta, “*la questione del danno da perdita della possibilità d’impugnazione (..) è implicitamente contenuta come il meno nel più*” in quella del danno da mancata impugnazione. D’altra parte, è interessante notare come, tra le esemplificazioni della perdita di *chance*, venissero enumerati i “*vantaggi sotto il profilo economico*”, insiti nella “*occasione, tra l’altro, di transigere la vertenza o di procrastinarne la soluzione o di giovare di situazioni di fatto o di diritto sopravvenute*”, “*anche del tutto indipendentemente dalle maggiori o minori possibilità d’esito favorevole della lite*”⁸⁷. Vengono, così, accostate all’istituto utilità ulteriori e diverse da quelle probabilisticamente legate al conseguimento del risultato finale (la vittoria della causa). A differenza di quanto si vedrà in tema di responsabilità sanitaria⁸⁸, tuttavia, non è agevole comprendere come la possibilità di transazione o il semplice “prendere tempo” prima della definizione (eventualmente anche negativa) della controversia, una volta perso l’ancoraggio all’utilità finale rappresentata da (lle conseguenze patrimoniali de)lla vittoria della causa, possano rappresentare “beni” patrimonialmente rilevanti (ovvero integrare un autonomo profilo di danno consequenziale all’inadempimento della prestazione da parte del professionista).

Venendo alla giurisprudenza più recente, sembra propendere per la tesi eziologica Cass., 10.12.2012, n. 22376, relativa a un caso in cui due avvocati

situazione giuridica protetta (idonea, in quanto tale, a fondare l’ingiustizia del danno nella logica extracontrattuale): di essa, però, null’altro si è in grado di dire se non che sia foriera di un risarcimento necessariamente inferiore a quello conseguente alla lesione della situazione giuridica “finale” (cui, dunque, in qualche modo, finisce per rimanere agganciata).

⁸⁷ Nello stesso senso, Trib. Modena, 7.9.2004, che individua una responsabilità per danno *in re ipsa* del difensore per il solo fatto della mancata impugnazione, che ha fatto perdere al cliente le *chances* non già di vittoria, ma di semplice partecipazione alla lite in sede giudiziaria.

⁸⁸ Laddove a venire descrittivamente qualificati in termini di perdita di *chance* sono pregiudizi che appaiono direttamente riconducibili alla lesione della salute o del diritto all’autodeterminazione del paziente.

dapprima avevano lasciato perimere il giudizio d'appello contabile (per non avere richiesto la fissazione dell'udienza entro un anno dalla notificazione delle conclusioni del Procuratore generale), e successivamente avevano cagionato la declaratoria di inammissibilità del ricorso per cassazione, non avendo depositato copia autentica della sentenza impugnata. La sentenza di merito aveva rigettato la domanda risarcitoria, motivando in ordine all'assenza del nesso causale, non essendo risultato provato che l'esame nel merito dell'impugnazione *“avrebbe garantito, con ragionevole certezza, un esito favorevole del giudizio”*. Si legge, su questo punto, nella motivazione, che *“i giudici di secondo grado [avevano] concluso il loro percorso argomentativo richiamando per l'appunto l'attenzione sul rilievo che in effetti il F. non aveva offerto alcun elemento che potesse indurre a ritenere che, qualora il ricorso in appello fosse stato esaminato nel merito, il gravame sarebbe stato accolto o comunque vi sarebbero state fondate probabilità di ottenere una riduzione dell'importo liquidato in primo grado”*. Quanto alla perdita di *chance*, la Suprema corte mise in chiaro che *“la chance, intesa quest'ultima come mera eventualità astratta, non è di per sé risarcibile, acquistando invece valenza risarcitoria solo se sia verificabile in termini di ragionevole probabilità nel caso concreto (...)”*, aggiungendo che *“l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da lucro cessante o da perdita di chance esige la prova, anche presuntiva (...), dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile”*; per concludere, poi, sul punto, asserendo che *“il principio generale quindi è che la lesione di un diritto deve tradursi in un concreto pregiudizio, senza il quale la pretesa risarcitoria mancherebbe di oggetto. Con la conseguenza che l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da lucro cessante o da perdita di "chance" esige la prova, anche presuntiva, nella specie assolutamente non fornita dal ricorrente, dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile”*.

Da un lato, dunque, l'esistenza (non solo della certezza, ma anche semplicemente) di *“fondate probabilità”* di accoglimento dell'impugnazione sembrerebbe dar vita a un danno da lucro cessante *tout court* (in una logica del *“tutto o niente”* che sembra lasciare poco spazio alla *chance*); dall'altro la *chance* viene delineata in termini di *“ragionevole probabilità nel caso concreto”*. Ora, la ragionevole probabilità o si riferisce al conseguimento del risultato finale (*alias* lucro cessante), e allora davvero la *chance* evapora come figura autonoma; oppure si riferisce all'esistenza stessa della *chance*. In tale ultimo caso, al di là del fatto che subito dopo si richiede la *“certezza”* o *“elevata probabilità”* dell'esistenza del

danno (che sembra essere qualcosa di più della “ragionevole probabilità”), la perifrasi utilizzata dalla Cassazione non aiuta a comprendere come si possa provare la sussistenza di una probabilità (se del caso, significativamente “consistente”), che non sia però talmente “fondata” o “ragionevole” da dar luogo a un danno da mancato guadagno propriamente detto⁸⁹. È evidente, infatti, che il requisito della “certezza” è neutro da questo punto di vista, potendo astrattamente predicarsi - *a posteriori* - al cospetto di qualsiasi (anche minimo) grado di probabilità, ritenuto in tesi idoneo a fondare la risarcibilità della perdita di *chance*⁹⁰. Richiedere l’esistenza del danno in termini di “certezza o elevata probabilità” significa confondere la “certezza” del risultato (che sarebbe il lucro cessante) con la certezza dell’esistenza di un determinato livello di possibilità (che sarebbe un danno emergente - in sé “certo” - da perdita di *chance*). In ogni caso, posto che la risarcibilità del danno patrimoniale “pieno” postula anch’essa la valutazione prognostica dell’esito che il giudizio avrebbe avuto, non è agevole “ritagliare” al danno da perdita di *chance* un proprio autonomo campo di applicazione, immaginando una graduazione al ribasso del suddetto giudizio probabilistico che, pur non integrando la prima voce di danno, ciononostante sostanzialmente un (diverso?) pregiudizio risarcibile.

5. Il danno da perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa (cenni).

Anche il giudice amministrativo è da tempo impegnato nella decisione dei casi in cui il partecipante ad una gara di appalto, che sia stato ingiustamente escluso dalla stessa (o, avendovi partecipato, ingiustamente non se la sia vista aggiudicare),

⁸⁹ Nella giurisprudenza di merito, si può citare Trib. Monza, 7.4.2008, in cui la responsabilità dell’avvocato venne ravvisata per avere negligenzemente condotto un processo per il riconoscimento delle differenze retributive spettanti al cliente, nel quale non aveva provato i fatti costitutivi della pretesa. Il giudice, ravvisato l’inadempimento del legale, affermò che esso aveva “senz’altro diminuito, in modo statisticamente elevato, le chances che l’attore aveva di raggiungere il risultato sperato”. Ma queste *chances* non vennero né differenziate dal risultato finale, né quantificate, e il risarcimento venne equitativamente liquidato in circa un terzo del *quantum* domandato dal lavoratore.

⁹⁰ La stessa impostazione ha Cass., 14.5.2013, n. 11548, concernente la responsabilità di un avvocato per omessa riproposizione, in grado di appello, di una domanda di “manleva” e risarcimento dei danni. La Corte conferma la sentenza di merito, che aveva rigettato la domanda dell’attore, sul presupposto che l’accoglimento della domanda colpevolmente non riproposta dal professionista non avrebbe comunque potuto assicurare al cliente un risultato migliore (in termini di risarcimento di ulteriori voci di danno) di quello già ottenuto. Come il meno ricompreso nel più, viene esclusa anche la configurabilità di un danno da perdita di *chance*, per l’assenza di prova “dell’esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l’esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile”.

invochi il risarcimento del danno da perdita di *chance*, nell'ipotesi in cui non sia percorribile la strada del risarcimento in forma specifica (art. 124 c.p.a.)⁹¹.

Senza poter approfondire in questa sede il tema della connessione tra *chance* e interesse legittimo di fronte all'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione⁹², si può osservare che anche in questo campo l'oscillazione tra l'impostazione ontologica e quella eziologica ha condotto a soluzioni non univoche.

Alla teoria ontologica aderiscono, per esempio, Cons. Stato, 23.6.2015, n. 3147 (che però subordina la risarcibilità del danno al raggiungimento di un probabilità di successo almeno pari al 50%)⁹³, e Cons. Stato, n. 21.7.2016, n. 3304, secondo cui *“subordinare il risarcimento del danno alla certezza del risultato finale significherebbe disconoscere tout court la tutela risarcitoria della chance”*.

La teoria eziologica è abbracciata, invece, da Cons. Stato, 30.6.2015, n. 3249, secondo cui *“il danno da perdita di chance può essere in concreto ravvisato e risarcito (ove ne ricorrano i presupposti anche in via equitativa), solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta”*: al di sotto del 50% di probabilità, la *chance* integrerebbe *“una mera aspettativa di fatto, non meritevole di tutela risarcitoria”*. Sulla stessa linea anche Cons. Stato, 11.7.2018, n. 4225, che identifica la *chance* nella *“dimensione effettiva di un lucro cessante”*: *“l'operatore che partecipa alla gara” - sostengono i giudici amministrativi – “non è titolare attuale di un elemento patrimoniale che viene leso dall'attività amministrativa, ma di una situazione soggettiva strumentale al conseguimento di un'utilità futura. L'utilità futura - l'essere parte del contratto e il trarne il legittimo lucro - è il bene della vita che gli è negato dall'azione illegittima dell'amministrazione. La chance vi rapporta in termini probabilistici le circostanze concrete, allegare e provate, che rilevano per definire, nei limiti del presumibile, la reale probabilità che aveva l'operatore economico di essere prescelto e così di conseguire quell'utilità: in una ricostruzione "dinamica" dell'evolversi della vicenda e non "statica" (..)”*.

Incertezze si registrano, in particolare, sotto il profilo della prova richiesta (che in alcune pronunce viene indicata come *“certa in ordine alla circostanza che*

⁹¹ Per una panoramica generale sul tema, si vedano V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e app.*, 2018, 293; F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1; S. INGEGNATTI, *Risarcibilità del danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, 2508; M. PELLINGRA CONTINO, *Perdita di chance e condotta illegittima della P.A.*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 341.

⁹² Sul quale ci si può, in questa sede, limitare a un rinvio a F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873, nonché a

⁹³ In termini analoghi, Cons. Stato, 17.6.2014, n. 3082.

*l'offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al concorrente medesimo*⁹⁴, mentre in altre viene proiettata sul raggiungimento del 50% di probabilità); e della liquidazione del danno (che in alcuni casi è integrale, a fronte dell'accertamento di mere *chances* di aggiudicazione; in altri è decurtato, pure al cospetto della "quasi certezza" dell'aggiudicazione⁹⁵).

Con ordinanza n. 118 del 2018 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha investito l'Adunanza plenaria della risoluzione del contrasto giurisprudenziale circa l'adesione alla teoria ontologica ovvero a quella eziologica. Nel caso di specie, la società ricorrente lamentava la compromissione della chance di aggiudicazione di una gara mai indetta dal Ministero committente, che aveva illegittimamente affidato l'appalto per la fornitura dei servizi di comunicazione elettronica direttamente ad altra compagnia. Accertata la titolarità, in capo alla ricorrente, di una chance di aggiudicazione pari al 20% (ricavata in ragione del numero degli altri potenziali concorrenti), il giudice amministrativo si è interrogato, quindi, se, in ossequio alla teoria ontologica, tale percentuale fosse sufficiente ad integrare un danno risarcibile, ovvero no (perché ben lontana dal 50%, cui andrebbe ancorata la soglia di risarcibilità per i fautori della teoria eziologica). La questione non ha trovato, però, soluzione presso il supremo consesso dei giudici amministrativi, avendo l'Adunanza plenaria⁹⁶ restituito gli atti alla Sezione remittente, ritenendo che questa si fosse già implicitamente "schierata" per una

⁹⁴ In tal senso, Cons. Stato, 22.9.2015, n. 4431, che in tal modo finisce per "appiattare" il danno da perdita di *chance* sul lucro cessante *tout court*, dopo aver offerto una definizione di *chance* che appare il risultato di una perfetta fusione delle teorie ontologica ed eziologica, nella misura in cui fa riferimento alla "*lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, che non è mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*) può essere in concreto ravvisato e risarcito solo con specifico riguardo al grado di probabilità che in concreto il richiedente avrebbe avuto di conseguire il bene della vita e, cioè, in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta". Sembra escludere l'autonomia concettuale del danno da perdita di *chance* anche Cons. Stato, 20.1.2015, n. 131, nella parte in cui afferma che l'interesse legittimo pretensivo alla partecipazione alla gara o al concorso (ovvero ad una valutazione delle prove svolte o dell'offerta immune da vizi di legittimità) "*non è un "bene" già esistente nel patrimonio giuridico del titolare, bensì la stessa possibilità di conseguimento di un'utilitas per il tramite dell'esercizio del potere amministrativo*", la cui conculcazione, per mezzo dell'esercizio illegittimo del potere amministrativo, sarebbe suscettibile unicamente della tutela ripristinatoria dell'annullamento dell'atto, mentre la tutela risarcitoria sembrerebbe confinata a (non meglio precisate) "*ipotesi di istanze obiettivamente fondate, tali definibili sulla base della situazione concreta dell'istante, dell'assetto normativo applicabile al caso di specie, e del concreto modus agendi, in ipotesi analoghe, della Pubblica Amministrazione*" (ipotesi le quali, in ogni caso, paiono reclamare una liquidazione integrale del danno da lucro cessante, e non quindi una riduzione dello stesso corrispondente al grado di probabilità di conseguimento del risultato).

⁹⁵ In Cons. Stato, 15.10.2012, n. 5279, il danno viene liquidato decurtando il mancato guadagno astrattamente configurabile (identificato convenzionalmente nel 10% dell'importo base della gara, ribassato dall'offerta presentata), in ragione del fatto che "*si tratta[va] di risarcire una mera chance (se pure consistente) di aggiudicazione*".

⁹⁶ Con sentenza dell'11.5.2018, n. 7.

delle due interpretazioni, di modo che la pronuncia “[sarebbe potuta] *risultare in qualche modo condizionata dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla Sezione e dalle scelte già operate con sentenza, così escludendo la possibilità stessa di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali scelte*”.

6. *L'improprio utilizzo della categoria della perdita di chance nel danno alla persona.*

Nel settore del danno alla persona, la categoria della perdita di *chance* viene frequentemente utilizzata in funzione descrittiva di una determinata tipologia di pregiudizio, dal carattere – volta a volta – patrimoniale o non patrimoniale. Si tratta di danni-conseguenza declinati secondo l'ordinario schema del danno emergente o del lucro cessante, la cui liquidazione non prevede alcuna decurtazione in rapporto a una percentuale di probabilità. Pertanto, l'utilizzo da parte della giurisprudenza, in questo settore, dell'espressione “perdita di *chance*” non è utile a designare un'autonoma voce di danno⁹⁷, rischiando quindi di generare confusione e fraintendimenti.

Per inquadrare l'argomento, è utile premettere che, in presenza di un danno biologico (generalmente “macropermanente”), può determinarsi una diminuzione della capacità di produrre reddito della vittima, che può rapportarsi a (l reddito derivante da) una specifica occupazione (già svolta dal danneggiato al momento del fatto illecito, ovvero da svolgersi verosimilmente in futuro), ovvero a generiche opportunità lavorative compatibili con le attitudini e le competenze del soggetto. La prima forma di pregiudizio viene generalmente denominata “danno da perdita della capacità lavorativa specifica”, la seconda “danno da perdita della capacità lavorativa generica”. Ci troviamo al cospetto di pregiudizi sicuramente definibili come danni-conseguenza, siccome per l'appunto discendenti dalla lesione del diritto alla salute.

Il danno da perdita della capacità lavorativa specifica viene costantemente qualificato dalla giurisprudenza come patrimoniale (futuro), e la sua risarcibilità richiede la prova dell'incidenza della menomazione della salute sul reddito che la vittima avrebbe presumibilmente conseguito, ove non avesse riportato le lesioni. Il danno da perdita della capacità lavorativa generica è trattato, invece, in modo

⁹⁷ In quanto “*semplicemente ridice in modo nuovo cose da tempo conosciute sotto le rubriche del “lucro cessante”, del “danno reddituale” o delle “conseguenze patrimoniali ulteriori”*”: qui “*le “opportunità perdute” o la “ridotta capacità di lavoro e di reddito” vengono in considerazione (...) solo come “valore d'uso” del fare proprio che la lesione ha impedito (ad es.: danno reddituale da lesione della persona) e, perciò propongono un tipo di problema affatto diverso da quello propriamente evocato dalla rilevanza aquiliana delle chances, ossia un tipo di problema che attiene all'estensione della responsabilità e non al suo insorgere*” (così M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., rispettivamente 402 e 410).

ambivalente dalla giurisprudenza, oscillando (in maniera non sempre chiara) tra la dimensione patrimoniale e quella non patrimoniale. In quest'ultima accezione, esso finisce per essere trattato come un sinonimo della c.d. perdita della cenestesi lavorativa, a sua volta definita come risolvendosi *“nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa”*, e dunque *“in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo”*⁹⁸. Laddove la perdita della capacità lavorativa generica viene, invece, trattata come danno patrimoniale, si pone il problema di differenziarla tanto dalla perdita della capacità lavorativa specifica, quanto dalla perdita della “cenestesi”.

Ai due estremi stanno, ad ogni modo, il danno da perdita della capacità lavorativa specifica e il danno da perdita della cenestesi lavorativa: il primo sicuramente patrimoniale, il secondo sicuramente non patrimoniale⁹⁹. Ma dove si colloca il danno da perdita di *chance*, e come si coordina con le suddette figure?

In Cass., 4.7.2019, n. 17931, la vittima di un incidente stradale, che aveva riportato il 25% di invalidità permanente, domandava il risarcimento (tra l'altro) del *“danno da lesione della capacità di lavoro, intesa come perdita di chance”*, deducendo di essere stato assunto in prova da un'impresa e di avere visto, in conseguenza dell'incidente, *“irrimediabilmente compromesso il possibile esercizio di attività lavorativa”*. La c.t.u. aveva concluso che, a causa dell'invalidità riportata, ogni attività lavorativa operaia sarebbe stata “usurante” per l'attore. La Corte di legittimità, trattando il danno da perdita di *chance* richiesto dal ricorrente alla stregua di danno patrimoniale da perdita della capacità lavorativa specifica, ha considerato la relativa domanda (oltre che tardiva) sguarnita di prova, non essendo stata dimostrata la circostanza dell'avvenuta assunzione della vittima presso

⁹⁸ *Ex multis*, da ultimo, Cass., 28.6.2019, n. 17411.

⁹⁹ Afferma Cass., 22.5.2018, n. 12572: *“il danno patrimoniale futuro conseguente alla lesione della salute è risarcibile solo ove appaia probabile, alla stregua di una valutazione prognostica, che la vittima percepirà un reddito inferiore a quello che avrebbe altrimenti conseguito in assenza dell'infortunio, mentre il danno da lesione della “cenestesi lavorativa”, che consiste nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa, si risolve in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo e va liquidato onnicomprensivamente come danno alla salute, potendo il giudice, che abbia adottato per la liquidazione il criterio equitativo del valore differenziato del punto di invalidità, anche ricorrere ad un appesantimento del valore monetario di ciascun punto”*. Il caso riguardava una minore che aveva riportato un'invalidità permanente del 25%, a fronte della quale il giudice di merito aveva incrementato l'importo liquidato a titolo di danno biologico (per tener conto della perdita della “cenestesi lavorativa”), rigettando invece la domanda di risarcimento del danno patrimoniale futuro, in mancanza di elementi idonei a dimostrare l'incidenza della menomazione sul reddito che la stessa avrebbe presumibilmente conseguito. La decisione appare in qualche misura contraddittoria, dal momento che, da un lato, nega il risarcimento del danno da lesione della capacità lavorativa generica per mancanza di prova circa gli sviluppi futuri della condizione lavorativa della minore, e dall'altro, con riferimento al danno biologico, avalla una sorta di “automatismo presuntivo”, in virtù del quale a un significativo grado di invalidità permanente consegue un incremento del valore tabellare, *“proprio in considerazione di tale prognostica valutazione sul futuro valutativo della minore”*.

l'impresa indicata¹⁰⁰.

Un precedente omologo sembra potersi rinvenire in Cass., 9.10.2015, n. 20312, alla cui stregua *“il danno da lesione della "cenestesi lavorativa", che consiste nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa (c.d. perdita di chance), si risolve in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo e va liquidato onnicomprensivamente come danno alla salute, potendo il giudice, che abbia adottato per la liquidazione il criterio equitativo del valore differenziato del punto di invalidità, anche ricorrere ad un appesantimento del valore monetario di ciascun punto, mentre non è consentito il ricorso al parametro del reddito percepito dal soggetto leso”*. Da come è formulata la massima, il danno da perdita di chance, in quanto *“incidente sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa”*, sembrerebbe possedere natura patrimoniale (distingendosi, dunque, come tale, dal pregiudizio non patrimoniale da lesione della cenestesi lavorativa), ma al contempo si allontana dal danno da perdita della capacità lavorativa specifica, venendo (probabilmente¹⁰¹) a sovrapporsi con il danno da perdita della capacità lavorativa generica.

Più esplicita, sul punto, sembra essere la massima di Cass., 12.6.2015, n. 12211, che recita: *“in tema di danni alla persona, l'invalidità di gravità tale (nella specie, del 25 per cento) da non consentire alla vittima la possibilità di attendere neppure a lavori diversi da quello specificamente prestato al momento del sinistro, e comunque confacenti alle sue attitudini e condizioni personali ed ambientali, integra non già lesione di un modo di essere del soggetto, rientrante nell'aspetto del danno non patrimoniale costituito dal danno biologico, quanto un danno patrimoniale attuale in proiezione futura da perdita di "chance", ulteriore e distinto rispetto al danno da incapacità lavorativa specifica, e piuttosto derivante dalla riduzione della capacità lavorativa generica, il cui accertamento spetta al giudice di merito in base a valutazione necessariamente equitativa ex art. 1226 cod. civ.”*. Come si vede, il danno da perdita di chances lavorative viene fatto

¹⁰⁰ Per quel che riguarda la capacità lavorativa generica, la Cassazione definisce quello in questione *“un caso limite”* (in ragione della percentuale di invalidità permanente riportata), *“perché è ragionevole ritenere che essa avrà inevitabili ripercussioni sul futuro della vita lavorativa della persona (...), nel senso che potrebbe tradursi in una lesione anche della capacità lavorativa generica”*. Tuttavia, neppure questa voce di danno viene riconosciuta in favore del ricorrente, per carenza di prova *“circa le attitudini lavorative della vittima e le sue condizioni personali e familiari”*. La Corte aggiunge, poi, che *“non è stata neppure posta una specifica domanda di risarcimento del danno da c.d. cenestesi lavorativa”*, ciò che lascerebbe pensare che quest'ultimo sia pregiudizio differente dalla perdita della capacità lavorativa generica (in termini che però la motivazione non si perita di illustrare).

¹⁰¹ Nella sentenza il punto non è chiarito, riducendosi la motivazione alla condivisione della proposta del relatore ex art. 380 bis c.p.c. (improntata al richiamo del precedente rappresentato da Cass., 24.3.2004, n. 5840), senza che venga esplicitato alcunché in ordine alla fattispecie concreta.

coincidere col danno da perdita della capacità lavorativa generica (dato dall'impossibilità di svolgere anche altri lavori confacenti alle condizioni del soggetto), integrando così una voce di pregiudizio patrimoniale comunque distinta dal danno da perdita della capacità lavorativa specifica (discendente dall'impossibilità di continuare a svolgere la medesima attività lavorativa già svolta dal danneggiato), col quale, in ipotesi, potrebbe pure cumularsi (ciò che desta non poche perplessità). Non è chiaro, a questo punto, se in una tale visione residui uno spazio (autonomo) per la voce di danno denominata "da lesione della cenestesi lavorativa".

Anche in Cass., 31.1.2018, n. 2348, punto di partenza del ragionamento è un'invalidità permanente del 25%, ritenuta (sulla scorta della c.t.u.) preclusiva rispetto a occupazioni richiedenti una piena integrità fisica (p. es., nelle forze dell'ordine). Il giudice di merito, tuttavia, non aveva riconosciuto alcun danno patrimoniale, sul presupposto che tale circostanza non avrebbe impedito all'attore di svolgere attività lavorative diverse (peraltro l'attore nulla aveva dedotto in merito alle sue future prospettive lavorative, né dalla motivazione si evince se egli fosse disoccupato alla data del sinistro). La Corte ha cassato, sul punto, la pronuncia di merito, richiamando dapprima il precedente di Cass., n. 12211 del 2015, e successivamente altri due precedenti (Cass., 23.8.2011, n. 17514 e Cass., 7.11.2005, n. 21497), secondo i quali, *"nei casi in cui l'elevata percentuale di invalidità permanente rende altamente probabile, se non addirittura certa, la menomazione della capacità lavorativa specifica ed il danno che necessariamente da essa consegue, il giudice può procedere all'accertamento presuntivo della predetta perdita patrimoniale, liquidando questa specifica voce di danno con criteri equitativi"*. Si ribadisce, dunque, la distinzione tra due tipi di danno patrimoniale: quello da perdita di *chances* lavorative (o perdita della capacità lavorativa generica) e quello da perdita della capacità lavorativa specifica, utilizzati quasi come "vasi comunicanti", al fine di garantire al danneggiato il risarcimento di una voce ulteriore, presuntivamente riconosciuta in relazione al grado di invalidità permanente riportato¹⁰².

In Cass., 14.3.2017, n. 6488 la Corte rigettò la domanda di una minorene rimasta vittima di un incidente stradale, volta al conseguimento di un risarcimento

¹⁰² Uno schema motivazionale identico a Cass., n. 2348 del 2018 presenta Cass., 14.11.2017, n. 26850, in cui l'attore (che non svolgeva alcuna attività lavorativa al momento del sinistro) deduceva che la conseguita invalidità permanente del 25% gli avesse precluso di intraprendere l'attività di geometra. Anche in questo caso, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la risarcibilità del danno patrimoniale, per il sol fatto che il danneggiato non svolgesse, al momento del sinistro, alcuna attività lavorativa. Nella motivazione si parla di *"danno patrimoniale attuale in proiezione futura da perdita di chance, ulteriore e distinto rispetto al danno da incapacità lavorativa specifica, e piuttosto derivante dalla riduzione della capacità lavorativa generica"* (richiamando, così, testualmente, Cass., n. 12211 del 2015).

per la “perdita di *chance*” di intraprendere la carriera universitaria, ritenendo che non avesse assolto all’onere di provare che la situazione invalidante le avesse, in concreto, precluso l’accesso a tale carriera o il probabile inserimento in un determinato e specifico ambito lavorativo. I giudici di legittimità qualificarono la perdita di *chances* “*alla futura attività lavorativa del soggetto danneggiato*” come “*danno patrimoniale futuro, perciò diverso ed ulteriore rispetto al danno alla salute, a carattere invece non patrimoniale*”, reputando “*la sola dimostrazione dell’esistenza di postumi invalidanti non (...) sufficiente a far presumere anche la perdita della possibilità di futuri guadagni o di futuri maggiori guadagni, spettando al danneggiato l’onere di provare, anche presuntivamente, che il danno alla salute gli ha precluso l’accesso a situazioni di studio o di lavoro tali che, se realizzate, avrebbero fornito anche soltanto la possibilità di maggiori guadagni*”.

Quale che sia la configurazione (patrimoniale o non patrimoniale) della perdita di *chance*, è evidente che con tale locuzione la giurisprudenza alluda, in questa materia, a un pregiudizio (per lo più futuro) integrale, che non si configura, cioè, come *minus*, corrispondente a un determinato grado di possibilità di conseguimento (o mancata perdita) dell’interesse giuridico (o del vantaggio) “finale”, ma che coincide direttamente con quest’ultimo¹⁰³. Non si fa questione neppure in astratto, infatti, di riduzione del *quantum* del risarcimento, rispetto all’entità delle retribuzioni che il danneggiato avrebbe potuto guadagnare¹⁰⁴ (o alla liquidazione del danno non patrimoniale da lesione della salute¹⁰⁵). Cionondimeno, le sentenze fanno costante uso del sintagma “perdita di *chance*”, sovente accompagnato dal tratteggio richiamo alla definizione “ontologica” nei termini di

¹⁰³ In dottrina, tratta il danno da perdita di *chance*, nella sua versione non patrimoniale, come “*sottocategoria del danno non patrimoniale, con valenza meramente descrittiva*”, D. CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San Martino*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 456. Un danno-conseguenza, dunque, che andrebbe distinto sia dal danno morale che dal danno biologico, “*mentre potrebbe essere collocat[o] nell’ambito del pregiudizio esistenziale, nel caso in cui si risolva in una compromissione della qualità della vita (...)*”. È evidente, peraltro, che, configurato in questo modo, tale tipo di pregiudizio finisce per “sfumare” nei risvolti delle conseguenze pregiudizievoli del danno alla salute, non riuscendo a stagiarsi come voce realmente autonoma.

¹⁰⁴ In Cass., 11.5.2007, n. 10840, per esempio, la Corte cassò la sentenza di merito nella parte in cui non aveva risarcito alla vittima di un incidente stradale il “*danno patrimoniale per la perdita delle chances di carriera negli anni 1993/1999*”, legate alla promozione da impiegato a funzionario bancario: in presenza della prova della sicura progressione in carriera (ricavata dalle dichiarazioni testimoniali del capo del personale della banca), evidentemente a dover essere risarcito era nulla di diverso che il “pieno” (danno patrimoniale da) lucro cessante.

¹⁰⁵ Per un’applicazione in tale ultimo senso, si veda Trib. Milano, 25.3.2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 556, laddove la perdita, in capo alla vittima di un incidente stradale, della possibilità di prendere parte al Progetto Erasmus (al quale era già stata ammessa) viene configurata non già come danno da perdita di *chance* (come richiesto dall’attore), bensì “*ai fini del completo apprezzamento delle conseguenze di natura non patrimoniale riconnesse etiologicamente alle lesioni*”, e dunque, in definitiva, “*ai fini della liquidazione unitaria del danno non patrimoniale che deve, pertanto, trovare una conseguente personalizzazione in ragione di questo ulteriore elemento emerso*”.

“entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione”¹⁰⁶. Emblematica in tal senso una sentenza del Tribunale di Brescia del 18.6.2015¹⁰⁷, la quale, nel dichiarare di riconoscere ad un maratoneta rimasto coinvolto in un incidente stradale il danno da perdita di *chances* di partecipare alle Olimpiadi di Atene del 2004, riconduce (erroneamente) sotto questa etichetta un ordinario danno da lucro cessante, per i “*guadagni certi, indipendenti dal risultato*” che avrebbe conseguito partecipando ad altre manifestazioni sportive, oltre che un ulteriore voce di pregiudizio (arbitrariamente trasformata da patrimoniale in non patrimoniale) quantificata (senza alcuna indicazione di qualsivoglia criterio di liquidazione) in ben € 50.000,00¹⁰⁸.

Distingue, invece, concettualmente il danno da perdita di *chance* dal lucro cessante Cass., 13.10.2016, n. 20630, concernente una fattispecie in cui un promettente calciatore quindicenne, che aveva riportato una gravissima invalidità permanente (con conseguente impossibilità di continuare a praticare quello sport), invocava, oltre al danno patrimoniale futuro corrispondente alle retribuzioni che non avrebbe più potuto percepire, un’ulteriore voce di “*danno da perdita di chance di successo professionale*”. La Corte, sul presupposto che la liquidazione congiunta delle due voci realizzerebbe una duplicazione risarcitoria, sembra interpretare il danno da perdita di *chance* non già come espressione descrittiva, bensì come “variante diminutiva” del danno da lucro cessante (da questo non strutturalmente diverso), alternativamente configurabile allorquando di esso non riesca a raggiungere la prova. Si legge, infatti, nella motivazione: “*delle due, infatti l’una: o la vittima dimostra di avere perduto un reddito che verosimilmente avrebbe realizzato, ed allora le spetterà il risarcimento del lucro cessante; ovvero la vittima non dà quella prova, ed allora le può spettare il risarcimento del danno da perdita di chance*”. In questo modo, si colloca la *chance* sul terreno del nesso causale, facendola entrare in gioco allorquando manchi la compiuta dimostrazione dell’integrazione di un danno conseguenza alla stregua dell’art. 1223 c.c.

¹⁰⁶ Oltre a Cass., 14.3.2017, n. 6488, si possono citare Cass., 14.11.2001, n. 14199 (che definisce perdita di *chance* l’impedimento, per il lavoratore, di sfruttare altre occasioni lavorative, descrivendola come “*perdita di una ulteriore possibilità di guadagno*”); Cass., 8.11.2003, n. 16792; Cass., 10.6.2004, n. 11045; Cass., 12.8.2008, n. 21544 (che etichetta come danno da perdita di *chance* il pregiudizio patrimoniale correlato alla mancata conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, in favore di un lavoratore che aveva riportato un infortunio invalidante); Cass., 25.5.2007, n. 12243; Cass., 28.1.2005, n. 1752.

¹⁰⁷ In *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1095, con nota di S. BELLONI PERESSUTTI.

¹⁰⁸ Si legge, nella motivazione: “*per quanto riguarda altri danni patrimoniali, indicati nella perdita di sponsorizzazioni e premi di partecipazione, non vi è modo, in assenza di parametri, di arrivare ad una quantificazione che abbia requisiti di serietà, ma certamente si deve riconoscere un danno morale di tipo esistenziale che tenga conto di tutti i parametri ora ricordati e dei sacrifici fisici sopportati per raggiungere tale scopo, poi frustrato dall’incidente. A tale titolo è certamente riconoscibile un ulteriore risarcimento che appare equo stimare in € 50.000, in relazione alla perdita di una occasione non più ripetibile nella vita di questo atleta*”.

7. *Altre fattispecie di utilizzo improprio del danno da perdita di chance.*

Un utilizzo improprio (in quanto puramente descrittivo) del sintagma “danno da perdita di *chances*” si riscontra, in giurisprudenza, anche al di fuori delle fattispecie di lesione della salute.

Nel caso trattato da Cass., 14.7.2016, n. 14347, la ricorrente aveva ottenuto il risarcimento dei danni patrimoniali da illegittima iscrizione ipotecaria, liquidati in misura corrispondente all'importo di un fido che, a causa dell'iscrizione suddetta, le era stato rifiutato da un istituto bancario. La controparte lamentava che, nel giudizio di merito, fosse “*stato riconosciuto il danno da perdita di chance per la mancata erogazione del fido senza che la ricorrente avesse dimostrato di avere perduto, in ragione della stessa, l'affare per la cui conclusione il fido sarebbe dovuto servire*”. La censura venne rigettata dalla Corte di cassazione, sul presupposto (processuale) della carente allegazione di elementi dai quali dedurre che “*che l'esercizio del potere equitativo di liquidazione del danno sia avvenuto in una situazione in cui la perdita della chance dell'affare non era dimostrata*”. Al di là di tale profilo, resta il fatto che, poiché il fido sarebbe dovuto essere restituito dall'imprenditore, esso non poteva integrare - ai fini del risarcimento del danno - un lucro cessante, mostrandosi più corretta una parametrizzazione del pregiudizio in funzione dell'investimento cui il fido stesso era preordinato (investimento che, in ipotesi, il ricorrente non aveva più potuto effettuare, non disponendo di altri capitali). Dunque, se di *chance* si vuole parlare, questa avrebbe potuto avere ad oggetto – al più – i guadagni ragionevolmente attesi da quell'investimento, e non già quanto non immediatamente percepito a titolo di fido (tra l'altro, senza alcuna decurtazione quantitativa).

Sembra non avere nulla a che fare con il danno da perdita di *chance* anche il caso affrontato da Cass., 11.3.2008, n. 6427, relativo alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione della direttiva comunitaria che prevedeva la necessità di riconoscere un adeguato compenso agli allievi delle Scuole di specializzazione di medicina. Questi ultimi, nel lamentare di avere prestato la propria attività professionale presso le suddette scuole, senza ricevere un'adeguata retribuzione, avevano domandato la condanna dello Stato “*a corrispondere loro la adeguata remunerazione contemplata nella direttiva CEE 82/76 (..) ovvero a risarcire il danno provocato dalla ritardata attuazione della direttiva (..)*”. Il giudice di merito aveva rigettato la domanda, “*sul rilievo che gli interessati non avevano dimostrato una frequenza delle scuole di specializzazione secondo le modalità volute dalla direttiva*”. Ma – ribatté la Suprema Corte – “*è agevole osservare che la circostanza, pacifica, che i medici avessero nel periodo di*

ritardata attuazione della direttiva frequentato le scuole di specializzazione, come allora organizzate, lascia presumere quantomeno in linea teorica che essi le avrebbero frequentate anche nel diverso regime conforme alle prescrizioni comunitarie". In questo passaggio, l'argomentare sembra consono a uno scenario contro-fattuale coerente col pieno riconoscimento del danno patrimoniale da lucro cessante: una volta scattata la presunzione, ai ricorrenti spetta l'intero danno patrimoniale corrispondente alla differenza tra quanto eventualmente percepito (o non percepito) e la retribuzione che avrebbero conseguito se, attuata tempestivamente la direttiva, il loro corso di specializzazione fosse stato organizzato secondo le linee guida da quest'ultima prescritte. Si pone in maniera dissonante, quindi, la successiva sottolineatura, secondo cui il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva *"è consistito nella perdita di una possibilità della quale essi avrebbero presumibilmente profittato, ossia in sostanza un danno da perdita di chances"*. La possibilità (o *chance*) è quella che sostanzia il nesso causale, la cui integrazione prelude, però, alla liquidazione di un danno-conseguenza "integrale", e non certo rapportato alla percentuale di probabilità di realizzazione del risultato.

Altra peculiare fattispecie è quella trattata da Cass., 15.10.2015, n. 20829. A seguito dell'accertamento dell'illegittimità della risoluzione unilateralmente intimata, una ASL era stata condannata al ripristino del rapporto convenzionale con un medico. Nel frattempo, però, la stessa ASL aveva instaurato una nuova convenzione con altro medico, ciò che aveva indotto il primo a rifiutare la reintegrazione "in sovrannumero" rispetto al collega, e a chiedere il risarcimento (tra l'altro) del *"danno patrimoniale, sotto forma di lucro cessante, individuato con riferimento al periodo intermedio fra la sentenza di primo grado e il deposito della domanda giudiziale"*. La Cassazione ritenne che il ripristino della convenzione, per come avvenuto nel caso di specie (vale a dire non più secondo il preesistente regime "monopolistico", ma in sovrannumero rispetto ad altro medico convenzionato *medio tempore* assunto), integrasse inesatto adempimento degli obblighi a carico della ASL, in conseguenza del quale *"è astrattamente configurabile un danno risarcibile (...), in ragione della perdita di chance professionali derivante dalla contemporanea presenza di altro medico convenzionato nella stessa zona"*. Il medico, tuttavia, non poteva legittimamente rifiutarsi di eseguire del tutto la prestazione (ai sensi dell'art. 1460 c.c.), posto che *"nella specie i danni erano emendabili almeno in parte dal danneggiato medesimo, che avrebbe potuto (ed anzi dovuto, secondo gli obblighi del rapporto) riaprire lo studio e riattuare la convenzione; nel caso, invece, il medico ha trovato più comodo rifiutare in blocco la convenzione, così consolidando un danno altrimenti evitabile, e rendendosi inadempiente in toto ai propri obblighi a fronte di un inadempimento solo parziale"*

della controparte”. Conseguentemente, “*il diritto del medico al risarcimento del danno nella misura integrale riconosciuta dalla corte di merito sarebbe maturato solo ove lo stesso si fosse consolidato per la mancata riattivazione delle scelte dei pazienti, rese possibili comunque dalla riapertura dello studio da parte del medico e dall’offerta della propria prestazione lavorativa*”. Anche qui sembra che a venire in rilievo sia né più né meno che l’intero danno patrimoniale da lucro cessante, alludendosi, col riferimento alla *chance*, alla possibilità di conseguimento di utilità “piene”, che peraltro si richiedeva di provare con certezza (solo) con riguardo al passato (come se ad accedere al risarcimento non possa essere un danno futuro).

Nella recente Cass., 18.3.2019, n. 7570, si tratta, invece, del danno da irragionevole durata del processo: i ricorrenti sostenevano che, a causa di essa, le loro ragioni creditorie erano state pregiudicate, poiché la società debitrice, nelle more del processo, era stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, con conseguente falcidie dei crediti da loro vantati. La domanda è stata rigettata sotto il profilo del rapporto di causalità, considerato che la circostanza che la debitrice fosse stata ammessa al concordato preventivo “*non costituisce una conseguenza diretta della violazione della ragionevole durata del processo*”. La mancanza (di prova) del nesso di causalità è stata ritenuta preclusiva anche della configurabilità di un danno da perdita di *chance*, dal momento che – si legge nella motivazione - “*ai fini del risarcimento del danno da “perdita di chance”, ferma restando la possibilità di ricorrere anche alla prova presuntiva e la necessità di modulare il rapporto causale secondo il paradigma del “più probabile che non”, occorre in ogni caso che la parte istante dimostri la diretta riconducibilità del pregiudizio al fatto lesivo*”. Anche in questo caso, benché si richiami la formula della “*entità patrimoniale a sé stante*”, la *chance* viene trattata a tutti gli effetti alla stregua di lucro cessante, postulandosi un nesso di causalità proiettato sull’utilità finale (e non già sulla diversa “entità minore” integrante “bene autonomo”).

Sempre in tema di danno patrimoniale, merita di essere segnalata anche la sentenza del Tribunale di Mantova del 9.3.2017, che, di fronte a un caso di illegittima segnalazione alla Centrale rischi della Banca d’Italia che aveva precluso a un imprenditore di ottenere i finanziamenti necessari alla realizzazione di un impianto fotovoltaico, pur discorrendo di perdita di *chance*, commisurò il risarcimento del danno alla perdita dell’intero utile di impresa che si sarebbe verosimilmente realizzato (salvo poi contenerlo sotto il profilo dell’arco temporale futuro di riferimento).

Infine, degna di nota – questa volta in tema di danno non patrimoniale – è Cass., 10.1.2017, n. 243 (sulla quale ci si soffermerà più diffusamente nel prosieguo). Con riferimento all’omissione, da parte del ginecologo, della prescrizione dell’amniocentesi - che avrebbe permesso alla gestante di conoscere

la sindrome di Down da cui il feto era affetto -, si parla di *“perdita della chance di conoscere lo stato del feto”*, ma è chiaro che il termine rileva unicamente come sinonimo di “possibilità”, al cospetto di un pregiudizio che assume le fogge di un danno biologico vero e proprio (la sentenza lo definisce *“danno alla propria salute psico-fisica che la gestante lamenta per avere avuto la “sorpresa” della condizione patologica del figlio all’esito della gravidanza”*).

CAPITOLO SECONDO

IL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE* NELLA TEORIA GENERALE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO: 1. – *La perdita di chance tra danno emergente e lucro cessante, danno presente e danno futuro.* 2. – *Il danno da perdita di chance tra danno evento e danno conseguenza: il dilemma del nesso causale.* 2.1 – *Considerazioni generali.* 2.2 – *La causalità da perdita di chance.* 2.3 – *Il danno da perdita di chance e la responsabilità “proporzionale”.* 2.4 – *Causalità e perdita di chance nella vicenda del c.d. Lodo Mondadori.* 3. – *Danno da perdita di chance e titolo della responsabilità.* 4. – *Danno da perdita di chance e ingiustizia del danno.* 5. – *Danno da perdita di chance e liquidazione equitativa del danno.* 6. – *Danno da perdita di chance e funzioni della responsabilità civile.*

1. *La perdita di chance tra danno emergente e lucro cessante, danno presente e danno futuro.*

La distinzione danno emergente/lucro cessante riguarda il danno (patrimoniale) risarcibile, indipendentemente dal titolo (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità¹⁰⁹.

La differenza – nota De Cupis – sta nell’attualità o meno dell’interesse colpito dall’evento dannoso: “*se oggetto del danno è un interesse attuale, ovverosia l’interesse relativo a un bene già spettante ad una persona nel tempo in cui il danno medesimo è cagionato, si ha un danno emergente; se, viceversa, oggetto del danno è un interesse futuro, ovverosia l’interesse relativo ad un bene non ancora spettante ad una persona, si ha un danno lucro cessante*”¹¹⁰. Più sfumata la distinzione proposta da Trimarchi, per il quale il valore di un bene è dato dalla “attualizzazione dei flussi di cassa” (o di utilità) che esso produrrà nel futuro. In questa logica, anche

¹⁰⁹ Anche se, con riguardo alla responsabilità contrattuale, non mancano i distinguo, legati alla primaria funzione di “reintegrazione” del creditore nella situazione che si sarebbe avuta con l’adempimento, da riconoscersi al risarcimento del danno (sul punto, si veda A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, 121 ss.). In quest’ottica, C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., precisa che nella responsabilità contrattuale il danno emergente è costituito innanzitutto dal controvalore della prestazione ineseguita, “*dato dal valore della cosa o del servizio che ne è oggetto in relazione e nei limiti dell’interesse da soddisfare*”, e inoltre dalle “*perdite patrimoniali che il danneggiato avrebbe evitato utilizzando l’esatta prestazione o il bene che è stato distrutto o lesionato*”; mentre il lucro cessante è rappresentato da “*quell’incremento patrimoniale netto che il danneggiato avrebbe conseguito mediante l’utilizzazione della prestazione inadempita o del bene leso ovvero mediante la realizzazione del contratto risoluto*”. (rispettivamente, pp. 261, 275 e 278).

¹¹⁰ A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 294.

la perdita attuale (e, dunque, il danno emergente) partecipa di una proiezione futura, la quale però si presenta già “incorporata” nel bene, attraverso l’attribuzione di un “prezzo di scambio accertabile sul mercato”¹¹¹. Ove questa “incorporazione”, invece, non vi sia, il danno sarà qualificabile come lucro cessante, occorrendo “*procedere alla stima e all’attualizzazione delle utilità attese e venute meno*”¹¹².

La concezione “ontologica” della *chance* - come già si è notato¹¹³ - scaturisce dall’impossibilità di riscontrare un lucro cessante “certo” (sia pure in senso relativo)¹¹⁴: l’incertezza viene convertita in “certezza” (che rende risarcibile il danno) mediante la trasmigrazione del pregiudizio in questione sotto le insegne del danno emergente¹¹⁵. Vi è una qualche assonanza con la concezione di Trimarchi appena illustrata, la quale però ha come riferimento i titoli finanziari o comunque i beni produttivi, categoria alla quale pare davvero arduo ascrivere un “bene” – come la *chance* – costituito di mere probabilità¹¹⁶.

Il requisito della “certezza” del danno, legato all’apprezzabilità di un rapporto di causalità con il suo fatto produttivo, interseca anche la distinzione tra danno presente e danno futuro, imperniata sull’attualità del pregiudizio, questa volta non rispetto al fatto illecito (o all’inadempimento), bensì al momento della decisione giudiziale. Se, infatti, il danno presente è normalmente “certo”, poiché si è già completamente manifestato al momento della valutazione del giudice, quello futuro è intrinsecamente meno “certo” del primo, tant’è che per il suo accertamento ci si accontenta della “*probabilità che dal fatto illecito, secondo la regolarità e la normalità del rapporto causale, il danneggiato subirà un danno*”¹¹⁷. Ne consegue che, a voler seguire la teoria ontologica, il danno da perdita di *chance* non può che essere qualificato come danno (emergente) presente, dal momento che la “posta patrimoniale” è già venuta meno, immancabilmente, al momento della decisione del giudice, coincidendo il suo “annientamento” con la commissione dell’illecito. Ove si abbracci, invece, la teoria eziologica, la ricostruzione si fa più problematica,

¹¹¹ Similare la posizione di M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, 304 s., il quale, per avallare la tesi che la *chance* “*deve riguardare una perdita che altrimenti non potrebbe essere ricompensata in alcun’altra voce di danno*”, fa l’esempio dell’uccisione del cavallo da corsa, ove “*il valore della chance è già contenuto nel valore commerciale del cavallo, in quanto nella sua stima è già compresa la probabilità di ottenere negli ultimi anni di carriera ulteriori vincite*”.

¹¹² P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 551 s.

¹¹³ Cap. I, par. 2.

¹¹⁴ Nell’introdurre il discorso sul danno da perdita di *chance*, A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 300, parte proprio dalla premessa che, in tali casi, “*l’assenza di lucro cessante risarcibile dipende dalla mancanza di un oggetto certo*”.

¹¹⁵ In tal senso, tra gli altri, S. VICIANI, *Il danno potenziale ovvero patrimoniale futuro*, in *Giust. civ.*, 2012, 78.

¹¹⁶ Afferma perspicuamente R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 64, che “*le possibilità di guarigione o di vittoria possono infatti dirsi perdute solo dando per certa la loro esistenza; certezza che nessuno può fondatamente dimostrare*”.

¹¹⁷ M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 814.

posto che, da un lato, la perdita di *chance* non può farsi coincidere concettualmente (né col danno emergente né) con il lucro cessante (pena l'inutilità pratica della figura); dall'altro – e proprio per questa ragione – la necessità di individuare un nucleo di probabilità di realizzazione del risultato che, per quanto significativo, sia inferiore a quello necessario per integrare il lucro cessante (pena la confusione tra le due figure) mette in crisi il presupposto della “certezza” (pure inteso nell'accezione relativa sopra indicata), impedendo di qualificarlo vuoi come danno presente, vuoi come danno futuro (se non – come si vedrà – al prezzo di “sbiadire” il nesso di causalità giuridica). Diviene giocoforza necessario, pertanto, riconoscere alla perdita di *chance* uno “statuto speciale”, che la renda risarcibile nonostante l'intrinseca incertezza che la connota, situandola idealmente in una sorta di “terra di mezzo” tra il danno certo (sempre risarcibile) e il danno meramente potenziale (come tale, sempre irrisarcibile)¹¹⁸.

Mazzamuto, per esempio, ritiene che la perdita di *chance* debba essere ricondotta al lucro cessante, non coincidente, però, con la “*impossibilità dello sfruttamento del bene o dell'utilità dovuti per il tramite della prestazione*”, bensì con “*quei vantaggi economici il cui conseguimento ha come presupposto necessario - sebbene non sufficiente – il compimento di una determinata attività dovuta da parte del debitore*”¹¹⁹. In questo caso, continua lo Studioso, “è la probabilità in sé ad integrare gli estremi di un lucro cessante”, e ciò perché “*anche la probabilità di un'occasione futura creata dall'adempimento dell'obbligazione rappresenta un guadagno rispetto all'oggetto della pretesa creditoria ma sub specie di una proiezione di scelte del creditore che muovono però dalla prestazione dedotta*”. Non è chiaro, tuttavia, in cosa gli ambiti “vantaggi economici” si differenzino, in concreto, dal lucro cessante vero e proprio¹²⁰, e soprattutto come possano essere quantificati economicamente.

¹¹⁸ Afferma M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 816, che proprio il carattere della “certezza” “*vale ad escludere la risarcibilità del danno potenziale, salvo che questo non assuma la forma della perdita della chance, nei limiti nei quali essa è meritevole di tutela ed è risarcibile*”.

¹¹⁹ S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 78, il quale, più avanti, puntualizza che la perdita di *chance* da inadempimento contrattuale consiste in quel particolare modo di atteggiarsi del lucro cessante, consistente nella “*mancata percezione di beni o di utilità non dovuti ma liberamente conseguibili con un alto tasso di probabilità, nel presupposto però del rispetto del vincolo obbligatorio*”.

¹²⁰ Anche tenuto conto del fatto che, secondo l'Autore, perché il danno in discorso sia risarcibile, “*la soglia percentuale della probabilità (...) deve essere sufficientemente elevata in modo da rendere seria la possibilità di guadagno*” (p. 87; nella nota 107 viene richiamata la tesi che vuole tale percentuale superiore al 50%). In termini analoghi, C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 21, che parla anzi di “*grado notevole di probabilità*”.

2. *Il danno da perdita di chance tra danno-evento e danno-conseguenza: il dilemma del nesso causale.*

2.1. *Considerazioni generali.*

Scomponendo la fattispecie di responsabilità nei tre elementi del fatto illecito, dell'evento lesivo e delle conseguenze pregiudizievoli prodottesi nella sfera giuridica del danneggiato, si suole distinguere il rapporto di "causalità materiale" (che lega i primi due tra gli elementi suddetti) da quello di "causalità giuridica" (che avvince il secondo al terzo)¹²¹. Il nesso di causalità materiale esprime una regola interna alla fattispecie (che contribuisce a delineare il fatto illecito, imputandolo al suo agente); quello di causalità giuridica vale, invece, a collegare la fattispecie ai suoi effetti, connotandone la rilevanza giuridica *sub specie* di danni risarcibili¹²².

¹²¹ L'opinione ha definitivamente preso piede nella giurisprudenza di legittimità: si vedano, per esempio, Cass., 19.2.2013, n. 4043, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 823, con nota di A. GIUSTI - a mente della quale, "in tema di responsabilità civile, perché sorga un'obbligazione risarcitoria aquiliana occorre non soltanto un fatto lesivo, retto dalla causalità materiale, ma anche un danno conseguenza di questo, retto dalla causalità giuridica, la cui imputazione presuppone il riscontro di alcuna delle fattispecie normative ex artt. 2043 e segg. cod. civ., consistenti tutte nella descrizione di un nesso, che leghi storicamente un evento ad una condotta, a cose o ad accadimenti di altra natura, collegati con una particolare relazione al soggetto chiamato a rispondere" -, nonché Cass., 29.11.2012, n. 21245, in *Foro it.*, 2013, I, 499, con nota di A. PALMIERI; Cass., 21.7.2011, n. 15991, in *Danno e resp.*, 2012, 149, con nota di L. NOCCO; Cass., 23.12.2010, n. 26042.

¹²² G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 433 ss.; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 126 ss.; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 13 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA e P. ZATTI (cur.), *Trattato di dir. priv.*, Milano, 1998, 169 ss.; M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 84 ss.; G. GIACOBBE, in *Illecito e responsabilità civile*, *Tratt. dir. priv. dir. da M. BESSONE*, Torino, 2005, vol. X, tomo I, 98 s.; G. ALPA (cur.), *La responsabilità civile. Parte generale*, cit., 316; M. ROSSETTI, *Commento all'art. 2056 c.c.*, cit., 459 ss.; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2012, 17 ss.. Una linea di pensiero (F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 85 ss.; A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 7 ss.) ritiene più specificamente di distinguere un danno "intrinseco" all'evento lesivo, e danni intrinseci agli altri eventi che conseguano al primo (appunto, quali conseguenze immediate e dirette). Per il primo tipo di danno non si porrebbe un problema di causalità, ma di semplice valutazione giuridica *sub specie* di perdita di valore (patrimoniale o non patrimoniale). Un problema di causalità si porrebbe, pertanto, unicamente per il secondo tipo di danni (*rectius*, di eventi dannosi), e andrebbe risolto sotto l'egida dell'art. 1223 c.c., che sarebbe quindi l'unica norma chiamata a regolare la causalità civile unitariamente considerata (A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, cit., 17). In giurisprudenza, di recente, Cass., 17.9.2013, n. 21255, in *Corr. giur.*, 2014, 489, con nota di M. BONA, C. SCOGNAMIGLIO, S. BOCCAGNA, a tenore della quale, "in tema di illecito civile, la ricostruzione del nesso di derivazione eziologica esistente tra la condotta del danneggiante e la conseguenza dannosa risarcibile implica la scomposizione del giudizio causale in due autonomi e consecutivi segmenti, il primo volto ad identificare - in applicazione del criterio del "più probabile che non" - il nesso di causalità materiale che lega la condotta all'evento di danno, il secondo essendo diretto, invece, ad accertare il nesso di causalità giuridica che lega tale evento alle conseguenze dannose risarcibili, accertamento, quest'ultimo, da compiersi in applicazione dell'art. 1223 cod. civ., norma che pone essa stessa una regola eziologica" (si vedano anche la già citata Cass., 19.2.2013, n. 4043 e Cass., 11.2.2009, n. 3357). Oltre a Belvedere, contestano la scomposizione in due "momenti" della causalità F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum*, in *Foro it.*, 1952, IV, 97; P. FORCHIELLI, *Il*

In mancanza di specifiche disposizioni nel codice civile, per la disciplina del primo rapporto causale si fa tradizionalmente ricorso all'applicazione analogica degli artt. 40, comma 2, e 41 c.p. Il secondo "momento" causale è invece retto dall'art. 1223 c.c. che, richiamando il concetto di consequenzialità "immediata e diretta", sembrerebbe predicare, per la causalità giuridica, un criterio più rigoroso e stringente di quello valevole per la causalità materiale, tradizionalmente ancorata ai parametri "condizionalistici" o della "causalità adeguata", di ascendenza penalistica¹²³. Nell'applicazione pratica fattane dalla giurisprudenza, tuttavia, la portata precettiva della norma ha finito per sbiadire alquanto, fino a capovolgersi nella sua speculare formulazione negativa: non si dice quali caratteristiche debbano avere i danni per poter essere considerati "immediati" e "diretti", ma si pone una regola di generale risarcibilità (improntata ad un principio di "regolarità causale"), escludendone l'applicazione al cospetto di pregiudizi che appaiano come conseguenze remote, come tali eccezionali¹²⁴. Si giunge, così, ad affermare che *"il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della cd. regolarità causale"*¹²⁵. Dunque, la regola "operazionale" applicata dalle Corti italiane alla causalità giuridica, attingendo ai concetti di "normalità" o "regolarità" causale, non si discosta, di fatto, dal criterio del "più probabile che non"¹²⁶: tanto da far dire che *"esso è realmente selettivo solo per le conseguenze*

rapporto di causalità nell'illecito civile, Padova, 1960, 25 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 205 ss.; V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, 315; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, 1, 357. Parla di *"due distinti profili di significatività del problema causale"* (uno relativo al problema della concatenazione degli eventi fattuali, l'altro afferente alla *"delimitazione del segmento causale che, nell'ininterrotto dispiegarsi naturalistico di cause ed effetti, è suscettibile di costituire una relazione eziologica giuridicamente significativa"*), R. PUCELLA, *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in *Commentario del cod. civ. dir.* da E. GABRIELLI, *Dei fatti illeciti*, a cura di U. CARNEVALI, Torino, 2011, sub art. 2043, 413 s., giudicando *"la scomposizione del nesso in due frammenti (...) illogica ed artificiosa"* (pag. 414). Sembra escludere ogni utilità al concetto di causalità giuridica, invece, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 262 ss., il quale riconduce il relativo giudizio nell'ambito di quello sulla colpa, che investe il fattore di rischio introdotto dal comportamento del danneggiante, al fine della riallocazione del danno.

¹²³ L'opinione è ampiamente consolidata in dottrina (M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 95;) e in giurisprudenza (Cass., 23.12.2010, n. 26042; Cass., 14.4.2010, n. 8885; Cass., 7.7.2009, n. 15895).

¹²⁴ Afferma D. POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, in *Diritto civile*, dir. da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. IV/III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 307: *"si è imposta allora la ricerca di un criterio capace di ancorare il giudizio di adeguatezza a dati oggettivi, rilevabili empiricamente, in grado dunque di assicurare una sufficiente dose di certezza. Questo criterio è stato rinvenuto nella regolarità statistica, che ancora la prevedibilità alla ripetitività, nel caso di specie, degli eventi che già si sono verificati in analoghe condizioni: è stato così specificato che il rapporto tra l'antecedente e il dato consequenziale, se non assoluto ed invariabile, deve integrare gli estremi di una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità"*.

¹²⁵ Cass., 4.7.2006, n. 15274; Cass., 21.12.2001, n. 16163; Cass., 9.5.2000, n. 5913; Cass., 24.3.2000, n. 3536, in *Danno e resp.*, 2000, 599, con nota di V. CARBONE.

¹²⁶ Cass., 24.10.2017, n. 25112, per es., in materia di responsabilità professionale dell'avvocato, afferma esplicitamente che *"la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", si applica non solo all'accertamento del nesso di causalità fra l'omissione e l'evento di danno, ma anche all'accertamento del nesso tra quest'ultimo, quale elemento costitutivo della*

dannose remote”¹²⁷.

Se, quindi, con riguardo alla causalità materiale, il nesso eziologico può essere interrotto dalla sopravvenienza di un fattore che – sulla falsariga di quanto disposto dall’art. 41, II co., c.p. – concentri su di sé l’efficacia eziologica rispetto all’evento; con riguardo alla causalità giuridica pare rilevare, ai fini interruttivi, la relazione di prossimità o “lontananza” della conseguenza di cui si discute rispetto all’evento lesivo. È evidente che, più si sposta in avanti l’anello intermedio rappresentato dall’evento lesivo, più divengono risarcibili (ai sensi dell’art. 1223 c.c.) danni che progressivamente si allontanano dal fatto illecito iniziale¹²⁸. Si pone, quindi, il problema di appurare, volta a volta, dove vada fissata la linea di confine tra le due dimensioni causali, dovendocisi domandare se il posizionamento di tale linea di confine (e, dunque, la distinzione tra “evento” e “conseguenze pregiudizievoli”) dipenda da caratteristiche intrinseche degli elementi della fattispecie che li delimitano, o sia piuttosto il frutto di opzioni di valore dell’interprete, in relazione all’obiettivo - di volta in volta perseguito - di “allargare” o “restringere” le maglie della risarcibilità¹²⁹.

Procedendo con ordine, occorre anzitutto evidenziare il definitivo affermarsi (in un torno di tempo che va dalla seconda metà degli anni ’90 alla prima metà degli anni 2000) del criterio probabilistico per l’accertamento del nesso causale (materiale). Come noto, nella c.d. sentenza Franzese¹³⁰, le Sezioni unite penali della Corte di Cassazione avevano adottato, per il nesso causale, il criterio dell’elevato grado di credibilità razionale, affermando che “*non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza probatoria disponibile*”.

fattispecie, e le conseguenze dannose risarcibili, atteso che, trattandosi di evento non verificatosi proprio a causa dell’omissione, lo stesso può essere indagato solo mediante un giudizio prognostico sull’esito che avrebbe potuto avere l’attività professionale omessa”.

¹²⁷ G. GRISI, *Delle obbligazioni*, a cura di V. CUFFARO, in *Commentario del cod. civ. dir. da E. Gabrielli*, Torino, 2013, sub art. 1223 c.c., 163.

¹²⁸ Sostiene A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, cit., 23, che “*la duplicazione dei giudizi causali potrebbe sortire l’effetto opposto dell’allargamento (anziché della delimitazione) dell’area delle conseguenze addebitabili al soggetto in questione. È evidente infatti che duplicando i giudizi causali vengono prese in considerazione due catene causali più brevi invece di un’unica catena più lunga; ed abbreviando la catena è più facile che l’evento dannoso [C] - o [D], [E], [F] ... quanto più si snoda la catena (71) - possa essere ricondotto ad [A]*” (dove A è la condotta lesiva, B l’evento lesivo degli interessi del danneggiato, C l’ulteriore evento dannoso).

¹²⁹ Afferma efficacemente G. ALPA, *Il problema della atipicità dell’illecito*, Napoli, 1979, 51, che “*in tale prospettiva, ancora una volta l’impiego di strumenti giuridici organizzati intorno al concetto di causalità è frutto di una precisa scelta di politica del diritto che (con il ricorso a strumenti “neutri”, la cui applicazione non potrebbe dare adito ad alcuna contestazione o a contrarie argomentazioni di natura “logico-formale”) intende assumere parvenza di una rigorosa applicazione di tecniche squisitamente giuridiche*”.

¹³⁰ Cass., s.u., 10.7.2002, n. 30328, in *Danno e resp.*, 2003, 195, con nota di S. CACACE.

Sul versante civilistico, invece, Cass., 4.3.2004, n. 4400, pronunciandosi in una fattispecie di responsabilità professionale medica, consacrò *“il criterio per il quale il rapporto causale può e deve essere riconosciuto anche quando si possa fondatamente ritenere che l’adempimento dell’obbligazione, ove correttamente e tempestivamente intervenuto, avrebbe influito sulla situazione, connessa al rapporto, del creditore della prestazione in guisa che la realizzazione dell’interesse perseguito con il contratto si sarebbe presentata in termini non necessariamente di assoluta certezza ma anche solo di ragionevole probabilità, non essendo dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi, oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, “certezze” di sorta, nemmeno di segno “morale”, ma solo semplici probabilità d’un eventuale diversa evoluzione della situazione stessa”*¹³¹.

La “divaricazione” tra causalità penale e civile si accentuò, poi, negli anni successivi, con le pronunce del 18.4.2005, n. 7997 e del 19.5.2006, n. 11755. L’approdo fu quindi confermato da Cass., 16.10.2007, n. 21619¹³² (anch’essa relativa a una fattispecie di responsabilità medica) - in cui la Corte affermò che la causalità civile “ordinaria” è *“attestata sul versante della probabilità relativa (o “variabile”), caratterizzata (..) dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale”*, e *“obbedisce alla logica del “più probabile che non”*¹³³ – e consacrato dall’arresto delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 576 dell’11.1.2008¹³⁴.

Le Sezioni unite, occupandosi del nesso causale nella fattispecie *ex art. 2043 c.c.*, in primo luogo ribadirono l’insufficienza della teoria “condizionalistica” (più precisamente, della teoria della causalità efficiente), in favore di quella della “causalità adeguata”¹³⁵; in secondo luogo accolsero definitivamente la regola probatoria *“della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”*”, funzionale al raggiungimento di uno *“standard di “certezza probabilistica” in materia civile”*, che innesta sulla *“determinazione quantitativa-statistica delle*

¹³¹ Questa pronuncia, come si vedrà, segnerà l’esordio nella giurisprudenza di legittimità della categoria della perdita di *chance* nella responsabilità sanitaria.

¹³² Cass., 16.10.2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*.

¹³³ L’orientamento è stato confermato, successivamente, da Cass., 11.5.2009, n. 10741; Cass., 8.7.2010, n. 16123; Cass., 10.11.2010, n. 22837; Cass., 9.6.2011, n. 12686; Cass., 26.7.2012, n. 13214; Cass., 20.2.2015, n. 3390; Cass., 9.6.2016, n. 11789; Cass., 3.1.2017, n. 47; Cass., 24.10.2017, n. 25119; Cass., 23.8.2018, n. 21008; Cass., 27.9.2018, n. 23197; Cass., 20.6.2019, n. 16581.

¹³⁴ In *Danno e resp.*, 2008, 1011, con nota di R. SIMONE.

¹³⁵ Che richiede di valorizzare, *“all’interno delle serie causali così determinate, (..) quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l’evento causante, non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile”*. La prevedibilità – precisa subito la Corte – non va intesa in senso soggettivo ma oggettivo, e va riguardata quindi alla stregua delle regole scientifiche o statistiche di riferimento.

frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana)” la considerazione, con riferimento alla fattispecie concreta, *“degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)”*¹³⁶. Acquisisce importanza centrale, pertanto, l’attento esame delle concrete evidenze processuali, necessario per “inverare” e corroborare il dato statistico con riferimento alle peculiarità della fattispecie concreta¹³⁷. È importante tenere presente, ai fini del discorso che seguirà con specifico riferimento al danno da perdita di *chance*, che la regola del “più probabile che non” non implica necessariamente la ricorrenza di una probabilità di accadimento dell’evento superiore al 50%, ben potendo la “preponderanza dell’evidenza” corrispondere a un grado di probabilità inferiore (se comparativamente maggiore rispetto a quello che assiste le altre “ipotesi causali”)¹³⁸. Si tratta, infatti, di una regola “probatoria” operante nel secondo momento del giudizio sul rapporto di causalità materiale, quello della c.d. causalità individuale, nel quale la sequenza enunciata dalla legge di copertura (scientifica o statistica) viene “calata” nella realtà processuale della fattispecie concreta all’esame del giudice, dovendo, per l’appunto, risultare – alla luce di tutte le evidenze processuali - “più probabile che non” rispetto al suo contrario (ovvero all’ipotesi che il nesso causale, così come esibito dalla sequenza “astratta”, non

¹³⁶ Già Cass., 18.4.2005, n. 7997, aveva puntualizzato che la valutazione del nesso di causalità “giuridica” (in questo caso, con l’aggettivo, viene indicata l’evoluzione della qualificazione del nesso rispetto alla regola “meccanicistica” della *condicio sine qua non*) si sarebbe dovuta compiere “secondo criteri: a) di probabilità scientifica, se esaustivi; b) di logica aristotelica, se appare non praticabile o insufficiente il ricorso a leggi scientifiche di copertura

¹³⁷ La regola probatoria in discorso è di indispensabile ausilio nel comparare l’“evidenza probabilistica” di diverse serie causali, ipoteticamente predicabili rispetto alla fattispecie concreta, come chiaramente affermato da Cass., 5.5.2009, n. 10285, alla cui stregua lo “*standard di “certezza probabilistica”, non potendo essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi, deve applicarsi anche quando vi sia un problema di scelta di una delle ipotesi, tra loro incompatibili o contraddittorie, sul fatto, con la conseguenza di dover porre a base della decisione civile la soluzione derivante dal criterio di probabilità prevalente la quale riceva comparativamente il supporto logico relativamente maggiore sulla base degli elementi di prova complessivamente disponibili*” (nello stesso senso, Cass., 22.10.2013, n. 23933). Tanto che la “serie causale” che, sotto il profilo statistico, sia “più probabile che non” rispetto ad un’altra pure astrattamente predicabile, non potrà preferirsi a quest’ultima laddove la sua “evidenza processuale” dipenda da un accertamento che non è stato compiuto da colui che se ne voglia giovare (in tal senso, Cass., 17.2.2011, n. 3847).

¹³⁸ Lo afferma con chiarezza Cass., 21.7.2011, n. 15991, in *Danno e resp.*, 2012, 149, con nota di L. NOCCO, la quale discorre di “*attenta valorizzazione e valutazione della specificità del caso concreto, onde la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduca ipso facto alla aberrante regola del 50% plus unum, bensì alla compiuta valutazione dell’evidenza del probabile (così, esemplificando, se, in tema di danni da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un’incidenza probabilistica pari al 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata - o geneticamente trasmutata in risarcimento da chance perduta -, dovendo viceversa il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento che trova la sua fonte nella disposizione di legge di cui all’art. 116 c.p.c. , valutare la complessiva evidenza probatoria del caso concreto e addivenire, all’esito di tale giudizio comparativo, alla più corretta delle soluzioni possibili (...)*”.

sussista in realtà nel caso di specie), nonché rispetto alle altre ipotetiche serie causali astrattamente prospettabili¹³⁹.

2.2. *La causalità da perdita di chance.*

Come può evincersi dalla rassegna giurisprudenziale contenuta nel primo capitolo, nei primi vent'anni di applicazione dell'istituto (essenzialmente nel settore dei concorsi dei lavoratori e della responsabilità professionale) la Corte di Cassazione non prese mai chiara posizione in ordine al problema del nesso di causalità in relazione al danno da perdita di *chance*. Pur oscillando (più o meno consapevolmente) tra la tesi ontologica e la tesi eziologica, essa non affrontò mai direttamente il problema, nel primo caso facendo scaturire la perdita di *chance* direttamente dall'inadempimento (attraverso il medio logico della lesione dell'"entità patrimoniale" distinta dal vantaggio finale), e nel secondo caso "scaricando" il problema causale sulla quantificazione (in diminuzione) del danno rispetto al lucro cessante "pieno".

La prima pronuncia in cui il problema causale relativo alla perdita di *chance* si affacciò (sia pure indirettamente) all'attenzione della Suprema Corte fu la già citata sentenza del 4.3.2004, n. 4400¹⁴⁰. Muovendosi nel contesto della responsabilità sanitaria per morte del paziente, la Suprema Corte affermò che, a fronte dell'incertezza circa la riconducibilità eziologica dell'evento lesivo all'operato del medico, può comunque delinearsi un danno "*concreto e attuale*" (dunque giuridicamente "certo") da perdita di *chance*, il quale "*non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo*". La differenza, nelle parole dei giudici di legittimità, è chiara: mentre, se si domanda "*il danno da mancato raggiungimento del risultato sperato*", la "*collocazione logico-giuridica dell'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale*" (di modo che "*le chances sostanziano [sic] il nesso causale*"); nel caso della perdita di *chance* l'accertamento probabilistico "*attiene al momento della determinazione del danno*", con la conseguenza che le

¹³⁹ Per una compiuta ricostruzione teorica del nesso causale nella responsabilità civile, si rimanda al lucido saggio di F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 399 ss. Si veda anche M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101 ss. e in particolare 129 ss., ove si puntualizza che "*il criterio della probabilità logica prevalente consiste in realtà della combinazione di due regole: la regola del «più probabile che no» e la regola della «prevalenza relativa» della probabilità*", ove la prima regola implica che, di fronte all'eventualità che l'enunciato possa essere vero o falso, il giudice scelga l'ipotesi "*che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra*"; e la seconda che, di fronte a diverse ipotesi ciascuna delle quali abbia ricevuto "*qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio (..), il giudice scelga come «vero» l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili*".

¹⁴⁰ Sulla quale, per gli aspetti più direttamente concernenti il danno non patrimoniale, si avrà modo di tornare più diffusamente *infra*, Cap. III.

chances “sono l’oggetto della perdita e quindi del danno”. Ora, se le probabilità vanno apprezzate (solo) ai fini della determinazione del *quantum*, e non dell’accertamento della lesione del bene giuridico/*chance* (inteso come “entità patrimoniale a sé stante”), viene da chiedersi cosa ne sia del nesso di causalità materiale. Nulla si legge, al riguardo, nella sentenza, né se tale nesso non vada proprio accertato (trattandosi, in sostanza, un danno *in re ipsa*), né, in caso contrario, sulla base di quali criteri ne vada indagata la sussistenza¹⁴¹. Unico “indizio” sembra essere dato dall’affermazione per cui, “*in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l’inadempimento della prestazione sanitaria) aggrava la possibilità che l’esito negativo si produca*”. Sembra venire evocata la teoria dell’aumento del rischio, che però in quest’ambito finisce per sovrapporre impropriamente la percentuale di “supporto probatorio” del nesso di causa con quella che, invece, restituisce la misura della stessa probabilità di esistenza del nesso medesimo¹⁴².

Ricostruendo la *chance* quale bene giuridico a sé stante, la giurisprudenza precedente aveva fatto mostra di collocarla (sia pure quasi sempre implicitamente) al centro della catena causale originata dall’illecito, nel senso che la sua compromissione rappresenta l’evento lesivo, dal quale a loro volta scaturiscono, nella sfera giuridica della vittima, le conseguenze pregiudizievoli (patrimoniali o non patrimoniali). Nella pronuncia del 2004, invece, la *chance* sembra permeare entrambi i “momenti” della causalità: quello della causalità materiale, nella veste di “bene giuridico” - consistente nella “possibilità del risultato” – conculcato dall’illecito; quello della causalità giuridica, quale “oggetto della perdita”, ovvero danno-conseguenza da apprezzare ai fini della quantificazione del risarcimento.

Bisognerà attendere altri tre anni perché la Cassazione (nella sentenza n. 21619 del 16.10.2007) si volgesse a declinare espressamente il rapporto di causalità in funzione della nuova tipologia di danno, prospettando una sorta di scala discendente, che dalla “*quasi certezza*” penalistica muove verso la “*causalità civile ordinaria*”, attestata “*sul versante della probabilità relativa (o “variabile”), caratterizzata (..) dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto*

¹⁴¹ Nel commentare la sentenza, M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, 50, dà per scontato si tratti dello “*stesso rapporto causale*”, riferibile vuoi al pregiudizio “finale” (nella specie, trattandosi di responsabilità sanitaria, il danno biologico o il decesso del paziente), vuoi al “*danno, qualitativamente diverso, risultante dalla quantità delle chances di guarigione o di sopravvivenza che si stimino essere state effettivamente perdute*”.

¹⁴² Per tale ineccepibile osservazione si veda B. TASSONE, in D. NICOTRA e B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell’accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, in *Danno e resp.*, 2007, 333.

a quella penale” (la regola del “più probabile che non”); per approdare infine alla causalità da perdita di *chance*, “attestata tout court sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, inteso tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come “bene”, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute”. Con questa sentenza la *chance*, oltre che bene giuridico autonomo (rilevante sul piano del danno-evento), diviene pertanto anche categoria di qualificazione del nesso causale: nella fattispecie considerata, sostituita alla salute - quale oggetto della lesione - la semplice aspettativa di guarigione, si affermò (astrattamente) risarcibile il danno-conseguenza, sulla base della mera possibilità che il comportamento doveroso omesso l'avrebbe determinata¹⁴³. Tale conclusione non era affatto necessitata, bene potendosi predicare (anche se solo astrattamente) una causalità di tipo “ordinario” rispetto alla perdita di una *chance*, intesa quale danno-evento¹⁴⁴. In questo modo, peraltro, si consacrava la combinazione di due declinazioni della probabilità: quella che sostanzia “ontologicamente” la *chance*, da un lato; quella che esprime il parametro di riferimento elettivo per l'accertamento del nesso causale (“più probabile che non”), dall'altro. Con la conseguenza che il fatto (attivo o omissivo) andrebbe collegato, “più probabilmente che non” ad una...probabilità¹⁴⁵. Utilizzando, poi, l'accezione “descrittiva” del danno da perdita di *chance* inteso come danno-conseguenza¹⁴⁶, con i primi due potrebbe potenzialmente concorrere, all'interno della stessa

¹⁴³ In questa “diversità” del vantaggio finale rispetto “all'interesse giuridicamente rilevante che è stato conculcato dall'illecito” viene ravvisata la possibilità di ritagliare uno spazio autonomo alla “causalità da perdita di chance” da A. PALMIERI, *Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di chance alla logica del “più probabile che non”*, in *Danno e resp.*, 2011, 1066, il quale però subito dopo dà luogo a una sorta di “crasi” della causalità materiale, immaginando un'istanza risarcitoria “avente di mira non tanto il rapporto tra l'agire del danneggiante e la lesione dell'interesse giuridicamente rilevante, quanto piuttosto il nesso tra detta lesione e le conseguenze negative per la persona offesa, di carattere patrimoniale e non”: con conseguente “deriva” verso il lucro cessante.

¹⁴⁴ Sarà questo in effetti, come si vedrà, l'approdo infine raggiunto dalla Cassazione, a partire dalla sentenza del 17.9.2013, n. 21255 (sul c.d. lodo Mondadori), sulla quale ci si soffermerà nel paragrafo seguente.

¹⁴⁵ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1100, sostiene che, in questi casi, a venire in gioco è la prova del “nesso causale tra il fatto ed un evento puramente ipotetico, costituito dalla possibilità che il soggetto avrebbe avuto se quel fatto non si fosse verificato” Ritiene, invece, che “quando si verta nell'ambito del problema propriamente demandato alla categoria della chance, non è in alcun modo legittimo distinguere tra “più probabile che non” e “meramente possibile””, M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 966. Come si osserverà *funditus* più avanti, però, l'opinione secondo cui, anche nel caso della perdita di *chance*, il nesso di causalità materiale dovrebbe essere apprezzato alla stregua del criterio generale del “più probabile che non” rischia di essere puramente assertiva, se non si fa carico di spiegare come tale dimensione probabilistica possa concretamente coordinarsi con l'ontologia probabilistica di un danno evento riguardato nei termini di “perdita di possibilità”.

¹⁴⁶ Per il quale v. *supra*, Cap. I, par. 6 e 7.

fattispecie, un terzo profilo probabilistico¹⁴⁷.

Ora, se la *chance*, per quanto si voglia tenerla distinta dalla situazione giuridica finale, di questa mutua i caratteri fondamentali, come parte rispetto al tutto, è realmente sostenibile che un nesso causale giuridicamente inesistente – perché insufficiente a determinare il tutto – sia invece idoneo a determinare il *minus* rappresentato dalla *chance*? Se un determinato grado di probabilità nella consecuzione degli eventi non viene ritenuto, in concreto, sufficiente per istituire un nesso causale giuridicamente rilevante, la conseguenza obbligata dovrebbe essere l'impossibilità di riconoscere un danno risarcibile¹⁴⁸. Non si potrebbe sfuggire, in altri termini, dalla logica binaria del “tutto o niente”.

Per converso, se davvero la *chance* fosse qualcosa di ontologicamente diverso dal bene giuridico finale, dovrebbe potersi risarcire (come già accennato¹⁴⁹) anche laddove incorpori un livello elevato di probabilità (fino all'80/90%).

Proseguendo nella ricostruzione dell'itinerario giurisprudenziale, si può notare come scompaia ogni riferimento al ragionamento causale nella successiva pronuncia della Cassazione, n. 23846 del 18.9.2008, nella quale (come si vedrà diffusamente *infra*) si discuteva di un pregiudizio derivante dalla perdita di una “*doppia chance*”, quella di vivere meglio durante il progresso di una malattia comunque letale, e quella di vivere qualche settimana o mese in più. Negata la sussistenza di una “soglia di consistenza” minima della *chance* ai fini della risarcibilità del danno, la Corte sembra confermare la collocazione della stessa quale termine finale del rapporto di causalità materiale (governato dalla regola del “più probabile che non”), ricordando che i precedenti di legittimità (puntualmente citati nella motivazione) “*alludono al ragionamento presuntivo o probabilistico in funzione della stessa individuazione della chance, nel senso cioè che la situazione fattuale che si vuole determinativa della chance dev'essere tale che si possa presumere che essa l'avrebbe determinata o che appaia probabile che l'avrebbe determinata*”. In questo modo, però, si determina un indebito “*accorciamento del nesso di causalità - non più dalla condotta all'evento finale ma dalla prima alla perdita della chance -*”, sbilanciando l'imputazione del fatto sul criterio soggettivo

¹⁴⁷ È quanto fa M. BONA, *Il nesso causale da perdita di chance*, cit., 32, immaginando uno scenario in cui l'errore diagnostico del medico privi il paziente di *chances* di vita o di guarigione, e a tale evento consegue la “*perdita di determinate chance[s] di lucro e di benessere sociale (si pensi, per es., al danneggiato, il quale, per effetto di tale danno-evento, non possa prendere parte ad un concorso)*”. Più avanti (a p. 38), l'Autore definisce quelli di questo genere “*scenari da “doppia chance”*”.

¹⁴⁸ “*O la perdita dell'utilità futura raggiunge la soglia del lucro cessante (perdita verosimilmente certa)*” – afferma M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., 673 – “*ovvero il danno da perdita di chance non sarà mai risarcibile, in quanto il nostro ordinamento non consente di risarcire danni legati alla condotta illecita da un nesso causale non certo, ma solo probabile*”.

¹⁴⁹ V. *supra*, Cap. I, par. 3.

(o comunque sull'inadempimento del debitore)¹⁵⁰.

All'arresto del 2007 sembra riannodarsi, in questo susseguirsi "sincopato" dei precedenti di legittimità, la sentenza della Cassazione n. 12961 del 14.6.2011, nella quale la diversità della *chance* rispetto al "bene giuridico finale" sbiadisce alquanto, sostenendosi che "*probabilità di esito favorevole dell'intervento medico e la sua sola possibilità non siano che gradazioni di una stessa affermazione di pregiudizio*", con il (sorprendente) suggerimento di "*optare, nelle situazioni caratterizzate dal più probabile che non, ma anche da una non eliminabile porzione di incertezza, per una applicazione generalizzata degli esiti della tecnica risarcitoria della chance e quindi nel senso di distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente*".

Al di là del fatto che non si vede come, nella medesima fattispecie, possano convivere il riconoscimento del "più probabile che non" (che, ai fini civilistici, vale come "certezza" della sussistenza del nesso causale) con una "*non eliminabile porzione di incertezza*", la visione della *chance* quale gradazione "minore" dello stesso pregiudizio integrato dalla lesione della situazione giuridica finale finisce per essere nient'altro che la "stampella" attraverso cui assicurare il risarcimento di quest'ultima (benché in una forma, per così dire, "surrogata", siccome diminuita nel *quantum*) nelle situazioni di causalità materiale "insufficiente".

Sembra un manifesto della perdita di *chance* come danno-evento, invece, Cass., 27.3.2014, n. 7195, anch'essa relativa a un pregiudizio per la perdita della possibilità di (più lunga) sopravvivenza. Con lapidaria chiarezza, la Corte statuisce che "*il modello d'indagine del nesso causale in caso di perdita di chance è (..) fondato sulla regola probatoria c.d. del "più probabile che non" (..), nel senso che è l'evento perdita di chance a costituire il termine di riferimento della causalità, quale evento di danno risarcibile*". Il nesso di causa va indagato "*prescindendo dalla maggiore o minore idoneità della chance a realizzare il risultato sperato (..), ma reputandola di per sé come "bene", cioè un diritto attuale autonomo e diverso dagli altri (..)*". Una volta accertato il nesso di causalità materiale rispetto alla perdita di tale bene (o, se si vuole, alla lesione di tale diritto), nessun ostacolo sembra ulteriormente frapporsi alla risarcibilità del danno, non richiedendosi –

¹⁵⁰ V. F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 457 s., osserva che "*quel differente rilievo della probabilità tra diritto civile e diritto penale che in precedenza era stato correttamente confinato nell'area della conferma probatoria dell'ipotesi causale validata sul piano nomologico-deduttivo ora si espande proprio su quest'ultimo terreno, portando a ritenere che il nesso causale sussista in presenza di frequenze statistiche che, sul piano della causalità generale, si attestano al di sopra del 50% (138). Questo modo di procedere si presenta con tutta evidenza scorretto per la sua pretesa di ridimensionare il ruolo del sapere scientifico e di rendere lasco sino al punto di sbrindellare il giudizio sulla causalità materiale in sede civile, nel più ampio contesto di una smania risarcitoria incomprensibile almeno quanto lo sarebbe l'atteggiamento opposto di aprioristica chiusura all'applicazione della regola di responsabilità*".

secondo la Cassazione – alcuna valutazione del profilo dei danni-conseguenza: invero, “*in pratica, evento di danno e conseguenze dannose astrattamente risarcibili coincidono*”: una “crasi” che appiattisce il risarcimento sulla mera lesione dell’interesse. Che così sia, si ricava dalla differenziazione marcata dalla Corte con l’altra “accezione” del danno da perdita di *chance*, alla cui stregua essa “*rileva soltanto sotto il profilo della consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 c.c. rispetto alla lesione, già accertata come causalmente connessa alla condotta dell’agente, dell’integrità psico-fisica*” (integrando, dunque, a tutti gli effetti, un danno conseguenza). Al di là dell’effetto inutilmente “confusorio” indotto dall’uso della perdita di *chance* in tale ultima accezione¹⁵¹, si assiste dunque alla “consacrazione” del danno *in re ipsa*, nel quale dal piano della lesione dell’interesse si trascorre immediatamente alla quantificazione¹⁵², smarrendo del tutto l’anello intermedio dell’apprezzamento del versante consequenzialistico.

Si giunge, così, al “decalogo” sul danno da perdita di *chance* contenuto in Cass., 9.3.2018, n. 5641, che (per quanto più direttamente interessa in questa sede) bolla quale “paralogismo” da abbandonare quello che sovrappone impropriamente i due elementi della fattispecie dell’illecito, rappresentati dal nesso causale e dal bene tutelato oggetto della lesione. Definitivamente archiviato lo “statuto speciale” della causalità da perdita di *chance* inaugurato un decennio prima con la sentenza n. 21619 del 2007, la *chance* viene configurata come l’evento rispetto al quale deve essere apprezzato il nesso causale con la condotta, secondo il consueto canone del “più probabile che non”. In questo modo, si vorrebbe far convivere l’ineludibile incertezza dell’evento (differenziandosi la perdita di *chance* dal danno “integrale” proprio per questa caratteristica) con la (sia pur relativa, siccome raggiunta all’esito dell’applicazione della regola probatoria del “più probabile che non”) certezza del nesso causale. Il che (come si vedrà meglio più avanti) pone problemi sotto il profilo della simmetria “ontologica” – parimenti istituita dalla Cassazione con la decisione in commento - tra il bene-*chance* e l’interesse alla cui tutela esso è preordinato, nella misura in cui anche la perdita di *chance* di sopravvivenza o guarigione dovrebbe essere riguardata come lesione di un interesse non patrimoniale (e non già di un’“entità patrimoniale a sé stante”). Si torna, allora, fatalmente alle prese con il problema della individuazione della misura delle probabilità, che consenta di superare la dimensione della *chance*, per considerare

¹⁵¹ Accezione del tutto evanescente sotto il profilo categoriale, siccome pienamente coincidente con i danni-conseguenza (patrimoniali o non patrimoniali) discendenti dalla lesione di “tradizionali” situazioni giuridiche soggettive (segnatamente il danno alla salute), come si è visto *supra*, Cap. I, parr. 6 e 7.

¹⁵² Soltanto nella fase della quantificazione – dice la Cassazione – “*torna rilevante l’idoneità della chance a produrre il risultato utile, nel senso che l’entità del risarcimento andrà commisurata al danno quantificato in ragione della maggiore o minore possibilità di ottenere quel risultato, misurata eventualmente in termini percentuali*”.

integrata la lesione della situazione giuridica finale.

In definitiva, la “contaminazione” del profilo causale con la teorica della perdita di *chance*¹⁵³ produce un’insanabile contraddizione. Se si assume, infatti, che il risarcimento esprima il controvalore monetario del bene o della situazione giuridica di vantaggio “finale”, e si parte dal presupposto che la compromissione di tale situazione giuridica non sia eziologicamente imputabile al convenuto (secondo la regola del “più probabile che non”), delle due l’una: o si individua nell’ordinamento un bene giuridico realmente diverso, che non finisca per tradursi in una mera variante retorica della situazione giuridica finale¹⁵⁴, e si spiega perché la lesione di tale bene possa essere risarcita anche al cospetto di una causalità più “sbiadita”¹⁵⁵; oppure, attribuire alla vittima una parte del risarcimento che le spetterebbe in relazione alla totale conculcazione della situazione giuridica finale significa – nei fatti – abdicare al riscontro del nesso causale¹⁵⁶. Ciò, a meno di non voler prendere atto che, in questo tipo di fattispecie, dall’ossequio a ragioni di giustizia sostanziale discenda un riscontro immancabile del nesso causale, pure al cospetto di una percentuale probabilistica ritenuta, in tesi, insufficiente ad integrare il “più probabile che non” (con il correttivo della decurtazione, a valle, del *quantum liquidato*)¹⁵⁷. Così facendo, si finisce però per far “*rifluire pericolosamente, nell’ambito della responsabilità civile, l’uso stesso dell’equità dall’alveo proprio, e ben circoscritto, dell’incerta quantificazione di un danno (peraltro certo nell’an) a quello del tutto improprio dell’eziologia del fatto lesivo da imputare in qualche*

¹⁵³ “Contaminazione” che può essere diretta, attraverso la concezione eziologica, ovvero indiretta, attraverso una concezione ontologica che non sia in grado, però, di differenziare adeguatamente, sotto il profilo “ontologico”, il bene-chance dalla “proiezione probabilistica” verso il risultato finale.

¹⁵⁴ Parla di “*variante lessicale idonea ad esprimere, ad esempio, il lucro cessante*”, R. PUCCELLA, *Il danno da perdita di chances*, in *Commentario del cod. civ. dir.* da E. GABRIELLI, *Dei fatti illeciti*, a cura di U. CARNEVALI, Torino, 2011, sub art. 2043, 432. Efficaci le parole di E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto, il danno da chance perduta: profili di un’ipostasi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 503: “*quella situazione ha una portata ontologica meramente apparente, dato che a quel concetto, nella realtà dell’ordinamento, non corrisponde una situazione protetta: esso è soltanto una mera ipostasi*”.

¹⁵⁵ Infatti, se un danno (inteso come conseguenza della lesione dell’interesse/bene giuridico “finale”), “*non si è verificato, quand’anche possa eventualmente verificarsi in futuro, o se un danno si è verificato, ma il rapporto di causalità non sia certo, ancorché lo si possa sospettare, la rinuncia o l’attenuazione del requisito della causalità di fatto porterebbe a colpire azioni rimaste allo stadio di tentativo e imprudenze non realizzate in danno (..): in questo modo il giudizio verrebbe fatto dipendere da troppi elementi ipotetici e verrebbe reso difficilmente controllabile*” (P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 453 s.).

¹⁵⁶ O – che è lo stesso – ritenerlo sussistente *in re ipsa* in ragione dell’astratto incremento statistico del rischio di verificazione dell’evento: in tal senso, v. M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 294 s., secondo cui “*l’accertamento del nesso causale (..) è...in re ipsa (o pressoché certo che dir si voglia) nel senso che all’antecedente in esame segue sempre quel certo rischio (o la perdita di quella chance)*”.

¹⁵⁷ Afferma lapidariamente G. CRICENTI, *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2078, con riguardo al settore della responsabilità medica, che “*il ricorso alla chance (..) è una soluzione di politica del diritto per risarcire comunque il paziente, in casi in cui l’applicazione corretta dei criteri di accertamento del nesso causale condurrebbe ad esiti negativi*”.

modo all'asserito responsabile"¹⁵⁸.

Del resto, una scala discendente tra causalità "ordinaria" e causalità da perdita di *chance* non è agevolmente ricostruibile, non potendosi ancorare a valori probabilistici rigidi. Non si deve dimenticare, infatti, che anche una probabilità inferiore al 50% può essere sufficiente a fondare il nesso causale *tout court*¹⁵⁹. Al contrario, una causa imputabile al convenuto al 50% potrebbe non essere ritenuta dal giudice rilevante, nel caso concreto, se risulti positivamente l'esistenza di un'altra causa naturale che abbia la medesima incidenza probabilistica sull'evento.

Certo è che, a qualsiasi percentuale si fissi (con riferimento alla fattispecie concreta) l'asticella del "più probabile che non" con riguardo alla fattispecie concreta, la perdita di *chance* (nell'accezione "causalistica") è integrata, per definizione, da una probabilità inferiore, che – lo si ripete - dovrebbe precludere in radice il risarcimento. E dovrebbe precluderlo anche in parte, posto che la perdita di una possibilità mai tradottasi in atto non può equivalere, concettualmente, alla perdita (accertata) di una parte del tutto.

2.3. Il danno da perdita di chance e la responsabilità "proporzionale".

Con l'espressione "responsabilità proporzionale" si fa riferimento a una tecnica di distribuzione del peso del danno in funzione della misura dell'apporto dato dall'autore dell'illecito nella causazione dello stesso. Essa prende le mosse da un giudizio di iniquità del criterio del "più probabile che non", suscettibile di determinare situazioni di sovra-compensazione o sotto-compensazione (soprattutto in coincidenza con percentuali probabilistiche vicine al 50%), e foriero di un "elevato grado di imprevedibilità delle decisioni nelle quali l'accertamento del nesso causale sia incerto"¹⁶⁰. Da parte della dottrina favorevole a questa regola si propugna, in sostanza, "una necessaria "proporzionalità" della responsabilità rispetto alla probabilità logica o statistica della sussistenza del nesso causale"¹⁶¹.

I fautori della teoria della responsabilità proporzionale prendono le mosse dalle disposizioni di cui agli artt. 2055 e 1227, comma 1, c.c., i quali, pur riferendosi a ipotesi di concorso di concause umane (riconducibili, rispettivamente, al fatto

¹⁵⁸ Così C. VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, in *Danno e resp.*, 2013, 584. Efficace l'espressione di M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, cit., 963, secondo cui "la chance ipostatizza la causalità incerta riferita all'omissione, e così ne traspone il problema dalla categoria della causalità a quella dell'appartenenza, e perciò – nel lessico della responsabilità – del danno".

¹⁵⁹ Si veda Cass., 21.7.2011, n. 15991.

¹⁶⁰ Così M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 264, che sottolinea anche la scarsa oggettività di un criterio che "ben si presta ad essere manipolato per motivare decisioni che abbiano altra ratio decidendi".

¹⁶¹ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 262.

illecito del terzo ovvero al fatto colposo dello stesso danneggiato), sarebbero espressione di un principio generale¹⁶², applicabile dunque anche al concorso di una causa umana con una causa naturale¹⁶³. La solidarietà in funzione dell'interesse del creditore non costituirebbe un elemento decisivo per negare operatività a una regola razionale e opportuna, anche in chiave di perseguimento della funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile. A tali argomenti si obietta, da parte dei sostenitori della tesi tradizionale, da un lato che non sussistono i presupposti per applicare analogicamente le regole sopra richiamate all'ipotesi in cui, a concorrere con il contegno dell'uomo, sia una causa naturale; dall'altro, che nell'art. 2055 c.c. la rilevanza dell'apporto causale di ciascuno dei concorrenti è limitata al (secondario) rapporto interno fra gli stessi. Sotto il primo profilo, l'esistenza di una concorrente causa naturale potrebbe, quindi, rilevare al solo fine dell'(eventuale) interruzione *tout court* del nesso causale (con conseguente esclusione della responsabilità del convenuto)¹⁶⁴; sotto il secondo profilo, la prevalenza delle istanze di garanzia della vittima dell'illecito, espressa dal primo comma, imprime – si dice – alla solidarietà lo stigma di una regola generale, senz'altro applicabile anche all'ipotesi del concorso del fatto umano con la causa naturale¹⁶⁵. In definitiva, l'esito dell'apprezzamento del nesso causale non potrebbe essere che nel senso della sussistenza o insussistenza dello stesso¹⁶⁶, salvo

¹⁶² F. D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 17, ritiene che le norme di cui agli artt. 2055 e 1227, comma 1, c.c., sarebbero “*espressione, entrambe, dello stesso principio della rilevanza delle concause umane ai fini di una riduzione del quantum dei danni imputabili al singolo responsabile, in misura corrispondente alla gravità della colpa e/o all'entità delle conseguenze ascrivibili alla condotta concorrente*”.

¹⁶³ R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 192 ss.; L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 215 ss.; B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, 45, 97 ss. e 165 ss.

¹⁶⁴ P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, cit., 92 ss., secondo il quale l'idea della limitazione della responsabilità in funzione della misura dell'apporto della causa umana potrebbe essere coltivata solo *de iure condendo*, ostandovi il disposto dell'art. 2055 c.c. nella parte in cui “*rende integralmente responsabile ciascuno dei soggetti che abbiano concorso a produrlo, negando così ogni rilevanza attenuante (nei rapporti esterni) alla concorrente colpa di altri soggetti, l'assoluta irrilevanza della causa fortuita concorrente nel caso di responsabilità di una o più persone, si impone a fortiori*” (p. 148).

¹⁶⁵ C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 1257. Secondo F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 481 s., la prevalenza del primo comma rispetto al secondo si spiega con il fatto che quest'ultimo (a differenza del primo) non detta una regola di responsabilità, bensì una “*regola sullo spostamento della ricchezza, tesa a scongiurare arricchimenti ingiustificati*”, secondo lo stesso schema dell'art. 1299, comma 2, c.c., il quale pure, nei rapporti interni tra condebitori, esibisce una *ratio* insensibile all'apporto causale di ciascuno di essi, facendo gravare il peso dell'obbligazione, nell'ipotesi di insolvenza di uno di loro, in misura superiore a tale apporto.

¹⁶⁶ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., 361. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 459, esclude (per le ragioni indicate *infra*, alla nota 176) una “*graduazione*” della responsabilità “*in proporzione alla probabilità ex ante*” (vale a dire – deve ritenersi – sulla base della valutazione astratta del rischio), con un'eccezione nel caso di illeciti di massa, nei quali si giustificherebbe la limitazione del risarcimento “*a una quota di danno corrispondente alla probabilità statistica che questo sia dovuto all'incremento del rischio*”.

verificare l'incidenza della causa naturale sul danno-conseguenza, *“nel caso in cui la causa naturale sarebbe stata in grado di determinare quel tipo di pregiudizio anche in assenza del fatto del convenuto ma l'avrebbe provocato secondo modalità meno repentine o in una misura meno grave”*¹⁶⁷.

Dopo una lunga sedimentazione dell'orientamento tradizionale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione conobbe un *revirement* nel senso della responsabilità proporzionale con la sentenza n. 975 del 16.1.2009¹⁶⁸, la quale, trovandosi a giudicare del concorso della responsabilità del medico con la pregressa grave situazione patologica del paziente (*“che, di per sé sola”* – si legge nella motivazione – *“potrebbe in [ipo]tesi ben spiegare l'evento letale”*), affermò (discostandosi dall'orientamento largamente consolidato) che, *“qualora la produzione di un evento dannoso, quale la morte di un paziente, sia riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla situazione patologica del soggetto deceduto (la quale non sia legata all'anzidetta condotta da un nesso di dipendenza causale), il giudice deve procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause, onde attribuire all'autore della condotta dannosa la parte di responsabilità correlativa, così da lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato personale”*. Tra le ragioni poste a fondamento della decisione, oltre all'argomento *“equitativo”*¹⁶⁹, venne posta in evidenza l'identità di *ratio* con l'art. 1227, comma 1, c.c., e, per contro, la non assimilabilità della fattispecie a quella di cui all'art. 2055 c.c., imperniata sul *“presupposto fondamentale (...) consistente nel concorso di più cause imputabili a soggetti diversi”*. Val la pena di sottolineare che, nel caso di specie, la regola *“proporzionale”* venne applicata ad una situazione di persistente incertezza circa l'effettivo apporto della causa umana, mentre il principio di diritto enunciato dalla Corte sembrerebbe doversi applicare più propriamente alle ipotesi in cui il giudice raggiunga la *“certezza”* processuale della concomitante efficienza eziologica delle due cause¹⁷⁰. Ad ogni modo, nella fattispecie all'esame del Collegio di legittimità

¹⁶⁷ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 488.

¹⁶⁸ In *Foro it.*, 2010, I, e in *Danno e resp.*, 2010, 372, con note di M. CAPECCHI e B. TASSONE.

¹⁶⁹ Secondo il quale *“deve ritenersi legittimo il ricorso all'applicazione della norma di cui all'art. 1226 c.c., ogni qualvolta si sia in presenza di uguale necessità, rispondendo l'interpretazione estensiva della citata norma, di per sé corretta, anche a ragioni di giustizia sostanziale, che impediscono di addossare tutto il risarcimento del danno al responsabile di una sola porzione di esso”*.

¹⁷⁰ Non può che concordarsi, quindi, con le considerazioni di B. TASSONE, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, in *Foro it.*, 2010, I, 1003, laddove afferma che, *“proprio perché non è dato di determinare il contributo di ogni fattore, non vi è modo di sapere davvero fino a che punto ricorrano le esigenze di giustizia sostanziale menzionate dalla decisione”*. R. PUCCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit., 191, da parte sua, confuta, l'utilizzo del parametro equitativo, osservando che esso

l'apporto delle due cause si riferiva a un unico evento (la morte del paziente), cui si raccordavano unitariamente le conseguenze pregiudizievoli reclamate in giudizio dai congiunti della vittima primaria.

Dopo soli due anni, la Suprema Corte fece marcia indietro, riallineandosi, con la sentenza n. 15991 del 21.7.2011¹⁷¹, all'orientamento precedente, nel senso che, *“o è certo che il fattore naturale sia tale da escludere del tutto il nesso di causa, oppure si deve ritenere che il danneggiante/debitore non abbia fornito la prova della causa non imputabile, con conseguente riconducibilità, in termini di responsabilità tout court, della lesione della salute o della vita alla condotta colpevole”*¹⁷². Sancì, poi, chiaramente il Collegio l'insostenibilità dell'assunto *“secondo cui attraverso il principio equitativo andrebbe altresì esaminata e risolta la ipotesi di totale incertezza sulla rilevanza causale non solo del fattore naturale ma anche di quello umano, con la conseguenza di un'imputazione della responsabilità ancora più semplificata, ormai destinata a prescindere del tutto dall'accertamento probabilistico del nesso (...)”*. Una volta che si trascorra, invece, dal giudizio sul nesso di causalità materiale a quello sulla causalità giuridica, gli *“stati pregressi”* del danneggiato possono rilevare con efficacia *“diminuente”* del risarcimento (non necessariamente secondo un criterio proporzionale), se integrino una *“reale e conclamata patologia, tale (...) da rendere le conseguenze dell'evento rigorosamente configurabili, sul piano probabilistico, alla stregua di un aggravamento dello stato patologico pregresso (o della perdita di chance di evitare o differire la degenerazione della situazione preesistente)”*¹⁷³. Criticando il ragionamento posto a base della soluzione fatta propria dalla Corte, Pucella sostiene che *“il criterio della causalità giuridica non appare funzionale a permettere, nel contesto di cui si discute, la selezione tra concause auspicata dalla Corte”*¹⁷⁴, dal momento che, rispetto a un evento di danno rappresentato (per restare al caso di specie) dalla lesione della salute, tutte le relative conseguenze devono

“appare infatti inconciliabile con il rigore richiesto nella determinazione del grado di incidenza di ciascuna concausa, cosicché appare contraddittorio che la ricostruzione del nesso nelle componenti che hanno dato origine al danno possa avvenire secondo criteri di giustizia del caso concreto”.

¹⁷¹ In *Danno e resp.*, 2012, 149, con commento di L. NOCCO.

¹⁷² Nello stesso senso, successivamente, Cass., 22.12.2017, n. 30922.

¹⁷³ Convincentemente R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 196 s. dimostra che quello dell'incidenza dei pregressi *“stati di vulnerabilità”* della vittima non è un problema di concause nella produzione dell'evento, ma un problema causale *tout court*, richiedendo *“una valutazione della condotta del danneggiante nei termini propri dell'adeguatezza e della regolarità causale”*. E invero, *“se all'azione umana è seguito un effetto del tutto spropositato ditalché l'atto imputabile si rivela nulla più che il detonatore capace di attivare una sequenza causale del tutto estranea al danneggiante, ascrivere in ogni caso a quest'ultimo la responsabilità per il danno significherebbe arroccarsi su di un modello di causalità inammissibilmente basato sulla sola teoria della condicio sine qua non, il che non può essere”*.

¹⁷⁴ R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit., 196.

considerarsi derivate dall'azione congiunta delle concause.

In realtà, ove si riesca a distinguere due diversi “tipi” di conseguenze dannose, ciascuno idealmente riferibile a fattori causali distinti – e tra loro indipendenti (per continuare nell'esempio, rispettivamente allo stato patologico preesistente e al fatto imputabile del medico) -, sembra esservi spazio per apprezzare l'apporto (con)causale “differenziale” del fatto umano, assumendo quale termine di riferimento per la individuazione delle conseguenze ascrivibili a quest'ultimo l'evoluzione che la condizione del paziente avrebbe avuto in mancanza dell'intervento del medico¹⁷⁵. In tal modo, sul medico si finisce, peraltro, per far ricadere null'altro (e nulla più) che il peso del danno da lui cagionato¹⁷⁶. È questo il caso del danno alla salute, in cui a uno stato di invalidità preesistente (e in nessun modo riconducibile all'operato del convenuto) se ne sovrapponga uno (ulteriore e “differenziale”), integralmente ascrivibile – se considerato in sé e per sé – al fatto illecito del danneggiante¹⁷⁷. Sembra iscriversi in tale contesto, invero, il fatto posto a base della sentenza n. 15991 del 2011, relativo all'incidenza, sull'invalidità permanente del 100% occorsa a un neonato, delle preesistenti

¹⁷⁵ Si veda Cass., 13.11.2014, n. 24204, nella quale è stata ritenuta conforme a diritto la diminuzione del risarcimento dovuto all'investitore di un pedone, in considerazione dell'evoluzione che avrebbe avuto il morbo di Alzheimer dal quale era già affetto. *Mutatis mutandis*, si riscontra una situazione di “apporzionamento” del risarcimento in relazione allo specifico evento di danno considerato in Cass., S. u., 21.11.2011, n. 24408, con riferimento ai danni provocati dalle esondazioni del fiume Tevere, in cui la Corte ebbe cura di precisare che nella fattispecie “*non si [era] avuta l'ipotesi del concorso delle cause con le cause umane e quindi un'ipotesi di concorso eziologico nella produzione degli eventi, ma (...) si versa[va] in ipotesi di singoli autonomi eventi dovuti a volte alle cause naturali (20% dei casi) ed altre volte (80% degli allagamenti) al comportamento colposamente omissivo dei convenuti*”.

¹⁷⁶ In sostanza, “*l'evento risarcibile consiste solo nella differenza fra il danno che si sarebbe verificato comunque e quello che si è verificato effettivamente*” (P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 463 s.).

¹⁷⁷ Si veda Cass., 19.3.2014, n. 6341, secondo cui, “*in tema di responsabilità medica, allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residua anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare, deve assumersi come percentuale di invalidità quella effettivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile, e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario*”. Si veda pure Cass., 20.11.2017, n. 27524, secondo la quale, “*in tema di responsabilità civile, qualora la produzione di un evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, l'autore del fatto illecito risponde, in base ai criteri della causalità naturale, di tutti i danni che ne sono derivati, a nulla rilevando che gli stessi siano stati concausati anche da eventi naturali, che possono invece rilevare ai fini della stima del danno (causalità giuridica); in particolare, in caso di danno alla salute, qualora il danneggiato sia affetto da una patologia invalidante pregressa ed irreversibile, il danno risarcibile deve essere determinato considerando sia la differenza tra lo stato di invalidità complessivamente presentato dal danneggiato dopo il fatto illecito e lo stato patologico pregresso, sia la situazione che si sarebbe determinata se non fosse intervenuto il fatto lesivo imputabile. (Nella specie, relativa all'investimento di un pedone già affetto da invalidità per disturbi psichici, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che non aveva ridotto la responsabilità del conducente, ma escluso dal novero dei danni risarcibili l'invalidità di cui la vittima, comunque, sarebbe stata portatrice anche se non fosse stata investita)*”;

malformazioni congenite da un lato, e delle scorrette pratiche tenute dai sanitari (nel corso del travaglio e dopo il parto) dall'altro¹⁷⁸. Sebbene la motivazione non sia preceduta da una compiuta ricostruzione della fattispecie concreta, si intuisce che le inadempienze dei medici vengono intese come fattore causale successivamente intervenuto in un quadro patologico già compromesso dalle malformazioni congenite. In effetti, le argomentazioni della Corte¹⁷⁹ (e lo stesso principio di diritto condensato nella massima) si sposano con una situazione fattuale caratterizzata dalla preesistenza della (con)causa naturale rispetto a quella umana.

Dirimente appare, allora, la precisa “delimitazione” dell'evento lesivo in ordine al quale venga a essere predicato il giudizio di causalità. Se questo può essere riguardato come “aggravamento” di una preesistente situazione pregiudizievole (causalmente non riconducibile in alcun modo all'operato del danneggiante), più che un problema di concorso di cause si pone un problema di corretto apprezzamento del nesso di causalità materiale (non già giuridico) rispetto all'evento dannoso (se si vuole “minore”) imputabile all'azione (od omissione) umana¹⁸⁰. Nel caso della sentenza n. 15991, quindi, ove fosse stato accertato – in ipotesi – che le patologie congenite del neonato erano di per sé sufficienti a comportargli un'invalidità del 100%, al comportamento colposo dei sanitari non si sarebbe potuta riconoscere alcuna efficienza causale rispetto a tale danno-conseguenza.

Una questione di reale concorso di cause (umana e naturale) parrebbe potersi porre, quindi, nelle sole ipotesi in cui l'evento lesivo (per sua natura, o per il modo in cui viene considerato) sia (logicamente e cronologicamente) “unitario”.

¹⁷⁸ Fattispecie analoga è quella di cui s'è occupata la recente Cass., 18.4.2019, n. 10812, ove la grave invalidità occorsa a una neonata è stata ricondotta all'apporto concausale della tardiva esecuzione del parto cesareo e di altra patologia indipendente dal fatto umano, ribadendo gli assunti del precedente del 2011. Nello stesso senso anche Cass., 21.8.2018, n. 20829, in cui, al cospetto di una “(eccezionale) ipotesi di peggioramento stato patologico (rectius, “condizione genetica”) non ascrivibile a condotta umana imputabile, priva di incidenza causale sulla (successiva e autonoma) condotta colposa dei sanitari che hanno assistito al parto, quest'ultima ritenuta concausa di un più grave stato d'invalidità”, la Cassazione ha affermato che “alla riduzione dell'ammontare risarcitorio, in considerazione della peculiarità della fattispecie, può invero pervenirsi non già in base all'automatica riduzione in termini corrispondenti alla ravvisata percentuale incidenza causale della condotta o del fatto, bensì sul piano della equitativa valutazione del danno ex art. 1226 c.c.”.

¹⁷⁹ Nella sentenza si parla di “stati peggiorati della vittima”, “pregresse situazioni patologiche”, “aggravamento di una patologia peggiorata del paziente quale conseguenza della prestazione sanitaria”, “concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla peggiorata situazione patologica del danneggiato”, ecc..

¹⁸⁰ In questi termini, D. ZORZIT, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2012, 513, che ritiene che “seguire questo iter ricostruttivo altro non significa (...) se non individuare un (ipotetico) “evento lesivo minore” e chiamare il sanitario a rispondere delle (sole) conseguenze (perdite) da esso derivate o, detto altrimenti, isolare e scomputare dalla catena degli antecedenti il fatto naturale valutandone l'efficienza eziologica in raffronto alla condotta umana”.

Nella sentenza in discorso si fa l'esempio della morte del paziente, ma si potrebbe anche pensare a un danno biologico da invalidità permanente discendente dal contestuale apporto dei due fattori eziologici, aventi come contraltare un sostrato di piena validità funzionale (preesistente o che sarebbe stato verosimilmente acquisito in mancanza dell'illecito¹⁸¹).

Gli scenari che possono prospettarsi in tema di concorso di causa umana e causa naturale sono, quindi, tre. Il primo, nel quale, all'esito del giudizio, permanga una totale incertezza circa l'apporto eziologico del contegno umano e della (ipotetica) causa naturale. Il secondo, nel quale la regola probatoria del "più probabile che non" restituisca il quadro di un comportamento del convenuto causalmente idoneo a causare l'evento, cui si affianchi un fattore naturale avente efficacia concausale¹⁸². Il terzo, in cui *"le cause naturali di valenza liberatoria dimostrino efficacia esclusiva nella verifica dell'evento"* (senza che il danneggiante fosse nelle condizioni di neutralizzarne gli esiti negativi). Non si verte, invece, in un'ipotesi di concorso di cause in senso stretto nell'ipotesi (pure passata in rassegna dalla sentenza) in cui *"il danneggiato, già in condizioni invalidanti idonee a condurlo alla morte a prescindere da eventuali condotte di terzi, decede a seguito dell'intervento (commissivo od omissivo)"*. Qui la circostanza che, sul piano del danno-conseguenza, si abbia *"un ridimensionamento in considerazione del verosimile arco temporale in cui i congiunti avrebbero ancora potuto godere, sia sul piano affettivo che economico, del rapporto con il soggetto anzitempo deceduto"*, non toglie che, sul piano della causalità materiale, la morte (così come *hic et nunc* verificatasi) sia interamente ascrivibile al contegno inadempiente del medico¹⁸³.

Lo spettro delle fattispecie rilevanti nel senso considerato si riduce, pertanto, alla seconda delle fattispecie sopra ipotizzate (accertata concorrenza causale dei due fattori), ovvero alla terza, nell'ipotesi in cui *"gli esiti negativi*

¹⁸¹ Quale esempio in materia di lesione della salute si può menzionare Cass., 17.6.2016, n. 12516, laddove si discuteva se l'amputazione di un dito fosse la conseguenza dell'imperizia nell'esecuzione di un intervento di "tenolisi del flessore", ovvero della "evoluzione fibrocatriziale più abbondante dell'usuale", legata a fattore costituzionale o comunque indeterminabile: qui il danno richiesto era l'invalidità permanente determinata (nella sua totalità) dalla perdita del dito, sicché quest'ultimo era l'evento da indagare, una volta per tutte, sotto il profilo della causalità materiale. Ed è chiaro che, ove l'accertamento fosse stato nel senso della sussistenza della responsabilità del medico, nessuna decurtazione del risarcimento si sarebbe potuta avere in punto di causalità giuridica, non essendo ipotizzabili conseguenze negative correlate alla pregressa patologia della paziente, suscettibili di non essere efficacemente emendati con esiti di completa guarigione (nel caso di corretta esecuzione dell'intervento).

¹⁸² È evidente che, se invece l'apporto del fattore naturale, alla stregua delle evidenze processuali, rimanga del tutto incerto e solo ipotetico, nessun concorso è configurabile, dovendo farsi gravare tutto il risarcimento a carico del convenuto (in tal senso, Cass., 6.5.2015, n. 8995).

¹⁸³ Si veda Cass., 27.11.2012, n. 20996, alla cui stregua *"anticipare il decesso di una persona già destinata a morire perché afflitta da una patologia, costituisce pur sempre una condotta legata da nesso di causalità rispetto all'evento morte, ed obbliga chi l'ha tenuta al risarcimento del danno"*.

potenzialmente discendenti dal fattore naturale avrebbero potuto essere neutralizzati oppure circoscritti” (posto che, in questo caso, “la causa naturale, pur in astratto assorbente, scadrebbe a concausa come tale non rilevante ai fini dell’imputazione del fatto lesivo”). Ma il discorso rimane – all’evidenza – sul piano della causalità materiale, e non già giuridica come ritenuto dalla Cassazione: “il nodo da sciogliere rimane quello del rapporto eziologico tra specifiche cause – quella umana, quella fortuita – e il danno prodotti”¹⁸⁴. La ripartizione dell’onus del risarcimento è nient’altro che la proiezione, al livello del danno-conseguenza, di un “riparto” tra fattori causali che attinge il piano dell’evento lesivo¹⁸⁵ (piano sul quale opera il “fortuito” in cui si traduce la causa naturale).

Da ultimo, si deve fare menzione di Cass., 29.2.2016, n. 3893¹⁸⁶, che si confrontò con un caso in cui un neonato affetto dalla sindrome di Down aveva riportato un’invalidità permanente del 100% a causa di un’ipossia indotta dal comportamento colposo del ginecologo durante il parto. Sul presupposto che l’ipossia fosse “patologia solitamente idonea a determinare un’invalidità permanente del 100%”, la Cassazione ritenne che l’intera responsabilità dovesse addebitarsi al ginecologo, per aver posto in essere un comportamento che doveva ritenersi avere integrato una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare la suddetta invalidità. Pur vertendosi in una fattispecie analoga a quella della sentenza del 2011 (nella quale, cioè, sarebbe stato possibile apprezzare l’incidenza della causa umana in termini di aggravamento della situazione già creata dalla pregressa causa naturale), la rilevanza della concausa naturale viene ulteriormente circoscritta, equiparandone il trattamento a quello riservato alla causa “concomitante” (vale a dire confinandolo al piano della valutazione equitativa in sede di quantificazione del risarcimento)¹⁸⁷.

Un dato che conviene mettere adeguatamente in luce (poiché tornerà utile

¹⁸⁴ Così R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit., 195, che poco prima aveva evidenziato l’improprietà di un richiamo all’equità “liquidativa” di cui all’art. 1226 c.c., “se è vero che il campo di operatività della norma è quello che attiene alla problematica determinazione del danno, mentre nel caso in questione l’ammontare del pregiudizio è indiscusso ma incerta ne è, invece, la riferibilità all’una o all’altra causa (è problema causale, non di quantum)”.

¹⁸⁵ Ancora R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit., 196, afferma che “la causalità giuridica, d’altronde, è criterio che (..) viene utilizzato come criterio selettivo, sul piano risarcitorio, di conseguenze che si dipartono, a catena, dall’evento di danno, non di conseguenze che siano riferibili a fattori concausali distinti; è problema di causalità giuridica quello attinente alla risarcibilità di danni in ragione della loro vicinanza, o meno, all’evento (l’invalidità che, in ragione dell’immobilità del soggetto, determina una successiva embolia cui segue un danno cardiaco, e così via). Ove sia in gioco la rilevanza causale di condizioni patologiche pregresse della vittima non è dunque la lesione della salute che produce conseguenze diverse quanto, piuttosto, i diversi apporti causali”.

¹⁸⁶ In *Foro it.*, 2016, I, 1728, con nota di B. TASSONE, e in *Danno e resp.*, 2016, 988, con nota di V. VISCONTI.

¹⁸⁷ Per tale puntuale osservazione, si veda B. TASSONE, *Negligenza medica e pregressa situazione patologica*, in *Foro it.*, 2016, I, 1744 s.

nel prosieguo della trattazione) è che il ragionamento in punto di causalità materiale viene predicato dalla Corte anche relativamente al danno da perdita di *chance*, a ulteriore conferma della collocazione di quest'ultimo su tale "versante" della catena causale. Nel passare a indagare l'efficacia delle eventuale concause naturali nell'ambito del danno-conseguenza, i giudici di legittimità, infatti, affermarono: *"diversa questione risulta, in altri termini, quella per cui, ascritta, sul piano probabilistico, alla condotta del sanitario la responsabilità della determinazione dell'evento (tanto in termini di causalità ordinaria quanto di causalità da perdita di chance) sotto il profilo della causalità (o della con causalità) materiale, l'eventuale compresenza di concause naturali possa poi risultare oggetto di selezione dei pregiudizi risarcibili"*. Letteralmente, ciò vuol dire che, secondo la Cassazione, sarebbe possibile ascrivere interamente al danneggiante, sotto il profilo della causalità materiale, l'evento "perdita di *chance*", rispetto al quale, nel successivo momento della valutazione dei danni-conseguenza, si dovrebbe valutare l'eventuale incidenza di concause naturali. Dunque, anche la perdita di *chance* potrebbe essere concausata dal fatto illecito (o dall'inadempimento) del convenuto e da un fattore naturale (nella specie, le pregresse condizioni cliniche del paziente).

Dopo questa rapida panoramica, e tornando a concentrare l'attenzione sulla sentenza n. 15991 del 2011, a destare interesse ai fini specifici della presente trattazione è - ancora una volta - l'affiancamento alla fattispecie "base" di quella della perdita di *chance*, senza che la Corte si curi di indagarne le implicazioni circa le conclusioni un attimo prima raggiunte. Stando alle (sia pur incidentali) affermazioni della sentenza in esame, il risarcimento del danno da perdita di *chance* potrebbe essere diminuito se l'inadempimento del medico aggravi una situazione preesistente, anch'essa da qualificarsi in termini di perdita di *chance*. La pregressa patologia del paziente dovrebbe essere, quindi, idonea a provocargli la perdita di *chances* di guarigione o (più lunga) sopravvivenza, e su questo quadro dovrebbe innestarsi l'operato del medico, il quale fa aumentare le probabilità di verificazione dell'evento. Se si considera, però, che la condizione "naturale" di partenza è - già di per sé - una situazione di (irrisolvibile) incertezza (della quale, cioè, non si sa se sia eziologicamente idonea a ledere il diritto alla salute del paziente), non si saprebbe quale "misura" di danno-conseguenza considerare quale termine di riferimento per calcolare la portata "differenziale" del pregiudizio imputabile al medico. Inoltre, se il danno "finale" viene individuato nella "degenerazione della situazione preesistente" (vale a dire, in sostanza, in una ulteriore lesione della salute), si ritornerebbe a una condizione di incertezza circa l'integrazione del nesso di causalità (materiale), questa volta applicata a due (potenziali) cause (quella naturale e quella umana), anziché una sola.

Peraltro, è importante in questa sede sottolineare come la ripartizione del peso del risarcimento tra due (o più) fattori, la cui incidenza causale rispetto all'evento sia non già (più o meno relativamente) certa, bensì soltanto verosimile (e quindi, in concreto, incerta), dia luogo a una sorta di responsabilità per la creazione (o l'aumento) del rischio di verificazione dell'evento. Mediante questa "tecnica", alla probabilità (in concreto) di causazione dell'evento viene sostituito il mero incremento statistico del relativo rischio, che diviene così giustificazione e misura del (la porzione di) danno che è possibile addossare all'agente¹⁸⁸. Il "rimedio" al possibile scostamento del caso concreto rispetto alla statistica astratta starebbe nel potere/dovere del giudice di verificare, in sede di valutazione del danno risarcibile, *"se l'aumento del rischio si sia concretizzato in una perdita che deve essere risarcita o se sia rimasto a livello di danno potenziale"*¹⁸⁹. Ma si può obiettare, in contrario, con Trimarchi, che *"una soluzione (...) che commisura il risarcimento alla stima del rischio, anziché alla misura del danno verificatosi, non è conforme al diritto vigente, quale risulta dalla legge e da un'interpretazione consolidata nel tempo"*¹⁹⁰.

Eppure una delle strade battute dalla dottrina e dalla giurisprudenza per raggiungere questo risultato è proprio quella del danno da perdita di *chance*: *"il fatto di 'patrimonializzare' e rendere autonomamente risarcibili le probabilità di sopravvivenza o guarigione che il paziente ha perduto a causa della condotta del medico vuol dire regolare in via parziaria il concorso fra la causa preesistente (lo stato della vittima) ed il comportamento omissivo del sanitario"*¹⁹¹. Anche in questo caso, è difficile eludere l'obiezione che un conto è far gravare una parte del danno sul danneggiante, all'esito del riscontro positivo di un suo contributo eziologico alla produzione dell'evento; altro conto è attribuirglielo sulla base di un'obiettiva e insuperabile incertezza circa il suo effettivo apporto causale nel caso concreto (come avviene nella perdita di *chance*)¹⁹².

¹⁸⁸ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 286.

¹⁸⁹ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 288. La conclusione, per vero, non convince, se si considera che il danno-conseguenza rappresenta pur sempre la "concretizzazione" del rischio, e dunque non è su tale versante che si può apprezzare l'efficacia eziologica (concorrente o prevalente) di fattori diversi dalla condotta considerata.

¹⁹⁰ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 456 s., il quale soggiunge che *"il risarcimento sarebbe, infatti, sistematicamente inferiore al danno verificatosi, "il che appare incompatibile con l'art. 2043 cod. civ., poiché il "danno" risarcibile non può intendersi come equivalente a "rischio di danno" "*, oltre che in contraddizione con la regola pretoria del "più probabile che non".

¹⁹¹ B. TASSONE, in D. NICOTRA e B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, cit., 336, nt. 59. V. anche L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 219 s..

¹⁹² Nota R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 62, come *"un processo di ascrizione della responsabilità così strutturato (...) sembra ancora estraneo al nostro sistema di imputazione del fatto illecito"*, in quanto *"esso non presuppone la causazione del danno anzi, espressamente, se ne astra"*. Anche A. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 65,

L'*escamotage* che viene utilizzato è quello di “sterilizzare” l’incertezza del nesso causale intervenendo sul piano dell’interesse leso (dunque, in ultima analisi, dell’ingiustizia del danno), in modo da farlo coincidere, cioè, con lo stesso aggravamento del rischio della lesione, ovvero con la perdita della possibilità di ottenere un’occasione favorevole¹⁹³. La *chance* diviene, allora, una tecnica (flessibile) di distribuzione del “peso” del danno tra le parti¹⁹⁴, consentendo di risarcirlo (parzialmente) anche laddove manchi il nesso causale. Plaude a un esito di tal fatta Feola, per la quale sarebbe “«*assurdo*» che il convenuto, il quale abbia chiaramente contribuito a provocare un danno, possa essere interamente esonerato, 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%*»”¹⁹⁵.

Il punto è che, nelle fattispecie come quella in esame, non è possibile dire che il medico abbia “chiaramente contribuito a provocare il danno”; anzi, il presupposto è esattamente opposto: ponendosi dall’angolo visuale della lesione della salute o della vita del paziente, non è possibile dire, infatti, che questa sia causalmente attribuibile all’operato del sanitario (che è quanto dire, dal punto di vista giuridico, che quest’ultimo non ha cagionato tale lesione). La percentuale con la quale si indica la *chance* di consecuzione del risultato non esprime altro che una possibilità, che non è dato sapere se si sarebbe tradotta in atto, e solo la “finzione della reificazione” consente di tramutarla nella misura di un apporto causale certo imputabile al medico.

Tirando le fila del discorso, appare decisamente improprio accostare lo scenario della perdita di *chance* alle fattispecie di concorso di causa umana e causa naturale, per la semplice (ma decisiva) ragione che in quest’ultimo caso il nesso di

nota esattamente che “- nel nostro ordinamento – la responsabilità civile non è imputabile in funzione del probabile contributo eziologico statisticamente attribuibile a ciascuna potenziale fonte di danno”. Sostiene, invece, F. DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in F. VOLPE (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria*, Bologna, 2018, 108, che “la pre-esistenza di uno stato patologico nel paziente potrebbe essere, forse più correttamente, valutata valorizzando nell’ambito del sistema della responsabilità sanitaria, l’istituto della perdita di chance, e cioè valutando se l’operato del medico abbia, o meno, realmente inciso, non solo sullo stato di salute complessivo del paziente, ma anche sulle sue chances di migliorare quello stato o di vivere meglio, malgrado lo stato di salute compromesso da fattori indipendenti dalla condotta medica”.

¹⁹³ V. M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 160.

¹⁹⁴ Giungeva a conclusioni analoghe già A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, cit., 315, collocando la perdita di *chances* sul terreno della causalità giuridica. Plaudono a tale esito A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile Contratto e Torto*, cit., 334.

¹⁹⁵ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 55, che qui cita V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l’errore diagnostico*, Padova, 1994, 102. Parla di “modo – compatibile con le esigenze della responsabilità civile – di amministrare equitativamente le difficoltà probatorie di chi è comunque stato destinatario di una condotta produttiva della possibilità del suo danno”, M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*, cit., 60.

causalità materiale tra l'operato del medico e l'evento lesivo (della situazione giuridica finale) è pienamente accertato, mentre nella perdita di *chance* è per definizione escluso¹⁹⁶.

2.4. Causalità e perdita di chance nella vicenda del c.d. Lodo Mondadori

Come noto, la intricata ed annosa vicenda giuridica del c.d. Lodo Mondadori ebbe origine (almeno sul versante civilistico che in questa sede interessa) con la domanda rivolta al Tribunale di Milano dalla Cir, per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'ingiusta sentenza con la quale la Corte d'Appello di Roma¹⁹⁷ aveva dichiarato nullo il lodo arbitrale precedentemente intervenuto per dirimere la controversia con la Fininvest, relativa al controllo del Gruppo Mondadori. A seguito di tale sentenza, le parti erano addivenute ad una transazione stragiudiziale della controversia, la quale tra l'altro prevedeva la rinuncia di Cir ad impugnare detta sentenza in Cassazione. Senonché successivamente, con sentenza penale passata in giudicato, era stato accertato che il giudice relatore della Corte d'Appello di Roma (dr. Metta) era stato corrotto dalla Fininvest affinché si adoperasse per una sentenza alla stessa favorevole. La Cir fece quindi valere la responsabilità extracontrattuale dell'avversaria per averla posta, attraverso l'illecito conseguimento della pronuncia di nullità del lodo, in posizione deteriore nella successiva negoziazione, poi esitata in una transazione oltremodo penalizzante per i suoi interessi.

Il giudice di primo grado¹⁹⁸ accertò, in primo luogo, l'avvenuta corruzione del giudice Metta da parte di (soggetti il cui operato è giuridicamente riferibile a) Fininvest, e in secondo luogo l'incidenza di tale corruzione sulla sentenza collegiale, da ritenersi affetta da "grave ingiustizia". A questo punto però, invece di indagare il grado di probabilità con cui, in concreto, da tale sentenza ingiusta fosse derivato il danno patrimoniale allegato da Cir, si calò in uno scenario "controfattuale" tutto

¹⁹⁶ La confusione tra i due piani è emblematica nella sentenza della Corte di Cassazione, 14.6.2011, n. 12961, la quale (come già visto *supra*, pag. 61) caldeggia una soluzione per cui, "nelle situazioni caratterizzate dal più probabile che non, ma anche da una non eliminabile porzione di incertezza", si potrebbe far luogo a "una applicazione generalizzata degli esiti della tecnica risarcitoria della chance e quindi nel senso di distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente (cfr. Cass. 16.1.2009, n. 975)" (la citazione riguarda per l'appunto un precedente relativo alla concomitanza tra fattore causale umano e naturale). Si allinea a questa impostazione Trib. Terni, 2.7.2010, in *Danno e resp.*, 2011, 419, con nota di S. BARBARO, e in *Resp. civ. prev.*, 2011, 904, con nota di L. LOCATELLI, il quale, accertato che il danno alla salute dell'attore era stato causato da una cardioembolia, il cui rischio si sarebbe potuto abbattere dal 5% all'1% con una opportuna terapia anticoagulante, ha finito per risarcire la situazione giuridica finale (vale a dire il danno alla salute) in misura percentuale corrispondente a tale riduzione (80%).

¹⁹⁷ App. Roma, 24.1.1991, in *Foro it.*, 1991, I, 1861, con nota di R. CASO.

¹⁹⁸ Trib. Milano, 3.10.2009, in *Danno e resp.*, 2010, 76, con nota di P. SANTORO.

interno al nesso di causalità materiale, sostenendo che “nessuno può dire in assoluto quale sarebbe stata la decisione che un Collegio nella sua totalità incorrotto avrebbe emesso”, nel senso che “una sentenza ingiusta avrebbe potuto essere emessa anche da un Collegio nella sua interezza non corrotto”¹⁹⁹. Fin qui, la premessa sarebbe potuta essere utilizzata per negare la sussistenza del nesso causale (materiale). Rovesciando la prospettiva, la possibilità del risultato favorevole (identificato quest’ultimo non già – come sarebbe stato corretto – nel beneficio patrimoniale derivante da una transazione non “inquinata”, bensì nella sentenza ipoteticamente favorevole della Corte d’Appello di Roma) venne invece utilizzata quale parametro di quantificazione del danno, attraverso il “medio logico” (che si traduce, in questo caso, in un vero e proprio artificio) della perdita di *chance*. Da tale angolo visuale, il giudice ebbe, infatti, buon gioco ad affermare che “la corruzione del giudice Metta [aveva privato] la CIR della chance di ottenere da quella Corte una sentenza favorevole”; una *chance*, tra l’altro, molto consistente, siccome quantificata nell’ordine dell’80%²⁰⁰.

È chiaro, però, che discorrere di *chance* in relazione all’avveramento di un evento tutto “interno” alla catena della causalità materiale travisa completamente il senso della teoria del danno da perdita di *chance*, restando utile soltanto come sinonimo di “possibilità” nell’ambito della valutazione probabilistica funzionale alla determinazione del nesso causale. Una volta che la *chance* non venga individuata come bene giuridico autonomo (colpito dal c.d. danno-evento”), affermare che l’evento lesivo (in questo caso, l’ingiustizia della sentenza²⁰¹) ha l’80% di possibilità di essere causalmente derivato dalla corruzione del giudice equivale a risolvere (in senso positivo) il problema della sussistenza di quell’anello causale. Nella specie il giudice, senza volgersi a indagare i successivi anelli della catena, attraverso l’evocazione della perdita di *chance*, operò un’indebita “crasi” dell’*iter* causale, giungendo immediatamente alla conclusione che, in presenza di

¹⁹⁹ Come perspicuamente evidenzia B. TASSONE, *Perdita di chance e nesso causale nel caso CIR-Fininvest*, in *Danno e resp.*, 2011, 1074, in questo caso “non si parla di un successivo giudizio mai svolto, bensì di cosa è accaduto in quello che ha effettivamente avuto luogo”, sicché “è rispetto alla specifica camera di consiglio o, comunque, al singolo procedimento decisionale, che bisogna valutare le conseguenze della condotta di Metta”. Sull’improprietà del ragionamento controfattuale nel caso di specie, si vedano anche le considerazioni di R. SIMONE, *Appunti in margine alle ricadute del Lodo Mondadori: atto II*, in *Danno e resp.*, 2011, 1090 ss.

²⁰⁰ E ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché “la possibilità di accoglimento della domanda di accertamento della CIR era consequenziale a una pluralità di opzioni concretamente possibili, mentre la Corte di Appello di Roma [aveva deciso] per la nullità della convenzione per intero, che era l’unica opzione, sulla base della quale si potesse rigettare la domanda attorea di accertamento (...)”; in secondo luogo perché, trattandosi di arbitrato rituale di equità, esso poteva essere censurato solo nei ristretti limiti dell’errore di diritto integrante violazione di norme di ordine pubblico o dei vizi *in procedendo*.

²⁰¹ La quale, nella prospettiva extracontrattuale, dovrebbe essere peraltro accompagnata dalla lesione di un interesse meritevole di tutela alla stregua dell’ordinamento giuridico, se del caso enucleato nel novero di quelli tutelati dalla fattispecie di reato che si assume integrata.

una sentenza favorevole della Corte d'Appello di Roma, Cir non sarebbe incorsa nella falcidia economica subita per effetto della transazione intervenuta con Fininvest²⁰². In ogni caso, ingiustificata, rispetto a una sì elevata percentuale probabilistica (come detto, l'80%), si mostra una quantificazione del danno meno che integrale (e invece corrispondente, per l'appunto, alla suindicata percentuale). Si può, quindi, concludere, con Tassone²⁰³, che *“in questo caso la perdita di chance è una finzione (..): è davvero distinguibile un danno ‘finale’ derivante dalla mancata conferma del lodo Pratis ed un distinto danno – reificato in autonoma situazione giuridica protetta – per via della possibilità che quel lodo sia confermato?”*.

In secondo grado, la Corte d'Appello di Milano emendò il vizio della pronuncia impugnata, e, applicando coerentemente la regola causale del “più probabile che non”, riconobbe alla Cir l'intero ammontare del danno²⁰⁴. La (lunghissima) sentenza di secondo grado prese le mosse (nella parte relativa al nesso causale, che in questa sede rileva) dalla considerazione che *“una sentenza “normale”, non condizionata dalla presenza di un componente corrotto che aveva alterato tutto l'iter decisionale, certamente non sarebbe giunta alle conclusioni alle quali pervenne la Corte d'Appello di Roma; ciò che stabilisce il nesso fra corruzione e contenuto della pronuncia”*²⁰⁵. Quindi, all'esito di un articolato giudizio controfattuale - in cui venne “rinnovato”, dall'angolo visuale di una corte “normale”, l'esame del merito della controversia decisa dal collegio “inquinato” - la Corte milanese reputò che una Corte incorrotta (*“o, meglio, proprio quella Corte nel caso in cui Metta non fosse stato corrotto”*) avrebbe certamente rigettato l'impugnazione del lodo. Risultava, pertanto, pienamente integrato il nesso causale *“tra la condotta del giudice corrotto, relatore ed apparente estensore, e la sentenza ingiusta”*. L'ingiustizia del danno venne polarizzata sul fatto-reato della corruzione giudiziaria²⁰⁶, dalla quale venne fatto discendere, attraverso una complessa catena

²⁰² A rigore, una volta appurato che, a causa della corruzione del relatore, la sentenza fu (con elevata probabilità) penalizzante per Cir, si sarebbe dovuto indagare se da ciò discendesse, con elevata probabilità, un effettivo indebolimento della sua posizione negoziale nella transazione, e, ulteriormente, se, proprio a causa di tale indebolimento, Cir era stata indotta ad addivenire a una transazione pregiudizievole.

²⁰³ *Perdita di chance e nesso causale nel caso CIR-Fininvest*, cit., 1075.

²⁰⁴ La sentenza è commentata da A. PALMIERI, B. TASSONE, L. VASQUES, F. DI CIOMMO, R. SIMONE, P.G. MONATERI, A. NICITA, G. LENER e A. MASTRORILLI in *Danno e resp.*, 2011, 1060 ss.

²⁰⁵ Al di là dell'argomento dell'inesistenza della sentenza (sconfessato, come si vedrà, dalla sentenza della Cassazione), la Corte d'Appello giunse alla conclusione che la *“dinamica decisionale del collegio”* aveva visto *“la presenza decisiva e fuorviante del giudice corrotto Vittorio Metta”*, che aveva *“in concreto condizionato le determinazioni degli altri due componenti”*.

²⁰⁶ P.G. MONATERI, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, cit., 1096, ritiene che, nel caso di specie, l'ingiustizia *“non va[da] ricostruita con riferimento a un qualche ‘diritto a non vedersi annullare il lodo’, né tantomeno con riferimento alla ‘ingiustizia sostanziale’ della sentenza, ma va[da] ricercata (..) nel dolo contrario ai boni mores”* (la conclusione, peraltro, parte dal presupposto - condiviso

causale (forse non indagata con la dovuta attenzione in tutti i suoi passaggi), il danno patrimoniale legato alle deteriori condizioni economiche alle quali Cir fu costretta a transigere la vertenza con Fininvest. La motivazione non si soffermò sull'interesse della danneggiata (che sarebbe stato) leso dall'illecito, sicché la perdita di *chance* non fu collocata sul piano del danno-evento (del bene/interesse, cioè, conculcato dalla condotta corruttiva). Singolarmente, però, essa non venne neppure riferita al danno-conseguenza (*chance* di conseguimento di un migliore risultato economico con la transazione), bensì (come nella sentenza di primo grado) a un anello della catena della causalità materiale. Afferma, infatti, il Collegio milanese, che *“la corruzione di Metta ha privato CIR non tanto della “chance” di una sentenza favorevole, ma, senz’altro, della sentenza favorevole, nel senso che, con “Metta non corrotto”, l’impugnazione del lodo sarebbe stata respinta”*. Anche qui la *chance* è mero sinonimo di “possibilità”, ma questa volta essa non viene utilizzata per “sostanziare” una (autonoma) voce di danno, restando “assorbita” nella comparazione probabilistica tra i due scenari causali astrattamente immaginabili, il cui esito depone per una netta preponderanza della conferma del Lodo Pratis: la *“astratta possibilità, ritenuta dal primo giudice, della emissione di una sentenza ingiusta anche da parte di giudici incorrotti (..) non vale ad escludere il nesso eziologico nella accezione giuridica sopra indicata”*, proprio perché quell’astratta possibilità si rivelò ampiamente recessiva rispetto alla (altissima probabilità, prossima alla certezza) che una corte “normale” avrebbe respinto la domanda di Fininvest. Come ognuno vede, siamo ancora “nel mezzo” della catena della causalità materiale, ipoteticamente suscettibile di essere interrotta prima di esitare nel danno-conseguenza²⁰⁷. Per di più, l’affermazione della Corte, secondo cui *“il primo giudice sovrapponeva impropriamente (..) il piano del nesso eziologico con quello del tipo di danno risarcibile: il canone del “più probabile che non” giustifica entrambe le ipotesi di danno, sia esso immediato e diretto che*

dall’Autore ma non, come si vedrà, dalla successiva sentenza della Corte di Cassazione – che la decisione della Corte d’Appello romana dovesse considerarsi *tamquam non esset*).

²⁰⁷ In effetti Fininvest aveva eccepito l’interruzione del nesso causale, con riferimento alla successiva decisione di Cir di transigere la controversia, rinunciando ad impugnare in Cassazione la sentenza “incriminata”. La riposta dei giudici non sembra, invero, cogliere nel segno, laddove si afferma che *“tali considerazioni non attingono propriamente l’allegazione principale dell’attrice, in quanto questa lamenta un danno immediato e diretto conseguente alla sentenza “corrotta” che non si identifica nell’aver dovuto definire in modo transattivo, in base a valutazioni anche più generali, le vicende della “guerra di Segrate”: la prospettazione attorea principale è nell’allegazione, quale danno diretto, di “essersi seduta al tavolo delle trattative” conclusive in una condizione peggiore, cagionata, con rigida sequenza causale (la sentenza della Corte d’Appello di Roma era frutto della corruzione ed ingiusta nel merito), dal fatto doloso della corruzione che aveva spostato gli equilibri della trattativa in corso ed aveva costretto CIR a definire la controversia in modo sperequato”*. È evidente, infatti, che il “sedersi al tavolo delle trattative in una condizione peggiore” non integra, di per sé, il danno invocato da Cir, ma solo un altro “momento di progressione” del nesso di causalità materiale verso il danno-conseguenza, rappresentato dalla differenza tra le condizioni patrimoniali della transazione effettivamente raggiunta e quelle che Cir avrebbe potuto spuntare sul presupposto della perdurante efficacia del Lodo Pratis.

per perdita di “chance”, non valendo esclusivamente per questa seconda ipotesi”, pare rimescolare le carte, alludendo implicitamente alla concezione ontologica della chance: se il criterio per accertare il nesso causale non muta tra “danno pieno” e danno da perdita di chance, allora è evidente che questa debba essere qualcosa di diverso dall’interesse giuridico che funge da contraltare del primo.

Si giunse, così, un paio d’anni più tardi, alla decisione della Corte di Cassazione²⁰⁸. Nell’enucleare gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità extracontrattuale, i giudici di legittimità individuarono il fatto illecito nel comportamento doloso del giudice corrotto²⁰⁹; l’evento di danno, nella sentenza ingiusta; il danno-conseguenza, nella *“transazione stipulata a diverse e pregiudizievoli condizioni”*. Ma l’evento di danno – a ben vedere - non poteva essere la *“sentenza corrotta”*, dovendo consistere nella lesione di un interesse del danneggiato, rispetto alla quale la detta sentenza spieghi, al più, un ruolo strumentale. E infatti, sia pure con un’impropria inversione dei termini del rapporto causale, in un primo momento la motivazione definisce la sentenza corrotta *“evento di danno ingiusto”* conseguente alla *“ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali”* (mentre invece è quest’ultima ad essere conseguenza della sentenza ingiusta). Il profilo dell’ingiustizia viene descritto mediante il riferimento (alla lesione del) *“diritto a stipulare una transazione priva del condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta”*). Successivamente, tale posizione soggettiva viene declinata nei termini del *“diritto a stipulare una transazione “di buona fede””*²¹⁰. Ad ogni modo, la Corte affermò che *“il profilo della causalità materiale resta pertanto integrato dalla correlazione, giuridicamente rilevante, tra la corruzione del dott. Metta e la pronuncia della sentenza “corrotta”, alla luce del giudizio controfattuale secondo il quale la inesistenza della corruzione del giudice (..) avrebbe condotto al rigetto dell’impugnazione e alla conferma del lodo”*²¹¹. Tale assunto è di per sé sufficiente a tagliare fuori il discorso sulla perdita di chance,

²⁰⁸ Cass., 17.9.2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, 3121, con nota di G. COSTANTINO - A. PALMIERI - R. PARDOLESI, e in *Danno e resp.*, 2014, 123, con note di P. SANTORO, G. PONZANELLI, G. IMPAGNATIELLO, G. VETTORI, A. PALMIERI - R. PARDOLESI - A. ROMANO, G. LENER, B. TASSONE, R. SIMONE e P. G. MONATERI.

²⁰⁹ Forse sarebbe stato più appropriato rintracciarlo, a monte, nella condotta corruttiva ascritta alla Fininvest, della quale quest’ultima (e non Metta) era stata chiamata a rispondere in giudizio. Sottolinea, al riguardo, G. LENER, *La “retta via” per il risarcimento del danno?*, in *Danno e resp.*, 2014, 172, che *“l’errore è di prospettiva: attore e propulsore della corruzione, diacronicamente, è Fininvest, non il giudice (pur, ovviamente, corrotto); il dolo non è del terzo, ma della parte”*.

²¹⁰ Per la verità, in precedenza, con chiara allusione all’opinione di P.G. MONATERI, *L’ingiustizia del danno di cui all’art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, cit., l’estensore incentra l’ingiustizia del danno *“nella intenzionale violazione dei c.d. Guten Sitten (oggetto di testuale e significativa previsione in seno al § 826 del BGB), come pure disciplinati e sanzionati, nel diritto anglosassone, in termini [di] torts of intentional interference”*.

²¹¹ Più correttamente, si sarebbe dovuto affermare che il nesso di causalità materiale intercorre tra il contegno corruttivo di Fininvest (esitato nella corruzione di Metta e nella conseguenza, decisiva influenza di costui per l’adozione della sentenza “ingiusta”) e la lesione del (fantomatico) diritto a stipulare una transazione di buona fede.

nel modo in cui era stato condotto dal giudice di prime cure: *“la ricostruzione della fattispecie in termini di perdita di chance”* – afferma la Cassazione – *“viene correttamente riformata in sede di appello, ove l’adozione del criterio del “più probabile che non” sul piano della causalità materiale indica come corretta soluzione quella secondo la quale una corte incorrotta avrebbe, più probabilmente che non, emesso una sentenza di rigetto dell’impugnazione del lodo”*. Se ne desume che la perdita di *chance* è elemento pertinente al primo “tratto” della catena causale (quello della causalità materiale), potendo integrare (ma non nel caso di specie) l’evento lesivo nel quale esso culmina. E infatti la Corte, dopo aver richiamato l’arresto di cui alla sentenza n. 21619 del 2007²¹², chiosa che la *“chance intesa come possibilità di un risultato diverso (..) [può essere] vulnerata dalla condotta causalmente rilevante rispetto all’evento (costituito dal mancato verificarsi di tale migliore possibilità), ma pur sempre e comunque indagata alla stregua del canone probatorio del “più probabile che non”*”. Sembra una conferma della teoria “ontologica”. Manca ancora, però, un adeguato approfondimento sulla natura e sulle caratteristiche di questo “bene/possibilità”, del quale la *chance* si sostanzierebbe e che sarebbe suscettibile di essere conculcato dal fatto illecito.

3. *Danno da perdita di chance e titolo della responsabilità.*

La differenza fondamentale tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale viene tradizionalmente fatta coincidere con la preesistenza o meno di un rapporto obbligatorio tra danneggiante e danneggiato. L’illecito extracontrattuale è caratterizzato dall’assenza di specifici obblighi di comportamento nei riguardi di soggetti determinati, sicché l’obbligo risarcitorio sorge in seguito al verificarsi di un danno ingiusto, conseguente cioè alla lesione di una situazione giuridica soggettiva della vittima, meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico²¹³. La responsabilità contrattuale discende, invece, dalla violazione del vincolo giuridico generato da un rapporto obbligatorio preesistente tra due soggetti (non necessariamente di fonte contrattuale²¹⁴). Pertanto, mentre la

²¹² La *“categoria della possibilità”*, dice la Corte, *“non costituisce una (terza) regola causale insieme a quella penalistica dell’alto grado di probabilità logica/conoscenza razionale e a quella civilistica del più probabile che non, ma individua, puramente e semplicemente, l’oggetto della tutela nella fattispecie della chance: la possibilità, appunto, quale oggetto di tutela (e non quale regola causale o direttamente danno conseguenza)”*.

²¹³ Afferma L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, rispettivamente 179 e 180, che *“il rimedio aquiliano guarda al patrimonio come ad un’entità indifferenziata, ad una pura e semplice somma aritmetica di valori economici (..)”*, sicché *“il diritto soggettivo (o, più comprensivamente, l’interesse giuridicamente protetto) viene in considerazione solo come misura, o test, di rilevanza (e, dunque, di risarcibilità) della perdita patrimoniale provocata dall’interferenza in tesi illecita, non costituendo, viceversa, l’oggetto immediato della tutela”*.

²¹⁴ Osserva C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 502 s., che la definizione di responsabilità “contrattuale” è imprecisa, nella misura in cui la relativa disciplina si riferisce alla

responsabilità aquiliana consegue a un'interferenza, per così dire, "casuale" dell'azione del danneggiante rispetto agli interessi tutelati altrui, la responsabilità contrattuale sorge per effetto della discrepanza tra la condotta tenuta dal debitore e quella che lo stesso avrebbe dovuto tenere in esecuzione di uno specifico *vinculum iuris* preesistente, preordinato al soddisfacimento dell'interesse di un determinato creditore. Un'area di sovrapposizione si può avere con riguardo al *facere* che integri un obbligo di prestazione e, al contempo, incida, per il suo oggetto, su un bene materiale o sulla persona del creditore²¹⁵. Il "cumulo" tra le due forme di responsabilità, si realizza, quindi, allorché la condotta posta in essere in violazione del rapporto obbligatorio determini la lesione di una situazione soggettiva, che fa capo al danneggiato a prescindere dal rapporto obbligatorio suddetto²¹⁶.

Un ruolo centrale nel contesto della responsabilità contrattuale è svolto dal (contenuto del) l'obbligazione, della quale il risarcimento è – in certo senso – “*mezzo succedaneo per ristabilirne la forza effettuale*”, nel senso “*che in caso di inadempimento [l'obbligazione] ha modo di riaffermare la sua caratteristica essenza di vincolo, perpetuantesi nella prestazione risarcitoria, ove non sia possibile procedere addirittura alla sua realizzazione in forma specifica (esecuzione forzata)*”²¹⁷. Dunque, il giudizio di “inesecuzione”, quale presupposto della tutela risarcitoria, “*si presenta essenzialmente ancorato ai termini della prestazione dovuta, cioè del programma obbligatorio con cui è confrontato il comportamento positivo o negativo del debitore*”²¹⁸. La tutela risarcitoria mira, anzitutto, ad assicurare al creditore le utilità che avrebbe tratto se il rapporto obbligatorio avesse avuto esatta realizzazione. In contrasto col tradizionale modo di intendere la differenza tra le due componenti del danno di cui all'art. 1223 c.c., questo tipo di pregiudizio viene frequentemente definito alla stregua di “danno emergente”²¹⁹, pur avendo come termine di riferimento oggettivo beni (o utilità)

violazione di rapporti giuridici anche non nascenti da contratto, ma da una delle altre fonti enumerate dall'art. 1173 c.c.. Più corretta appare, quindi, all'Autore la definizione di “responsabilità da rapporto” e “responsabilità da non rapporto”.

²¹⁵ “*Qui in effetti*” – afferma C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 512 – “*l'interesse alla prestazione e l'interesse all'integrità della sfera giuridica sembrano sovrapporsi e pongono il problema se, accanto alla responsabilità da inadempimento il danneggiamento della cosa o la lesione della persona facciano nascere anche una responsabilità aquiliana*”.

²¹⁶ Ciò, secondo C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 513 ss., a patto che l'inadempimento concerna – più propriamente – gli obblighi di protezione i quali, in quanto consistenti in condotte accessorie aventi ad oggetto la salvaguardia delle sfere giuridiche reciprocamente coinvolte nell'esecuzione della prestazione, tutelano interessi a garanzia dei quali l'ordinamento pone – al di fuori del rapporto obbligatorio – diritti “giustiziabili” sotto il profilo extracontrattuale.

²¹⁷ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, 1, rispettivamente 378 e 377.

²¹⁸ C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 6.

²¹⁹ Per danno emergente in senso stretto dovrebbe intendersi quello relativo alle spese sostenute dal creditore per riparare o rimpiazzare il bene oggetto dell'obbligazione (e, più in generale, per

non facenti parte del patrimonio del creditore danneggiato²²⁰. Tale classificazione recupera, peraltro, coerenza sistematica se il diritto di credito in sé venga considerato quale (preesistente) posta attiva del patrimonio del creditore²²¹. In ogni caso, la corresponsione del valore della prestazione ineseguita si pone come effetto automatico della violazione del “programma obbligatorio”. Volendo istituire un parallelo con la fattispecie della responsabilità extracontrattuale, si può dire che assuma il ruolo che, in quest’ultima, è svolto dal c.d. danno-evento²²² (inteso come “modo di essere della realtà che contrasta con un interesse giuridicamente tutelato e che è idoneo a impedire il soddisfacimento di questo”²²³), esprimendo una sorta di “ingiustizia in re ipsa”²²⁴. Di là dal “danno emergente” stanno poi “i danni ulteriori derivanti dall’inadempimento secondo il normale svolgersi del nesso di causalità”²²⁵. Pertanto, se l’obbligazione aveva ad oggetto, per esempio, la consegna di una bene (fungibile), la corresponsione del relativo valore di mercato (o l’attribuzione di analogo bene) varrà a rifondere il creditore delle utilità originariamente connesse alla prestazione, ferma restando la risarcibilità anche degli ulteriori guadagni che, secondo una successione causale “adeguata”, il creditore avrebbe conseguito (per esempio rivendendo il bene o impiegandolo in un’attività produttiva).

rimuovere le inesattezze materiali o giuridiche della prestazione), nonché quello che colpisca la persona o altri beni del creditore.

²²⁰ V. C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 261; A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 254. L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 174 ss., addirittura ascrive la tutela in discorso alla categoria dei rimedi (non già risarcitori, bensì) “specifici”, equiparandola a quella apprestata dagli artt. 948 o 2037 c.c.. L’Autore parla di “*spiccata torsione in senso satisfattivo della misura compensativa, allorché essa venga programmaticamente asservita alla tutela di una specifica situazione di vantaggio: e ciò perché, nell’ipotesi in esame, l’obiettivo fondamentale del risarcimento del danno è quello di procurare al creditore, sia pure per equivalente, la stessa utilità che gli sarebbe pervenuta per il tramite della prestazione originaria*” (p. 175). “*Almeno per quel che concerne la frazione ideale corrispondente al valore della prestazione (la c.d. aestimatio rei)*”, continua Nivarra, “*la misura contemplata dall’art. 1218 c.c. non riveste un carattere propriamente risarcitorio, perché essa non mira al ristoro di un danno, quanto piuttosto al procacciamento di un utile o, per essere più precisi, alla erogazione di una risorsa destinata ad incidere, oramai solo in senso quantitativo (là dove la prestazione originaria avrebbe inciso in senso qualitativo) sulla composizione e sulla fisionomia del patrimonio del creditore*” (p. 175 s.).

²²¹ Così L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 177, secondo cui il credito “*costituisce un cespite a tutti gli effetti, come testimoniato, ad abundantiam, dalla sua tutelabilità ex art. 2043 c.c., dalla sua spiccata attitudine circolatoria (art. 1260 ss. c.c.), dalla sua pignorabilità (art. 543 c.p.c.), dal suo essere oggetto di pegno (artt. 2784, co. 2 e 2805 c.c.) e, ancora, dalla disciplina civilistica del bilancio*”. Ne consegue che “*il “risarcire” ex contractu è sempre anche un “restituire”, nel senso di ripristinare un assetto patrimoniale che incorpora già, sia pure nella forma ideale del diritto soggettivo, l’utilità poi, in concreto, erogata dal debitore*”.

²²² G. GRISI, *Delle obbligazioni*, cit., sub art. 1218 c.c., 32 s.

²²³ L. CORSARO, voce *Responsabilità civile*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1987, 3.

²²⁴ L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 174. Nello stesso senso A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, cit., 255.

²²⁵ G. GRISI, *Delle obbligazioni*, cit., sub art. 1223 c.c., 172. “*Rispetto a questa tipologia di pregiudizi*”, osserva L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 183, “*il giudizio di responsabilità riacquista, almeno in parte, la ragion d’essere sua propria*”.

Questo sintetico quadro riepilogativo del meccanismo della responsabilità contrattuale torna utile a delineare il contesto nel quale dev'essere calata la perdita di *chance*, ove s'intenda applicarla a questo settore. La domanda che immediatamente sorge al cospetto di tali premesse è se la *chance*, della cui risarcibilità si tratta, debba essere collocata al livello del "danno emergente" (inteso nell'accezione particolare appena illustrata), ovvero sul versante delle conseguenze pregiudizievoli ulteriori, da questo scaturenti, in virtù della regola dell'art. 1223 c.c. In questo secondo caso, lo scenario non appare dissimile da quanto accade nella responsabilità extracontrattuale, ciò che consente a Feola di ritenere che la perdita di *chance* (coerentemente "confinata" al livello del danno-conseguenza) rappresenti un "*modello generale di danno*", come tale indifferentemente riferibile alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale²²⁶. Lo stesso approdo caratterizza il pensiero di Trivelloni, che però vi perviene – curiosamente – identificando la "*chance di vivere più a lungo o di conservare una migliore qualità della vita*" quale "*situazione giuridica soggettiva la cui lesione è meritevole di tutela risarcitoria*", proprio in un settore (quello della responsabilità medica) che, avendo genesi "contrattuale", non abbisognerebbe del medio logico dell'ingiustizia (tipico della responsabilità *ex art. 2043 c.c.*)²²⁷.

La risposta all'interrogativo posto sembra dover essere nel senso di una collocazione della *chance* al livello del danno emergente, ciò che evidentemente postula l'afferenza della stessa *chance* al contenuto dell'obbligazione inadempita. Per poter affermare che il risarcimento vale, in primo luogo, a "surrogare" la sfera giuridica del creditore dell'utilità non conseguita a causa dell'inadempimento dell'obbligazione, è necessario, in altre parole, configurare a monte un vincolo, in

²²⁶ M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 52. Nell'opera monografica *Il danno da perdita di chance*, cit., 86, l'Autrice afferma – peraltro con linguaggio ambiguo – che "*la perdita di chance rappresenta un evento dannoso che, come qualsiasi altro, ha una sua identica consistenza là dove rappresenti la conseguenza sia di un inadempimento, sia di un fatto illecito di tipo delittuale*", senza che venga sufficientemente approfondito, però, il problema dell'ingiustizia del danno in quest'ultima fattispecie, né quello del nesso di causalità giuridica, che reclamerebbe una diversa configurazione rispetto a quello "ordinario", laddove alla perdita di *chance* si voglia ritagliare uno spazio autonomo rispetto al lucro cessante, siccome anch'essa discendente (come quest'ultimo) dalla lesione di una medesima situazione giuridica soggettiva (per es. il diritto alla salute: si veda, sul punto, la sottolineatura della valenza puramente descrittiva, in questi casi, del danno da perdita di *chance*, di cui al Cap. I, par. 6). Parimenti "semplicistica" – siccome non ulteriormente circostanziata - si rivela la posizione di M. G. STANZIONE, *Il danno da perdita di chance*, in *Tratt. resp. civ. dir.* da P. STANZIONE, II, Padova, 2012, 1182, secondo cui "*qualora si individui un'ipotesi di responsabilità contrattuale, (...) il danno da perdita di chance sarà risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, in virtù di quanto sancito dall'art. 1223 c.c.; al contrario, trattandosi di responsabilità extracontrattuale, dovranno essere individuati di volta in volta gli interessi meritevoli di protezione, lesi dalla condotta considerata*".

²²⁷ S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, cit., 14, la quale ritiene, pertanto, che, nel campo extracontrattuale, la perdita di *chance* possa occupare il posto del danno-evento, oltre che (con pieno parallelismo con la responsabilità contrattuale) del danno conseguenza.

virtù del quale il debitore/danneggiante fosse tenuto (alla stregua della prestazione “principale” ovvero di un obbligo di protezione accessorio) ad attribuire una determinata *chance* al debitore (prestazione di *dare*), ovvero ad osservare un determinato comportamento, funzionale alla creazione della *chance* (prestazione di *facere*), ovvero ancora ad astenersi da un contegno idoneo a distruggere la *chance* già presente nel patrimonio del debitore (prestazione di *non facere*)²²⁸.

In dottrina, il danno da perdita di *chance* viene confinato all’ambito contrattuale da Castronovo, in coerenza con l’assunto che essa sia “*mera probabilità di un esito favorevole*”, e quindi “*si situ[i] sul piano del fatto, e per definizione non atting[a] il livello della meritevolezza di tutela che è proprio delle situazioni soggettive la cui lesione è necessaria ad integrare l’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.*”²²⁹. In seno al rapporto obbligatorio la *chance* rilevarebbe, invece, quale “*indice di una relazione tra soggetti determinati fondata sull’affidamento, in ossequio al quale il principio di buona fede si concretizza in obblighi reciproci di protezione e di conservazione*”²³⁰. Una volta, però, affermato che la *chance* viene in rilievo direttamente sul piano dell’inadempimento (senza, cioè, che sia necessario postulare la lesione di un bene “altro” o di una situazione giuridica soggettiva *ad hoc*), non è chiaro come ciò reagisca sul piano del risarcimento; non è chiaro, cioè, se essa delinei un pregiudizio diverso dal danno alla situazione giuridica “finale”²³¹.

Su una linea di pensiero sostanzialmente coincidente si pone Mazzamuto, il quale, alle “controindicazioni” teoriche alla possibilità di riferire la perdita di *chance* (anche) alla responsabilità extracontrattuale, aggiunge quella legata alla imprevedibilità della stessa, che finirebbe per far scivolare la responsabilità dalla colpa al caso fortuito²³². Anche Nervi considera la relazione contrattuale ambito

²²⁸ Scrive G. E. NAPOLI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 53 s. che “*grava sull’inadempiente l’obbligo di risarcimento del danno, qualora risulti una determinazione (pattizia o derivante da altra fonte) in ordine all’attribuzione di un valore patrimoniale alle chance[s] stesse (ad esempio, mediante una clausola penale). Se risulta, al contrario, che non è stato attribuito alle chance[s] – rilevanti ai fini dell’(in)adempimento – alcun valore patrimoniale, non può essere risarcito un danno direttamente collegato alla loro perdita*”.

²²⁹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 596, nt. 226. Secondo L’Autore, quindi, nel campo della responsabilità extracontrattuale la perdita di *chance* non potrebbe che assumere le vesti di lucro cessante (divenendo perciò inutile, non potendosi ritenere risarcibile un lucro cessante meramente ipotetico).

²³⁰ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 596, nt. 226. Su posizioni simili sembra essere A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 301 s., che peraltro riconduce la *chance* nel nucleo della prestazione principale del debitore, laddove afferma che la tutela giuridica della figura sussiste nelle ipotesi in cui “*attraverso il vincolo contrattuale si intese garantire proprio quella possibilità*”.

²³¹ Sembra deporre in tal senso l’affermazione secondo cui, premesso che nell’obbligazione medica il risultato cui il debitore è tenuto “*non è la guarigione, bensì lo stato che il paziente è in grado di attingere mediante la cura suggerita dalla scienza del luogo e del tempo*”, “*se a tale stato corrisponde una certa probabilità di guarigione, il mancato conseguimento di tale stato equivale alla perdita di detta chance*” (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 558 s.). Non viene esplicitato, però, dall’Autore come tale danno vada liquidato.

²³² S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 61.

elettivo per questa figura di pregiudizio, dal momento che “*ha senso parlare di aspettativa suscettibile di tutela risarcitoria solo nella misura in cui sia predicabile l’esistenza di un affidamento circa la realizzazione di un dato risultato*”; affidamento che “*non può che scaturire da un preesistente rapporto giuridico tra le parti, e non certo da una situazione di reciproca estraneità (..)*”²³³.

Quanto alla giurisprudenza, si è già detto come, pure in contesti evidentemente connotati in senso “contrattuale” (quali quello della responsabilità professionale del medico o dell’avvocato o del commercialista, quello dei concorsi indetti dal datore di lavoro, e quello delle gare bandite dalla pubblica amministrazione), il ragionamento dei giudici risulti spesso condizionato dallo schema extracontrattuale, non venendo mai indagata la *chance* nel quadro “fisiologico” di un’obbligazione preesistente alla lesione. Sarebbe necessario, invece, domandarsi se in questi casi la *chance* possa davvero essere inserita nel perimetro della prestazione, suscettibile, in ipotesi di inadempimento, di inverarsi *ex post* attraverso il rimedio risarcitorio.

Lasciando momentaneamente da parte il caso particolare della responsabilità medica, non v’è dubbio che quelle incumbenti sull’avvocato, sul datore di lavoro o sulla pubblica amministrazione siano obbligazioni di comportamento (*facere*), il cui contenuto è delineato da precetti legislativi o da regole scaturenti da sistemi di autoregolamentazione (si pensi al codice deontologico per gli avvocati) o, ancora, dai principi generali di correttezza e buona fede. Non mi pare si possa affermare, tuttavia, che questi obblighi abbiano, quale diretto riferimento oggettivo, il far conseguire al “creditore” le utilità connesse alle *chances* di vittoria della causa o di conseguimento della promozione o di aggiudicazione dell’appalto. L’avvocato non “prende in carico” le *chances* di vittoria della causa che il suo cliente potenzialmente possiede (le quali, se mai, si collocano sul piano dell’interesse *ex art.* 1174 c.c.): egli è chiamato piuttosto a impiegare le sue conoscenze e le sue abilità professionali (entro il perimetro dei doveri deontologici) per tutelarne gli interessi sostanziali, cui in ipotesi potrebbero corrispondere scarsissime (o nessuna) probabilità di vittoria. Dunque, la conservazione o l’incremento delle *chances* di vittoria della causa rappresenta soltanto l’effetto indiretto della prestazione del professionista. Pertanto, si può anche dire che l’avvocato abbia, in ipotesi, pregiudicato le *chances* di vittoria della causa del cliente, ma solo per evidenziare – in un’ottica *ex post* - l’inadempimento

²³³ A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, cit., 690, il quale peraltro riduce la *chance* a un problema attinente “*alla prova e alla quantificazione del danno sotto il profilo del lucro cessante*”, così sancendone la natura essenzialmente descrittiva (almeno nel settore del diritto privato, recuperando invece la figura una reale capacità distintiva di situazioni giuridiche soggettive connotate in termini di interesse legittimo nell’ambito del diritto amministrativo).

ai suoi obblighi professionali. Ponendosi, invece, in una prospettiva *ex ante* rispetto all'esecuzione della prestazione, le *chances* (che, tra l'altro, sono assai spesso di difficile, se non impossibile quantificazione) non costituiscono certo l'oggetto della prestazione, ma rappresentano nient'altro che la "speranza" che il cliente nutre circa il conseguimento della situazione economica corrispondente alla vittoria della causa (*id est*, al bene giuridico finale).

Ancor più netta è la conclusione in tal senso se si guarda ai concorsi privati o alle gare pubbliche. Qui, al di là della qualificazione della posizione giuridica dei partecipanti in termini di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo (il quale ultimo, per definizione, non potrebbe rappresentare il lato attivo di un rapporto obbligatorio), è certo che essa si rapporta al rispetto di obblighi "strumentali" di correttezza e trasparenza della procedura, che costituiscono sì la pre-condizione perché ciascun concorrente possa sfruttare le proprie *chances* di vittoria o aggiudicazione, ma che evidentemente non coincidono con una diretta "assunzione di garanzia" rispetto alle *chances* di questo o quel candidato (*a priori* difficilmente determinabili).

È chiaro, quindi, che, così come la "variante maggiore" rappresentata dal lucro cessante (vale a dire dal vantaggio patrimoniale che il danneggiato avrebbe ottenuto nell'ipotesi in cui avesse vinto, rispettivamente, la causa o il concorso o la gara d'appalto), la perdita di *chance* non può che essere collocata, dal punto di vista logico, tra i danni-conseguenza situati a valle dell'inadempimento, e a questo legati dal nesso di causalità *ex art.* 1223 c.c. Con il conseguente problema (già più volte evidenziato) di marcare la differenza rispetto al lucro cessante "pieno", ciò che ha indotto la giurisprudenza (seguita a ruota dalla dottrina) ad abbracciare la tesi del danno emergente.

D'altra parte, una volta escluso che la perdita di *chance* rappresenti il contraltare della prestazione inadempita, l'unica opzione teorica per ammetterne il risarcimento sta nel configurarla come bene "altro" rispetto all'oggetto della prestazione, già presente nel patrimonio del creditore e che venga "distrutto" a causa dell'inadempimento. Entriamo, così, nel campo degli obblighi di protezione accessori alla prestazione principale, con tutte le difficoltà legate al fatto di dover riferire un tale obbligo a un "bene" (la *chance*) non avente sostrato materiale (siccome costituito di mere possibilità), la cui perdita, per di più, dovrebbe potersi configurare – a rigore – indipendentemente (e quindi, in ipotesi, congiuntamente) rispetto a quella da lucro cessante "pieno".

Venendo, infine, alla responsabilità medica (e limitando qui l'attenzione alla fattispecie "contrattuale"²³⁴), in questo caso la particolarità risiede nella

²³⁴ Ovvero, dopo la legge n. 24 del 2017, quella che interessa la struttura sanitaria o il medico con il quale il paziente abbia concluso uno specifico contratto.

circostanza che il *facere* oggetto dell'obbligo di prestazione incide direttamente sulla persona del paziente, sicché l'inadempimento, quasi sempre, lede direttamente un diritto soggettivo del creditore (il diritto alla salute o, come si vedrà, il diritto all'autodeterminazione) tutelato *erga omnes* (dunque anche dall'angolo visuale della responsabilità extracontrattuale). Per quanto più direttamente riguarda il danno da perdita di *chance*, si è già detto (e lo si vedrà ancor meglio in seguito²³⁵) che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, pur dichiarando di muoversi in una cornice contrattuale, ha tradizionalmente preferito applicare stilemi argomentativi tipici della responsabilità extracontrattuale, non preoccupandosi di affermare l'afferenza delle *chances* di guarigione o di sopravvivenza alle obbligazioni gravanti sul medico, quanto piuttosto di "isolare" un bene o interesse (diverso dal diritto alla salute) la cui lesione fosse in grado di giustificare, a mo' di danno-evento, la risarcibilità delle relative conseguenze²³⁶.

Volendo continuare, tuttavia, l'esercizio teorico già intrapreso, vale per il medico quanto già detto con riferimento alle altre figure di "debitori", ossia che, per qualificare come contrattuale la sua responsabilità per la perdita delle *chances* di sopravvivenza o guarigione del paziente, sarebbe necessario "inserire" queste ultime nell'oggetto della prestazione sanitaria. L'insostenibilità dell'assunto appare, peraltro, ancora più evidente, in questo caso, in considerazione della natura non patrimoniale del "bene finale" cui le *chances* si rapportano. È chiaro infatti che le linee guida, i protocolli, le *leges artis* cui è assoggettato l'operato del medico sono finalizzate alla cura e alla salvaguardia della salute (e, *a fortiori*, della vita) del paziente, rispetto alla quale le *chances* in questione, al momento della costituzione del rapporto, non sono "isolabili" come beni autonomi patrimonialmente valutabili. L'inadempimento del medico – lo si ripete – può cagionare o meno la lesione del diritto alla salute del paziente. Nel primo caso, si è fuori dalla perdita di *chance*, essendosi realizzata la violazione del "bene giuridico" direttamente implicato nell'esecuzione della prestazione, e l'espressione "perdita di *chance*" potrà essere eventualmente utilizzata solo per descrivere una particolare tipologia di danno-conseguenza, pur sempre derivante dalla lesione della salute²³⁷. Nel secondo caso (in cui l'inadempimento non è in rapporto causale con la lesione della salute), per identificare un danno risarcibile non resterebbe, in astratto, che postulare che la *chance* integri un bene giuridico patrimoniale, ovvero un interesse non patrimoniale rilevante *ex art. 2059 c.c.*, rientranti nell'ambito della

²³⁵ Sul danno non patrimoniale da perdita di *chance* nella responsabilità medica ci si intratterà diffusamente nel Cap. III.

²³⁶ A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, cit., 687, parla di "«deriva» in senso aquiliano del danno da perdita di chance" come "retaggio dell'epoca in cui la responsabilità medica veniva qualificata in termini extracontrattuali".

²³⁷ V. *supra*, Cap. I, par. 6.

“protezione” attivata dall’esecuzione della prestazione. Ma, sotto il primo profilo, si è già rilevato che è (quantomeno) ardito riuscire a immaginare un cespite patrimoniale costituito di possibilità proiettate su un interesse non patrimoniale (la salute o la vita); mentre, sotto il secondo profilo, resta tutto da dimostrare che la mera *chance* di guarigione o di sopravvivenza possa inverarsi in un interesse non patrimoniale diverso dal diritto alla salute (la cui risarcibilità peraltro, ove non lo si qualifichi alla stregua di diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito, dovrebbe passare attraverso la dimostrazione della ricomprensione tra quelli afferenti alla causa concreta del contratto).

Cambiando prospettiva, e passando ad applicare la perdita di *chance* allo schema della responsabilità extracontrattuale, si devono qui tirare le fila delle osservazioni svolte – sia pur frammentariamente - nei capitoli precedenti. Gli elementi costitutivi della fattispecie disciplinata dall’art. 2043 c.c. sono il fatto illecito; l’evento lesivo; l’ingiustizia del danno (derivante dal fatto che lo stesso discenda dalla lesione di un interesse della vittima, ritenuto meritevole di tutela alla stregua dell’ordinamento giuridico); le conseguenze pregiudizievoli (patrimoniali o non patrimoniali); il nesso di causalità (tradizionalmente ripartito tra causalità materiale - che avvince il fatto illecito e l’evento lesivo – e causalità giuridica – che avvince quest’ultimo ai c.d. danni-conseguenza).

Il danno da perdita di *chance* assume diversa fisionomia, a seconda del “luogo” della fattispecie in cui lo si inserisca. E così, la *chance* può prendere il posto dell’interesse violato dal fatto illecito, e la sua lesione, quindi, quello del danno-evento. In questa ipotesi, occorrerà interrogarsi – anche ai fini del giudizio di ingiustizia - sulla “struttura” di tale interesse (se sia un diritto soggettivo, un interesse legittimo, un’aspettativa, o un interesse di mero fatto), nonché sulla sua natura patrimoniale o non patrimoniale (e, in quest’ultimo caso, sulla sua rilevanza costituzionale, ai fini della risarcibilità del risarcimento di un danno-conseguenza non patrimoniale). Occorrerà inoltre verificare se il nesso di causalità (materiale) si atteggi in modo peculiare, in ragione delle (peculiari) caratteristiche dell’interesse leso.

Da altro angolo visuale, la *chance* può invece essere collocata al posto del danno-conseguenza, anche qui con tutta una serie di implicazioni, che vanno dalla sua configurazione quale danno emergente ovvero lucro cessante alla distinzione concettuale rispetto alle omologhe figure riferite, questa volta, al “bene giuridico finale”; dalla natura (anche qui) patrimoniale o non patrimoniale, ai criteri di quantificazione e liquidazione del pregiudizio.

Cominciando dal primo gruppo di problemi, il profilo della configurazione della *chance* come interesse leso dal fatto illecito è stato poco indagato dalla dottrina e sostanzialmente ignorato dalla giurisprudenza. La prima si è sovente

rifugiata in formule che richiamano l'evanescente diritto all'integrità del patrimonio (sostanzialmente dissimulando, pertanto, il ricorso alla figura del c.d. danno meramente patrimoniale)²³⁸; la seconda ha, di fatto, "by-passato" il problema, forte della "ingiustizia *in re ipsa*" scaturente dalla (spesso implicita) caratterizzazione contrattuale della fattispecie.

A voler essere conseguenti con le premesse, si dovrebbe immaginare un "diritto alla conservazione della *chance*" la cui lesione, sulla falsariga del diritto di proprietà per le cose materiali, sostanzialmente l'ingiustizia del danno conseguente alla "sottrazione" di questo particolare "bene". Ove, invece, ci si sposti nel campo del danno non patrimoniale, la *chance* dovrebbe assumere, invece, le foggie di un interesse non patrimoniale inviolabile costituzionalmente garantito, la cui lesione possa integrare la fattispecie dell'art. 2059 c.c..

Nel primo caso, il problema sta nella difficoltà di riuscire effettivamente a distaccare la *chance* dal "bene finale" cui è correlata, individuando conseguentemente un criterio che consenta di attribuirle un autonomo valore di mercato, sganciato dal rigido aggancio al valore percentuale di quello²³⁹; nel secondo caso (rilevante essenzialmente nel campo della responsabilità medica), ci si imbatte invece nel grosso ostacolo teorico di non riuscire a configurare un diritto inviolabile della persona, sostanziato di mere possibilità, che non finisca per coincidere col diritto alla salute (oltre all'analogo problema appena indicato per il danno patrimoniale, in sede di liquidazione del danno). In entrambi i casi, poi, un'altra grossa "criticità" si manifesta sul terreno del nesso causale, per la combinazione delle due dimensioni probabilistiche (quella che assiste la regola probatoria del "più probabile che non", e quella che sostanzia il bene giuridico leso dal fatto illecito).

Per quel che riguarda il danno-conseguenza da perdita di *chance*, vi è anzitutto un problema di (necessaria) corrispondenza – sotto il profilo della natura patrimoniale/non patrimoniale - con la natura dell'interesse leso dal comportamento illecito (problema su cui si è soffermata, di recente, Cass., 9.3.2018, n. 5641, pronunciandosi in senso positivo). In secondo luogo, ove lo si configuri come patrimoniale, ci si trova di fronte alla necessità di giustificare la "misurabilità in denaro" della *chance* perduta (o non conseguita), mentre, ove lo si

²³⁸ V. Cap. I, par. 2.

²³⁹ Osserva efficacemente A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, cit., 680 ss. che la creazione, a fianco di ciascuna situazione soggettiva "finale", di una "situazione soggettiva «surrogata», avente ad oggetto la mera possibilità di conseguire quel dato obiettivo", equivale "ad abbassare la soglia di rilevanza giuridica degli interessi meritevoli di tutela ossia – in altri termini – ad abbassare la soglia di ingresso per accedere alla tutela giuridica elargita in via aquiliana: non è più necessario che il danneggiato dimostri di aver perduto il bene cui aspirava, essendo sufficiente provare di avere perduto la possibilità di conseguirlo"; oltre a determinare la criticità legata all'"irrisolto rapporto tra la chance e la situazione soggettiva finale".

intenda come danno non patrimoniale, s'incorre nella difficoltà (pressoché insuperabile) di non riuscire in alcun modo ad equiparare la perdita di *chance* alle tipiche forme di manifestazione di questo tipo di pregiudizio (quali la sofferenza interiore o la modificazione *in pejus* degli assetti della propria vita di relazione). In terzo luogo, emerge ancora una volta la sostanziale impossibilità di distinguere 'qualitativamente' la perdita di *chance* rispetto ai danni-conseguenza sui quali essa è fatalmente modellata, con gli ulteriori riflessi in punto di nesso causale, soprattutto in relazione al lucro cessante (che, se non integrato, non dovrebbe poter essere surrogato dalla sua 'miniatura' rappresentata dalla perdita di *chance*²⁴⁰).

4. *Danno da perdita di chance e ingiustizia del danno.*

Per le ragioni già indagate nel paragrafo che precede, un problema di ingiustizia del danno da perdita di *chance* può porsi, a livello teorico, nella sola responsabilità extracontrattuale, laddove peraltro la riflessione dev'essere opportunamente circoscritta al profilo della lesione dell'interesse giuridicamente rilevante della vittima, posto a fondamento della risarcibilità dei conseguenti pregiudizi²⁴¹. Cionondimeno, si è visto come la giurisprudenza, attraverso la teorizzazione della *chance* come bene giuridico autonomo, abbia trovato utile (o semplicemente comodo) applicare lo stesso schema concettuale a fattispecie (quali l'omessa o intempestiva diagnosi del medico, e la partecipazione a gare o concorsi indetti dal datore di lavoro o dalla pubblica amministrazione) che, al di fuori di tale specifico problema, vengono (in maniera senz'altro più corretta) usualmente ascritte a un contesto contrattuale (o di responsabilità da "contatto sociale").

In linea generale, è noto che il requisito dell'ingiustizia del danno, richiamato dall'art. 2043 c.c., consiste nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (a prescindere dalla sua qualificazione formale), e implica la necessità per il giudice di accertare, all'esito di un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, se e con quale intensità l'ordinamento prenda in

²⁴⁰ Secondo S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 7, un ostacolo insormontabile alla confutabilità del danno da perdita di *chance* come lucro cessante, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, sarebbe dato dal fatto che "nell'ambito aquiliano il lucro cessante si presenta come conseguenza della mancata disponibilità del bene o dell'utilità perduti e, dunque, ha come presupposto logico-giuridico una precedente perdita ingiusta quale fondamento specifico del mancato guadagno e tutto ciò non si rinviene per definizione nell'ipotesi di perdita di una chance". L'impossibilità di rinvenire, a monte, la lesione di una situazione giuridica soggettiva della vittima (con il correlato danno-emergente) sbarrerebbe la strada, dunque, al lucro cessante, relegandolo nella dimensione del danno meramente patrimoniale (ritenuto non configurabile in questa branca della responsabilità).

²⁴¹ Si è visto, infatti, che il riferimento della categoria della perdita di *chance* ai danni-conseguenza può dar luogo a problemi diversi (legati alla valenza meramente descrittiva della formula rispetto a pregiudizi "tipici" ovvero all'ammissibilità di un criterio di causalità più "sbiadito" rispetto a quello ordinario), che però non sono direttamente collegati al profilo dell'ingiustizia del danno.

considerazione (anche a fini diversi da quelli risarcitori) quello del danneggiato, manifestando in tal modo un'esigenza di protezione²⁴². Parimenti nota è l'evoluzione giurisprudenziale che, sconfessando il tradizionale "dogma" della risarcibilità aquiliana dei soli diritti soggettivi (assoluti), ha progressivamente allargato l'area della risarcibilità a un ventaglio sempre maggiore di interessi dell'individuo²⁴³. Culmine di questo percorso fu la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, n. 500 del 1999²⁴⁴ la quale, nel sancire la centralità del requisito dell'ingiustizia del danno all'interno della fattispecie dell'art. 2043 c.c., la ricollegò una volta per tutte alla lesione di un interesse giuridicamente rilevante, da individuarsi come tale non già in funzione della sua formale qualificazione come diritto soggettivo, bensì alla stregua di un giudizio di comparazione inteso ad accertare se il sacrificio inflittogli nel caso concreto trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. In tal modo, l'art. 2043 c.c. si accreditò definitivamente come norma "primaria", volta cioè ad apprestare direttamente (ovvero senza l'intermediazione di altre disposizioni attributive di diritti soggettivi o contenenti specifici divieti di condotta) il risarcimento del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui²⁴⁵.

²⁴² V. Cass., 17.5.2004, n. 9345; Cass., 3.9.2007, n. 18511.

²⁴³ Un primo passo fu rappresentato dall'affermazione della risarcibilità del danno derivante dalla lesione dei diritti di credito (Cass., S.u., 26.1.1971, n. 174, nel c.d. caso Meroni, seguita da Cass., 24.6.1972, n. 2135, che vi ricomprese il caso in cui l'impossibilità della prestazione, determinata dal fatto illecito del terzo, fosse soltanto temporanea). Con il caso De Chirico di cui a Cass., 4.5.1982, n. 2765, si giunse poi a risarcire un danno meramente patrimoniale (non mediato, cioè, dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva), benché attraverso una motivazione che tributava un formale ossequio all'orientamento tradizionale, inventando un inesistente diritto soggettivo "*di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio*". Anche nell'ambito dei rapporti familiari, si assistette al progressivo riconoscimento della risarcibilità del danno patrimoniale "riflesso" da perdita delle elargizioni effettuate in vita dal congiunto, anche al di fuori di un obbligo giuridico in senso stretto. Si partì dal pregiudizio relativo ai servizi casalinghi di cui un figlio era stato privato a seguito della morte della madre (Cass., 23.5.1975, n. 2063), per giungere a quello legato al venir meno delle somme corrisposte *de facto* dai genitori, anche al di fuori degli obblighi di mantenimento in senso stretto (Cass., 25.6.1981, n. 4137) - o ancora alle somme che il figlio prematuramente deceduto per il fatto illecito altrui avrebbe verosimilmente corrisposto in futuro ai genitori (Cass., 6.12.1982, n. 6651) -, fino ad attingere il piano dei rapporti di fatto, con riferimento al danno patrimoniale "*per la perdita del contributo patrimoniale e personale apportato in vita, con carattere di stabilità, dal convivente defunto*" (Cass., 28.3.1994, n. 2988).

²⁴⁴ In *Foro it.*, 1999, I, 3226, con note di R. CARANTA, A. ROMANO ed E. SCODITTI.

²⁴⁵ Un discorso diverso si dovrà fare per l'ingiustizia "qualificata" sottesa alla risarcibilità del danno non patrimoniale nei "casi previsti dalla legge" di cui all'art. 2059 c.c. Qui l'atipicità dell'art. 2043 c.c. lascia spazio a una tipicità "attenuata", delineata dalle pronunce delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 26972-26975 dell'11.11.2008, oltre che in relazione alle fattispecie di reato o previste dalla legge ordinaria, con riguardo alla lesione dei diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti. Rimandando al prossimo capitolo l'approfondimento in ordine ai problemi nascenti dall'applicazione del danno da perdita di *chance* alla sfera non patrimoniale, basti qui sottolineare come, fino al recente arresto del 2018, la Corte di Cassazione ha invariabilmente caratterizzato il danno da perdita di *chance* come perdita/lesione (di un bene o interesse di natura patrimoniale, indipendentemente dalla natura (patrimoniale o non patrimoniale) dell'interesse "finale" sul quale la *chance* era "proiettata").

Come già anticipato²⁴⁶, nella sentenza capostipite in materia lavoristica²⁴⁷ la perdita di *chance* fu configurata come danno-conseguenza, derivante dalla lesione del “diritto all’integrità del proprio patrimonio”, cosicché la sottolineatura della sua natura di “bene patrimoniale” e di “entità economicamente e giuridicamente valutabile” diveniva piuttosto funzionale a ribadire la natura di danno patrimoniale²⁴⁸. Che si trattasse di un mero artificio retorico²⁴⁹, mediante il quale veniva, nei fatti, riconosciuto il risarcimento di un danno meramente patrimoniale, lo rilevò la stessa Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n. 500 del 1999, ove, nell’esemplificare il fenomeno del “*riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità del diritto soggettivo*”, richiamò proprio l’esempio del “*c.d. diritto all’integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni (..) ed in relazione al quale è stata affermata, tra l’altro, la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come possibilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni*”.

Con l’espressione “danno meramente patrimoniale” si indica la diminuzione del valore economico complessivo del patrimonio del danneggiato, non mediata dalla lesione di una specifica situazione giuridica soggettiva²⁵⁰). Al di là fatto che la fattispecie non comprende i casi di diminuzione patrimoniale discendente dalla soppressione (o deterioramento) di un bene materiale, o dalla compromissione di un interesse giuridico non patrimoniale (quale il diritto alla salute²⁵¹), è opinione diffusa che la categoria sia difficilmente “esportabile” al di fuori del contesto “relazionale” nel quale generalmente alligna, essendo difficile

²⁴⁶ V. *supra*, Cap. I, par. 3.

²⁴⁷ Cass., 19.12.1985, n. 6506.

²⁴⁸ In tal senso, v. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. II, Milano, 2008, 359, il quale sottolinea che in tal modo “*si ribadisce la mera patrimonialità della perdita in cui consiste la chance perduta, dimenticandosi che in sede aquiliana il danno, per essere risarcito, secondo quanto richiede l’art. 2043 c.c. deve essere ingiusto, cioè deve essere qualificato dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva*”.

²⁴⁹ V. MAIO, *La perdita di chance nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, cit., 109, efficacemente osserva che “*si genera una sorta di superfetazione virtuale, atta a fondare una oggettività che è tutto fuor che concreta, e che impiega lo slittamento concettuale dal diritto al diritto al diritto, soltanto per sfuggire alla sorte, certa e grama, delle mere aspettative di fatto*”.

²⁵⁰ Per una complessiva ricognizione dell’istituto si veda N. MUCCIOLI, *Osservazioni in tema di danno meramente patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 430, nonché la monografia di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

²⁵¹ “*Al concetto di pura perdita patrimoniale è poi estraneo il cosiddetto danno conseguenza, e cioè la perdita patrimoniale che sia conseguenza dannosa di un primo danno costituito da una lesione*”; di modo che “*la pura perdita patrimoniale resta anche distinta dai riflessi economici che possono riconnettersi a una lesione della persona*” (M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., rispettivamente alle pagine 3 e 4).

individuare indici di rilevanza giuridica della condotta del danneggiante (in termini di violazione di doveri di comportamento), sui quali fondare (in mancanza di un'ingiustizia in senso stretto) la risarcibilità dello stesso²⁵². Non può trascurarsi, inoltre, di evidenziare che il “danno meramente patrimoniale”, in quanto tale, non è per definizione predicabile con riferimento alle ipotesi di perdita di *chance* non patrimoniale (quali quelle – tra le più frequenti nell'applicazione giurisprudenziale – derivanti dalla responsabilità sanitaria). In conclusione, si tratta di una categoria concettuale eventualmente idonea a spiegare la fattispecie della perdita di *chance* nella sola dimensione “contrattuale”.

Il discorso deve volgere, dunque, alla verifica se la *chance* integri essa stessa una situazione giuridica soggettiva (e di che tipo), sulla cui lesione sia possibile innestare il requisito dell'ingiustizia *ex art. 2043 c.c.*

Nel commentare una sentenza della Corte d'appello di Parigi, che aveva respinto la pretesa risarcitoria di una banca nei confronti del terzo cui era addebitabile la morte del debitore della prima, Busnelli qualificò come “*mero interesse di fatto*” la *chance* “*che il cliente, tornato a miglior fortuna, [le] restituìsse quanto essa [aveva] pagato*”²⁵³. Anche per Castronovo la *chance*, quale “*mera probabilità di un esito favorevole, si situa sul piano del fatto*”, non potendo pertanto ambire alla tutela risarcitoria sulla base dell'art. 2043 c.c.²⁵⁴. Alla stessa conclusione giunge Mazzamuto, pur rinvenendo nella *chance* un'aspettativa giuridicamente tutelata (ma solo “*in sede contrattuale*”²⁵⁵). Un altro orientamento intravede nella *chance* un'aspettativa di diritto, la cui lesione integra un danno ingiusto²⁵⁶.

Affermando 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*

²⁵² Per una ricostruzione in questi termini del danno meramente patrimoniale, v. A. DI MAJO, in *Diritto civile*, dir. da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. IV/III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 27 ss.

²⁵³ F. D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, cit., 49. La domanda era stata rigettata dal giudice francese, argomentando non già in punto di (inammissibilità del) danno da perdita di *chance*, bensì sotto il profilo soggettivo dell'ascrivibilità a colpa della stessa banca del pagamento dell'assegno a vuoto.

²⁵⁴ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 596, nt. 226, il quale conseguentemente ne confina la tutelabilità al campo della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni.

²⁵⁵ S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 60.

²⁵⁶ A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1181. V. anche G. ALPA - M. BESSONE - V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1995, 221, secondo cui, nelle fattispecie in esame, “*si verifica una «anticipazione» di tutela, individuando la situazione protetta non nel bene in sé, bensì nella sua aspettativa giuridicamente e statisticamente corroborata*”. Sostiene che “*il risarcimento del danno per perdita di una chance viene concesso solo nel caso in cui sia stata vanificata un'aspettativa legittima*”, il che si verifica allorché il risultato sperato integri “*una posizione protetta come diritto soggettivo*”, F. GHISGLIERI, *Risarcimento del danno e perdita di chance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 141.

*suscettibile di autonoma valutazione*²⁵⁷, la Cassazione sembra rinvenire proprio nella lesione di tale “entità patrimoniale” (ovvero, sia pure non esplicitamente, nell’interesse di cui costituisce oggetto) il crisma dell’ingiustizia del danno²⁵⁸. Si assiste, in tal modo, a una creazione puramente “pretoria” della situazione giuridica soggettiva, “*della quale la giurisprudenza non si perita di mascherare la fonte non legislativa e quello che questo implica: l’autoattribuzione alla stessa giurisprudenza della qualità di fonte del diritto*”²⁵⁹. Secondo Barcellona, invece, di “ingiustizia” del danno da perdita di *chance* può farsi questione, in senso proprio, nella sola ipotesi il cui il comportamento di un terzo (e non della “controparte contrattuale”) abbia impedito la partecipazione del danneggiato a un procedimento (il cui esito sia caratterizzato da una “irrisolvibile incertezza empirica”) o ne abbia determinato lo scorretto svolgimento: qui l’“aspettativa di un risultato futuro e incerto” rilevarebbe alla stregua di un *quid* giuridico suscettibile di autonoma valutazione, siccome rappresentativo della “*spettanza della mera possibilità di un risultato favorevole*”. La risarcibilità in via aquiliana della perdita di *chance* andrebbe ricollegata, quindi, alla “appropriabilità” del valore consistente nella possibilità di un risultato vantaggioso, irrilevante essendo “*la circostanza che non ricorra una espressa situazione soggettiva e che, comunque, non si rinvenga un prezzo di mercato*”²⁶⁰.

Tuttavia, ammesso che si riesca a configurare la *chance* come “bene giuridico autonomo”²⁶¹, ciò non appare risolvere, di per sé, tutti i problemi in punto

²⁵⁷ Cass., 11.12.2003, n. 18945; Cass., 28.1.2005, n. 1752; Cass., 20.6.2008, n. 16877; Cass., 12.8.2008, n. 21544; Cass., 25.8.2014, n. 18207; Cass., 14.3.2017, n. 6488; Cass., 18.3.2019, n. 7570.

²⁵⁸ Lo nota M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 404, secondo il quale dalla giurisprudenza la *chance* è strutturata “*come un’aspettativa giuridicamente rilevante la cui lesione si lascia inscrivere nel “danno ingiusto” dell’art. 2043*”. È opportuno rimarcare, peraltro, che la giurisprudenza ha proceduto alla reiterazione standardizzata della menzionata formula nelle fattispecie più varie (di origine contrattuale o extracontrattuale, patrimoniale o non patrimoniale), senza indagarne le implicazioni sistematiche a seconda del contesto di riferimento. Come già più volte evidenziato, infatti, riguardare come autonoma “entità patrimoniale”, per esempio, la *chance* connessa all’acquisizione di utilità patrimoniali precluse a causa di un incidente stradale è problema in tutto afferente alla liquidazione del (danno-conseguenza da) lucro cessante, e nulla ha a che vedere, quindi, col problema dell’ingiustizia che qui si sta esaminando.

²⁵⁹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 133.

²⁶⁰ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., rispettivamente 420 e 417. Tale tesi è stata sottoposta a critica da S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 60 s., il quale vi ha ravvisato una impropria “deviazione” della nozione di ingiustizia del danno, che verrebbe spostata dall’evento di danno, inteso come lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, al fatto lesivo. Né può ritenersi sufficiente, a tal fine, la circostanza che la perdita di occasioni favorevoli abbia un’incidenza sull’integrità del patrimonio, dal momento che, in tal modo, si finisce per tornare alla figura del danno meramente patrimoniale, la quale imprimerebbe alla responsabilità extracontrattuale una connotazione spiccatamente sanzionatoria, in contrasto con i suoi caratteri tipici, così come delineati dalla legge.

²⁶¹ Ciò di cui S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 55, dubita, dal momento che non è possibile attribuirle un valore di mercato, “*come emerge dalla circostanza che essa costituisce alternativamente un valore aggiunto dipendente dalle qualità della cosa (ad es. il cavallo di razza e le sue possibilità di vittoria in una gara) ovvero il risultato di*

di ingiustizia del danno. Affermare che la probabilità possiede, di per sé, una rilevanza giuridica non conferisce, infatti, automaticamente il crisma dell'ingiustizia al danno derivante dalla corrispondente lesione. E ciò non solo perché non è possibile “sganciarla” artificialmente dal risultato finale verso il quale è naturalmente proiettata²⁶², ma anche perché – a ben vedere –, la privazione di tale bene/probabilità è vicenda che si situa sul piano del danno conseguenza (al quale viene conferita, per il tramite di tale ricostruzione, la natura di danno emergente, nonché di danno invariabilmente patrimoniale), di modo che non viene meno la necessità di individuare l'interesse del danneggiato – del quale il suddetto bene rappresenti il “contraltare oggettivo” -, rispetto al quale condurre il giudizio di ingiustizia.

L'anomalia diviene ancor più evidente ove si prenda in esame gli argomenti con i quali, a partire dal 2004, la Corte di Cassazione prese ad “esportare” la tesi ontologica nel campo della responsabilità sanitaria, affermando che la perdita di *chance* integra “una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, la possibilità del risultato”. Qui, infatti, l'adeguata valorizzazione del requisito dell'ingiustizia avrebbe richiesto di coordinare il danno-conseguenza (qualificato come) patrimoniale con l'avvenuta lesione di un interesse non patrimoniale; ovvero, se si ritiene che a venire risarcito sia un danno non patrimoniale, avrebbe imposto che venisse specificato l'interesse inviolabile della persona - diverso dal diritto alla salute ma parimenti costituzionalmente garantito - colpito dal fatto illecito²⁶³. Eludendo questo passaggio, si rischia di finire in una “zona grigia” in cui i concetti e gli istituti vengono (più o meno arbitrariamente) sovrapposti, potendosi giungere ad affermare che “la chance non ha né la natura di un interesse di fatto né quella di un interesse giuridicamente rilevante, bensì ha la natura della situazione favorevole al cui conseguimento la chance è connessa. (...) la perdita di una chance è nient'altro che la perdita di una situazione favorevole sperata, della quale il danneggiato avrebbe (con certo grado

un'attività del danneggiato ancora da svolgere e per di più infungibile (ad es. l'esito vittorioso di un pubblico concorso). Tutto ciò trova conferma nel predicato della naturale incredibilità e nell'assenza di un mercato dei puri vantaggi virtuali”. Nega che la *chance* possa considerarsi un “bene giuridico” anche C. OLIVA, *Perdita di chance: patrimonialità e criteri di quantificazione del relativo danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 813, osservando come, alla stregua del diritto positivo, non sia possibile riconoscere alla *chance* gli attributi necessari allo scopo (né in termini di valore di sfruttamento o di appropriazione, né tantomeno in termini di caratteristiche fisiche, con riguardo, rispettivamente, ai beni immateriali o materiali).

²⁶² V. G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit., 34 ss.

²⁶³ Nel commentare la pronuncia, S. LANDINI, *Responsabilità del medico per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 465 osserva che, in questo modo, la Cassazione “dilata il concetto di danno ingiusto considerando antiggiuridica, e quindi fonte di obblighi risarcitori, la condotta che importi violazione del diritto a non veder aggravate le possibilità di lesione di una situazione giuridica di per sé riconosciuta e tutelata dall'ordinamento”. Lo schema è, ancora una volta, quello dell'invenzione di un “diritto” inesistente, allo scopo di conferire dignità risarcitoria (sotto l'egida dell'ingiustizia) a una lesione meramente potenziale.

di probabilità) goduto in futuro”²⁶⁴.

Occorrerebbe, allora, attribuire alla *chance*, una volta per tutte, un contenuto dal quale sia possibile inferire la meritevolezza (ai fini aquiliani) dell’interesse che ne sostanzia la “titolarità”.

E se, per le ragioni già sviluppate (essenzialmente legate alla “incommensurabilità”, alla stregua di valori di mercato, di una probabilità che prescindendo dalla realizzabilità del risultato finale) non appare soddisfacente la configurazione come “entità patrimoniale”, non sembra destinata a miglior sorte la qualificazione nei termini di aspettativa. Quest’ultima, intesa in senso tecnico, opera nelle fattispecie in cui vi è uno “scarto temporale tra la fase della rilevanza giuridica e quella della efficacia”, e designa quei “diritti, poteri ed obblighi, attribuiti in funzione conservativa di un interesse facente capo al soggetto che dalla fattispecie in formazione emerge già come futuro titolare del diritto”²⁶⁵. Si tratta, dunque, di una situazione giuridica strumentale, operante in un contesto “relazionale” e indissolubilmente legata (già a livello concettuale) alla posizione giuridica “finale” verso la quale la fattispecie è naturalmente suscettibile di evolvere (e per la cui tutela i suddetti poteri sono, in definitiva, riconosciuti)²⁶⁶. Nel danno da perdita di *chance*, al contrario, il risultato dell’autonoma risarcibilità viene ottenuto proprio marcando il “distacco” di quest’ultima rispetto al vantaggio giuridico “finale” (che non è dato sapere se mai si sarebbe verificato)²⁶⁷.

In definitiva, il tentativo di elevare la *chance*, in seno alla responsabilità extracontrattuale, a (oggetto di un) interesse meritevole di tutela (e conseguentemente di delineare un’ingiustizia “autonoma” per la relativa perdita) sembra destinato a fallire in ragione delle stesse intrinseche caratteristiche della probabilità, che di tale posizione giuridica dovrebbe costituire l’essenza. Insormontabili ostacoli logici impediscono, infatti, di equiparare a beni, entità,

²⁶⁴ Così Trib. Roma, 27.11.2008 (su cui v. *amplius infra*, Cap. III), con riguardo a una fattispecie di responsabilità medica, nella quale venne ritenuta risarcibile la “chance di vivere circa un anno in più”.

²⁶⁵ Così M. ASTONE, *L’aspettativa e le tutele*, Milano, 2006, rispettivamente 15 e 38.

²⁶⁶ Secondo R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 229, l’aspettativa non possiede una rilevanza giuridica autonoma; essa, infatti, “non può che risolversi per definizione in una posizione di attesa e dunque di inerzia, che diritto ancora non è; e potrà conseguire così – secondo l’altro ramo dell’alternativa fondamentale prospettata – una tutela giuridica e qualche rilevanza per il diritto, soltanto in via indiretta e mediata (attraverso effetti, insomma, che non si risolvono mai in un potere autonomo del soggetto di far valere l’aspettativa medesima)”. Invero “il diritto, per la sua natura di effetto ideale della fattispecie – e per questo già contrastante ad ogni immagine di carattere naturalistico –, non può che esistere oppure no, e nascere poi tutto d’un tratto; e così non è possibile concepire un mezzo diritto, tra il fatto e il diritto finale, quale dovrebbe essere a tale stregua l’aspettativa” (p. 228).

²⁶⁷ Per queste considerazioni, nonché per ulteriori richiami dottrinali, si veda G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit., 19 ss. Imposta la distinzione tra aspettativa e *chance* in termini di (relativa) certezza/incertezza circa il raggiungimento del “fatto perfezionativo della fattispecie” A. GASPARINI, *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. impr. Eur.*, 2008, 336.

componenti patrimoniali le probabilità che, invece, esprimono un criterio di misurazione della frequenza di accadimenti, operante in relazione a classi astratte di fenomeni, e “*come tali (...) non si acquistano né si perdono; non sono un valore che appartiene all’individuo*”²⁶⁸: detto altrimenti, “*le argomentazioni probabilistiche trovano il loro terreno di elezione come strumento di previsione o di spiegazione dei fatti ma mal si prestano a configurare un danno certo*”²⁶⁹.

Ricondotte sul terreno dei beni e degli interessi giuridici, le probabilità non sono in grado, dunque, di designare qualcosa di diverso rispetto alla situazione giuridica finale cui tendono, sicché “*non può aversi un giudizio di ingiustizia della probabilità che non riguardi anche ciò che era probabile, ossia la situazione finale mancata*”²⁷⁰.

5. *Danno da perdita di chance e liquidazione equitativa del danno.*

Un crinale nitido dal punto di vista logico - ma molto più sfumato in sede applicativa - separa il concetto di danno, visto nella sua essenza ontologica, dalla relativa quantificazione e liquidazione. Si tratta di aspetti (dello stesso fenomeno) indubbiamente distinti, ma reciprocamente coimplicanti, nel senso che se, da un lato, la fattispecie di responsabilità civile è funzionalmente preordinata alla compensazione di un pregiudizio – cosicché può ritenersi compiutamente integrata soltanto allorché tale pregiudizio presenti una (pur minima) consistenza quantitativa -; d’altra parte, è con l’individuazione in concreto della misura del danno che si istituisce il legame, fondante la responsabilità, tra lo specifico *vulnus* alla sfera giuridica del danneggiato e il determinato fatto illecito che lo ha cagionato.

I due profili tendono a sovrapporsi nella concezione del danno come “*abolizione, o diminuzione, di un bene o vantaggio*”²⁷¹, ulteriore rispetto alla lesione dell’interesse, in quanto “*il principio normativo dell’equivalenza implica la commisurazione del danno, da risarcire, al danno, come fatto che fonda la responsabilità. Se quella commisurazione dà per risultato zero, la responsabilità neppure sorge. In assenza di un evento che presenti i caratteri descritti dall’art. 1223, il giudizio aquiliano ha esito negativo; non vi è responsabilità perché non vi è danno*”²⁷². Da questo punto di vista, “*il danno, una volta che ricorre, conta*

²⁶⁸ Così R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 100 ove pure si legge: “*il ricorso alle probabilità consente di inquadrare un fenomeno in un contesto; consente di dargli una dimensione; ma esse non fanno parte del meccanismo attraverso il quale si verificano gli eventi.*”

²⁶⁹ R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 100 s.

²⁷⁰ G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit., 36.

²⁷¹ V. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, I, 505 s.

²⁷² C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, 45.

*soltanto secondo la dimensione quantitativa, che solleva poi il problema della sua determinazione e misura*²⁷³.

Tale ricostruzione non può trascurare, tuttavia, che *“in teoria generale è possibile delineare una nozione di danno, rispetto alla quale la dimensione economica sia solo eventuale, e riemerge se mai, per altra via, nella successiva fase della liquidazione*”²⁷⁴. Si allude, in sostanza, alla concezione del danno come evento lesivo, *“risultato materiale o giuridico in cui si concreta la lesione di un interesse giuridicamente apprezzabile*”²⁷⁵, rispetto al quale il risarcimento si pone come fase autonoma e distinta: *“una volta accertata la protezione giuridica conferita all’oggetto del danno, non possono introdursi ulteriori limitazioni, corrispondenti alla natura o all’entità del sacrificio dell’utilità. Qualsiasi lesione dell’interesse, cioè dell’utilità possibile e giuridicamente garantita ad un soggetto, è un danno giuridico, produttivo di responsabilità (..)”*²⁷⁶. V’è poi chi distingue in relazione alla natura dell’interesse leso: nelle ipotesi di lesione di interessi patrimoniali, il danno costituisce elemento ulteriore rispetto alla lesione stessa; ove invece ad essere violati siano interessi non patrimoniali, la lesione integrerebbe di per sé il danno²⁷⁷.

In realtà, il combinarsi delle regole probatorie con la complessità delle fattispecie concrete fa sì che, nella pratica, sia possibile considerare raggiunta la dimostrazione del danno, non solo dal punto di vista della violazione *non iure* di una posizione soggettiva meritevole di tutela - ciò che attiene propriamente al momento dell’ingiustizia -, ma anche sul piano dell’apprezzamento degli effetti patrimoniali negativi determinatisi a carico del danneggiato, senza che sia possibile tuttavia attribuire un valore economico preciso alla perdita. Pertanto, indipendentemente dalla nozione di danno che si intenda accogliere, resta confermata l’autonomia (concettuale ma anche pratica, come si è visto) della fase della quantificazione e liquidazione del pregiudizio, rispetto a quella della sua individuazione, specie in relazione alle voci di più complessa determinazione (si pensi al lucro cessante).

Determinazione del contenuto del danno e misura del contenuto del danno rimangono allora operazioni distinte, *“così come sono operazioni distinte il fissare l’estensione di un campo nei limiti di una certa linea di confine, e il darne la*

²⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, cit., 516.

²⁷⁴ Ancora C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 46.

²⁷⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1994, V, 112.

²⁷⁶ A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 23. Per una compiuta ricostruzione della c.d. teoria normativa, che fa coincidere il danno con la lesione di un interesse giuridicamente tutelato, si veda anche, dello stesso Autore, la voce *Danno* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, 622 ss.

²⁷⁷ In questo senso P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. dir. da R. SACCO*, Torino, 1998, 277.

misura”²⁷⁸. D’altra parte, se la prima operazione è imprescindibile in ogni giudizio di risarcimento, la seconda può viceversa mancare (si pensi al caso della reintegrazione in forma specifica o della richiesta di condanna generica sull’*an*, separata dalla condanna sul *quantum*). La cognizione del giudice deve volgersi, dunque, in primo luogo, alla verifica della compresenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, e successivamente alla ‘concretizzazione’ dell’obbligo risarcitorio discendente *ex lege* dalla stessa. Ideale spartiacque di questo procedimento cognitivo/valutativo è “*il concetto di danno certo, [il quale] è, al tempo stesso, il dato iniziale per procedere oltre, nella determinazione e nella stima, ed è il risultato finale del processo logico che culmina con la pronuncia di responsabilità e la condanna al risarcimento*”²⁷⁹. L’individuazione del danno presuppone l’imputabilità dell’evento al responsabile, la sussistenza del criterio di imputazione, e la ricorrenza del requisito dell’“ingiustizia”; il criterio della causalità giuridica (art. 1223 c.c.), poi, vale a delimitare sul piano oggettivo la perdita economica suscettibile di assumere rilevanza giuridica: il danno è risarcibile (e quindi, può essere successivamente misurato e stimato) quando (e nella misura in cui) è in rapporto di causalità con il suo fatto produttivo. In questo senso il danno può dirsi certo, quando cioè, “*sulla base della regolarità statistica, e della normalità con la quale gli eventi risultano tra loro concatenati, si può affermare che un certo danno discende dai fatti produttivi che integrano la lesione della vittima*”²⁸⁰.

Le due “fasi” devono essere mantenute distinte anche sotto il profilo probatorio. Il danno-conseguenza, nella sua “consistenza”, deve essere provato dal danneggiato, quale che sia il titolo della responsabilità, in applicazione della regola generale di cui all’art. 2697 c.c.²⁸¹. Non è in dubbio, infatti, che il pregiudizio di cui si invoca il risarcimento rappresenti un fatto costitutivo della relativa domanda. In questa prima fase, la prova serve ad attribuire ‘certezza’ al danno, delimitandone

²⁷⁸ Sono parole di A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 329.

²⁷⁹ M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 818.

²⁸⁰ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 281; v. anche A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 214 s., il quale afferma che “*per fissare l’ammontare del danno da reprimersi giuridicamente, occorre, in primo luogo, stabilire entro quale limite il danno può dirsi causato da un fatto umano munito degli attributi richiesti dalla legge al fine della responsabilità*”.

²⁸¹ Per quel che riguarda il collegamento del pregiudizio con la fattispecie di responsabilità, se nella responsabilità extracontrattuale è sempre stato pacifico che il nesso di causalità (“materiale” e “giuridico”) debba essere provato dall’attore, nella responsabilità contrattuale (soprattutto in campo sanitario) si è recentemente passati da una presunzione del nesso causale tra l’inadempimento (“astrattamente efficiente”) e il danno, a una differenziazione degli oneri probatori tra le parti, in relazione ai due nessi individuati come rilevanti ai fini dell’attribuzione della responsabilità. A partire dalla sentenza del 26.7.2017, n. 18392, infatti, l’orientamento della Corte di Cassazione è mutato, nel senso che l’onere della prova circa il nesso di causalità tra l’azione od omissione del medico e il danno di cui domanda il risarcimento grava sul creditore danneggiato; mentre, in un momento logicamente successivo, graverà sul debitore danneggiante l’onere di dimostrare che la prestazione sia divenuta impossibile per una causa imprevedibile e inevitabile. Sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, al Cap. III.

la rilevanza giuridica, e può essere data con uno qualsiasi dei mezzi consentiti dall'ordinamento, primo fra tutti le presunzioni di cui agli art. 2727 e 2729 c.c.. Passaggio logicamente successivo è quello della concreta determinazione del pregiudizio, *“che presuppone sempre e comunque risolto in senso affermativo e favorevole al danneggiato il primo problema della certezza del danno”*²⁸². Infatti, *“il danno emergente ed il lucro cessante, non valgono a determinare né a stimare il danno ai fini del risarcimento, bensì a descrivere il contenuto del pregiudizio che deve già ritenersi sussistente in base alle regole della causalità giuridica”*²⁸³. La parte che domanda il risarcimento del danno ha, dunque, l'onere di dimostrarne la consistenza, ma spetta al giudice liquidarne l'equivalente pecuniario. Egli è libero nella valutazione delle prove raccolte, così come non è vincolato nella scelta di un metodo anziché di un altro nella quantificazione²⁸⁴. È in questa fase che può entrare in gioco la valutazione equitativa - richiamata dagli art. 2056 e 1226 c.c. -, la quale però - lo si ripete - presuppone la prova dell'esistenza del danno, la cui mancanza, dunque, non può surrogare²⁸⁵. La valutazione equitativa supplisce, dunque, al difetto di una prova esaustiva sul piano del *quantum*, in modo che si possa giungere a determinare una cifra pecuniaria che indichi - nel modo più preciso possibile - la misura dell'obbligazione risarcitoria²⁸⁶. Quanto all'ambito di operatività del rimedio, prevale l'orientamento secondo cui la sua funzione sussidiaria si esplicherebbe in rapporto di proporzionalità inversa rispetto alla prova che la parte è riuscita a dare in giudizio. Una volta acquisita la prova dell'esistenza del danno, la valutazione equitativa potrebbe così integrare una dimostrazione parziale, insufficiente, o ritenuta di non sicura efficacia sul *quantum*²⁸⁷, come sopperire *in toto* alla carenza di tale prova, laddove la determinazione dell'ammontare del danno sia impossibile ovvero, *“in relazione alle peculiarità del caso concreto, si presenti*

²⁸² Così Cass., 16.9.2002, n. 13469.

²⁸³ M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 809.

²⁸⁴ Salvo quanto si dirà, con riferimento alla Tabella di Milano, nel campo del danno alla salute.

²⁸⁵ V. Cass., 4.7.1981, n. 4364. A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 572, sottolinea come il disposto dell'art. 1126 c.c. attribuisca al giudice il potere di valutazione equitativa nell'ipotesi che sia impossibile provare il preciso ammontare del danno, non anche la sua esistenza. Il principio è nitidamente espresso nella massima del Coll. arb. Roma, 21 maggio 1996, *Foro it.*, Rep. 1999, voce cit., n. 293, a mente della quale *“anche per una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. è sempre necessario che risulti provata l'esistenza di un danno risarcibile, e il potere del giudice di liquidare il pregiudizio in base ai detti criteri non esonera l'interessato dall'offrire gli elementi probatori circa la sussistenza del danno stesso, esauendosi tale apprezzamento equitativo nella necessità di colmare le inevitabili lacune nella determinazione del suo effettivo ammontare”*; v. anche Cass., 8.9.1997, n. 8711; Cass., 27.12.1994, n. 11202; Cass., 4.9.1985, n. 4609.

²⁸⁶ In giurisprudenza, v. Cass., 18.4.2001, n. 5687; Coll. arb. Roma, 3.4.1997.

²⁸⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 165 s.; G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999, 278, parla di *“incertezza sulla effettiva misura del danno, in presenza di lacune parziali dell'istruttoria non colmabili* aliunde. In giurisprudenza, v. Cass., 31.7.2006, n. 17303.

*particolarmente difficoltosa*²⁸⁸. Anche su questo versante, tuttavia, la parte non è sollevata dall'onere probatorio, essendo chiamata a fornire al giudice tutti gli elementi di fatto che possano risultare utili nel processo logico che porta alla quantificazione del risarcimento²⁸⁹, ed eventualmente dimostrare l'impossibilità (o l'estrema difficoltà) di raggiungere la prova con i mezzi istruttori consentiti²⁹⁰. La liquidazione equitativa costituisce, in altre parole, un'*extrema ratio*, e non è pertanto consentita allorché l'impossibilità della prova del *quantum* derivi da negligenza o inerzia della parte²⁹¹. Si può, quindi, riassuntivamente concludere che l'equo apprezzamento da parte del giudice consente di “*evitare il risultato ingiusto per il quale l'impossibilità di dare la prova sul «preciso ammontare» conduca al diniego del risarcimento, pur essendo certo che una perdita economica vi è stata*”²⁹².

Indipendentemente dall'impossibilità della prova, la legge attribuisce, poi, al giudice il potere di equo apprezzamento per la valutazione del lucro cessante (art. 2056, comma 2, c.c.)²⁹³. La ragione risiede qui nella peculiarità di tale figura di danno, la cui determinazione implica necessariamente un giudizio di tipo probabilistico. Resta ferma, peraltro, anche per il lucro cessante, la necessità di fornire “*la prova, anche presuntiva, della sua certa esistenza, in difetto della quale*

²⁸⁸ Così Cass., 4.4.2019, n. 9339. Si vedano anche Cass., 11.2.1998, n. 1382; Cass., 9.10.1997, n. 9817; Cass., 26.1.1995, n. 957; Cass., 13.9.1991, n. 9578; Cass., 19.3.1991, n. 2934. In dottrina, v. G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, cit., 466; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 59; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 309 s., secondo il quale la circostanza che “*la mancanza di una perfetta prova del danno non si traduc[a] in una reiezione della domanda, (...) altro non significa se non che non sussiste un onere probatorio stretto delle conseguenze dannose ulteriori rispetto alla lesione*”; *contra* Cass., 21.2.1981, n. 1048, alla cui stregua il potere di liquidare equitativamente il danno può essere esercitato “*solo per colmare le inevitabili lacune che siano dovute alla particolare natura del rapporto e sempre, quindi, che si tratti di lacune parziali e non già di assoluta mancanza di prova*”.

²⁸⁹ V. Cass., 28.6.2000, n. 8795; Cass., 3.12.1997, n. 12256; Cass., 11.11.1996, n. 9835; Cass., 16.6.1990, n. 6056; Cass., 5.3.1984, n. 1530; App. Roma, 2.5.1995.

²⁹⁰ In tal senso M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 876 ss.. Di determinazione impossibile o “particolarmente difficoltosa”, idonea a dare ingresso alla liquidazione equitativa, parla Cass., 17.5.2000, n. 6414; v. anche Cass., 6.3.1995, n. 2605; Trib. sup. acque, 5.6.2000, n. 84.

²⁹¹ Si può richiamare, a tal proposito, la recente Cass., 20.3.2019, n. 7871, che ha rigettato la domanda di risarcimento del danno derivante dalla privazione del possesso di un immobile, per l'assoluta mancanza di “*prova dell'esistenza e dell'entità materiale del pregiudizio*”, ritenendo inammissibile il ricorso al potere officioso di liquidazione equitativa. Ancora, Cass., 22.2.2017, n. 4534, in una fattispecie relativa al danno conseguente all'allagamento di un immobile, ha statuito che “*la liquidazione in via equitativa del danno postula, in primo luogo, il concreto accertamento dell'ontologica esistenza di un pregiudizio risarcibile, il cui onere probatorio ricade sul danneggiato e non può essere assolto dimostrando semplicemente che l'illecito ha soppresso una cosa determinata, se non si provi, altresì, che essa fosse suscettibile di sfruttamento economico, e, in secondo luogo, il preventivo accertamento che l'impossibilità o l'estrema difficoltà di una stima esatta del danno stesso dipenda da fattori oggettivi e non dalla negligenza della parte danneggiata nell'allegarne e dimostrarne gli elementi dai quali desumerne l'entità*. Conformi anche Cass., 17.10.2016, n. 20889; Cass., 8.1.2016, n. 127; Cass., 1° 6.2012, n. 8854; Cass., 19.12.2011, n. 27447; Cass., 2.9.2008, n. 22061; Cass., 21.11.2006, n. 24680; Cass., 13.10.2005, n. 19883; Cass., 5.4.2003, n. 5375.

²⁹² C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 204.

²⁹³ V. Cass., 20.11.2018, n. 29830.

*non vi è spazio per alcuna forma di attribuzione patrimoniale, attenendo il giudizio equitativo solo all'entità del pregiudizio medesimo, in considerazione dell'impossibilità o della grande difficoltà di dimostrarne la misura*²⁹⁴. Se il mancato guadagno, per sua stessa natura, non può essere provato con certezza (dal momento che non entrerà mai nel patrimonio del danneggiato se non nella forma del risarcimento), ciò che si richiede al danneggiato è la dimostrazione della sussistenza dei presupposti per la sua produzione: per usare le parole di Cass., 29.7.2009, n. 17677, *“occorre (..) che dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione futura nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa, e che si traducano in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, che non sia meramente potenziale o possibile, ma che appaia invece - anche semplicemente in considerazione dell'id quod plerumque accidit - connesso all'illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità”*. In presenza di tali requisiti, il danno-conseguenza può ben definirsi “certo”²⁹⁵, ai fini del passaggio alla successiva fase della liquidazione. Ed è proprio su questo punto che prende corpo la differenza con la perdita di *chance*, laddove, al contrario, l'evoluzione degli eventi verso il conseguimento del “vantaggio finale” è irrimediabilmente incerta, nel senso che non è dato sapere se si sarebbe presentata in modo tale da riprodurre una “successione” dotata di quel grado di probabilità, idoneo a conferirle il crisma dell'*id quod plerumque accidit*. Ciò in quanto la perdita di *chance* *“è un fatto impeditivo che avviene a monte del ciclo causale produttivo dell'evento sperato”*²⁹⁶, per cui *“la perdita non tocca direttamente l'utilità, ma tocca una condizione necessaria – ma da sola non sufficiente – per il conseguimento dell'utilità”*²⁹⁷.

Nel tentativo di recuperare “certezza” alle *chances*, le si è allora spostate dal lucro cessante (ove, per logica, le si sarebbe naturalmente portati a collocare) al danno emergente, “trasfigurando” il concetto di probabilità in un nuovo “bene”, creato *ad hoc* quale oggetto della lesione. Ma la “certezza” che, per definizione, dovrebbe assistere il danno emergente (per il fatto che questo attinge un bene o

²⁹⁴ Cass., 16.5.2013, n. 11968.

²⁹⁵ Come correttamente nota M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, cit., 60, *“ciò che non è avvenuto non può mai essere, a rigore, oggetto di certezza assoluta; (..) se, non ostante tutto questo, si ritiene che colui che ha subito un danno abbia diritto ad un risarcimento, ciò è dovuto al fatto che nel campo delle valutazioni giuridiche vengono applicati dei criteri approssimativi, di probabilità e di normalità, e che non sono stimate necessarie delle nozioni assolute”*. Afferma, da parte sua, M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., 663: *“il lucro cessante (..) può essere definito danno certo ove la valutazione della sua esistenza sia compiuta secondo lo schema logico della prognosi postuma rebus sic stantibus, cioè considerando la situazione di fatto, esistente al momento del prodursi dell'evento dannoso, come un dato costante e non modificabile”*.

²⁹⁶ M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., 669.

²⁹⁷ Ancora M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., 672, il quale (a p. 676) parla di *“soppressione di un fattore concausale necessario per il conseguimento di un'utilità”*.

utilità o posta attiva del patrimonio), al cospetto delle *chances* inesorabilmente evapora, e non solo perché (restando al danno patrimoniale) non è possibile attribuirgli un valore di mercato²⁹⁸, ma perché è del tutto aleatoria – a monte - la loro stessa quantificazione. Se non si può provare la virtuale “spettanza” del vantaggio finale, è illusorio pensare che l’attore possa dimostrare la consistenza di *chances*, la cui idoneità a far conseguire il detto vantaggio è del tutto ipotetica.

In questo caso, quindi, la liquidazione equitativa fa velo a una carenza “strutturale” della fattispecie, aggiungendo criticità a criticità. Da un lato, infatti, si procede alla fase della liquidazione senza aver raggiunto alcuna “certezza” della sussistenza del danno; dall’altra, si cerca di ovviare alla mancanza di qualsivoglia criterio oggettivo per individuare il valore delle *chances* (in sé e per sé considerate) instaurando un parallelismo fallace e fuorviante con la responsabilità parziaria²⁹⁹. L’equità trasmoda, dunque, dalla sua funzione tipica, e da supporto “residuale” per la liquidazione del danno diviene fondamento essenziale per il suo stesso accertamento. In tal modo, essa finisce per sopperire non solo alla difficoltà/impossibilità di liquidazione del danno, ma, ancor prima, alla natura meramente “ipotetica” dello stesso³⁰⁰. E invece non bisognerebbe dimenticare, per usare le parole della recente sentenza della Suprema Corte n. 10812 del 2019, che la valutazione equitativa è “*subordinata alla dimostrata esistenza di un danno risarcibile non meramente eventuale o ipotetico ma certo (..), e alla circostanza dell'impossibilità o estrema difficoltà (..) di prova nel suo preciso ammontare,*

²⁹⁸ Resta, pertanto, su un piano di genericità l’affermazione di C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 285 s., secondo cui, nell’ipotesi in cui non è possibile determinare se il contratto avrebbe avuto un esito favorevole per il danneggiato, o se, al contrario, questi non ne avrebbe tratto il vantaggio sperato, “*può allora ammettersi che la mancata stipulazione del contratto o, similmente, la mancata partecipazione alla gara o al concorso abbiano come tali un sicuro ed attuale significato economico negativo. La valutazione di tale significato deve procedere necessariamente in via equitativa sulla base delle probabilità di un risultato utile tratte dalle circostanze del rapporto e dal confronto con i casi simili*”.

²⁹⁹ “*Applicare la medesima regola anche all’ipotesi di perdita di chances*” – nota R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 104, nt. 60 – “*implica l’arbitraria trasformazione della probabilità perduta in un elemento costitutivo del danno finale*”.

³⁰⁰ V. M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 413, secondo cui la difficoltà della stessa configurabilità del danno non potrebbe essere surrogata dalla liquidazione equitativa, “*almeno finché si ritenga che tale norma [l’art. 1226 c.c., n.d.e.] suppone che un qualche danno ci sia stato comunque e che dell’esistenza di esso sia conseguibile e si sia conseguita la prova anche per via di presunzioni*”. Più avanti, però, lo stesso Autore sembra operare un’inversione logica, laddove afferma che “*a stabilire quanto valga una tale chance (in senso proprio) di cui taluno sia stato abusivamente privato, quando – come talvolta avviene – non provvede il mercato, possono soccorrere i dati statistici e i procedimenti di “attuarializzazione”. Il che comporta anche l’eventualità che il calcolo attuariale conduca a frazioni assolutamente irrisorie (= probabilità prossime allo zero) e conferisca al risarcimento valore pressoché simbolico o – forse più correttamente – induca ad escludere qualsiasi indennizzo. Come che sia, il calcolo attuariale può rendere giuridicamente legittimo “presumere” la sussistenza di un danno, ma mantiene alla sua liquidazione un carattere pur sempre diverso da quello che quest’operazione ordinariamente presenta. Non ha, perciò, torto la giurisprudenza quando riconosce che il risarcimento in questi casi non cambia natura, ma presenta sempre carattere equitativo*” (p. 425 s.).

attenendo pertanto alla quantificazione e non già all'individuazione del danno (...)".

La quantificazione del risarcimento viene consegnata, quindi, a un'"illusione cognitiva" basata sulla "convinzione, errata, secondo cui le probabilità costituirebbero una certezza...un po' meno certa"³⁰¹. Inoltre, la rigida commisurazione proporzionale del danno alla misura astratta delle probabilità, costantemente operata dalla giurisprudenza, confligge con lo stesso intrinseco modo di operare del meccanismo probabilistico. Come perspicuamente illustrato da Pucella, tale tecnica incorre, infatti, in una serie di vizi logici, dal momento che istituisce una sorta di presunzione di corrispondenza tra l'ammontare delle probabilità e la misura di causazione dell'evento (implicando la "inaccettabile (...) conclusione per cui una bassa probabilità escluderebbe, di per sé, la sua realizzabilità"³⁰²); "finisce (...) per sostituire alla rilevanza della probabilità in sé la sua idoneità ad esprimere la verosimiglianza dell'accadimento ipotizzato"³⁰³, confondendo "la probabilità che definisce la possibilità di realizzazione di un evento sperato (...) con la probabilità intesa come modo per esprimere la contribuzione causale di una certa condotta nella verifica di un evento"³⁰⁴; trascura di considerare, da un lato, che "il pregiudizio rappresentato dalla perdita delle chances aument[a] in modo esponenziale e non aritmetico con l'incremento delle probabilità perdute"³⁰⁵, e dall'altro che "l'effetto negativo della perdita di chances appare necessariamente relativo e come tale sottratto a criteri di mera proporzionalità tra chance perduta e danno finale"³⁰⁶. Ne discende – fermandoci, per ora, al danno patrimoniale – una sostanziale vanificazione della funzione riparatoria della responsabilità civile, non riuscendosi invero a pervenire alla reale determinazione dell'"equivalente" di un "bene" sostanzialmente incapace "di classificarsi nell'ordine della ricchezza materiale"³⁰⁷. Tutto ciò, con evidenti riflessi in termini di notevole difficoltà (per non dire sostanziale impossibilità), per il giudice, di assolvere adeguatamente agli oneri di motivazione su di lui gravanti, onde dar conto degli elementi concretamente presi in considerazione e del "peso"

³⁰¹ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 103.

³⁰² R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 123.

³⁰³ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 125.

³⁰⁴ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 143.

³⁰⁵ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 105, che fa l'esempio di un danno corrispondente alla privazione di 40 possibilità su 100, da ritenersi maggiore del quadruplo di una lesione del 10%.

³⁰⁶ R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 105, secondo cui chi passa dal 70% al 40% di probabilità di successo subisce un pregiudizio inferiore di colui che vede scemare le proprie chances dal 40% al 10%.

³⁰⁷ A. DE CUPIS, voce *Danno (dir. vig.)*, cit., 627. L'impossibilità di concepire forme di circolazione giuridica o di "impiego" delle chance rende assai arduo valorizzarne la perdita anche sotto il profilo dell'*id quod interest*, ovvero di tutte le ripercussioni negative prodottesi nella sfera patrimoniali del danneggiato, ulteriori alla perdita "secca" del valore di mercato del "bene". Osserva, con il consueto acume, M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, cit., 670, che "la chance infatti non si acquista e non si vende, non si cede, non si dona. Affermare che essa costituisca un bene autonomo equivale a creare un bene che – paradossalmente – per il diritto rileva solo nel momento in cui viene leso".

riconosciuto a ciascuno di essi, in rapporto agli altri, nell'economia complessiva della liquidazione³⁰⁸. In molti casi (quali quelli dei concorsi non "vincolati" o della perdita di *chance* di vittoria di una causa) non si dispone, infatti, neppure di una statistica che trasponga a livello generale le probabilità di verificazione di una classe di eventi dello stesso tipo. Ma anche quando una statistica vi sia, l'irrisolvibile incertezza dell'evoluzione della *chance* nel caso concreto non consente di ascrivere quest'ultimo alla classe delle probabilità suscettibili di tradursi nel vantaggio finale, cosicché "*dare un numero a caso (70%) non è meno discrezionale che dichiarare apertamente un criterio equitativo*"³⁰⁹.

La prova del danno sta, allora, tutta in una presunzione automaticamente discendente dallo stesso accertamento dell'illecito, con conseguente torsione della fattispecie verso la dimensione del danno *in re ipsa*, che snatura la funzione tipica della liquidazione equitativa e spinge verso lidi "para-punitivi" la funzione del rimedio aquiliano (come subito si viene a dire).

6. *Danno da perdita di chance e funzioni della responsabilità civile.*

Funzione principale della responsabilità civile è quella compensativo/riparatoria, che consiste nel ricostituire in capo al danneggiato la situazione preesistente al fatto illecito (meglio, la situazione come si sarebbe evoluta in mancanza del fatto illecito), attraverso l'attribuzione di una somma di denaro corrispondente al valore economico delle utilità perdute (o non conseguite), ovvero la ricostituzione materiale dello *status quo ante* (risarcimento in forma

³⁰⁸ Si veda, tra le tante, Cass., 13.9.2018, n. 22272, che ha affermato che "*la liquidazione equitativa, anche nella sua forma cd. "pura", consiste in un giudizio di prudente temperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno nel caso concreto, sicché, pur nell'esercizio di un potere di carattere discrezionale, il giudice è chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento. Nel consegue che, allorché non siano indicate le ragioni dell'operato apprezzamento e non siano richiamati gli specifici criteri utilizzati nella liquidazione, la sentenza incorre sia nel vizio di nullità per difetto di motivazione (indebitamente ridotta al disotto del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111, comma 6, Cost.) sia nel vizio di violazione dell'art. 1226 c.c. (Nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva operato una drastica riduzione dell'importo dovuto ai danneggiati a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a reato di violenza sessuale sulla base del rilievo, puramente assertivo, secondo cui il maggiore importo liquidato dal primo giudice era "sproporzionato" rispetto ai fatti e la riduzione dello stesso appariva "conforme a giustizia")".*

³⁰⁹ G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit., 113. Più in generale, l'Autore (a pagg. 79 ss.) sottolinea come il concetto di probabilità (inteso vuoi in senso matematico, vuoi in senso statistico) torni poco utile per la decisione di casi individuali. In particolare, le leggi statistiche consentono di fare previsioni per il futuro, ma non di spiegare *ex post* la ragione di uno specifico accadimento. Per di più, sganciando la valutazione dall'evento finale, il ragionamento sulla perdita di *chance* finisce per affermare la sussistenza di un certo numero di probabilità, in assenza di una legge di copertura (la quale evidentemente collega un antecedente a un determinato conseguente, mentre nelle fattispecie in discorso è escluso *a priori* che l'illecito debba essere collegato alla perdita del vantaggio finale).

specifica). Contrattari di tale funzione sono il principio di integrale riparazione del danno (secondo cui il risarcimento deve coprire il pregiudizio subito dal danneggiato nella sua interezza, senza peraltro poterlo sopravanzare)³¹⁰ e la regola della c.d. causalità giuridica (art. 1223 c.c.), i quali concorrono a delimitare l'obbligazione risarcitoria in ragione dell'effettivo depauperamento della sfera patrimoniale del danneggiato³¹¹. In posizione ancillare si pongono le funzioni "punitiva" e "deterrente" della responsabilità civile, in virtù delle quali il risarcimento mirerebbe (anche) a sanzionare il comportamento (particolarmente riprovevole) del danneggiante, e indurrebbe i soggetti ad adottare, nello svolgimento delle varie attività, le misure normalmente idonee a prevenire il prodursi di eventi dannosi.

La recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni unite n. 16601 del 5.7.2017 ha parlato di "*concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (..) della tutela che in molti casi (..) resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale*", sancendo così, al più alto livello della giurisprudenza, la compresenza, "*accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza)*", della funzione "*preventiva (o deterrente o dissuasiva) e [di] quella sanzionatorio-punitiva*"³¹². È opportuno evidenziare, peraltro, che "*la polifunzionalità giustamente affermata dalle sezioni unite era elemento decisivo (assieme all'ordine pubblico e alla nuova fisionomia dei danni punitivi) per giudicare favorevolmente la delibazione di sentenze straniere, ma era sempre basata sulla necessaria intermediazione legislativa*"³¹³. Ne consegue che, nell'ordinamento interno, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dal legislatore, non è consentito al giudice di modulare il risarcimento in funzione della gravità della condotta del danneggiante.

³¹⁰ Il concetto di "riparazione", invero, sottende la restaurazione di uno stato precedente; l'aggettivo "integrale" evidenzia la necessità di improntare i criteri liquidatori ad una equivalenza strutturale tra la misura del pregiudizio subito, nelle sue molteplici componenti, e il *quantum* monetario riconosciuto a titolo di risarcimento (V. Cass., S. u., 11.11.2008, n. 26972). La Corte costituzionale ha, tuttavia, negato la rilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno, affermando la legittimità dell'imposizione, da parte del legislatore, di limiti al risarcimento, funzionali al bilanciamento degli interessi coinvolti nelle diverse fattispecie, purché consentano un adeguato ristoro della perdita subita (Corte cost. 16.10.2014, n. 235).

³¹¹ V. C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, 2504. In giurisprudenza, si vedano, di recente, Cass., 15.6.2016, n. 12284 e Cass., 15.11.2013, n. 25775, secondo cui "*l'obbligo di risarcimento del danno da fatto illecito contrattuale o extracontrattuale ha per oggetto l'integrale reintegrazione del patrimonio del danneggiato*".

³¹² La sentenza si può leggere in *Foro it.*, 2017, I, 2613, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, E. D'ALESSANDRO, R. SIMONE e P.G. MONATERI; in *Giur. comm.*, 2018, 995, con nota di E. AL MUREDEN; in *Danno e resp.*, 2017, 419, con note di M. LA TORRE, G. CORSI, G. PONZANELLI e P.G. MONATERI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1392, con nota di M. GRONDONA.

³¹³ Così G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017, 436.

Ma un effetto di tal genere può essere indirettamente raggiunto (più o meno consapevolmente e sia pure entro certi limiti), sfruttando i margini – per definizione non rigidi – della liquidazione equitativa *ex art.* 1226 (e 2056) c.c. Terreno elettivo per tale tipo di operazioni è sicuramente il danno non patrimoniale, rispetto al quale la funzione compensativa non è, per definizione, predicabile³¹⁴, e la riprovevolezza del comportamento del convenuto può rilevare quale indice presuntivo della gravità del pregiudizio³¹⁵. Anche nel campo del danno patrimoniale, peraltro, ove si lasci “sfumare” lo stretto ancoraggio del risarcimento rispetto alla misura della perdita (per come concretamente apprezzata in giudizio), e si intraprenda così la strada del c.d. danno *in re ipsa*, è parimenti possibile dare risalto alla funzione sanzionatorio-deterrente della responsabilità.

Venendo alla perdita di *chance*, è evidente che la “labilità” del concetto di danno – più volte sottolineata nelle pagine che precedono - non consente alla funzione riparatoria di operare appieno in questo campo. La natura di “bene giuridico autonomo” della *chance* – lo si è visto – rimane una declamazione di principio, che non si traduce in una effettiva “apprezzabilità” del pregiudizio ai fini di una liquidazione realmente “compensativa”. D’altra parte, la circostanza che il risarcimento intervenga in carenza del nesso causale rispetto alla lesione del bene giuridico (o alla mancata acquisizione del vantaggio economico) “finale”, unita all’adozione di un criterio di liquidazione del danno da perdita di *chance* rigidamente “percentualistico”, fa sì che il risarcimento acquisti una valenza *lato sensu* sanzionatoria del comportamento del danneggiante (accertato come colposo o doloso)³¹⁶. Vieppiù nel campo della responsabilità medica, laddove “*sono in gioco valori primari della persona*”, l’attribuzione di una parte del danno in capo al sanitario che avrebbe frustrato le *chances* di consecuzione del risultato rafforza

³¹⁴ Tanto che vengono considerate prevalenti le funzioni sanzionatoria (G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 296) o solidaristico/satisfattiva (C. SALVI, voce *Risarcimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, 1099) o, ancora, reintegratrice per equivalente delle utilità perdute dal danneggiato (M. ROSSETTI, *il danno alla salute*, Milano, 2017, 580 ss.). In giurisprudenza, per la posizione secondo cui il risarcimento del danno non patrimoniale assolve alla funzione di fornire al danneggiato una soddisfazione alternativa rispetto a quella fornita dal bene perduto, v. Cass. civ., 20.10.2005, n. 20320; Cass., 12.5.2006, n. 11039).

³¹⁵ Si veda M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall’astreinte al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 287, secondo cui “*non può escludersi che anche dopo la rilettura costituzionale dell’art. 2059 c.c. e la nuova interpretazione della condizione di tipicità, estesa sino a ricomprendere le norme costituzionali ed europee, il rapporto tra la gravità del fatto illecito (..) e la natura personale degli interessi violati consente di recuperare l’originaria e tradizionale funzione sanzionatoria del danno morale sul piano della determinazione del quantum risarcitorio, nella misura in cui bisogna colpire la condotta riprovevole del danneggiante anche per evitarne la reiterazione*”.

³¹⁶ Lo riscontra, nell’ambito del diritto del lavoro, V. MAIO, *La perdita di chance nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, cit., 125, sul presupposto che “*l’unico elemento che nel caso della lesione delle chances viene direttamente, e non già probabilisticamente, accertato dal giudice è il comportamento illegittimo del datore di lavoro*”.

*“la funzione deterrente della responsabilità civile”*³¹⁷. In questo quadro, la valutazione equitativa del danno (così come sopra descritta) si presta, quindi, naturalmente ad essere utilizzata per “modulare” il risarcimento in funzione degli effetti che, volta a volta, gli si intendano attribuire in relazione alla fattispecie concreta³¹⁸. E ciò – si badi – non solo a tutela della posizione del danneggiato, ma anche, all’opposto, per perseguire istanze di giustizia sostanziale in favore del danneggiante, allorquando, per esempio, *“la probabilità logica o statistica in ordine alla sussistenza del nesso di causalità materiale sia almeno del 51% (e quindi sia possibile ritenere soddisfatto il criterio del più probabile che non) ma il costo del sinistro appaia sproporzionato rispetto all’apporto causale o alla gravità dell’illecito”*³¹⁹.

³¹⁷ M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 55. C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, cit., 310, sostiene che, in funzione della finalità “punitiva” o “satisfattiva” che la “sanzione risarcitoria” assume in questo campo, *“la prova della certezza del danno venga fatta coincidere con quella dell’esistenza di un evento lesivo (danno ingiusto) che abbia un “normale o presunto significato di danno”*”.

³¹⁸ Così P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 310, il quale conclude che il sistema *“si regge sì sulla necessità del danno, in funzione risarcitoria delle lesioni patrimoniali, ma anche su una possibile sopplesse di tale necessità in funzione di deterrenza dell’illiceità delle condotte”* (p. 277).

³¹⁹ M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., 275.

CAPITOLO TERZO

IL DANNO NON PATRIMONIALE DA PERDITA DI *CHANCE* NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

SOMMARIO: 1. – *La responsabilità sanitaria: inquadramento della fattispecie.* 2. – *Lo “stato dell’arte” in tema di danno non patrimoniale.* 2.1. – *I presupposti di risarcibilità.* 2.2. – *I criteri di liquidazione.* 3. – *Il danno non patrimoniale da perdita di chance.* 3.1. – *Il danno da perdita di chance di sopravvivenza.* 3.2. – *Il danno da perdita di chance di guarigione.* 3.3. – *Perdita di chance e diritto all’autodeterminazione del paziente.* 3.3.1. – *L’autodeterminazione del malato terminale.* 3.3.2. – *Il danno da nascita indesiderata.* 3.4. – *Perdita di chance e danno da perdita (o macrolesione) del congiunto.* 4. – *Il danno da perdita di chance nella nuova stagione di San Martino.*

1. *La responsabilità sanitaria: inquadramento della fattispecie.*

Di responsabilità sanitaria può parlarsi con riferimento alla posizione del medico ovvero della struttura sanitaria³²⁰.

Rispetto a quest’ultima, a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione del 21.12.1978, n. 6141³²¹, la responsabilità è sempre stata connotata in senso contrattuale, indipendentemente dalla natura pubblica o privata della struttura. Ciò perché, con il ricovero del paziente, tra quest’ultimo e la struttura sanitaria viene concluso un contratto atipico, a forma libera e a prestazioni corrispettive (usualmente denominato “contratto di ospedalità”) in virtù del quale, a fronte dell’obbligazione di pagamento di un corrispettivo (che può essere indifferentemente adempiuta dal privato, dal Servizio Sanitario Nazionale o da un’assicurazione), la struttura è tenuta ad una complessa prestazione di *facere*, che ha per oggetto non solo l’effettuazione delle cure mediche e chirurgiche, ma anche la messa a disposizione del personale medico ausiliario e del personale paramedico, dei medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie (anche in vista di eventuali complicanze), nonché dei servizi *lato sensu* alberghieri³²². Una

³²⁰ Per la verità, la legge n. 24/17 utilizza l’espressione onnicomprensiva “*esercenti la professione sanitaria*”, che inequivocabilmente si riferisce a tutte le figure implicate nello svolgimento della suddetta attività, primi fra tutti gli infermieri.

³²¹ In *Foro it.*, 1979, I, 4.

³²² In tal senso, Cass., 8.5.2001, n. 6386; Cass., S.u., 1° 7.2002, n. 9556; Cass., 14.7.2004, n. 13066; Cass., 13.4.2007, n. 8826; Cass., 22.3.2007, n. 6945, che punteggiano un itinerario giurisprudenziale caratterizzato dall’abbandono della qualificazione del contratto tra paziente e struttura nei termini della (sola) prestazione d’opera intellettuale. Il rapporto tra paziente e struttura viene, infatti, delineato come autonomo (e ulteriore) rispetto a quello - modellato sul contratto di prestazione

responsabilità della struttura può, dunque, venire in gioco anzitutto in relazione all'inadempimento (diretto) di tali ultimi obblighi³²³ che non involgono direttamente la prestazione del medico: si pensi all'adeguata fornitura di medicinali; al mantenimento dell'igiene e alla sterilizzazione degli ambienti; all'adeguatezza e funzionalità delle attrezzature; all'efficienza nella gestione del personale; alla sorveglianza di pazienti problematici³²⁴. Per quel che riguarda le prestazioni di cura (comprendenti diagnosi, somministrazioni di terapie, interventi chirurgici, ecc.), la responsabilità della struttura si fonda, invece, sull'art. 1228 c.c., secondo cui *“il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro”*³²⁵. Ciò vale sia nel caso in cui il medico sia legato alla struttura da un rapporto di lavoro subordinato (o parasubordinato³²⁶), sia nel caso in cui il medico – pur operante all'interno della struttura - sia stato scelto “di fiducia” dal paziente. La *ratio* dell'estensione della responsabilità è fondata, infatti, sul rischio correlato all'utilizzazione di ausiliari nello svolgimento della prestazione; *ratio* che sussiste ogniqualvolta vi sia un collegamento necessario tra la prestazione del medico e l'organizzazione della struttura nosocomiale, indipendentemente dalla veste giuridica del rapporto³²⁷.

d'opera intellettuale - intercorrente tra paziente e medico, con la conseguenza che la responsabilità della struttura non si pone necessariamente come “emanazione” di quella del medico, ma presenta anche profili suoi propri, afferenti alla dimensione organizzativa del servizio sanitario (v. Cass., S.u., 11.1.2008, n. 577), come subito si vedrà nel testo. Come rileva R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Trattato di biodiritto* dir. da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE e S. RIONDATO, Milano, 2011, 146 s., il modo di atteggiarsi di tale contratto *“impone di conferire rilievo alla prestazione professionale del medico – non come prestazione principale – bensì come mero elemento di una prestazione complessa di assistenza sanitaria alla cui erogazione è preordinata un'organizzazione che traduce la prestazione in servizio per l'utenza: con ciò evitando, nella prospettiva di un superamento della disciplina che fa capo al contratto d'opera intellettuale, che i “privilegi” riservati per via legislativa al professionista intellettuale, possano essere tout court, in virtù del processo di immedesimazione della persona nell'organo e dell'organo nell'ente, riconosciuti alla struttura sanitaria sostanzialmente identificata in una sorta di macroiatra che eroga prestazioni sanitarie”*.

³²³ Cass., 11.5.2009, n. 10743.

³²⁴ Cass., 18.9.2014, n. 19658, nel sancire la responsabilità di una ASL per l'uccisione di un degente, avvenuta ad opera di un *“infermiere dipendente che non era stato tempestivamente sospeso dal servizio, nonostante le evidenti manifestazioni di squilibrio mentale dal medesimo rivelate per tutta la notte in cui avvenne l'omicidio”*, l'ha ricondotta all'inadempimento di *“una prestazione strumentale e accessoria - rispetto a quella principale di somministrazione delle cure mediche, necessarie a fronteggiare la patologia del ricoverato - avente ad oggetto la salvaguardia della sua incolumità fisica e patrimoniale, quantomeno dalle forme più gravi di aggressione”*.

³²⁵ Cass., 24.5.2006, n. 12362.

³²⁶ È il caso del “medico di base”, che pure - è obbligato a prestare l'assistenza medico-generica nei confronti dei pazienti, in virtù del rapporto di “convenzionamento” con la ASL, della quale ricopre il ruolo di ausiliario ai sensi e per gli effetti dell'art 1228 c.c. (in tal senso, Cass., 27.3.2015, n. 6243).

³²⁷ V. Cass., 28.11.2008, n. 24742, secondo cui *“il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un tipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal S.s.n. o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico, del personale paramedico e*

Per quanto riguarda la responsabilità del medico, fino al 1999 essa veniva considerata di natura eminentemente extracontrattuale, sul presupposto che, a differenza di quanto accade per la struttura sanitaria, egli non potesse essere considerato parte di un contratto concluso con il paziente³²⁸. Dal medesimo fatto potevano discendere, quindi, due forme di responsabilità, in concorso tra loro: quella contrattuale in capo alla struttura sanitaria e quella extracontrattuale in capo al medico, per violazione del principio del *neminem laedere*. Un'apertura verso l'orizzonte contrattuale si registrò con la sentenza del 1° 3.1988, n. 2144, la quale, premessa l'estensione analogica al rapporto tra paziente e struttura delle disposizioni relative al contratto d'opera professionale (prima fra tutte l'art. 2236 c.c.), applicò la medesima disciplina anche al medico, in ossequio all'art. 28 Cost., in virtù del suo rapporto di immedesimazione organica con l'ente³²⁹.

La svolta si ebbe con la sentenza del 22.1.1999, n. 589, che, facendo propria la teoria del contatto sociale qualificato, affermò che dall'affidamento ingenerato nel paziente dalla qualità professionale del medico scaturiscono specifici obblighi di comportamento, delineati sulla falsariga della prestazione cui il medico sarebbe stato tenuto ove avesse concluso un contratto d'opera professionale col paziente medesimo³³⁰, il cui inadempimento dà luogo a una responsabilità contrattuale. Si passò, così, da un obbligo di protezione, preordinato unicamente alla salvaguardia della sfera giuridica del paziente (e suscettibile, quindi, di fondare una responsabilità del medico nella sola ipotesi di lesione della salute) a un vero e proprio obbligo di prestazione, il quale, nell'ottica della tutela del diritto costituzionalmente garantito alla salute, diviene funzionale al perseguimento del risultato (generalmente migliorativo delle condizioni del paziente) che normalmente ci si può attendere in relazione al tipo di cura intrapresa³³¹. Il punto

dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto".

³²⁸ Nonostante l'inquadramento in seno alla responsabilità extracontrattuale, la giurisprudenza era solita richiamare regole di disciplina proprie della responsabilità professionale, segnatamente gli artt. 1176, II co., e 2236 c.c. (si veda, per esempio, Cass., 26.3.1990, n. 2428).

³²⁹ Conformi Cass., 27.5.1993, n. 5939; Cass., 11.4.1995, n. 4152; Cass., 2.12.1998, n. 12233.

³³⁰ "L'esistenza di un contratto" – afferma la Cassazione – "potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (...), ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico".

³³¹ Si veda R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, cit., 160 s., la quale osserva come in tal modo venga accreditata "l'idea di una responsabilità contrattuale

venne esplicitamente chiarito nella sentenza del 13.4.2007. n. 8826, laddove si precisò che il rapporto sorto dal contatto sociale tra medico e paziente³³² non ha ad oggetto un'obbligazione senza prestazione, ma una vera e propria “prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale”, da adempiersi secondo lo standard di diligenza qualificato di cui all'art. 1176, II co., c.c. (“avuto riguardo alla specifica natura e alle peculiarità dell'attività esercitata”), in vista della realizzazione del “risultato dovuto (..), quello cioè conseguibile secondo criteri di normalità, da apprezzarsi in relazione alle condizioni del paziente, alla abilità tecnica del primo [il medico, n.d.r.] e alla capacità tecnico-organizzativa del secondo [l'ente sanitario, n.d.r.]”. Si pervenne, in tal modo, quantomeno sotto il profilo “qualificante” della cura del paziente³³³, a una piena sovrapposizione delle prestazioni del medico e della struttura³³⁴, che suscitò le critiche di chi auspicava un ritorno, per la responsabilità del medico, agli antichi lidi della responsabilità

del medico dipendente che si estende alla protezione di tutti quegli interessi di varia natura che formano il tessuto connettivo del rapporto di cura, che si instaura tra medico e paziente, nel cui ambito di tutela si fa rientrare anche l'interesse del paziente all'esatto adempimento della prestazione di assistenza sanitaria: (..) un interesse che, ancora, si estende alla realizzazione di quel risultato cui aspira il corretto adempimento della prestazione sanitaria. Ogniquale volta la scienza medica sia in grado di garantire, nella codificazione delle regole dell'ars, il suo perseguimento”.

³³² Nella visione della Cassazione, la teorica del contatto sociale si riannoda alla categoria dei c.d. rapporti contrattuali di fatto, dai quali invece va tenuta ben distinta secondo C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 568 s., dal momento che, mentre i rapporti contrattuali di fatto implicano il compimento di atti negoziali, benché nulli, e sono suscettibili di produrre “rapporti obbligatori pieni” (vale a dire, obblighi di prestazione), l'affidamento ingenerato dal contatto sociale può essere fonte di meri obblighi di protezione. Nel pensiero di A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2007, 981, invece, la responsabilità contrattuale del medico discenderebbe *ex lege* “in ragione dell'art. 2 [Cost., n.d.r.] laddove prevede gli obblighi di solidarietà e dall'art. 32 laddove indica la salute come diritto del cittadino e interesse della collettività”: norme idonee a far sorgere un rapporto contrattuale “che si articola in una serie di prestazioni e di obblighi specifici: di lealtà, di diligenza, di perizia professionale, di informazione prima e durante il trattamento, diretti a soddisfare l'interesse positivo del paziente alla guarigione”. Si avverte l'eco dell'impostazione di M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 336 ss., il quale, sul presupposto che non sia necessario “ricondurre in capo al medico e al paziente una intera posizione contrattuale, una serie di diritti e di obblighi che sono ultronei rispetto al loro rapporto e che trovano invece la loro ragion d'essere in altro vincolo, quello tra il paziente e l'ospedale”, individua nella legge la fonte del rapporto di cura, “che si atteggia, nel contenuto, come adempimento di (alcune delle) obbligazioni nascenti da un tipico contratto d'opera professionale”.

³³³ Secondo R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, cit., 150 (ma si veda pure ID., *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, 1 ss.) l'effetto “attrattivo” riguarderebbe tutti i profili della prestazione di “assistenza sanitaria” gravante sulla struttura nei confronti del paziente, secondo un itinerario, dunque, speculare, rispetto a quello che originariamente aveva portato l'obbligazione della struttura ad atteggiarsi secondo i canoni di quella professionale “intellettuale” propria del medico.

³³⁴ Ciò in contrasto con la stessa teoria dalla quale la Cassazione dichiara di prendere le mosse, come notato da C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 554 ss., secondo il quale “se (..) l'annidarsi dell'interesse di protezione del paziente nella situazione caratterizzata dalla prestazione dovuta dal medico nei confronti del proprio datore di lavoro non è in grado di trasformare il paziente a sua volta in creditore nei confronti del medico, l'obbligazione senza prestazione rimane l'unica soluzione plausibile al problema della responsabilità del medico strutturato nei confronti del paziente”.

aquiliana, sia pure orientata nel senso della “*configurazione di una responsabilità da status che certamente agevola sul piano processuale il ricorso al principio di vicinanza alla prova*”³³⁵.

Per quanto concerne la distribuzione degli oneri probatori, nella sentenza n. 8826 del 2007³³⁶ la Cassazione ebbe modo di chiarire che sulla stessa non spiegano alcun effetto le distinzioni tra intervento di facile o difficile esecuzione, e tra obbligazione di mezzi o di risultato. La prima distinzione rileva, infatti, ai soli fini della valutazione della misura della diligenza richiesta e del corrispondente grado di colpa del sanitario; la seconda è inconferente, atteso che l’inadempimento del medico, lungi dal discendere automaticamente dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal paziente, deve sempre essere rapportato allo *standard* di diligenza esigibile dal professionista *ex art. 1776, II co., c.c.*, alla stregua della natura dell’attività esercitata e delle circostanze del caso concreto³³⁷. Importando nel campo della responsabilità medica le statuizioni delle Sezioni unite del 2001³³⁸, la Cassazione affermò quindi che, mentre è il paziente a dover provare il “contratto” e allegare l’inadempimento del sanitario, su quest’ultimo incombe l’onere di dimostrare l’adempimento (vale a dire la diligente esecuzione della

³³⁵ Così R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, cit., 545. Di responsabilità (questa volta contrattuale) da inadempimento di “*obbligazioni collegate in diversi “status”, come quello della struttura ospedaliera, del medico e del paziente*” parla G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, 795.

³³⁶ Preceduta da Cass., 19.5.2004, n. 9471; Cass., 28.5.2004, n. 10297 e Cass., 21.6.2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, 23, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica a una svolta?*, ma particolarmente indicata per offrire un’esemplificazione emblematica del nuovo orientamento, in considerazione del suo incedere argomentativo “didascalico”, che le è valsa la definizione di “*scolare*” da parte di M. FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza “scolare” della Cassazione*, in *La resp. civ.*, 2007, 967.

³³⁷ Il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato era stato sancito, con specifico riferimento alla responsabilità del progettista, da Cass., s. u., 28.7.2005, n. 15781.

³³⁸ Cass., S.u., 30.10.2001, n. 13533, alla cui stregua “*il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l’adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale 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 dell’onere della prova del fatto estintivo dell’altrui pretesa, costituito dall’avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell’onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l’adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell’eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l’altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell’obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l’inadempimento dell’obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell’inesattezza dell’adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell’obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto, esatto adempimento”.*

prestazione) ovvero l'impossibilità dell'adempimento dovuta a causa non imputabile³³⁹.

La trasposizione del nuovo orientamento delle Sezioni unite nel settore della responsabilità sanitaria non è stato, però, scevro da problemi, se solo si pone mente alle peculiarità (già più volte segnalate) che caratterizzano questo tipo di fattispecie³⁴⁰. Si è già più volte osservato, infatti, che, ad onta della qualificazione come contrattuale della responsabilità, il ragionamento in ordine alla sussistenza dei relativi presupposti viene generalmente svolto, dalle Corti, secondo categorie tipicamente extracontrattuali, dunque ricercando, *in primis*, il collegamento eziologico tra il comportamento del medico e l'evento lesivo della salute del paziente. Ciò in quanto la prestazione medica ha come naturale sostrato un "bene giuridico" esterno alla sfera del debitore (vale a dire la salute del paziente), e sulla stessa possono incidere innumerevoli variabili, che vanno dal livello delle conoscenze scientifiche disponibili in un dato momento storico, alla concomitanza di fattori naturali, alle particolari condizioni fisico-biologiche del singolo paziente. In un quadro di questo genere, non è possibile identificare - una volta per tutte - l'inadempimento del medico nel peggioramento (o mancato miglioramento) delle condizioni di salute del paziente³⁴¹, sicché è necessario procedere a una verifica, caso per caso, del nesso eziologico tra inadempimento ed evento, secondo regole

³³⁹ In precedenza, vigeva invece un "triplice" regime probatorio: quello dell'art. 2236 c.c., per cui il medico rispondeva solo per dolo o colpa grave; quello degli interventi "di facile esecuzione" (o routinari), per i quali il medico rispondeva, fatta salva la possibilità di fornire la prova liberatoria in ordine alla propria diligenza e alla diversa causa del danno (*leading case* di questo orientamento è da considerarsi Cass., 21.12.1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4); e una vasta area intermedia governata dalla regola probatoria di cui all'art. 2697 c.c., per cui - quantomeno a livello declamatorio - si affermava, in giurisprudenza, che era onere dell'attore dimostrare negligenza, nesso causale e danno (Cass., 28.4.1961, n. 961; Cass., 9.3.1965, n. 375; Cass., 15.12.1972, n. 3616; Cass., 13.10.1972, n. 3044; Cass., 18 giugno 1975, n. 2439; Cass., 29.3.1976, n. 1132).

³⁴⁰ Evidenzia F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 468 s., che "nelle obbligazioni del medico, invece, lo schema si discosta dalle tradizionali obbligazioni di fare, di non fare o di dare perché il vincolo obbligatorio non mira a uno spostamento di ricchezza dal debitore-medico al creditore-paziente (mentre, relativamente alla posizione di quest'ultimo, se la prestazione è resa dal medico in regime liberoprofessionale, il modello generale torna ad operare, trattandosi di un'ordinaria obbligazione pecuniaria). Sul piano della prova e, in ispecie, della causalità una tale caratteristica incide in maniera profonda, non fosse altro perché il risultato atteso dal creditore-paziente non consiste in un incremento patrimoniale programmato e ciò si riflette sul fronte del danno che — esattamente come nella responsabilità aquiliana — diviene un evento distinto dalla condotta di inadempimento e, in una qual certa misura, si presenta anche come un fatto estemporaneo. Tutto ciò solleva la questione della causalità materiale, la quale qui non fa più corpo con l'inadempimento".

³⁴¹ Si consideri che, in molti casi, la prestazione del medico non è preventivamente dettagliata nell'accordo tra le parti, e che, in ogni caso, essa può subire variazioni - anche in corso d'esecuzione - a seconda delle evenienze che, nello svolgimento del rapporto, vengano a manifestarsi, o delle condizioni (pregresse o successivamente maturate) del paziente. È possibile, inoltre, che di tecniche per raggiungere un dato risultato terapeutico ve ne siano diverse, tutte astrattamente praticabili, cosicché è necessario verificare *ex post* se la scelta del medico (supportata, eventualmente, da adeguato consenso del paziente) sia stata effettivamente (la più) opportuna.

che riproducono l'accertamento della causalità nell'illecito aquiliano³⁴². Emerge, in altri termini, una dimensione di "causalità materiale" diversa da quella (tutta "interna" all'obbligazione) tipica del contesto (*lato sensu*) contrattuale³⁴³, con la quale è necessario fare i conti, al di là e a prescindere dall'elemento "soggettivo". La stessa Cassazione è molto chiara nell'asserire che "*nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento, si prescinde, in prima istanza, da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto "oggettivata", da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto logico di "previsione" insito nella categoria giuridica della colpa (elemento qualificativo dell'aspetto soggettivo del torto, la cui analisi si colloca in una dimensione temporale successiva in seno alla ricostruzione della complessa fattispecie dell'illecito)*"³⁴⁴.

Da tali premesse discende che l'inversione dell'onere della prova dell'inadempimento non reca necessariamente con sé un analogo esito in punto di nesso causale³⁴⁵. E in effetti, la giurisprudenza successiva al 2004 ha continuato, in alcuni casi, ad addossare in capo all'attore l'onere della prova del nesso causale³⁴⁶. In diverse circostanze, peraltro, la sussistenza del nesso causale è stata (implicitamente) presunta, come corollario della presunzione relativa all'elemento soggettivo³⁴⁷: è il caso degli interventi c.d. di facile esecuzione o "routinari", categoria che, pur ripudiata in relazione al problema della distribuzione degli oneri probatori, permane ben salda nella giurisprudenza della Suprema Corte con riferimento alla natura presuntiva della prova³⁴⁸. Qui la presunzione di colpa

³⁴² In tal senso R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, cit., 171 s., la quale evidenzia che, nell'affermazione giurisprudenziale per cui è necessario accertare il nesso causale, preliminarmente alla valutazione della colpa, "*riemerge, e non solo nella terminologia impiegata, la dimensione aquiliana dell'illecito medico in quella tendenza ad un impiego delle regole causali al fine di individuare "chi" sia causa del danno alla salute, subito dal paziente (evento di danno), piuttosto che ad escludere l'efficienza causale dell'inadempimento in rapporto al danno alla salute subito dal paziente*".

³⁴³ V. *supra*, Cap. 2, in particolare parr. 3 e 4.

³⁴⁴ In tal senso, Cass., 18.4.2005, n. 7997.

³⁴⁵ Distingue i due piani, per es., Cass., 15.1.1997, n. 364.

³⁴⁶ Si veda, per es., oltre alla già citata Cass., 18.4.2005, n. 7997, Cass., 11.11.2005, n. 22894; Cass., 19.4.2006, n. 9085; Cass., 24.5.2006, n. 12362. Per un'interessante indagine circa l'utilizzo delle c.d. presunzioni giurisprudenziali (intese come regole "pretorie" di ripartizione dell'onere probatorio, che derogano al meccanismo di cui all'art. 2729 c.c., in funzione degli obiettivi di politica del diritto che, volta a volta, s'intendono perseguire) nella responsabilità medica, si veda M. FACCIOLO, *Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*, in *Contr. impr.*, 2014, 79 ss.

³⁴⁷ Osserva, al riguardo, R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 447, che "*appare evidente che una presunzione di colpa a carico del sanitario sembrava implicare, a monte, anche il riconoscimento (sostanzialmente presuntivo) della relazione causale tra attività (colposa) del medico e danno; d'altronde, imporre di provare che l'esito peggiorativo è stato conseguenza di un fattore causale estraneo (l'evento impreveduto ed imprevedibile) eventualmente riferibile allo stesso paziente (l'esistenza di una particolare condizione fisica del medesimo) implicava la riferibilità causale, in assenza di prova contraria, dell'evento di danno all'attività del medico*".

³⁴⁸ Si veda, tra le più recenti, Cass., 13.10.2017, n. 24074; Cass., 17.6.2016, n. 12516; Cass., 29.7.2010, n. 17694; Cass., 16.1.2009, n. 975; Cass., 26.6.2007, n. 14759, nella cui motivazione si legge che "*il totale insuccesso di un intervento di routine e dagli esiti normalmente favorevoli, come*

“trascina con sé” quella in punto di nesso di causalità, che di fatto si adagia sul dato statistico astratto, e la cui mancata ricorrenza nella fattispecie concreta diviene, pertanto, oggetto della prova contraria demandata al medico.

La parabola si compì (sia pure, come si vedrà, non definitivamente) con la sentenza n. 577 dell’11.1.2008, resa dalla Cassazioni a Sezioni unite³⁴⁹, la quale, dopo aver ribadito la centralità del contratto atipico di “spedalità” (dal quale discendono obbligazioni direttamente riferibili alla struttura e solo in parte coincidenti con l’area coperta dalla prestazione di cura del medico), e l’irrelevanza, a fini probatori, della classificazione delle obbligazioni come “di mezzi” o “di risultato”, estese esplicitamente l’onere di (mera) allegazione anche al nesso di causa, precisando che esso deve avere ad oggetto “*un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno*”. L’adempimento di tale onere di allegazione determina, quindi, una presunzione *iuris tantum* circa la sussistenza del nesso causale, che fa scattare l’onere della prova contraria in capo al convenuto, nel senso o dell’insussistenza dello stesso nesso causale, ovvero dell’insussistenza dell’elemento soggettivo dell’inadempimento³⁵⁰.

Il paziente-creditore è, dunque, chiamato ad allegare, in primo luogo, la tipologia di prestazione “dedotta in contratto” (*rectius*, che ci si poteva attendere dall’*homo eiusdem condicionis et professionis* in relazione al caso concreto)³⁵¹, e in secondo luogo l’inadempimento o l’inesatto adempimento, tale da mostrarsi astrattamente efficiente alla produzione del pregiudizio lamentato. Sul punto, Cass., 19.2.2013, n. 4030, ha affermato che “*l’onere di allegazione dell’attore, pur avendo ad oggetto i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, non si spinge sino alla necessità di enucleazione ed*

il parziale insuccesso che si registra nei casi in cui dall’intervento sia derivata una menomazione più gravosa di quella che era lecito attendersi da una corretta terapia della lesione o della malattia, si presenta come possibile ed altamente probabile conseguenza dell’inesatto adempimento della prestazione (o di colpevole omissione dell’attività sanitaria dovuta e, alla stregua dei criteri di accertamento del nesso di causalità nel settore della responsabilità civile, giustifica, così, la prova della relazione causale”.

³⁴⁹ In *Foro it.*, 2008, I, 455, con nota redazionale di A. PALMIERI.

³⁵⁰ Nel caso di specie, l’attore aveva allegato di aver contratto l’epatite C a causa di una trasfusione di sangue praticatagli nel corso di un intervento chirurgico, ma non aveva fornito prove concrete che deponessero per la sussistenza del nesso causale (per esempio dimostrando, attraverso idonea certificazione medica, di non essere affetto da epatite al momento dell’intervento). Le Sezioni unite, ritenendo tale allegazione “astrattamente efficiente” rispetto al danno lamentato, sostennero che “*competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l’inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell’azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell’affezione patologica già in atto al momento del ricovero*”.

³⁵¹ Il parametro della diligenza spiega un ruolo importante già in sede di determinazione del contenuto della prestazione, poiché consente di attingerlo dagli *standards* comportamentali della figura professionale di riferimento, provvista del grado di specializzazione che viene concretamente in rilievo (art. 1176, II co., c.c.).

*indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto dagli esperti del settore (.), sufficiente essendo, per converso, la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non professionista che conosca (o debba conoscere) l'attuale stato dei possibili profili di responsabilità del sanitario. Non può, quindi, esigersi dall'attore delineare con estrema precisione quale sarebbe il profilo di inadeguatezza dell'operato dei sanitari, dovendo quest'ultimo limitarsi esclusivamente ad enunciare una serie di proposizioni tali da rendere credibile la correlazione tra il pregiudizio patito dal paziente e le prestazioni ricevute*³⁵². Dunque, il danneggiato non può limitarsi ad affermare che l'intervento non è riuscito, o che le sue condizioni di salute non sono migliorate all'esito del ricovero ospedaliero, ma deve allegare un obiettivo scostamento del comportamento concretamente tenuto dal sanitario da quello che, sulla base delle *leges artis* codificate nei protocolli medici, ci si poteva aspettare da lui in una situazione di quel genere³⁵³. In questo modo, *“la dimostrazione che un (certo) fatto è idoneo a determinare un (certo) effetto tiene luogo della concreta dimostrazione che quel fatto ha prodotto quell'effetto”*³⁵⁴.

Fin qui si resta nel campo delle allegazioni, che vengono ritenute idonee a fondare una prova presuntiva dell'esistenza del nesso causale. Diverse sentenze, successive all'arresto delle Sezioni unite del 2008, affermano peraltro che il nesso

³⁵² In precedenza, nello stesso senso, Cass., 19.5.2004, n. 9471. Si veda anche Cass., 21.7.2011, n. 15993, secondo cui *“lo sforzo probatorio dell'attore può non spingersi oltre la deduzione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno”*. Interessante esemplificazione della regola si ritrova in Cass., 26.7.2012, n. 13269, relativa ad una fattispecie nella quale il convenuto sosteneva che l'attore, dopo avere specificato la domanda, nell'atto di citazione, con riferimento al non perfetto ancoraggio di una protesi alla fascia inguinale, l'avrebbe modificata in sede di precisazione delle conclusioni, con riferimento a diversi profili di responsabilità, quali la inadeguata profilassi post-operatoria. L'attore aveva, invero, concluso per l'accertamento della responsabilità professionale sanitaria *“come da elaborato depositato in data 14.04.2004 a firma del c.t.u.”*. I giudici negano l'ampliamento della domanda, osservando che *“il fatto costitutivo idoneo a radicare il nesso eziologico tra la condotta e l'evento lesivo, che delimita il tema d'indagine, è l'operazione di ernia, le sue metodiche, la concreta utilizzazione delle stesse, la profilassi post-operatoria. Le eventuali specificazioni di tale condotta, contenute nell'atto introduttivo del giudizio, in quanto legate alle conoscenze del paziente in quel momento e, quindi, alla percezione di persona, normalmente, priva di conoscenze scientifiche, non possono essere assunte come delimitative del fatto costitutivo”*. Per le criticità esibite da tale orientamento, anche sotto il profilo processuale, si veda M. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218.

³⁵³ Di fatto, l'attore si servirà del supporto tecnico di una perizia di parte, che gli consentirà di ostendere al giudice, nel rispetto dell'onere di allegazione appena illustrato, la serie causale che egli deduce legare l'operato del medico all'evento dannoso.

³⁵⁴ R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1091.

causale debba essere (non solo allegato, ma anche) provato dall'attore³⁵⁵. Ma il *discrimen* tra allegazione e prova sovente sfuma in virtù della utilizzabilità delle presunzioni³⁵⁶ e – soprattutto – della natura tecnica delle questioni, che induce il giudice, nella stragrande maggioranza dei casi, ad indagare “positivamente” la sussistenza del nesso causale per mezzo di una consulenza tecnica d'ufficio³⁵⁷.

È chiaro, quindi, che se, per esempio, la c.t.u. non riscontri (“in positivo”) un nesso eziologico giuridicamente rilevante tra il comportamento del convenuto e il danno, e anzi individui altri fattori che, secondo la regola del “più probabile che non”, sono idonei a sorreggere causalmente l'evento, è possibile dire – al contempo - o che il convenuto ha assolto al proprio onere della prova, con riferimento a una serie causale alternativa (e “assorbente”) rispetto a quella allegata dall'attore, ovvero che quest'ultimo non ha assolto al proprio onere di provare il nesso causale (astrattamente) prospettato. Afferma la Corte di Cassazione che “*per il paziente/danneggiato, l'onere probatorio in ordine alla ricorrenza del nesso di causalità materiale - quando l'impegno curativo sia stato assunto senza particolari limitazioni circa la sua funzionalizzazione a risolvere il problema che egli presentava - si sostanzia nella prova che l'esecuzione della prestazione si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di danno, rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui era stata richiesta la prestazione, o dal suo aggravamento, fino ad esiti finali costituiti dall'insorgenza di una nuova patologia o dal decesso del paziente*”³⁵⁸. Si parla di “prova”, alludendo, tuttavia, evidentemente a un meccanismo puramente presuntivo basato su una mera allegazione, dal momento che dimostrare che “*l'esecuzione della prestazione si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento*” significa – di fatto – fornire un riscontro di verosimiglianza (essenzialmente fondato sul criterio cronologico) a

³⁵⁵ Si vedano, per es., Cass., 17.1.2008, n. 867; Cass., 11.5.2009, n. 10743; Cass., 9.6.2011, n. 12686; 14.6.2011, n. 12961; 9.10.2012, n. 17143; 20.10.2015, n. 21177.

³⁵⁶ Si veda, ad es., Cass., 11.12.2018, n. 31966, in *Danno e resp.*, 374, con nota di L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'equipe*, in cui si afferma che “*avendo i ricorrenti allegato e provato la ricorrenza di un inadempimento “qualificato” (ossia l'impianto di una valvola difettosa) tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi “più probabili”, la presunzione della derivazione dei successivi interventi e ricoveri dalla condotta inadempiente, spettava ai convenuti l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2*”.

³⁵⁷ C.t.u. la quale bene può essere, in questo campo, “percipiente”, ovvero fonte oggettiva di prova, come chiarito da Cass., 26.2.2013, n. 4792, secondo la quale “*di tale tipo è la consulenza (...) in casi di accertamento della responsabilità medica, per la innegabilità delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie, non solo alla comprensione dei fatti, ma alla rilevanza stessa di fatti che, per essere individuati, abbisognano di specifiche cognizioni e/o strumentazioni tecniche. E, proprio gli accertamenti in sede di consulenza offrono al giudice il quadro dei fattori causali entro il quale far operare la regola probatoria della certezza probabilistica per la ricostruzione del nesso causale*”.

³⁵⁸ Cass., 12.9.2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, 33, con nota di G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*.

un giudizio di astratta plausibilità eziologica, senza trascorrere alla dimensione della c.d. causalità individuale, in cui la sequenza enunciata dalla legge di copertura (scientifica o statistica) venga “calata” nella realtà processuale della fattispecie concreta³⁵⁹.

Neppure è sempre chiaro in cosa debba consistere la prova contraria richiesta al convenuto. Se, in teoria, essa potrebbe riguardare tanto il profilo oggettivo del nesso causale, quanto quello soggettivo dell’inadempimento³⁶⁰, non si è mancato di osservare come, in molte pronunce, la Corte di Cassazione l’abbia nei fatti circoscritta alla dimostrazione dello specifico fattore causale che ha reso impossibile l’esecuzione della prestazione³⁶¹. In questo modo è venuto, in buona sostanza, perpetuandosi lo schema decisionale della *res ipsa loquitur*³⁶², che però è stato trasposto dagli interventi routinari (rispetto ai quali si giustificava in relazione all’elevata correlazione statistica tra rispetto delle *lege artis* e successo dell’intervento³⁶³) a tutti gli interventi che non abbiano i caratteri della speciale difficoltà di cui all’art. 2236 c.c.³⁶⁴.

In altre pronunce, invece, il medico (o la struttura sanitaria) è stato mandato esente da responsabilità sulla scorta di una prova afferente al profilo della diligenza³⁶⁵.

In questo panorama ondivago si è imposto, in tempi recenti, un nuovo orientamento, che si discosta (pur negando apertamente di farlo) dal *dictum* delle

³⁵⁹ V. *supra*, Cap. 2, par. 2.1. Si assiste – rileva R. PUCCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, cit., 1092, - a “una impropria rivisitazione del nesso di causalità materiale — in cui la « causa » trascolora in « occasione » — che non trova altra giustificazione se non quella di perpetuare il favor probatorio per il paziente danneggiato, così esonerato dalla dimostrazione del ruolo assunto dall’atto medico in riferimento alla mancata guarigione (o al peggioramento delle condizioni di salute o alla comparsa di nuova patologia)”.

³⁶⁰ D. ZORZIT, *il nesso causale in sanità: continuità o cambiamento?*, in F. GELLI - M. HAZAN - D. ZORZIT (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 291 s., evidenziando l’attribuzione di un ruolo chiave alla colpa, da parte del nuovo art. 7 della legge Gelli, ritiene che “d’ora in poi, non saranno più ammissibili interpretazioni “oggettive”, che pretendono cioè, ai fini liberatori, la prova dello specifico fattore esterno, non prevedibile né evitabile, che ha condotto al peggioramento delle condizioni del paziente. laddove la struttura riesca a dimostrare di aver correttamente operato, non si darà “inadempimento” e non vi sarà quindi spazio per l’applicazione dell’art. 1218 c.c. (la causa “ignota”, in altri termini, non potrà più essere, in tali casi, addossata al debitore)”.

³⁶¹ V. A. BARBARISI, *L’onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 222, la quale cita Cass., 24.5.2006, n. 12364; Cass., 19.4.2006, n. 9085; Cass., 11.11.2005, n. 22894, nonché, dopo la pronuncia a Sezioni unite del 2008, Cass., 12.9.2013, n. 20904.

³⁶² Sul quale v. U. IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 130, in part. 144 ss.

³⁶³ Come nota G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, 352, in questi casi la prova della mancanza di colpa, “se ritenuta possibile, in realtà smentirebbe l’asserita natura ‘routinaria’(recte: ‘vincolata’ nel risultato, una volta che si seguano le corrette prescrizioni di condotta) dell’intervento”.

³⁶⁴ V. R. PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 450. V. anche M. MAGLIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, 262.

³⁶⁵ Cass. 26.1.2010, n. 1538; Cass., 27.4.2010, n. 10060; Cass., 13.7.2010, n. 16394; Cass., 12.11.2010, n. 22967.

Sezioni unite del 2008, sostenendo che *“incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza”*³⁶⁶. La Cassazione ha abbracciato, quindi, la tesi di *“una doppia linea di causalità, basata sulla distinzione tra causalità materiale del fatto costitutivo della pretesa risarcitoria (a carico dell'attore) e causalità del fatto estintivo, ossia dell'impossibilità della prestazione (a carico del convenuto)”*³⁶⁷. In questo modo – si è osservato – la fattispecie della responsabilità contrattuale viene “sezionata” in due tronconi, il primo dei quali (quello della causalità materiale, assoggettato all'onere della prova dell'attore) modellato sulla falsariga dell'illecito aquiliano³⁶⁸, e il secondo - relegato a valle del primo (in modo da poter essere “attivato” soltanto in caso di positivo assolvimento dell'onere della prova incombente sull'attore) e “confinato” alla dimensione (della prova) del fatto che ha reso impossibile la prestazione³⁶⁹ - che polarizza su di sé anche l'elemento soggettivo della diligenza³⁷⁰. Ne consegue che *“il debitore che allegghi la fattispecie estintiva dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile deve provare sul piano oggettivo il dato naturalistico della causa che ha reso impossibile la prestazione e sul piano soggettivo l'assenza di colpa quanto alla prevenzione della detta causa”*. Questa prova non attiene, dunque, propriamente alla diligenza nell'esecuzione della prestazione (ex art. 1176, II co., c.c.), bensì alla diligenza (ex art. 1176, I co., c.c.) nella prevenzione della causa estintiva dell'obbligazione (causa che, a quanto

³⁶⁶ Così la sentenza capostipite del nuovo orientamento, Cass., 26.7.2017, n. 18932, cui hanno fatto seguito Cass., 7.12.2017, n. 29315; Cass., 15.2.2018, n. 3704; Cass., 20.8.2018, n. 20812; Cass., 23.10.2018, n. 26700.

³⁶⁷ Così R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, 9 s.

³⁶⁸ Si legge nella motivazione che *“la causalità relativa all'evento ed al danno consequenziale è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, e caratterizza negli stessi termini, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, gli oneri di allegazione e di prova del danneggiato”*.

³⁶⁹ Osserva, in contrario, G. D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 354 che, in realtà *“il medico e/o la struttura (...) sono normalmente chiamati (...) a dimostrare che l'inadempimento (pur essendosi, in ipotesi, verificato) non ha avuto efficienza causale rispetto all'evento dannoso di cui si discute (il peggioramento o il mancato miglioramento delle condizioni del paziente)”*. Non una prova “positiva” del fatto (incolpevole) che ha reso impossibile la prestazione, bensì la prova “negativa” *“di quel “nesso di causa materiale” che l'attore avrà dovuto semplicemente allegare, ma non anche (in senso proprio) provare”*.

³⁷⁰ Pertanto, *“la colpa del debitore risiede non nell'inadempimento, che è fenomeno oggettivo di mancata attuazione di una regola di comportamento (ed in particolare della regola di esecuzione esperta della prestazione professionale), ma nel non aver impedito che una causa, prevedibile ed evitabile, rendesse impossibile la prestazione”*.

sembra, va necessariamente dimostrata³⁷¹). Per quanto il Collegio si sforzi di etichettare il contrasto come solo “apparente”, è evidente la distanza che separa questa impostazione dall’assetto delineato dalle Sezioni unite del 2008, ciò che ha fatto pensare a un ritorno del “*sistema sotto il pieno governo della bipartizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*”, nel segno di “*un livellamento che annulla ogni distinzione tra le due forme di responsabilità*”³⁷², nonché, probabilmente, di un più rigido “schematismo”, non meno criticabile di quello – di segno contrario – addebitabile alle pronunce del 2008³⁷³. In questo modo, peraltro, “evapora” l’onere di (mera) allegazione dell’“inadempimento efficiente” in quanto tale, per l’evidente incompatibilità logica con un onere probatorio puntualizzato sull’effettivo svolgimento dei fatti nel caso concreto³⁷⁴.

³⁷¹ N. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.*, 2017, 705, ritiene invece che la Cassazione non abbia escluso la possibilità di una prova contraria concentrata sul profilo della diligenza, ovvero sostanzialmente antesi nella dimostrazione di avere agito secondo quanto prescritto dalle *leges artis* nel caso di specie.

³⁷² Così R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, cit., rispettivamente 12 e 11. Molto critico con il ragionamento della Corte anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell’inadempimento...extracontrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, 251, secondo il quale la “*dichiarata confusione tra la struttura e la disciplina delle responsabilità contrattuale e delittuale (per colpa) fa obliterare alla Cassazione che, in presenza dell’inadempimento, nessuna prova di causalità materiale spetti al creditore*”, essendo “*“dato presumere che il danno sia quasi in re ipsa, identificandosi, esso, con la mancata e/o difettosa prestazione e con la perdita da essa recata”*” (p. 252, ove l’Autore cita A. DI MAJO, *La salute responsabile: diritti e rimedi*, Torino, 2018, 15).

³⁷³ Di “schematismo” parla G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 358, il quale (ri)propone una distribuzione tra le parti dell’onere della prova del nesso causale, in funzione del contenuto dell’obbligazione (sostanzialmente recuperando la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, sotto l’egida di una diversa definizione nei termini di alta o bassa “vincolatività”). Da diverso angolo visuale, critica la generalizzazione del principio dell’inversione dell’onere della prova, operata dalle Sezioni unite, anche B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp.*, 2018, 23 s., contrapponendogli soluzioni più flessibili, quali la regola del “più probabile che non”; la dottrina della *res ipsa loquitur*; la regola legata al carattere routinario dell’intervento; il principio di vicinanza della prova; l’utilizzo della prova indiziaria o presuntiva.

³⁷⁴ Si chiede, al riguardo, G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 354, “*come si fa a “provare” (in concreto) tali nessi se non si non prima “provati” (perché non si era tenuti a farlo), nel loro effettivo e specifico svolgimento, i singoli fatti della sequenza (e, in particolare, il fatto che si pone all’origine della sequenza medesima)?*”. Per una critica a tutto tondo delle argomentazioni della Cassazione si veda anche F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709, il quale conclude che nelle obbligazioni con risultato “non determinato o determinabile a priori” (quale è quella del medico), “è necessario e sufficiente che il creditore allegghi – o, nelle impostazioni più rigoriste che contestano la scelta probatoria del 2001, provi – l’attitudine in astratto della condotta inesatta del debitore a produrre il tipo di pregiudizio lamentato”, mentre “non è invece necessario che il creditore fornisca elementi per la verifica della causalità individuale” (p. 733). Il debitore, da parte sua, deve “ricorrere anche alla mera difesa consistente nello sconfessare la presunta legge scientifica o statistica invocata dal creditore nell’ambito del modello nomologico-deduttivo di accertamento della causalità generale oppure deve scendere sul piano della causalità individuale e introdurre l’eccezione in senso tecnico della derivazione del danno da una causa alternativa reale o da una concausa prevalente” (p. 735).

Se da un lato si assiste, dunque, all'avvicinamento dello schema operativo della responsabilità sanitaria "contrattuale" al modello extracontrattuale³⁷⁵, dall'altro non è escluso possa profilarsi, nella concreta messa in opera di tale regola, una traiettoria in qualche modo speculare, che, pur in seno alla cornice aquiliana, si giovi di meccanismi di semplificazione probatoria (in particolare in punto di nesso causale), tali da ridurre alquanto la distanza tra i due modelli³⁷⁶, pure marcatamente differenziati nella recente disciplina normativa della fattispecie.

È noto, infatti, come l'art. 7 della l. n. 24 del 2017 abbia fatto proprio il regime del "doppio binario", riconducendo la responsabilità della struttura sanitaria al modello contrattuale delineato dagli artt. 1218 e 1228 c.c., e qualificando testualmente quella dell'"esercente la professione sanitaria" che non abbia concluso uno specifico contratto con paziente mediante il richiamo all'art. 2043 c.c.³⁷⁷. Ma l'obiettivo pratico sotteso a tale risistemazione (convogliare le domande dei pazienti danneggiati verso le strutture sanitarie e le loro assicurazioni, in modo da scongiurare il rischio di una massiccia adozione di pratiche di c.d. medicina difensiva) non può evidentemente cancellare la sostanza della prestazione medica, imperniata al rispetto di linee guida, protocolli, buone pratiche assistenziali (definiti dalla stessa legge all'art. 5), assai più consoni a obblighi di diligenza *ex art.* 1176, II co., c.c., piuttosto che a una generica colpa extracontrattuale. E invero, "*se le obbligazioni che valgono per un medico che risponde contrattualmente sono queste, non si vede perché le obbligazioni di cura, di diligenza, di attenzione, di protezione dei diritti del malato, che valgono per un medico che risponde in via extracontrattuale, debbano essere diverse*"³⁷⁸. Il massiccio utilizzo delle presunzioni, in uno con il costante ricorso alla consulenza tecnica medico-legale, potrebbero quindi sfumare, nei fatti, la qualificazione dicotomica dei titoli di responsabilità dei due soggetti (struttura e medico) eventualmente convenuti nello stesso processo. Resta da vedere se questa "omogeneizzazione" di fatto avverrà nel senso di un progressivo "irrigidimento" nell'accertamento della responsabilità delle

³⁷⁵ Ravvisa una sintonia tra le nuova disciplina introdotta dalla Legge Gelli e il nuovo indirizzo giurisprudenziale – cui plaude, nella misura in cui si sforza "*di ristabilire la vigenza, nell'ambito della responsabilità sanitaria, di un principio probatorio invero incontestato in tutti gli altri settori della responsabilità contrattuale e aquiliana*" –, M. FACCIOLE, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in C. GRANELLI, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, 552 s.

³⁷⁶ V. R. PUCCELLA, *Brevi considerazioni in tema di prova alla luce della legge n. 24/2017*, in G. IUDICA (cur.), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 114 s.

³⁷⁷ Per una panoramica dell'evoluzione che ha condotto alla novella legislativa, si vedano G. COMANDÈ – L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in F. GELLI - M. HAZAN - D. ZORZIT (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 253, ed E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 829.

³⁷⁸ R. PUCCELLA, *Brevi considerazioni in tema di prova alla luce della legge n. 24/2017*, cit., 106.

strutture (secondo il paradigma probatorio inaugurato dalla c.d. sentenza-Scoditti)³⁷⁹, o se saranno le istanze di protezione del paziente a prevalere, attenuando, con riguardo alla posizione del medico, gli effetti scaturenti dall'inquadramento nell'alveo dell'art. 2043 c.c.³⁸⁰. Non è certo, in ogni caso, che il risultato avuto di mira dal legislatore venga raggiunto, anche tenuto conto del fatto che la solidarietà *ex art. 2055 c.c.* pacificamente sussiste anche in caso di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale³⁸¹.

In questo quadro composito e tuttora in evoluzione, si passerà ad inserire l'ulteriore elemento "perturbante" del danno da perdita di *chance*, non prima però di avere adeguatamente dato conto dello "stato dell'arte" relativo al danno non patrimoniale (del quale quello da perdita di *chance* si presenta come peculiare variante nel campo della responsabilità sanitaria).

³⁷⁹ Come sostenuto da G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 355, nota 32, a parere del quale, "livellando (quanto alla ripartizione dell'onere della prova sul nesso di causa) la situazione tanto nel caso di azione rivolta alla struttura quanto nel caso di azione rivolta nei confronti del medico – la sentenza-Scoditti finisc[e] in buona sostanza per ridimensionare grandemente anche (i casi in cui potrà risultare provata) la responsabilità della struttura". Ciò che – secondo A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa*, cit., 254 s., contrasta con la scelta legislativa di mantenere la responsabilità della struttura in ambito contrattuale.

³⁸⁰ In merito alla responsabilità del medico, evidenzia R. PUCCELLA, *Brevi considerazioni in tema di prova alla luce della legge n. 24/2017*, cit., 115, che "il transito alla responsabilità aquiliana non mette dunque al riparo il sistema dal rischio di semplificazioni probatorie che, pur muovendo dal presupposto che la sussistenza del nesso di causalità (sul quale si incentra il più gravoso carico probatorio in capo all'attore) è circostanza che va dimostrata da chi invoca il risarcimento, consentono, di fatto, un sostanzioso alleggerimento dell'onere della prova, tale da non costituire un reale deterrente all'azione di danno".

³⁸¹ V. B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit., 22 e 23, nt. 42.

2. *Lo “stato dell’arte” in tema di danno non patrimoniale.*

2.1. *I presupposti di risarcibilità.*

La caratteristica essenziale del danno non patrimoniale risiede nel fatto che il pregiudizio, la compromissione, il peggioramento evocati dal concetto di danno riguardano interessi della persona non suscettibili di valutazione economica. Il danno, incide, quindi, sull'utilità fornita da un bene (*rectius*, un interesse) non patrimoniale.

La disposizione codicistica dedicata al danno non patrimoniale è contenuta nell’art. 2059 c.c., che ne afferma la risarcibilità “*nei casi determinati dalla legge*”. L'orientamento tradizionale era imperniato su una duplice limitazione della portata applicativa di tale norma, nel senso che si riteneva, da un lato, che il “danno non patrimoniale” consistesse (soltanto) nel c.d. danno morale soggettivo (identificato nella sofferenza interiore, nel patema d'animo transeunte); dall'altro, che i “casi previsti dalla legge” si riducessero a quelli in cui ricorre una fattispecie di reato, ai sensi dell'art. 185 c.p. In effetti, che il legislatore del 1942, richiamandosi ai “casi determinati dalla legge”, intendesse riferirsi essenzialmente alla disposizione dell’art. 185 c.p. (ricollegando, quindi, la risarcibilità del danno non patrimoniale alla ricorrenza degli estremi del fatto reato) è dato per scontato dalla generalità degli autori, ed è confermato dai lavori preparatori del codice civile, ove si avverte che “*soltanto nel caso di reato è più intensa l’offesa all’ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo*”. Dal punto di vista contenutistico, poi, l’identificazione del danno non patrimoniale col danno morale (inteso come turbamento psicologico transeunte) mirava a rendere sostanzialmente residuale, e dunque poco influente, la riserva di legge contenuta nell’art. 2059 c.c.. Infatti, prendendo le mosse da una definizione “in positivo” sia del danno patrimoniale, sia di quello non patrimoniale, si giungeva, “per sottrazione”, ad individuare un *tertium genus* di danni, dei quali si poteva ammettere la risarcibilità riconducendoli alla norma fondamentale dell’art. 2043. Le strade all’uopo percorse consistevano nell’enucleare un’autonoma categoria di danni personali, risarcibili, in quanto ingiusti, *ex art. 2043 c.c.*, accanto ai danni patrimoniali in senso stretto³⁸²; ovvero nel rivisitare la stessa nozione di danno patrimoniale, comprendendovi anche i danni soltanto suscettibili di valutazione economica – oltre a quelli tradizionalmente commisurabili in termini monetari oggettivi³⁸³–; o ancora nell’estendere il profilo della risarcibilità dal piano

³⁸² È la tesi di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 280.

³⁸³ C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., cap. VI, in partic. 106 s.

delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito (ove il danno risarcibile *ex art. 2043* è solo quello patrimoniale) a quello della lesione dell'interesse, secondo un'interpretazione della clausola generale orientata ai precetti costituzionali³⁸⁴. In altri casi la giurisprudenza mostrò, invece, la tendenza alla tipizzazione di nuovi interessi, derivati da lesioni in precedenza ritenute tutelabili solo in quanto produttive di un danno morale in senso stretto: sorsero così il diritto all'identità personale, il diritto alla serenità familiare, il diritto alla libertà sessuale, fino ad una sorta di "diritto alla felicità" enucleato come contraltare del danno esistenziale.

Le voci critiche rispetto all'impostazione tradizionale si rifacevano innanzi tutto al dato logico-letterale³⁸⁵; richiamavano la giurisprudenza che accordava la tutela *ex art. 2059* a favore di enti collettivi, comuni, strutture pubbliche - soggetti per i quali non è ontologicamente immaginabile un coinvolgimento psicologico in termini di patemi d'animo o sofferenze³⁸⁶; sostenevano, infine, la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma in esame, che consentisse di tutelare i diritti personali fondamentali in presenza di pregiudizi esistenziali non patrimonialmente valutabili³⁸⁷. I fautori di una nozione ampia di danno non patrimoniale richiamavano, inoltre, diversi dati positivi (si pensi agli artt. 89 c.p.c. e 598 c.p., ma anche agli artt. 7, 9, 10, 2600 c.c., nonché agli artt. 2 l. n. 117/88 sulla responsabilità dei magistrati, 15 d. lgs. n. 196/03 sulla tutela dei dati personali e all'abrogato art. 42 l. n. 40/98 sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero). Queste ultime ipotesi mostrano il passaggio da un criterio d'individuazione basato sulla gravità del fatto lesivo al criterio costituito dalla violazione dei diritti della personalità³⁸⁸. In un quadro siffatto, è naturale l'accentuazione della funzione consolatorio-satisfattiva e compensativa del risarcimento del danno morale, rispetto alla componente sanzionatoria.

³⁸⁴ È la tesi del danno evento, elaborata – limitatamente al bene salute – nella sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986. Il Giudice delle leggi rinvenne nel diretto collegamento dell'art. 2043 c.c. con l'art. 32 Cost. l'ingiustizia del danno alla salute, considerando la relativa lesione risarcibile di per sé, ovvero a prescindere dalle conseguenze pregiudizievoli da essa derivanti. Al danno-evento, inteso in tal senso, faceva da contraltare la dimensione del danno-conseguenza, che poteva atteggiarsi in guisa di pregiudizio patrimoniale ovvero di danno morale soggettivo.

³⁸⁵ Afferma G. BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, V, Torino, 1989, 85, che "il rigore concettuale esclude che «danno morale» e «danno non patrimoniale» siano omologhi"

³⁸⁶ A. IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della «doppiezza»*, in *Danno e resp.*, 1999, 609; in tal senso, si veda Cass., 3.3.2000, n. 2367.

³⁸⁷ E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona e la Corte costituzionale (come rivalutare l'art. 2059 c.c. senza indebolire il danno alla salute)*, in *Resp. Civ.*, 1996, 1132.

³⁸⁸ Lo sottolinea A. IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della «doppiezza»*, cit., 718.

L'evoluzione³⁸⁹ trovò compimento nelle c.d. sentenze gemelle del 2003³⁹⁰, le quali affermarono che *“il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona”*. La tradizionale figura del danno morale soggettivo non venne bandita, bensì ridotta ad una delle possibili manifestazioni della più ampia categoria del danno non patrimoniale, comprensiva pure del danno biologico: *“ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059 c.c., è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dalla quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica”*. La natura non patrimoniale del danno venne, in tal modo, collegata ad un duplice, concorrente profilo di non patrimonialità: la non patrimonialità dell'interesse leso (che deve afferire a valori personalistici) e la non patrimonialità degli interessi incisi dalla lesione, sul versante delle conseguenze di cui all'art. 1223 c.c.. In realtà, per quanto riguarda l'interesse leso, la sentenza circoscriveva ulteriormente il campo, richiedendo che si trattasse di *“diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica”*, costituzionalmente garantiti, per i quali la *“riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica)”* rappresenterebbe la forma di tutela minima, consustanziale alla loro stessa formalizzazione al più alto livello dell'ordinamento giuridico. Mediante queste pronunce (seguite da quella della Corte Costituzionale dell'11.7.2003, n. 233) venne ripristinato, dunque, l'originario valore normativo dell'art. 2043 c.c. e la sua funzione definitoria della struttura generale della fattispecie aquiliana; si riconobbe all'art. 2059 c.c. la funzione di integrare tale fattispecie, in ordine alla determinazione del danno nelle due distinte direzioni del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale; e si riservò il trattamento del danno “personale” esclusivamente all'interpretazione di tale norma ed alla determinazione del senso e delle condizioni di operatività dell'inciso *“nei casi determinati dalla legge”*. La risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di valori personalistici costituzionalmente garantiti venne giustificata sul presupposto che questi ultimi presupporrebbero necessariamente un'implicita tutela minima, la quale si risolverebbe nella loro protezione aquiliana. Il requisito della attinenza del danno ad una situazione

³⁸⁹ Evoluzione segnata dalle sentenze della Corte Costituzionale 27.10.1994, n. 372 e 22.7.1996, n. 293. Nella prima, il danno biologico venne configurato come danno-conseguenza, venendo al contempo confermata la distinzione - e l'autonoma risarcibilità - tra danno biologico e danno morale, sul presupposto che il primo costituisse una *“perdita di qualità personali”* e il secondo il *“pretium doloris”*. Nella seconda, la Corte precisò che l'inclusione del danno alla salute nella categoria di cui all'art. 2059 c.c. non implica la sua identificazione con il danno morale soggettivo, ma soltanto la riconducibilità delle due figure, quali specie diverse, nel genere del danno non patrimoniale.

³⁹⁰ Cass., 31.5.2003, n. 8827 e n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2273, con nota redazionale di L. LA BATTAGLIA e nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

costituzionalmente rilevante e la sua conseguente tipicità possono essere intesi, infatti, in due modi diversi: possono essere riferiti al fatto lesivo che ha provocato il pregiudizio ovvero alle conseguenze dannose di cui si chiede il risarcimento. La prima accezione della tipicità è quella propria del danno non patrimoniale da reato (artt. 2059 c.c. e 185 c.p.); la seconda potrebbe accreditarsi con riferimento alla lesione di diritti costituzionali, nel senso che l'art. 2059 c.c. opererebbe, “a valle”, come criterio di selezione dei danni non patrimoniali da ammettere a tutela risarcitoria, quale che sia il fatto lesivo che li abbia provocati: la tipicità, in altre parole, atterrebbe alla natura dell'interesse del quale si chiede il ristoro ed al quale si commisura l'equivalenza pecuniaria e non, invece, alla natura dell'interesse la cui lesione fa sorgere la responsabilità.

L'acquisizione delle sentenze del 2003 venne definitivamente fatta propria dalle sentenze c.d. di San Martino del 2008³⁹¹, dalle quali emerge una tecnica di tipizzazione del danno non patrimoniale “mista”, in quanto incentrantesi, volta a volta, sul fatto (attraverso il rinvio all'art. 185 c.p.); sulle conseguenze pregiudizievoli per gli interessi della persona, nei casi espressamente contemplati dalla legge ordinaria³⁹²; sulla lesione di interessi della persona qualificati dal rilievo costituzionale, nelle ipotesi rintracciabili dall'interprete, in virtù o di diretta menzione nella Carta fondamentale o del riferimento all'art. 2 Cost. Con riferimento a tale ultima categoria, le sentenze menzionano, in primo luogo, il danno biologico, consacrandone la definizione di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass., da considerarsi “*suscettiva di generale applicazione, in quanto recepisce i risultati ormai*

³⁹¹ Cass., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Foro it.*, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI - R. SIMONE, G. PONZANELLI, E. NAVARRETTA, e in *Danno e resp.*, 2009, 19, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e S. LANDINI. La prima riguarda una fattispecie di responsabilità sanitaria per errata esecuzione di un intervento chirurgico; la seconda e la terza il danno da c.d. perdita del rapporto parentale, conseguente al decesso di congiunti, in occasione di incidenti stradali; la quarta il pregiudizio “esistenziale” da immissioni acustiche eccedenti la normale tollerabilità.

³⁹² Nella seconda categoria di casi rientrano fattispecie accomunate dalla espressa previsione, da parte di norme di legge ordinaria, della risarcibilità del danno non patrimoniale. Si possono fare gli esempi dell'art. 2 l. n. 117/88; dell'art. 15 d. lgs. n. 196/03; dell'art. 44, VII co., d. lgs. n. 286/98 (cui devono affiancarsi l'art. 3, III co., l. n. 67/06, che ne estende le forme di tutela in favore dei disabili e l'art. 37, III co., d. lgs. n. 198/06, relativa alla tutela delle pari opportunità rispetto ai rapporti discriminatori nei luoghi di lavoro); dell'art. 2 l. 89/01; dell'art. 158, III co., l. n. 633/41 e dell'art. 125, I co., d. lgs. n. 30/05 (ipotesi, queste ultime, che dimostrano che un danno non patrimoniale può conseguire anche alla violazione di un interesse patrimoniale, da individuarsi nei diversi diritti di privativa industriale volta a volta ricorrenti). Nel sintetizzare questi casi, le Sezioni Unite affermano che “*il risarcimento è collegato alla lesione di diritti inviolabili della persona; alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni*”. La previsione legislativa “doppierebbe”, pertanto, il criterio di risarcibilità legato, appunto, alla natura di posizioni soggettive inviolabili della persona, così come avviene (o avverrebbe) nel campo della responsabilità (contrattuale) del datore di lavoro da c.d. demansionamento o dequalificazione, laddove la lesione di diritti della persona del lavoratore – costituzionalmente garantiti in virtù degli artt. 1, 2, 4 e 35 Cost. - sarebbe considerata, a fini risarcitori, dalla norma ordinaria di cui all'art. 2087 c.c.. Resta ferma, poi, la facoltà, per il legislatore, di fondare la risarcibilità del danno non patrimoniale “*anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili*”.

definitivamente acquisiti di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale". Da tale definizione si ricava la natura di danno-conseguenza di questa figura: il danno consiste nella perdita di funzioni vitali discendente dalla lesione psico-fisica³⁹³. Seguono, poi, nell'elencazione esemplificativa, il danno da lesione dei "diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.)", pregiudicati dalla perdita (o dalla c.d. macrolesione) del congiunto; il danno da lesione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza. Quest'ultima categoria è caratterizzata da un criterio di tipizzazione "aperto", non predeterminato, nel senso che sarà il giudice, "sul piano dell'ingiustizia del danno", a verificare, in via di interpretazione, se la posizione giuridica la cui lesione è lamentata dal danneggiato appartenga al novero dei "diritti inviolabili della persona necessariamente presidiati dalla minima tutela risarcitoria". È quella che le Sezioni Unite definiscono "ingiustizia costituzionalmente qualificata", la quale si attaglia anche a interessi non specificamente contemplati nelle disposizioni costituzionali, ma comunque riconducibili al principio fondamentale di cui all'art. 2 Cost., evidentemente ritenuto dotato di efficacia immediatamente precettiva nei rapporti fra privati. Quale ulteriore requisito per la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili viene enucleata, infine, la gravità dell'offesa, intesa come necessità che la situazione giuridica violata venga "incisa oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio": "il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile". La gravità della lesione deve essere accertata dal giudice "secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico".

Ma quand'è che un interesse giuridicamente rilevante può dirsi inviolabile, sicché la sua lesione integri l'ingiustizia costituzionalmente qualificata di cui alle sentenze delle Sezioni unite del 2008? Non è possibile, in questa sede, dare conto della genesi e dello sviluppo storico del concetto giuridico di inviolabilità, in tutte le sue implicazioni costituzional-pubblicistiche. Sarà sufficiente sottolineare – dall'angolo visuale dei rapporti "orizzontali" che qui viene in rilievo - che esso implica l'afferenza al nucleo essenziale della dignità della persona, sia dal punto di vista generale e astratto (nel senso che richiama il catalogo delle libertà fondamentali e dei diritti della personalità morale dell'individuo), sia sotto il profilo concreto (vale a dire in relazione all'intensità del "coinvolgimento" del diritto nella

³⁹³ Sintomatica, al riguardo, la giurisprudenza sul c.d. danno biologico terminale, che nega il risarcimento laddove, per essere la morte intervenuta a breve distanza di tempo dal fatto, la vittima non possa avere apprezzato alcuna ripercussione dell'illecito sulla propria condizione esistenziale.

vicenda giuridica occorsa nella fattispecie considerata). Nel primo significato, l'inviolabilità trova la sua frontiera espansiva (ma, al contempo, il proprio limite) nella rilevanza assiologica della persona; nel secondo significato esclude che possano rientrarvi offese di minima entità, idonee - al più - a eccitare le idiosincrasie individuali, giammai a colpire il nucleo inviolabile dell'interesse³⁹⁴. Non può trascurarsi di notare, infatti, che ogni diritto inviolabile rappresenta un potenziale limite per altri interessi, cosicché l'eccessiva proliferazione dei diritti inviolabili, da un lato, e l'indiscriminato risarcimento dei danni c.d. bagatellari, dall'altro, renderebbero sempre meno pregnante il filtro selettivo dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata (cui l'ordinamento ricollega la tutela risarcitoria rafforzata dell'art. 2059 c.c.), enfatizzando il principio di solidarietà verso la vittima dell'illecito, a tutto scapito del principio di tolleranza, "*fondamento stesso delle libertà e del pluralismo*"³⁹⁵. Per quanto "aperta" e dinamica, l'interpretazione dell'art. 2 Cost., in collegamento con l'art. 2059 c.c., non si spinge ad assicurare la tutela risarcitoria "minima" a qualsivoglia interesse dotato di rilevanza costituzionale, ma soltanto - come detto - a quelli "inerenti alla persona", identificabili in "*quel nucleo categoriale originario costitutivo del concetto stesso di persona, cui va perciò riservato il nome di "diritti dell'uomo e del cittadino" o di "diritti inviolabili originari", o diritti inviolabili in senso stretto*"³⁹⁶. Tra questi non può annoverarsi, per esempio, il diritto di proprietà, il quale non partecipa di quella "essenziale connotazione di incondizionatezza e di primarietà", caratteristica dei c.d. diritti fondamentali assoluti (vale a dire, dei valori della personalità)³⁹⁷, e

³⁹⁴ Molto efficace la definizione di E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, Ann., VII, Milano, 2013, 361: "*la nozione di inviolabilità si traduce in un accertamento che l'offesa alla persona presenti un rilievo sufficiente ad invocare la concreta essenza del valore insito nel diritto, ossia l'inviolabilità orizzontale, legata al dictum di una tutela rafforzata, il che certamente non si riscontra per offese bagatellari, schermabili dietro la definizione astratta dell'ampio contenuto dei diritti ma in concreto inidonee a coinvolgere l'essenza del loro valore*".

³⁹⁵ E. NAVARRETTA, *Danno non patrimoniale e responsabilità extracontrattuale*, in EAD., cur., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010, 39.

³⁹⁶ A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 23. Aggiunge l'Autore, a pag. 26: "*sarebbe del tutto arbitrario estendere a tutta la proprietà - e quindi anche alle forme in cui si esprime, prima di ogni altra cosa, il potere sociale, il privilegio, la speculazione e la sopraffazione dell'uomo sui suoi simili - caratteri e valutazioni propri di alcune specie di proprietà, come quelle della propria abitazione o dei beni di consumo personale o persino come la piccola proprietà coltivatrice, nelle quali permane quel valore di strumentalità verso un'esistenza libera e dignitosa (...) riconosciuto in generale alla proprietà privata fino ad alcuni decenni orsono, fino a quando, cioè, affatto dominanti erano le forme della proprietà individuale (...)*"

³⁹⁷ A. BALDASSARRE, voce *Proprietà I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 11. Si vedano anche F. DONATI, *I diritti inviolabili della persona umana nel quadro dell'art. 2 Cost.*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, 370; S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *La Resp. civ.*, 2009, in part. 60 s.; e, soprattutto, L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427, *passim*.

la cui lesione potrà quindi dare luogo al risarcimento del danno non patrimoniale solo nei casi di ricorrenza del reato o di espressa previsione legislativa³⁹⁸.

Pertanto, onde accertare la risarcibilità del danno non patrimoniale, il giudice è chiamato a vagliare la sussistenza dei seguenti presupposti:

- a. la lesione, da parte dell'agente, di una situazione giuridicamente rilevante (non avente natura patrimoniale) della vittima;
- b. la protezione, a livello costituzionale, di tale situazione giuridica;
- c. la natura inviolabile dell'interesse leso³⁹⁹;
- d. l'ingiustizia del danno, caratterizzata dal bilanciamento degli interessi in conflitto e dalla verifica della gravità della lesione⁴⁰⁰;
- e. la gravità della lesione, da intendersi nel senso che quest'ultima deve eccedere la soglia della normale tollerabilità, da accertarsi con riferimento all'*id quod plerumque accidit* (vale a dire al parametro dell'uomo medio, di normale formazione, cultura e sensibilità);
- f. la non futilità del pregiudizio, criterio che esprime la necessità del bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza.

³⁹⁸ Si pensi, ad esempio, all'art. 544-ter c.p., in relazione al danno da uccisione dell'animale di affezione, ovvero all'art. 42 bis del d.p.r. n. 327/01 (T.U. Espropriazioni), che prevede un indennizzo per il pregiudizio (anche) non patrimoniale, nell'ipotesi di acquisizione, al patrimonio indisponibile della pubblica amministrazione, del bene immobile occupato e "*modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità*". In linea con tale risultato appare la riflessione di C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, che, con riguardo al diritto di proprietà, conclude che "*sono piuttosto la natura del diritto e la sua funzione tipicamente patrimoniale a impedire la trasposizione della tutela dal patrimonio alla persona*".

³⁹⁹ Come si è accennato, il sistema dei diritti inviolabili non può essere chiuso, ma è mutevole e dinamico, legato all'evolvere della temperie socio-culturale-giuridica. Sono considerati inviolabili il diritto alla reputazione, all'onore, al nome, all'immagine, all'identità personale, alla riservatezza, al trattamento dei dati personali; ma anche il diritto alla vita, all'integrità psico-fisica, all'ambiente, all'abitazione. Si pensi ancora, nel campo lavoristico, al diritto allo stipendio dignitoso, al diritto di sciopero, al diritto alle ferie retribuite. Nei rapporti familiari vengono in rilievo, poi, diritti peculiari, come quello al mantenimento. Chiudono il sistema generale dei diritti inviolabili il valore della dignità umana e quello del libero sviluppo della personalità, nonché il principio di uguaglianza, che risulta violato da qualsiasi condotta discriminatoria. Va, infine, ribadito che non è sufficiente che si tratti di posizioni giuridiche garantite dalla Costituzione, essendo altresì necessario che esse abbiano, quale termine di riferimento oggettivo, la persona: in giurisprudenza, si può richiamare esemplificativamente, sul punto, Cass., 25.9.2009, n. 20684, secondo cui "*non ogni violazione di diritto che trovi il suo referente nella Carta costituzionale dà luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., ma esclusivamente la lesione di diritti inviolabili della persona umana, costituzionalmente garantiti*".

⁴⁰⁰ In assenza di una situazione conflittuale, la lesione deve avere la gravità sufficiente ad escludere una richiesta pretestuosa o futile, imponendo ai consociati di tollerare un certo grado di disturbi emotivi o esistenziali. Per converso, in presenza di un conflitto fra interessi inviolabili (fra di loro astrattamente equivalenti) la gravità dell'offesa deve essere idonea a giustificare la priorità dell'interesse leso sulla situazione giuridica contrapposta, in base al parametro esclusivo del loro bilanciamento. Una volta accertata nell'«an» la responsabilità si deve, poi, verificare se nella fattispecie concreta ricorra una gravità soggettiva dell'addebito, tale da prospettare una componente risarcitoria integrativa con funzione punitiva e deterrente. Per queste considerazioni, si veda E. NAVARRETTA, nelle opere citate alle note 394 e 395.

Per quel che riguarda il “danno morale soggettivo”, non si tratta, secondo le Sezioni Unite, di un’autonoma categoria di pregiudizio, ma solo di una formula descrittiva di uno dei modi di manifestarsi delle conseguenze pregiudizievoli di tipo non patrimoniale, da tenere in considerazione ai fini della quantificazione del risarcimento.

Più in generale, nelle pronunce in discorso le Sezioni Unite hanno sottolineato come, nell’ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, non sia possibile enucleare distinte sottocategorie, sicché il giudice è chiamato ad accertare l’effettiva consistenza del pregiudizio allegato dalla parte, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando le ripercussioni negative sul valore “uomo” effettivamente verificatesi e provvedendo alla loro riparazione. In particolare, al cospetto di una lesione dell’integrità psicofisica, il turbamento e il dolore dell’animo non sono autonomamente ristorabili, costituendo una componente del danno biologico. Ne deriva che costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale, mentre la consistenza effettiva delle sofferenze fisiche e psichiche può essere valorizzata dal giudice ai fini della personalizzazione della liquidazione dello stesso danno biologico.

Il processo di ridefinizione dello statuto del danno non patrimoniale non è approdato, peraltro, a un assetto definitivo neanche con le pronunce dell’11 novembre del 2008 ed è, quindi, proseguito nell’elaborazione giurisprudenziale successiva, nell’ambito della quale, accanto ad un orientamento (inizialmente maggioritario⁴⁰¹), che ha dato continuità all’approccio ermeneutico unitario adottato dalle Sezioni Unite, si è affermato un altro indirizzo che, valorizzando la concreta fenomenologia del danno non patrimoniale, ne ha proposto la scomposizione nel duplice pregiudizio della sofferenza interiore e delle ripercussioni sulla vita quotidiana nel suo aspetto dinamico-relazionale, da valutarsi autonomamente nella liquidazione del ristoro pecuniario. Secondo tale ultima impostazione (che nel corso degli anni ha ottenuto sempre maggiore adesione sino a divenire, in tempi recenti, orientamento ampiamente condiviso dai giudici di legittimità⁴⁰²), il danno morale non viene più concepito come mera

⁴⁰¹ Cui possono ascrivere Cass., 17.12.2015, n. 25351; Cass., 24.9.2014, n. 20111; Cass., 23.9.2013, 21716; Cass. 16.5.2013, n. 11950; Cass., 13.7.2011, n. 15414; Cass., 18.1.2011, n. 1072; Cass., 29.11.2010, n. 24144; Cass., 1° 6.2010, n. 13431.

⁴⁰² Hanno aderito all’orientamento in esame Cass., 12.9.2011, n. 18641; Cass., 16.2.2012, n. 2228; Cass., 20.11.2012, n. 20292; Cass., 17.4.2013, n. 9231; Cass., 26.6.2013, n. 16041; Cass., 3.10.2013, n. 22585; Cass., 11.10.2013, n. 23147; Cass., 16.10.2014, n. 21917; Cass., 17.12.2014, n. 26590; Cass., 9.6.2015, n. 11851; Cass., 20.11.2015, n. 23793; Cass., 20.8.2015, n. 16992; Cass., 20.4.2016, n. 7766; Cass., 19.10.2016, n. 21060; Cass., 15.6.2016, n. 12280; Cass., 13.1.2016, n. 339; Cass., 13.6.2017, n. 14655; Cass., 13.10.2017, n. 24075; Cass., 31.10.2017, n. 25817; Cass., 14.11.2017, n. 26805; Cass., 17.1.2018, n. 901; Cass., 27.3.2018, n. 7513; Cass., 20.8.2018, n. 20795; Cass., 15.5.2018, n. 11754; Cass., 28.9.2018, n. 23469; Cass., 30.10.2018, n. 27482; Cass., 20.12.2018, n. 32944; Cass., 19.2.2019, n. 4878; Cass., 31.01.2019, n. 2788; Cass., 2.4.2019, n. 9112.

componente del danno biologico, liquidabile mediante personalizzazione in aumento dei valori tabellari, ma come voce di pregiudizio concettualmente autonoma, in quanto tale oggetto di liquidazione differenziata. Pertanto, se la liquidazione del c.d. danno dinamico-relazionale (o esistenziale), in aggiunta al danno biologico, integra una duplicazione risarcitoria - proprio perché verrebbero considerate due volte le conseguenze pregiudizievoli afferenti agli aspetti dinamico relazionali della persona -, tale duplicazione non è ravvisabile laddove si attribuisca al danneggiato, oltre al danno biologico, un'ulteriore somma a titolo di risarcimento delle ripercussioni non aventi fondamento medico-legale quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione, la tristezza, la malinconia.

2.2 I criteri di liquidazione.

L'evoluzione appena illustrata ha intuitive ripercussioni sul piano della liquidazione, del quale conviene quindi subito passare a trattare.

In linea generale, si deve premettere che, non potendo il danno alla persona valersi del diretto riferimento a valori "di mercato", la parabola della relativa liquidazione è stata costantemente improntata alla messa a punto di parametri sempre più precisi, che da un lato non creassero discriminazioni tra i danneggiati, e dall'altro consentissero una monetizzazione del danno più fedele possibile alla peculiarità del caso concreto: adeguatezza e proporzionalità, dunque, con l'obiettivo di una (tendenziale) uniformità. Nacquero, così, le c.d. "Tabelle", che, muovendo dall'analisi statistica dei precedenti, esprimono una determinazione "convenzionale" del danno, come tale suscettibile - almeno tendenzialmente - di un'applicazione generalizzata. Esse cominciarono a formarsi - si potrebbe dire "naturalmente" - sulla figura del danno biologico⁴⁰³, proprio perché quest'ultimo, a differenza di altri pregiudizi non patrimoniali, può giovare del supporto della scienza medico-legale nella determinazione del valore percentuale dell'invalità permanente, sul quale innestare il calcolo risarcitorio. Una volta fissato il valore monetario-base in funzione della percentuale di invalidità riportata dal danneggiato, si è posto il problema dei criteri per incrementarlo, sì da poter soddisfare l'istanza di adeguamento del risarcimento alle peculiarità del caso concreto (istanza concettualmente opposta a quella di uniformità del trattamento

⁴⁰³ Per la quale la giurisprudenza ha unanimemente accolto, generalizzandola, la definizione contenuta negli artt. 138, II co., lett. a), e 139, II co., d. lgs. 7.9.2005 n. 209 ("Codice delle assicurazioni"), secondo i quali per danno biologico si intende "*la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito*".

risarcitorio, garantita dai valori tabellari *standard*). Si parla comunemente, al riguardo, di “personalizzazione” del risarcimento, intendendo con tale espressione l’operazione di adeguamento della liquidazione alla quantità e qualità delle rinunce cui il danneggiato è stato costretto dai postumi della lesione. La personalizzazione è categoria concettuale nella quale sono state fatte refluire – come subito si dirà – le problematiche afferenti alle figure del danno esistenziale e del danno morale, come tradizionalmente intesi.

A far tempo dal 2000, il criterio “tabellare” è stato accolto anche dal legislatore, dapprima nel settore dell’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro⁴⁰⁴, e successivamente in quello delle lesioni c.d. micropermanenti derivanti dalla circolazione stradale. Per queste ultime, coincidenti con i postumi permanenti inferiori al 10%, l’art. 139 del Codice delle assicurazioni prescrive, infatti, una liquidazione con criterio “a punto”. In questo caso la legge è immediatamente applicabile, essendo stato emanato sia il regolamento ministeriale contenente il *barème* medico legale in base al quale determinare il grado di invalidità (d.m. 3.7.2003), sia il regolamento ministeriale contenente l’indicazione del valore del punto di invalidità (valore che viene annualmente aggiornato⁴⁰⁵). Per le invalidità c.d. macropermanenti (dal 10% al 100%), il criterio “a punto” contemplato dall’art. 138 cod. ass. non è, invece, ancora applicabile, non essendo stata a tutt’oggi emanata la normativa secondaria necessaria per darvi attuazione. Al di fuori di tali settori (ma anche con riguardo alle lesioni macropermanenti derivanti da circolazione stradale, nelle more del varo delle tabelle di cui all’art. 138 cod. ass.), dalla metà degli anni ’90 del secolo scorso ha preso progressivamente piede il criterio tabellare elaborato dall’Osservatorio sulla giustizia civile costituito presso il Tribunale di Milano, caratterizzato dal fatto che il valore pecuniario del punto aumenta geometricamente all’aumentare dell’invalidità (in ossequio al principio medico-legale secondo cui la sofferenza causata da un’invalidità crescono in modo progressivo rispetto al crescere

⁴⁰⁴ L’art. 13 del d. lgs. n. 38/00, relativo all’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, recita: “*il danno biologico è la lesione all’integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona. Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato*”. In tale sistema, il danno biologico con esiti solo temporanei, o con esiti permanenti inferiori al 5% di invalidità, non viene indennizzato dall’INAIL; in caso di postumi permanenti di percentuale tra il 6% e il 15%, l’indennizzo viene assicurato in forma di capitale; in caso di esiti permanenti superiori al 15% l’indennizzo assume la forma della rendita, la quale rendita viene maggiorata in misura proporzionale alla retribuzione della vittima (vi è dunque una componente presunta di ristoro del danno da perdita della capacità lavorativa). Con d.m. 12.7.2000 sono state poi approvate le Tabelle contenenti il valore monetario del punto di invalidità; il valore monetario delle rendite; i coefficienti in base ai quali moltiplicare il reddito dell’infortunato, per liquidare il danno da ridotta capacità lavorativa; i gradi percentuali di invalidità corrispondenti a ciascuna singola menomazione.

⁴⁰⁵ L’ultimo aggiornamento risale al d. m. del 22.7.2019, che ha fissato in € 814,27 il valore del primo punto di invalidità permanente, e in € 47,49 l’importo corrispondente a un giorno di invalidità temporanea assoluta).

dell'invalidità stessa), e decresce con l'aumentare dell'età (in ragione dell'accorciarsi del residuo periodo della vita in cui il danneggiato dovrà convivere con quel determinato grado di invalidità), per effetto dell'applicazione di un coefficiente demoltiplicatore. A partire dalla sentenza n. 12408 del 7.6.2011, la Corte di Cassazione ha generalizzato l'applicazione delle tabelle milanesi⁴⁰⁶, estendendole a tutto il territorio nazionale, quali parametro elettivo uniforme per la liquidazione equitativa del danno alla persona *ex art. 1226 c.c.*. Hanno affermato, al riguardo, i giudici di legittimità, che, *“ai fini della liquidazione del danno biologico subito a seguito di un sinistro stradale, le Tabelle Milanesi, individuatrici del concetto di valutazione equitativa, assumono rilievo come una sorta di elemento extratestuale della norma dell'art. 1226 c.c. e ciò non già per una diretta forza cogente che esse abbiano sub specie di norme di diritto, bensì per effetto del riconoscimento della loro corrispondenza sul piano generale ai criteri di equità”*⁴⁰⁷.

Per quanto concerne il profilo della personalizzazione, dopo le sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 (nonché la n. 233 della Corte costituzionale), l'Osservatorio di Milano aggiornò le tabelle, prevedendo valori-base riferentisi alla compromissione degli aspetti dinamico-relazionali “medi” dell'individuo; fissò nel 30% l'aumento correlato alla personalizzazione del danno biologico; individuò, infine, nella “forbice” da $\frac{1}{4}$ a $\frac{1}{2}$ la misura dell'incremento dell'importo riconosciuto a titolo di danno biologico, per la liquidazione del danno “morale soggettivo”⁴⁰⁸. Lo scenario è, poi, nuovamente cambiato all'indomani delle sentenze delle Sezioni unite del 2008, a seguito delle quali – come si è visto – il danno morale è stato inteso come espressione descrittiva di un particolare pregiudizio non patrimoniale, la cui concreta sussistenza (ove allegata e provata) non può dar luogo alla liquidazione di una voce di danno autonoma, bensì, al più, a un incremento del valore tabellare del danno biologico. In virtù di tale nuova impostazione, il valore del punto tabellare milanese è stato aumentato in misura esattamente corrispondente all'importo che in precedenza veniva liquidato a titolo di danno morale, con la conseguenza che tale valore ne è risultato incrementato (almeno del 25%) rispetto a quello originariamente riferibile al solo danno biologico⁴⁰⁹. Ne

⁴⁰⁶ Al di fuori, naturalmente, delle ipotesi per le quali sono previsti criteri legislativi di liquidazione.

⁴⁰⁷ In tal senso, Cass. 25.2.2014, n. 4447, in *Foro it.*, 2014, I, 1834. Da ultimo, si veda Cass., 15.5.2018, n. 11754.

⁴⁰⁸ La liquidazione di tale pregiudizio avveniva in maniera sostanzialmente automatica, sul presupposto che la sofferenza e il dolore fosse qualcosa di diverso (e di immancabilmente compresente) rispetto all'invalidità biologica. Il sistema della frazione era, poi, in qualche modo “ingessante”, dal momento che si fondava sull'assioma che a postumi di pari grado corrispondessero sofferenze di pari grado.

⁴⁰⁹ Il valore monetario medio del punto si riferisce pertanto, attualmente, a tutte le conseguenze pregiudizievoli “normalmente” discendenti da postumi corrispondenti alla data percentuale di invalidità (conseguenze anatomico-funzionali, relazionali, di sofferenza soggettiva). È prevista, poi,

viene fuori un sistema per cui, una volta provato (e valutato per mezzo della c.t.u.) il grado di menomazione psico-fisica, può ritenersi dimostrato presuntivamente (o comunque ex art. 115, II co., c.p.c.) il corredo di conseguenze pregiudizievoli corrispondente al valore medio del punto⁴¹⁰, mentre, per ottenere l'incremento della somma liquidata, l'attore dovrà soggiacere a oneri di allegazione e prova più rigorosi, che consentano di porre in evidenza profili di compromissione speciali, eccezionali, ulteriori e diversi rispetto a quelli ordinariamente affliggenti tutti gli individui di quell'età e con quel grado di invalidità permanente.

Nel relativo campo di applicazione, Gli artt. 138 e 139 cod. ass. (nella formulazione risultante dalle modifiche introdotte dalla l. n. 124/17) recano l'indicazione dei presupposti oggettivi per l'incremento; delle modalità del relativo accertamento processuale; del limite dell'incremento stesso. In particolare, per le macropermanenti l'art. 138 richiede che la menomazione incida "*in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali*". A questa formulazione l'art. 139, per le micropermanenti, aggiunge "*ovvero causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità*", con evidente allusione alla figura del c.d. danno morale soggettivo. Entrambe le norme prevedono, con riferimento all'incidenza sugli aspetti dinamico-relazionali, che essa sia "documentat[a] e obiettivamente accertat[a]". Per quel che riguarda l'entità dell'aumento, viene fissato un tetto del 20% per le micro permanenti, e del 30% per le macropermanenti.

Il primo tetto è stato ritenuto costituzionalmente legittimo dalla sentenza della Corte costituzionale n. 235 del 16.10.2014, la quale, sotto il profilo della

una percentuale di aumento dei valori medi, utilizzabile per la personalizzazione (sia questa legata alla valorizzazione di profili dinamico-relazionali, ovvero di sofferenza soggettiva). Il valore-base del nuovo punto è stato creato aggiornando al 2009 il valore del precedente punto di danno biologico "puro", e incrementandolo del 25% per le micropermanenti; dal 26% al 50%, progressivamente, per le invalidità dal 10 al 34%; e lasciando poi costante la percentuale del 34% fino al 100% di invalidità. È prevista poi un'ulteriore percentuale di incremento del valore del punto base, in funzione della personalizzazione del risarcimento con riferimento alla peculiarità della fattispecie concreta. Questa percentuale è calante: fino al 50% per le micro permanenti; dal 49% al 25% in relazione a invalidità da 10% a 34%; costante al 25% per le invalidità da 35% al 100%. Tale criterio viene giustificato con la considerazione che nelle macroinvalidità le condizioni del danneggiato sono in gran parte compromesse, residuando così un minor spazio per comprovate personalizzazioni. Al giudice è comunque consentito di andare al di sotto o al di sopra dei valori minimi e massimi, in relazione a fattispecie del tutto eccezionali, e previa adeguata motivazione. Anche per quanto riguarda l'invalidità temporanea, il valore monetario "medio" di un giorno di invalidità (attualmente pari, nel minimo, a € 98,00) è stato calcolato incrementando del 25% il precedente importo, per tener conto dell'aspetto della sofferenza soggettiva. L'importo è aumentabile fino al 50% (dunque fino a € 147,00). Un esempio di circostanza giustificativa dell'aumento potrebbe essere il decorso particolarmente doloroso della malattia, o la necessità di essere assistito costantemente per l'espletamento dei bisogni fisiologici.

⁴¹⁰ Per questa ragione, alla nuova Tabella milanese è stata mossa la critica di avere perpetrato l'automatismo risarcitorio del danno morale, che - in proclamato ossequio alle sentenze del 2008 - aveva dichiarato di voler abbandonare, così ponendo in essere, a dire di G. PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2018, I, 923, una "operazione quasi gattopardesca".

“prospettata disparità di trattamento in presenza di identiche lievi lesioni” ha osservato che, “nel sistema, la tutela risarcitoria dei danneggiati da sinistro stradale è più incisiva e sicura rispetto a quella dei danneggiati da eventi diversi, poiché solo i primi, e non anche gli altri, possono avvalersi della copertura assicurativa, ex lege obbligatoria, del danneggiante - o, in alternativa, direttamente di quella del proprio assicuratore - che si risolve in garanzia dell' stesso del risarcimento”; conseguentemente, il limite fissato dal legislatore per l'incremento della liquidazione tabellare, in considerazione dei profili di pregiudizio afferenti alla sfera del “danno morale” ovvero “esistenziale”, si giustifica nell'ottica di un ragionevole bilanciamento “tra i contrapposti valori coinvolti nel vigente sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata, nel quale le assicurazioni, concorrendo ex lege al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici e l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi”.

Non è certo, invece, che le considerazioni appena svolte possano applicarsi anche al tetto del 30%, previsto per legge per le lesioni macropermanenti. Sul punto, si contrappongono due opposti orientamenti. Il primo ritiene che la logica del contemperamento degli interessi, che innerva l'interpretazione dell'art. 139 cod. ass., non abbia ragion d'essere con riguardo alle lesioni più gravi, rispetto alle quali l'interesse del danneggiato all'integrale risarcimento tornerebbe ad essere “incomprimibile”⁴¹¹; il secondo valorizza gli approdi delle Sezioni unite del 2008 (anche in termini di bilanciamento col principio solidaristico riveniente dall'art. 2 Cost.), rigettando la pretesa diversità “ontologica” tra il danno biologico e il danno morale e facendo leva, altresì, sulla formulazione letterale della lett. e) del secondo comma⁴¹², nonché del quarto comma⁴¹³, del novellato art. 138 cod. ass.⁴¹⁴.

⁴¹¹ È l'orientamento definitivamente consacrato dalla giurisprudenza della Terza Sezione della Corte di Cassazione a partire dal 2018 (sul quale v. *supra*, p. 131 e nota 379), che, sul piano dell'interpretazione letterale, fa leva sul riferimento testuale – nella lett. c) del secondo comma dell'art. 138 - ai (soli) aspetti dinamico-relazionali, per trarne, *a contrariis*, la conseguenza che il profilo della sofferenza interiore non sia stato toccato dalla norma, e conseguentemente possa (e debba) essere autonomamente considerato dal giudice al fine di un'autonoma liquidazione del danno morale.

⁴¹² Il quale, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, XVII co., l. n. 24/17, recita: “al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione”.

⁴¹³ Il quale, nella sua attuale formulazione, dispone che “l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche”.

⁴¹⁴ Per un'ampia esposizione delle ragioni giustificative di tale impostazione, si vedano M. HAZAN, A. CASSANO CICUTO e M. RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in F.

Le considerazioni appena svolte con riferimento agli artt. 138 e 139 cod. ass. valgono oggi anche per il risarcimento del danno alla persona discendente da responsabilità sanitaria, avendo la legge Gelli esteso i relativi criteri di liquidazioni anche a tale settore. Il quarto comma dell'art. 7 della l. n. 24/17 dispone, infatti, che *“il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (..)”*. La previsione si giustifica – come è stato esattamente notato⁴¹⁵ - non tanto in ragione dell'assimilabilità dei caratteri costitutivi dell'illecito sanitario rispetto a quello da circolazione stradale⁴¹⁶, quanto piuttosto in ossequio all'introduzione di un obbligo di assicurazione per la responsabilità civile in capo alle strutture sanitarie, cui sono naturalmente connaturate esigenze di prevedibilità e di contenimento del rischio⁴¹⁷. Di notevole interesse è anche la disposizione di cui all'art. 7, III co., seconda parte, della legge, a mente della quale *“il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'art. 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge”*. Con quest'ultima norma, è stata introdotta una nuova causa di non punibilità della condotta del medico qualificata da imperizia, nell'ipotesi in cui essa risulti rispettosa delle raccomandazioni previste dalle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali (sempreché esse si mostrino adeguate alle specificità del caso concreto). Ora, una volta che venga risolto il (non semplice) problema di conciliare la configurabilità della responsabilità (civile) del medico con l'avvenuto rispetto delle linee guida⁴¹⁸, la facoltà concessa al giudice potrebbe essere

GELLI - M. HAZAN - D.ZORZIT (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 333 ss.

⁴¹⁵ V. M. ASTONE, *La nuova disciplina del danno non patrimoniale da illecito sanitario e l'art. 7, commi 3 e 4, della l. n. 24/2017*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 742 ss.

⁴¹⁶ Assimilabilità difficilmente sostenibile, vuoi per l'unilateralità dell'obbligo assicurativo (che non vale per le compagnie assicuratrici della responsabilità civile sanitaria), vuoi per la ridotta incidenza sul contenimento dei premi assicurativi che riveste la limitazione del risarcimento nelle lesioni micropermanenti (le quali, a differenza di quanto avviene nella circolazione stradale, non rappresentano nel settore della responsabilità medica la principale voce di risarcimento). Per queste considerazioni, si veda G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. impr.*, 2015, 623 ss.

⁴¹⁷ Osservano, al riguardo, M. HAZAN, A. CASSANO CICUTO e M. RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, cit., 355, che *“al paziente, a cui viene accordato il beneficio di una copertura espressamente finalizzata a tutelarlo (..) viene richiesto di partecipare anch'egli, solidalmente, alla tenuta del sistema nel suo insieme e, dunque, di accettare che il risarcimento dell'eventuale danno sia contenuto entro limiti ex ante prevedibili e sostenibili (anche dal punto di vista del loro impatto sui premi finali di polizza)”*.

⁴¹⁸ R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in F. VOLPE (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria*, Bologna, 2018, 43, confessa il *“disagio (..) di un'elaborazione in termini di imperizia perita, in culpa sine culpa, che il civilista, meno abituato a scandire le sottotracce della colpa (e incline, viceversa, a gestirla come condotta difforme da quello*

riguardata alla stregua di necessario corollario, nel senso di una possibile modulazione (esclusivamente) in diminuzione⁴¹⁹ del risarcimento corrispondente ai valori “tabellari”⁴²⁰. Diversamente, alla disposizione potrebbe essere conferita portata più generale, sì da consentire al giudice di “ampliare” e “adattare” il *quantum* alle peculiarità del caso concreto (ma – si deve ritenere – non in funzione in senso stretto “punitiva”)⁴²¹.

Il discorso svolto finora riguarda le fattispecie in cui vi è un danno biologico, la cui liquidazione (che può giovare della capacità della scienza medico-legale di convertire i postumi concretamente accertati in un valore cardinale convenzionale) è "trainante" rispetto alla corrispondente sofferenza soggettiva (che, per questo, generalmente viene commisurata ad una percentuale della prima⁴²²). Possono darsi, peraltro, fattispecie in cui, a fronte di un danno biologico

che è legittimo pretendere dal consociato(..), fatica a introiettare”, chiedendosi “come, in fin dei conti, ritenere in colpa un medico che abbia rispettato le linee guida, ivi compreso il monito di lasciar perdere il protocollo da mainstream quando le circostanze del caso di specie lo richiedano?”.

⁴¹⁹ Ritengono che il giudice possa unicamente diminuire (e non aumentare) il risarcimento M. HAZAN, A. CASSANO CICUTO e M. RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, cit., 365, facendo leva sulla “una (doppia) interpretazione sistematica”, fondata da un lato sulla ratio di fondo della riforma (“che è quella di contenere (ergo: diminuire e non aumentare) il peso risarcitorio gravante sui medici “strutturati” (..)), e dall’altro sull’aporia data dal “fatto che, diversamente opinando, la regola punitiva (in caso di mancato rispetto delle linee guida) varrebbe solo per gli esercenti strutturati, attesa la sua collocazione all’interno dell’articolo 7, comma 3”, e non già per i medici liberi professionisti.

⁴²⁰ In astratto, si potrebbe pensare a una decurtazione equitativa *tout court* del risarcimento, ovvero all’esclusione di qualsivoglia incremento dei valori tabellari “base”. La prima opzione incontra l’ostacolo di consentire, al di fuori di una finalità “punitiva” (ché anzi, esattamente del contrario si tratta), una limitazione del risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto inviolabile quale quello alla salute. Sicché, preferibile appare forse la tesi secondo cui la decurtazione possa concernere il solo danno “morale” da sofferenza interiore (che è voce tradizionalmente connessa alla riprovevolezza del comportamento del danneggiante), e giammai il valore tabellare di cui al comma 4 (in tal senso, L. NOCCO, in M. LOVO e L. NOCCO (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria (e-book)*, Il Sole24ore, 2017, 41).

⁴²¹ È la tesi di L. NOCCO, *La nuova responsabilità sanitaria (e-book)*, cit., 42, il quale esclude un profilo di contrasto con i principi in tema di “danni punitivi”, sulla base del fatto che, “alla luce di quanto è stato in precedenza illustrato in merito al fatto che il giudice può tenere conto della condotta conforme alle raccomandazioni contenute nelle linee guida e nelle buone pratiche nella determinazione del risarcimento del solo danno morale, infatti, è realistico pensare che, laddove vi sia una condotta particolarmente negligente, di tale aspetto si debba tenere conto in sede di quantificazione del danno morale, avendo la condotta del danneggiante provocato un pregiudizio maggiore al paziente (e/o ai suoi familiari)”. In senso sostanzialmente conforme M. ASTONE, *La nuova disciplina del danno non patrimoniale da illecito sanitario e l’art. 7, commi 3 e 4, della l. n. 24/2017*, la quale, dopo aver osservato che “la natura e l’importanza degli interessi in gioco e, specificatamente, del diritto alla salute oltre che la qualità dei soggetti interessati, alla luce anche dell’attuale dibattito sui danni punitivi, avrebbe potuto giustificare il riconoscimento, in tale ambito, di danni di tipo punitivo nei confronti di comportamenti gravemente riprovevoli, spesso integranti fattispecie di reato”, riconosce che “la mancata tipizzazione normativa è sicuramente di ostacolo, in concreto, alla relativa applicazione”.

⁴²² Alla stregua del recente orientamento giurisprudenziale (di cui s’è dato conto sopra, nel testo), che rende autonomo il danno morale anche sotto il profilo della liquidazione, si pone, peraltro, il problema della persistente validità del criterio tabellare “milanese”: dovrà il giudice “scorporare”, dal valore del punto, la frazione idealmente imputabile al danno morale, e calcolare quest’ultimo autonomamente? E se sì, sulla base di quali diversi criteri? Si deve tener presente, inoltre, che vi

percentualmente contenuto si profila una sofferenza interiore molto intensa. In questi casi può manifestarsi l'opportunità di un'autonoma liquidazione del danno morale, dal momento che l'ancoraggio ai valori tabellari dell'invalidità permanente non consente di valorizzare adeguatamente la componente interiore del pregiudizio, neppure facendo ricorso alla "personalizzazione".

Questa è, poi, l'unica strada percorribile laddove un danno biologico manchi del tutto, sorgendo il problema di non rimettere la quantificazione del risarcimento al puro arbitrio del giudice. In questi casi, si è soliti risalire dal danno a quegli indici costanti, oggettivamente affidabili e non manipolabili, rappresentati dal tipo di offesa e dalle condizioni oggettive della vittima, dai quali è dato presuntivamente di inferire – secondo criteri di normalità – l'entità dei pregiudizi non patrimoniali concretamente occorsi. Naturalmente, la liquidazione è condizionata anche dalla funzione che si attribuisce al risarcimento del danno non patrimoniale⁴²³. Non è escluso, per esempio, che, nei casi caratterizzati da colpa grave o dolo, il risarcimento possa essere incrementato, in funzione individual-deterrente (o *lato sensu punitiva*), allorquando si possa ragionevolmente ritenere che la gravità soggettiva del fatto abbia, in concreto, incrementato il danno (in modo da non venga tradire la fondamentale finalità risarcitoria della responsabilità civile). Sicuramente utile è, infine, la comparazione con i precedenti giurisprudenziali omologhi (di tale criterio v'è traccia, oggi, nella nuova formulazione dell'art. 138 cod. ass., nonché in materia di danno *antitrust*, ex art. 14, III co., l. n. 3/17). Proprio sulla scorta di tale "metodo", l'Osservatorio della giustizia civile del Tribunale di Milano ha elaborato "tabelle" (o comunque criteri di liquidazione) anche per alcune tipologie di pregiudizio diverse dal danno biologico, e segnatamente il danno non patrimoniale da perdita del congiunto⁴²⁴, il

sono situazioni in cui l'entità della sofferenza interiore non è proporzionata all'entità dei postumi invalidanti, venendo in rilievo circostanze particolari (si pensi, per esempio, al soggetto che rimanga intrappolato per ore nel crollo di una miniera, il quale riporti una ferita che sanguina copiosamente; o a episodi particolarmente "brutali" di violenza sessuale, ci tuttavia consegue un'invalidità permanente contenuta, ecc.).

⁴²³ V. *supra*, Cap. II, parr. 5 e 6.

⁴²⁴ I cui valori attuali sono di € 165.960,00 (aumentabile fino a 331.920,00) per la perdita del rapporto intercorrente fra genitori e figli, e tra coniugi (o conviventi *more uxorio* o parti dell'unione civile), ed € 24.020,00 (aumentabile fino a € 144.130,00) per la perdita di un fratello o del nipote da parte del nonno. La giurisprudenza ha enucleato delle circostanze (per così dire) "tipiche" da prendere in considerazione, al fine di rendere il risarcimento più aderente possibile alle peculiarità del caso concreto, quali ad esempio l'età dei soggetti coinvolti, la convivenza o meno con la vittima primaria, la consistenza (più o meno ampia) del nucleo familiare. Assumono rilievo anche le modalità del fatto: si pensi, ad esempio, alla circostanza che sia stato compiuto con dolo, ovvero all'ipotesi in cui l'uccisione del coniuge sia avvenuta dopo pochi giorni dal rientro dal viaggio di nozze (ovvero davanti agli occhi dell'altro), o ancora alla perdita contestuale di più congiunti. Su tali profili, sia consentito il richiamo a L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazione sul tema della famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 2017, 339 s., nonché a L. LA BATTAGLIA, *Danno da perdita del congiunto: nessi di causalità e pregiudizi non patrimoniali risarcibili*, *Fam. dir.*, 2016, 465 ss.

danno non patrimoniale “terminale”⁴²⁵, il danno da diffamazione a mezzo stampa⁴²⁶, la responsabilità processuale aggravata *ex art. 96, III co., c.p.c.*⁴²⁷. Quale ulteriore esempio di danno rimesso *in toto* alla liquidazione equitativa “pura” del giudice si può far riferimento, infine, al pregiudizio conseguente alla lesione del diritto all’autodeterminazione del paziente (per violazione del consenso informato), che non sia correlato alla lesione della salute (dal momento che l’intervento non

⁴²⁵ Pregiudizio (da farsi valere *iure hereditatis* dai congiunti) che può atteggiarsi alla stregua di “danno biologico terminale”, rappresentato dalla menomazione dell’integrità fisica patita dal danneggiato nell’apprezzabile lasso di tempo intercorso tra l’evento lesivo e il decesso (verificatosi a causa di quest’ultimo); ovvero di “danno morale catastrofale”, consistente nella sofferenza interiore patita (anche per brevissimo tempo) dalla persona che, in una condizione di cosciente lucidità, assiste alla perdita della propria vita, cagionata dal fatto illecito del terzo. Ai fini della relativa liquidazione, l’Osservatorio milanese, dopo aver convenzionalmente fissato una durata massima della sopravvivenza rilevante in 100 giorni (al termine dei quali il danno riprende a essere risarcito alla stregua di danno biologico ordinario), ha proposto un criterio di liquidazione unitario, basato sull’idea che il danno decresca col passare del tempo, dal momento che la massima sofferenza è usualmente percepita nel periodo immediatamente successivo all’evento lesivo, per poi scemare nella fase successiva (lasciando spazio, a seconda dei casi, ad una sorta di “adattamento”, alla speranza di sopravvivere, ad un abbassamento delle capacità cognitive dovute al decadimento generale). Pertanto, si è ritenuto di prevedere che nei primi tre giorni di danno terminale il Giudice possa liquidare il danno muovendosi liberamente secondo la propria valutazione personalizzata ed equitativa, nel rispetto di un tetto massimo convenzionalmente stabilito in € 30.000 (non ulteriormente personalizzabile). Il valore del quarto giorno è stato individuato in € 1.000, mentre la progressiva diminuzione giornaliera (da € 991,00 per il quinto giorno a € 981,00 per il sesto, e così via) è stata calcolata, con i necessari arrotondamenti, in modo tale da giungere, alla fine del periodo, ad un valore (€ 98), pari a quanto *pro die* stabilito dalla Tabella per il danno biologico temporaneo standard. A partire dal quarto giorno, la valutazione giornaliera del danno è personalizzabile, in relazione alle circostanze del caso concreto e del particolare sconvolgimento che risulti di volta in volta provato.

⁴²⁶ In questo settore i danni non patrimoniali sono tradizionalmente liquidati in via equitativa, secondo criteri indicati in modo variabile dalla giurisprudenza, che di volta in volta prende a riferimento alcuni indici presuntivi, quale ad esempio la tiratura del giornale, la sua diffusione (nazionale o locale), il risalto dato alla notizia, la qualità della persona offesa e la sua eventuale carica pubblica o collocazione professionale, il patema d’animo sofferto in relazione al contesto sociale in cui il soggetto leso vive, l’obiettivo gravità delle affermazioni diffamatorie pubblicate in relazione al momento storico in cui esse si situano, l’intensità del dolo, la presenza di azioni risarcitorie promosse verso altri giornali ed infine il complessivo comportamento tenuto dai giornalisti. I criteri summenzionati possono essere ricondotti, schematicamente, a due categorie: oggettivi e soggettivi. I primi sono stati, a loro volta, suddivisi in criteri quantitativo, qualitativo e strutturale. Il criterio quantitativo attiene alla diffusione del veicolo d’informazione (copie vendute o indice d’ascolto); il criterio qualitativo riguarda il “credito” di cui godono le pubblicazioni che hanno ospitato la notizia lesiva; il criterio strutturale, infine, è relativo alle modalità espressive, al rilievo ed alla collocazione della notizia incriminata. Sono invece soggettivi i criteri che attengono ad una o più caratteristiche personali del soggetto leso (qualità morali, cariche pubbliche rivestite, ecc.), che si assumono colpite dall’informazione lesiva. Sulla base di una puntuale analisi statistica dei precedenti, l’Osservatorio milanese ha individuato orientativamente 5 fasce di gravità: tenue (con una liquidazione da € 1.000,00 a € 10.000,00); modesta (da € 11.000,00 a € 20.000,00); media (da € 21.000,00 a € 30.000,00); grave (da € 31.000,00 a € 50.000,00); di eccezionale gravità (oltre € 50.000,00).

⁴²⁷ Con riguardo a tale voce, l’Osservatorio del Tribunale di Milano ha generalizzato le risultanze dell’indagine statistica, alla cui stregua l’ammontare della condanna è per lo più parametrato ai compensi liquidati in favore della parte vittoriosa. È stata prevista la possibilità di una diminuzione o di un aumento fino alla metà del compenso. Quanto agli indici di graduazione della liquidazione, dall’esame della giurisprudenza risultano indicati il valore della causa; la durata del processo; il numero delle parti vittoriose (abusate dalla lite temeraria); l’intensità dell’elemento soggettivo dell’abusante; l’affaticamento derivato alla parte abusata dal processo temerario.

voluto sortisce effetto positivo). Anche in questo caso, trattandosi di quantificare la sofferenza interiore, l'unico criterio utilizzabile per scongiurare l'arbitrio è il confronto con i precedenti (che, in questa materia, si attestano su somme generalmente non superiori a € 10.000,00).

Già da questa sommaria ricognizione è agevole intuire come, anche per il danno non patrimoniale da perdita di *chance*, l'unica strada per sottrarre la liquidazione alla pura discrezionalità del giudice sarebbe quella di affidarsi a una criteriologia convenzionale che, pure inevitabilmente muovendo dal "danno maggiore" rappresentato dalla lesione dell'integrità psicofisica *tout court*, contempra dei coefficienti di abbattimento che non si riducano alla asettica riproduzione della percentuale probabilistica che si ritiene di assegnare alla *chance* nel caso concreto. Tutto ciò muovendo dalla consapevolezza (troppo spesso negletta dai giudici) del carattere erroneo e fuorviante della meccanica trasposizione del ragionamento probabilistico tipico del giudizio causale alla diversa fase della liquidazione del danno (come subito si verrà a dire).

3. *Il danno non patrimoniale da perdita di chance.*

Dopo avere sinteticamente tratteggiato il quadro generale degli attuali assetti della responsabilità sanitaria, da un alto, e del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale, dall'altro, è giunto il momento di mettere insieme le rispettive acquisizioni, indagando il modo di atteggiarsi, nel suddetto contesto, della particolare figura del danno da perdita di *chance*. Si è già accennato come in questo campo – ancor più che per il danno patrimoniale – si manifestino in tutta la loro criticità (tra gli altri) i problemi relativi al nesso causale e alla individuazione dell'interesse giuridicamente rilevante (diverso dal diritto alla salute), la cui lesione funge da presupposto di risarcibilità del danno non patrimoniale alla stregua dell'art. 2059 c.c. Anticipando gli esiti dell'*excursus* (dottrinario e giurisprudenziale) che si è in procinto di intraprendere, si deve, infatti rimarcare che a venire in questione è (la plausibilità giuridica di) un danno di natura non patrimoniale, cagionato dall'illecito (contrattuale o extracontrattuale) del medico (o della struttura) e tuttavia non identificantesi con il danno da lesione della salute di cui al combinato disposto degli artt. 2059 c.c.; 7, IV co., l. n. 24/17; 138 e 139 cod. ass. (ovvero con il danno da perdita della vita, riguardato dalla prospettiva dei congiunti del paziente che agiscano *iure proprio*). Un danno la cui configurabilità dovrà necessariamente essere vagliata nel quadro della legge di riforma della

responsabilità sanitaria, nonché delle recenti evoluzioni giurisprudenziali in punto di nesso di causa e ripartizione degli oneri della prova⁴²⁸.

Le fattispecie in cui la perdita di *chance* viene generalmente evocata, nell'ambito della responsabilità sanitaria, sono quelle nelle quali il comportamento (per lo più omissivo) del medico determina una contrazione (o un azzeramento) delle possibilità di guarigione o di sopravvivenza del paziente. In questi casi, la successione cronologica degli eventi sfocia nella compromissione o perdita, rispettivamente, della salute o della vita del danneggiato, il quale riporta un danno biologico (da invalidità permanente) ovvero decede. A venire in gioco, come detto, non è però il danno biologico o da morte *tout court*, ma un danno quantitativamente e qualitativamente inferiore, correlato non al mancato raggiungimento del risultato sperato (per l'appunto, la guarigione o la sopravvivenza), ma alla perdita della possibilità di conseguirlo.

Il primo dato da tenere presente è, dunque, che la *chance* sembra venire ad esistenza solo allorquando sia stata distrutta, vale a dire una volta che, *a posteriori*, si sia acquisita la certezza dell'impossibilità di raggiungimento del risultato finale ambito dal paziente (la guarigione ovvero la definitiva sopravvivenza). La teoria della perdita di *chance* cerca, quindi, di "elevare" a bene giuridico la speranza che il paziente coltiva di realizzare il risultato (guarigione o sopravvivenza), proiettandola in una situazione "ante-fattuale" caratterizzata dall'*alea* dovuta all'incidenza degli effetti della pregressa patologia. Ma l'operazione è "chiaramente arbitraria", se è vero che, "quando la colpa del medico priva di alcuni giorni di vita il paziente o impedisce il miglioramento delle sue condizioni di salute, il bene della vita lesa è, per l'appunto, la salute, e non già un'autonoma probabilità di perderla"⁴²⁹.

Il secondo punto fermo è che il "terreno di coltura" della *chance* è una situazione di intrinseca e ineliminabile incertezza causale, quantomeno ove si assuma, quale termine di riferimento del rapporto di causalità, il suddetto risultato (la guarigione), cui naturalmente il paziente anela nell'accostarsi alla prestazione medica (*rectius*, il suo opposto rappresentato dal sopraggiungere di un'invalidità permanente o addirittura della morte). Il paziente, in altri termini, aveva – ancor prima e indipendentemente dall'intervento del medico – determinate possibilità di guarire così come (specularmente) di non guarire (o di morire), cosicché il semplice fatto che la colpa del medico abbia impedito la realizzazione del risultato sperato

⁴²⁸ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa*, cit., 249, si spinge ad affermare che "in presenza dell'indirizzo introdotto dalla "sentenza Scoditti" i destini della responsabilità sanitaria sembrano ormai affidati unicamente alla risarcibilità del danno da perdita di chance, essendo il pregiudizio caratterizzato da una costante "incertezza eventistica"".

⁴²⁹ G. CRICENTI, *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, cit., 2093.

non comporta necessariamente la responsabilità di quest'ultimo per l'evento infausto⁴³⁰. Uscire da questa condizione di incertezza trasponendo meccanicamente alla singola fattispecie concreta la percentuale probabilistica "aggregata", predicabile con riferimento alla legge statistica astratta, significa cancellare, di fatto, il secondo (ineliminabile) momento di giudizio necessario per l'accertamento della causalità (quello della probabilità c.d. logica o baconiana)⁴³¹. Si tenga presente che nel campo della responsabilità medica – a differenza di quanto accade nei concorsi privati o nella responsabilità professionale dell'avvocato – *"i termini percentuali inerenti [al]le possibilità di salvezza o guarigione della vittima non sono – perlopiù – relativi alla singola fattispecie concreta e, spesso, appartengono alla (sola) generalità dei casi"*⁴³², di modo che *"rispetto ad un paziente concreto (P), il consulente o il perito non sarà pressoché mai in condizione di affermare se questi avrebbe risposto al farmaco (F) così come (poniamo) il 60% dei pazienti trattati secondo lo studio clinico di riferimento, ovvero se all'opposto non avrebbe risposto al trattamento, così come purtroppo accade al restante 40% dei pazienti"*⁴³³.

Non si può concordare, pertanto, con l'opinione di Feola, secondo cui la perdita di *chances* di guarigione o di sopravvivenza e il pregiudizio consistente nell'invalidità o nella morte del paziente sarebbero legati al contegno inadempiente del medico dal medesimo rapporto causale⁴³⁴. Nel primo caso, infatti, il nesso causale finisce per essere affermato apoditticamente, senza una (invero impossibile) verifica in concreto dell'ipotetico *iter* evolutivo delle possibilità "in possesso" del paziente⁴³⁵: l'affermazione che questi avesse delle *chances* di

⁴³⁰ In altri termini, *"il non verificarsi di un utile(evento negativo), non equivale affatto ontologicamente e concettualmente al verificarsi di un danno (evento in senso stretto). Nel primo caso ci si trova di fronte ad una situazione utile ipotetica la cui rilevanza è accertata mediante presunzioni (non sapremo mai se qualche altra circostanza avrebbe potuto comunque impedire la realizzazione dell'utile); nel secondo caso ci si trova di fronte a due eventi certi: la creazione del rischio e il danno; si tratterà, dunque, di provare la rilevanza del rischio nella causazione del danno: un problema di nesso causale"* (così V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, cit., 218).

⁴³¹ V. *supra*, Cap. II, par. 2.1. Afferma V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Padova, 1994, 72 (richiamando Penneau), che *"il ricorso a dati statistici tende a occultare l'abisso che sussiste fra questi ultimi, meramente teorici, e la concreta possibilità di cui gode il singolo paziente"*.

⁴³² B. TASSONE, in D. NICOTRA e B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, cit., 333.

⁴³³ F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 968.

⁴³⁴ V. *supra*, cap. II, par. 2.2, nt. 141.

⁴³⁵ *"Anziché dimostrare che la chance si sarebbe tradotta in un danno finale è sufficiente dimostrare che è stata distrutta, e ciò non si fa stabilendo un diverso concetto di nesso causale, ma ponendo un limite alla relazione causale. Infatti non è più necessario chiedersi se, bilanciandole probabilità, il paziente sarebbe sopravvissuto o meno (rectius, se è più probabile che no che sarebbe sopravvissuto). È sufficiente provare la perdita della chance in sé"* (così G. CRICENTI, *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, cit., 2094).

guarigione o sopravvivenza è tutt'uno con quella per cui le ha perse per colpa del medico⁴³⁶.

Lo schema è stato ereditato dalla giurisprudenza francese⁴³⁷, che a queste *chances* conferisce, appunto, il “crisma” di bene giuridicamente rilevante, sulla cui perdita costruisce una figura di danno autonoma e distinta rispetto al decesso o all'invalidità. I fautori della teoria negano che si tratti di un “pregiudizio intermedio”, frutto di una causalità “sbiadita”, ma resta il fatto che, al di là delle declamazioni formali⁴³⁸, la sua esistenza viene ricavata – pressoché automaticamente - all'esito dell'esclusione “in negativo” del nesso causale rispetto alla perdita del vantaggio finale, piuttosto che attraverso la verifica “in positivo” della sussistenza di un nesso causale tra il comportamento colposo del medico e la perdita de(l distinto “bene” rappresentato da)lle *chances*, sicché è difficile negare che la distinzione tra le ipotesi in cui tale nesso causale sussista (e possa ritenersi provato), e quelle in cui debba ritenersi puramente ipotetico (si da precludere l'accesso a qualsivoglia risarcimento) finisce per divenire del tutto aleatoria, quando non francamente arbitraria⁴³⁹. Inoltre, la quantificazione del danno da perdita di *chance* viene pressoché invariabilmente rapportata al valore del “tutto”, incorrendo in un'impropria commistione con la fattispecie del concorso di cause⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Tanto che si è affermato che “*il giudizio di responsabilità cui è sottoposto l'operatore sanitario viene così a slegarsi sempre più dal danno, per concentrarsi sui più svariati profili di colpa di cui questi possa essersi reso autore durante il rapporto di cure*” (così D. M. FRENDA, *Ritardo nella diagnosi e perdita delle possibilità di una vita più lunga o migliore: la Cassazione riflette (ancora) sul danno da perdita di chance*, in C. GRANELLI, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, 592).

⁴³⁷ Per gli itinerari seguiti dalla giurisprudenza francese, si veda M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., Cap. III.

⁴³⁸ Che pretendono che “*l'accertata autonomia causale che intercorre tra la condotta colposa e l'evento dannoso costituito dalla perdita di chances impone che tale verifica sia effettuata in concreto e che, di conseguenza, questo danno non sia risarcito allorché il giudice non consideri provata con certezza la sussistenza di tale nesso*” (così M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., 212).

⁴³⁹ N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, cit., 302, richiamando Mèmeteau, sostiene, a tal proposito, che “*la tecnica della «perte de chance» non è altra cosa che un artificio giurisprudenziale teso ad un doppio obiettivo: da un lato, rendere più blando il regime degli oneri probatori sul piano processuale; dall'altro, rendere più flessibile il sistema normativo in materia di responsabilità civile*”.

⁴⁴⁰ V. *supra*, Cap. II, par. 2.3. Afferma M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., 247: “*il danno da perdita di chance si identifica (in relazione al profilo quantitativo) con la porzione di danno consistente nell'aggravamento o nelle conseguenze ulteriori subite dalla vittima (rispetto allo stato anteriore e all'evoluzione normale della malattia, che devono essere sottratti). Poiché questa frazione di danno non si sarebbe verificata in assenza della condotta colposa del medico, egli deve esserne considerato interamente responsabile*”. In giurisprudenza, si consideri esemplificativamente Trib. Bologna, 4.4.2012, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 552, in cui, al cospetto della perdita di *chances* di sopravvivenza (non quantificabili, a dire del c.t.u., né sotto il profilo della consistenza percentuale, né sotto quello della durata dell'ipotetica sopravvivenza), il danno venne quantificato prendendo come riferimento quello della “*lesività massima*” (presumibilmente, il valore tabellare corrispondente a un'invalidità del 100% per un soggetto di quell'età), sul quale il giudice operò dapprima una riduzione “equitativa” di un terzo, e successivamente applicò la

Sulla stessa falsariga si muove, inizialmente, anche la giurisprudenza italiana, la quale peraltro tende a marcare l'autonomia della (perdita di) *chance* riproponendo lo schema già collaudato nel settore "concorsuale", senza preoccuparsi più di tanto di coordinarlo con il diverso contesto di riferimento, caratterizzato dall'imperita esecuzione di una prestazione finalizzata alla tutela di un interesse non patrimoniale della vittima.

Pur venendo in rilievo, nella maggior parte dei casi, la compromissione della salute del paziente, punto fermo nelle motivazioni della Corte di legittimità è, infatti, che la *chance* sia una "*entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione*", tanto da considerare la relativa domanda come "*ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato*". In questi termini si espresse (per vero in un *obiter dictum*) Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, che segnò il debutto del danno da perdita di *chance* nel "sotto-sistema" della responsabilità sanitaria. Il caso riguardava un paziente che era stato ricoverato in preda a forti dolori addominali, al quale non era stato immediatamente diagnosticato l'aneurisma all'aorta addominale, che lo aveva poi condotto a morte dopo due ore e mezza. Sia in primo, sia in secondo grado, la domanda avanzata dai parenti per il risarcimento del danno da perdita del proprio congiunto era stata rigettata, sul presupposto (per quanto in questa sede interessa) che non fosse risultato provato il nesso causale tra l'omessa diagnosi dell'aneurisma e il decesso⁴⁴¹. La Corte di Cassazione cassò con rinvio la sentenza d'appello (censurandone il ragionamento in ordine alla ripartizione degli oneri probatori), non prima però di schiudere le porte (sia pure a livello di *obiter dictum*), anche nel settore della responsabilità sanitaria, alla teorica del danno da perdita di *chance* di ascendenza transalpina, reputando che "*ragioni di coerenza del sistema induc[esser]o a ritenere condivisibile tale soluzione in tema di responsabilità dei medici anche nel nostro ordinamento, ispirandosi, anzi, essa alla ripartizione del carico del danno tra creditore e debitore, che si rinviene nel nostro ordinamento (ad es. art. 1227 c.c.)*". L'affermazione esprime esplicitamente la "contaminazione" del discorso intorno alla perdita di *chance* con considerazioni attinenti al (distinto) tema del concorso di cause (rispetto all'evento "finale")⁴⁴².

percentuale ricavata dalla legge statistica generale (che nel caso di specie stimava nel 21% la possibilità di sopravvivenza a 5 anni).

⁴⁴¹ I giudici di merito avevano ritenuto, infatti, che, in considerazione del tempo comunque necessario per la corretta diagnosi, nonché per il trasferimento del paziente in una struttura dotata del reparto di chirurgia vascolare (non presente in quella alla quale il *de cuius* si era rivolto), l'intervento chirurgico non sarebbe potuto iniziare che mezz'ora prima dell'orario in cui il paziente era spirato, sì da non avere che remote possibilità di successo.

⁴⁴² V. *supra*, Cap. II, par. 2.3.

La Cassazione accoglie, dunque, *sic et simpliciter* la teoria ontologica⁴⁴³, senza farsi carico di sciogliere il dilemma relativo a come delle “possibilità” proiettate verso il conseguimento di un “bene”/interesse di natura non patrimoniale possano integrare un “bene patrimoniale” (la cui perdita dà luogo a un pregiudizio della medesima natura)⁴⁴⁴.

Pure in un *obiter dictum* si collocano le considerazioni in tema di perdita di *chance* della successiva pronuncia (la n. 23846 del 18.9.2008), in cui la Suprema Corte era chiamata a confrontarsi con un caso di omessa diagnosi di una grave neoplasia al pancreas la quale, una volta scoperta, circa un mese dopo, in fase di avanzata metastasi, aveva reso necessario un intervento chirurgico, che tuttavia non aveva potuto scongiurare il decesso dell’attrice (avvenuto nel corso del processo). La Corte ritenne che, ferma restando l’impossibilità di guarigione dal tumore, il più tempestivo accesso alla terapia (chirurgica e farmacologica) successivamente praticata avrebbe certamente migliorato la qualità di vita dell’attrice, la quale “*nel mese di tempo fra la diagnosi errata e quella esatta (..) [aveva] visto perdurare il suo stato di sofferenza fisica senza che ad esso potesse essere apportato un qualche pur minimo beneficio perché vi era stata quella diagnosi erronea (..)*”. D’altra parte – osservano i giudici - l’intervento chirurgico avrebbe potuto essere eseguito in una condizione di minore diffusione delle metastasi, risultando così meno invasivo. Questo tipo di pregiudizio viene chiaramente configurato quale danno alla salute⁴⁴⁵. Sotto altro profilo, le conclusioni della c.t.u. avevano confermato che una più tempestiva diagnosi avrebbe potuto anche “*garantire (..) una maggiore, sia pure minima (da alcune settimane ad alcuni mesi) durata della sua vita*”. Afferma la Corte che “*la preclusione di tali possibilità si è risolta nella negazione alla [attrice] di una doppia chance, quella di vivere durante il progresso della malattia meglio (per l’effetto, naturalmente, delle cure palliative che si sarebbero innestate su una situazione sulla quale l’intervento chirurgico si sarebbe avuto prima e, quindi, in un momento del progresso della malattia anteriore) e quella di vivere più a lungo, di poche settimane o pochi mesi*”⁴⁴⁶. La pronuncia liquida, poi, come irrilevante la

⁴⁴³ Anche in questa pronuncia, peraltro, si affermò la necessità, ai fini della risarcibilità del danno, che la *chance* abbia una certa consistenza.

⁴⁴⁴ Non ravvisa alcuna anomalia in questo meccanismo G. MIOTTO, *Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili*, in *Dir. civ. cont.*, 14 ottobre 2015, 9, per il quale anzi “*ipotizzare che la connotazione di questo attuale e specifico pregiudizio patrimoniale sia influenzata dalla ben diversa natura del risultato futuro (la maggior sopravvivenza) ad essa ontologicamente estraneo appare una vera e propria contraddizione in termini, suscettibile di confondere due categorie di danno completamente diverse*”.

⁴⁴⁵ Cioché il sintagma “perdita di chance” può avere, con riguardo ad esso, valenza puramente descrittiva (v. *supra*, Cap. II, par. 3).

⁴⁴⁶ G. MIOTTO, *Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili*, cit., 8, censura, dal punto di vista logico, l’accostamento di queste due “declinazioni” di danno: “*se la possibilità di vivere quel determinato periodo di tempo è stata annullata da una diagnosi intempestiva, infatti, è*

deduzione della parte resistente - secondo cui la perdita di *chance* sarebbe stata meramente ipotetica e non supportata da un sufficiente compendio probabilistico - , considerando come, a ben vedere, i consulenti tecnici avevano, al contrario, affermato che l'effetto positivo sulla durata e sulla qualità della sopravvivenza della vittima *“si sarebbe probabilmente verificato, addirittura che esso si sarebbe verificato con certezza”*. Le successive considerazioni in tema di danno da perdita di *chance* vengono svolte, quindi, in sede di *obiter dictum*. Dopo aver affastellato le massime giurisprudenziali più significative sull'argomento, nel corpo della motivazione viene ribadita la concezione “ontologica” della *chance*, sganciata da una soglia di consistenza probabilistica minima, e nella quale l'entità delle probabilità rileva ai soli fini della quantificazione del risarcimento. Si legge, sul punto: *“una volta considerato che la chance di consecuzione di un beneficio in relazione alla situazione giuridica di cui si lamenta danno è un'entità patrimoniale come tale, cioè rappresenta un interesse concreto correlato alle potenzialità di esercizio della situazione de qua, sarebbe irragionevole risarcire la perdita di una chance quando è presumibile o probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la presunzione o la probabilità non sussistano. Il modo di essere nell'uno o nell'altro senso della chance sarà semmai incidente soltanto sulla liquidazione del danno, nel senso che nel primo caso la perdita sarà maggiore e nel secondo minore o addirittura inesistente”*. Un’“ontologia” della *chance* che, dunque, può anche evaporare del tutto, ovvero - da altro e complementare angolo visuale - giustificare un danno *in re ipsa*, “percepito” come “riflesso incondizionato” dell'illecito. Soprattutto, un'ontologia che non riesce ad essere davvero “autonoma” sul piano funzionale, se è vero che in nessun modo può fare a meno del legame con il risultato finale. E infatti – prosegue la motivazione –, *“è di tutta evidenza che nell'apprezzamento del valore della perdita la circostanza che alla chance perduta si sarebbero dovute sommare altre evenienze fino alla consecuzione del risultato potrà giustificare l'individuazione di un danno per la sua perdita se la loro verifica sia accertabile in modo almeno presuntivo o probabilistico, mentre potrà suggerire l'idea che il valore della perdita sia nullo in caso contrario”*. E ancora, *“la perdita potrà assumere un valore anche nullo ove risultino circostanze che escludevano o rendevano del tutto remota fino quasi ad escluderla la consecuzione del risultato”*. In definitiva, i contorni della *chance* come situazione giuridica autonoma rimangono piuttosto vaghi e confusi. Con affermazione criptica, la Cassazione soggiunge poi che *“il concetto di patrimonialità va correlato al bene in relazione al quale la chance si assume perduta e, quindi, in riferimento al danno alla persona, ad una chance di*

insostenibile, sotto il profilo logico, l'assunto per cui egli avrebbe perso pure la possibilità di viverlo con una qualità di vita migliore”.

conservazione dell'integrità psico-fisica o di una migliore integrità psico-fisica o delle condizioni e della durata dell'esistenza in vita". Se con queste parole si fosse voluta riaffermare la compatibilità tra una concezione patrimonialistica della *chance* e la non patrimonialità dell'interesse giuridico "finale", ancora una volta non si sarebbe spiegato come la "possibilità di guarigione" possa tramutarsi in una posta del patrimonio del danneggiato⁴⁴⁷; se, invece, si fosse voluto "riallineare" la *chance* al bene giuridico verso cui tendono le possibilità⁴⁴⁸, allora a far difetto sarebbe un'esplicitazione dei caratteri costitutivi di un pregiudizio non patrimoniale che deve necessariamente essere diverso dal danno alla salute, dal punto di vista vuoi del suo atteggiarsi "fenomenologico", vuoi dell'ingiustizia "costituzionalmente qualificata".

Particolarmente ardua si mostra l'impresa di individuare nella *chance* un interesse (non patrimoniale) autonomo: come esattamente notato dal Tribunale di Venezia in una pronuncia del 2007⁴⁴⁹, *"siffatta conclusione che individua nella chance di guarigione un'autonoma posizione soggettiva, totalmente avulsa dall'analisi causale, finisce per operare una indebita scissione all'interno dell'individuo"*, laddove invece *"non è possibile distinguere al cospetto delle mutevoli reazioni del corpo umano, la salute (da intendersi come benessere psico-fisico) o la vita rispetto ad una autonoma chance di guarigione o sopravvivenza. L'essere è un unicum (..)"*. Tantomeno tale interesse – che in tesi si assume diverso dal diritto alla salute - sembra essere preesistente all'intervento del medico⁴⁵⁰.

Nel 2011⁴⁵¹, la Cassazione sembra sposare con decisione il punto di vista dell'omogeneità dei pregiudizi, sostenendo che, *"quando 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, la perdita di tale chance è risarcibile come danno alla*

⁴⁴⁷ Requisito del danno patrimoniale è, infatti, l'idoneità ad essere stimato secondo criteri di mercato, ma la *chance* di guarigione non è suscettibile di essere "surrogata" dall'acquisto sul mercato di un bene o servizio sostitutivo.

⁴⁴⁸ In questo senso il precedente in discorso viene interpretato dalla successiva Cass., 20.8.2015, n. 16933, che lo richiama per confutare l'affermazione della corte di merito, secondo cui il danno da perdita di *chance* integrerebbe una "autonoma voce di danno emergente" di natura patrimoniale.

⁴⁴⁹ Trib. Venezia, 25.7.2007, in *Danno e resp.*, 2008, 51, con nota di R. PUCCELLA. L. NOCCO, 159, che definisce la *chance* di guarigione come "pretensiva" (a differenza della *chance* di vittoria di un concorso, che sarebbe invece "oppositiva"), in singolare dissonanza rispetto alla definizione fatta propria da Cass., 9.3.2018, n. 5641 (sulla quale a breve si ritornerà), la quale, al contrario, ascrive alla *chance* patrimoniale *"le stimmate dell'interesse pretensivo"*, e qualifica come *chance* "non pretensiva" quella di cui è portatore il paziente al momento dell'irrompere sulla scena del medico.

⁴⁵⁰ L. NOCCO, 159, definisce la *chance* di guarigione come "pretensiva" (a differenza della *chance* di vittoria di un concorso, che sarebbe invece "oppositiva"), in singolare dissonanza rispetto alla definizione fatta propria da Cass., 9.3.2018, n. 5641 (sulla quale a breve si ritornerà), la quale, al contrario, ascrive alla *chance* patrimoniale *"le stimmate dell'interesse pretensivo"*, e qualifica come *chance* "non pretensiva" quella di cui è portatore il paziente al momento dell'irrompere sulla scena del medico.

⁴⁵¹ Cass., 14.6.2011, n. 12961.

situazione giuridica di cui trattasi”, in tal modo facendo deflagrare la contraddizione insita nel fatto di porre sullo stesso piano un danno-conseguenza compiutamente accertato e una lesione che rechi con sé probabilità – in ipotesi – assai contenute di conseguimento del medesimo risultato (qui la Corte è netta nel ribadire che la risarcibilità è indipendente “*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*”).

In una successiva sentenza del 2014⁴⁵² sembra risuonare l’eco dell’arresto della Corte costituzionale del 1986, laddove la Cassazione recupera lo schema del danno-evento, sostenendo che “*in pratica evento di danno e conseguenze dannose astrattamente risarcibili coincidono*”. La perdita di *chance* viene intesa, dunque, “*come danno, in sé, risarcibile*”, senza che, sul piano della lesione, venga menzionato l’interesse giuridico colpito⁴⁵³, e sul piano delle conseguenze, il danno venga caratterizzato secondo l’alternativa patrimoniale/non patrimoniale. Una “*contrazione*” estrema, insomma, degli elementi costitutivi della fattispecie⁴⁵⁴: la semplice perdita di possibilità, indipendentemente dalla consistenza di queste ultime, integra un danno che a sua volta è astratto, e che viene sottoposto *de plano* a liquidazione, senza averne prima apprezzato l’effettiva esistenza (e consistenza)⁴⁵⁵.

Si giunge, così, alla sentenza n. 5641 del 9.3.2018⁴⁵⁶, contenente una sorta di “*decalogo*” sul danno da perdita di *chance*, frutto del consapevole intento dei giudici della Terza sezione della Cassazione di fare chiarezza sull’effettivo ruolo della “*categoria*” nel campo del danno non patrimoniale. Il discorso prende le mosse dalla censura di quello che viene definito il “*duplice paralogismo*” della teoria della *chance*, consistente, da un lato, nel ricostruire i tratti caratterizzanti della figura - invariabilmente - intorno al modello del danno patrimoniale; e, dall’altro, nel sovrapporre impropriamente i due distinti elementi della fattispecie dell’illecito, rappresentati dal nesso causale e dal bene tutelato oggetto della

⁴⁵² Cass., 27.3.2014, n. 7195.

⁴⁵³ Se non mediante il riferimento alla necessità di reputare la chance “*di per sé come “bene”, cioè come diritto attuale autonomo e diverso dagli altri, ivi compreso il diritto alla salute*”.

⁴⁵⁴ Osserva efficacemente B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 542 s., come “*l’evocazione della categoria vale a bypassare in un sol colpo il problema della definizione e della quantificazione del danno non patrimoniale*”.

⁴⁵⁵ Scrive la Cassazione che, “*trattandosi di risarcibilità in astratto, essa necessita di un’operazione di quantificazione che non può prescindere dalla situazione concreta*”; e che “*soltanto in questa fase successiva ed ulteriore, che è quella della quantificazione del risarcimento, torna rilevante l’idoneità della chance a produrre il risultato utile (..)*”. Per la distinzione tra la fase dell’accertamento del danno e quella della sua liquidazione (eventualmente equitativa), v. *supra*, Cap. II, par. 5.

⁴⁵⁶ In *Foro it.*, 2018, I, 1579, con nota di R. PARDOLESI – B. TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*.

lesione. Viene, quindi, finalmente abbandonata la finzione consistente nell'individuare l'oggetto della lesione in un'entità patrimoniale, con conseguente "asimmetria ontologica" tra il bene-*chance* e l'interesse alla cui tutela esso è preordinato: laddove (come nella responsabilità sanitaria) quest'ultimo abbia natura non patrimoniale, della medesima natura partecipa la *chance*, la quale non sarà ricostruibile, pertanto, in termini di "entità patrimoniale". Ma qui il discorso rimane, per così dire, a metà del guado, perché in cosa consista questa "*chance* non patrimoniale" la Corte non lo dice. Non una parola viene spesa, nella motivazione, per inscrivere questo "interesse" nel campo di applicazione dell'art. 2059 c.c. (il quale non viene menzionato neppure una volta, così come l'art. 2 Cost. o altra norma costituzionale sulla quale la relativa risarcibilità potrebbe, in ipotesi, fondarsi). Il profilo dell'ingiustizia del danno resta, pertanto, gravemente "sguarnito".

La distinzione tra *chance* patrimoniale e non patrimoniale viene marcata, invece, sul piano "morfologico": mentre quest'ultima preesiste all'illecito dal quale viene soppressa, la "*chance* non patrimoniale" viene dapprima creata dal sanitario che irrompe "*sulla scena della vicenda patologica lamentata dal paziente*", e poi dallo stesso frustrata⁴⁵⁷. In virtù di queste caratteristiche, la prima *chance* viene definita "pretensiva", la seconda "non pretensiva". Ora, se si tiene presente che la distinzione tra interessi legittimi pretensivi e oppositivi (coniata nel diritto amministrativo) si ricollega alla circostanza che il privato che si rapporta all'attività autoritativa della pubblica amministrazione aneli all'acquisizione di un bene della vita che non "possiede", ovvero (nel secondo caso) alla conservazione di un bene già acquisito alla sua sfera giuridica⁴⁵⁸, si potrebbe giungere alla conclusione che la classificazione proposta per le *chances* risulta curiosamente invertita. Appuntando l'attenzione sull'obiettivo avuto di mira dal danneggiato, si potrebbe, infatti, ritenere che, mentre nella *chance* patrimoniale la vittoria del concorso o dell'appalto (vale a dire ciò cui il concorrente aspira) non preesiste all'illecito, nella responsabilità medica la salute del paziente preesiste, invece, all'intervento del medico (rinvenendosi qui la particolarità nel fatto che, quando interviene il medico, si sono al contempo già manifestati – almeno nella maggior parte dei casi – gli

⁴⁵⁷ Sostiene P. PETRELLI, *Causalità e perdita di chances*, in *I fatti illeciti, III. Causalità e danno*, a cura di G. VISINTINI, Padova, 1999, 314, che, "*tutte le volte in cui, in ambito medico, si parla di chance di sopravvivenza o, come è stato detto, di «migliore qualità della vita che il paziente avrebbe avuto senza quell'intervento» (...), non si ha perdita di una possibilità di guarigione preesistente. È lo stesso comportamento del medico che provoca ab origine il fatto da cui scaturisce il danno*".

⁴⁵⁸ Dalla sentenza n. 500/99 si ricava che gli interessi oppositivi "*soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto*"; quelli pretensivi, invece, "*istanze di sviluppo della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto*". Per una panoramica complessiva sul tema, si vedano R. CHIEPPA, voce *Responsabilità della Pubblica amministrazione (I agg.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008 e A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. VI, Milano, 2002.

effetti pregiudizievoli della patologia che la prestazione sanitaria è volta a contrastare). Si potrebbe ribattere che la prospettiva della perdita di *chance* è (deve essere) differente da quella propria dell'acquisizione (o conservazione) del bene giuridico finale (destinata, quest'ultima, a permanere nell'incertezza). Se questo è senz'altro vero, nondimeno sembra incorrere in un errore di prospettiva la Corte, laddove afferma, da un lato, che *“il partecipante ad un concorso è portatore di conoscenze e preparazione che preesistono all'intervento “soppressivo” del preposto all'esame; l'azienda che prende parte ad una gara ad evidenza pubblica è portatrice di professionalità e strutture operative che preesistono all'intervento eliminativo della stazione appaltante”*; e, dall'altro, che *“il paziente è portatore di una condizione di salute che, prima dell'intervento del medico, rappresenta un pejus, e non un quid in positivo, sul piano della chance”*⁴⁵⁹. Se si guarda alla condizione del paziente che si sia “assicurato” il diritto a ricevere la prestazione medica, la sua situazione non è, infatti, diversa da quella del partecipante al concorso o alla gara: prima che l'intervento sanitario venga eseguito o il concorso o la gara vengano svolti, in entrambi i casi si può sostenere che preesistano delle *chances* di conseguimento del risultato (che infatti, per la tesi ontologica, rappresentano l'oggetto di un danno emergente⁴⁶⁰). L'errore di prospettiva della Cassazione sta, dunque, nel prendere come termine di riferimento il momento della “comparsa sulla scena” del medico, invece che quello (successivo) del perpetrarsi dell'illecito⁴⁶¹. Tra l'altro, questo ragionamento si attaglia evidentemente a un

⁴⁵⁹ “Riserve” circa questa distinzione vengono espresse anche da B. TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Corr. giur.*, 2018, 914.

⁴⁶⁰ In questo ordine di idee D. GIANTI, *L'accertamento del nesso di causalità nella responsabilità dei professionisti*, in *Trattato sulla responsabilità civile* dir. da P.G. Monateri, vol. III, Torino, 2016, 192, che afferma che *“la perdita di chance così intesa costituisce una specie di danno attuale patrimoniale ed emergente, risarcibile in quanto entrato nella sfera giuridica del paziente al momento del suo contatto con il personale sanitario e frustrato dal comportamento commissivo od omissivo inadempiente del professionista medico, che deve essere valutato indipendentemente dal risultato finale cui il soggetto aspira”*.

⁴⁶¹ Osserva R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, cit., 456 s., che *“ogni attività medica (se finalizzata ad incidere in via diretta sulla salute del malato) deve garantire un risultato tale da giustificare, quantomeno (e bilanciare), la scelta del paziente di sottoporsi all'attività stessa. L'idea di “successo” o di “positività” di questo risultato va, ciononostante, verificata, di volta in volta, in rapporto ad una scala relativa di valori. Il “successo” di un intervento medico si può, ad esempio, tradurre nell'arresto del processo di aggravamento di una patologia seriamente degenerativa (e dunque, secondo una descrizione puramente diacronica, in un'inalterazione, rispetto al momento di somministrazione della terapia) o, addirittura, nel solo rallentamento del processo degenerativo non più arrestabile (e dunque, secondo una descrizione puramente diacronica, in un aggravamento delle condizioni di salute del paziente). Per contro il miglioramento dello stato del malato rispetto alle sue condizioni nel momento di inizio della terapia (o di esecuzione dell'intervento) non costituisce, in sé, elemento certo, idoneo a deporre per la corretta esecuzione della prestazione medica (ben potendo essere che in quella vicenda il miglioramento «dovuto» dovesse manifestarsi, secondo la migliore scienza medica, in modo più rapido o più «sostanzioso» di quello ottenuto). Al fine di verificare l'adeguatezza della prestazione professionale sembrerebbe allora, sul piano del metodo, da preferire a un modello di raffronto tra l'esito dell'attività del medico e le condizioni di salute del malato anteriori all'intervento stesso, quello di una comparazione tra l'esito storico dell'intervento e l'esito sperato (aspettative giustificate)*

contesto di responsabilità contrattuale, essendo difficile adattarlo all'ipotesi in cui il medico risponda a titolo di responsabilità extracontrattuale (ai sensi dell'art. 7 l. n. 24/17), laddove la (quantomeno teorica) assenza di rapporto preventivo impedisce di ritenere che il medico "crei" la *chance*, prima di distruggerla. Nell'ottica della responsabilità extracontrattuale (al cui schema appaiono improntate – come s'è visto - le riflessioni della Cassazione sul danno da perdita di *chance*, anche prima e indipendentemente dal disposto dell'art. 7 l. n. 24/17⁴⁶²), è giocoforza immaginare che la *chance* sostanzi un interesse (non patrimoniale) preesistente all'illecito, sicché a maggior ragione la situazione preesistente non può considerarsi "sfavorevole" rispetto a quella successiva all'illecito stesso.

Né un reale criterio distintivo tra le due tipologie di *chance* può rintracciarsi sul piano della liquidazione equitativa del risarcimento, (che – si dice - per la *chance* non patrimoniale non potrà essere "*proporzionale al risultato perduto*", potendo "*il valore statistico/percentuale - se in concreto accertabile (..) costituire al più criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto*"): la maggiore "volatilità" del *quantum* rappresenta, se mai, un'indiretta conferma dell'insuperabile incertezza definitoria della figura della *chance* nell'ambito degli interessi personalistici. Nessun passo avanti nella decisione in esame si registra nemmeno sul versante del danno-conseguenza, non venendo accompagnata l'asserzione della non patrimonialità da una differenziazione "fenomenologica" rispetto al danno alla salute (al quale anzi – come più volte si è ripetuto – la liquidazione finisce per essere stancamente ancorata).

Venendo al "paralogismo" sul nesso causale, archiviato lo "statuto speciale" della causalità da perdita di *chance* inaugurato dalla sentenza n. 21619 del 2007, esso viene ricondotto al canone tradizionale del "più probabile che non", relegando il momento dell'incertezza al versante del danno-evento. Il nesso causale sta, quindi, tra la condotta da un lato, e la perdita della possibilità dall'altro. Pur inverandosi, secondo la Corte, nella "*lesione di una situazione soggettiva*

secondo lo stato dell'arte. Ciò induce a preferire al concetto di «miglioramento» – che per la Corte costituisce l'oggetto della prestazione medica – quello di risultato «utile» per il paziente; il professionista non tanto garantisce al malato una condizione di salute «migliore», quanto, piuttosto, l'utilità della sua prestazione nella storia della salute del paziente».

⁴⁶² Al di là della modifica legislativa indotta dall'art. 7, III co., della legge n. 24/17, il rapporto medico-paziente dà vita a una relazione difficilmente inquadrabile nello schema contrattuale "classico", mancando spesso un vero e proprio contratto, o comunque un'adeguata regolamentazione preventiva convenzionale dei tratti caratteristici della prestazione. Può spiegarsi in questo modo il bisogno della giurisprudenza di individuare una situazione giuridica soggettiva (preesistente) cui ancorare la lesione, nonostante che nella responsabilità contrattuale il risarcimento del danno non necessiti di tale presupposto, essendo sufficiente l'inadempimento della prestazione, che è in sé preordinata al soddisfacimento dell'interesse del creditore. Del resto, le stesse Sezioni Unite della Cassazione, nelle sentenze "gemelle" del 2008, ricollegarono la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento dei "*c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario*", alla lesione di diritti inviolabili della persona (primo fra tutti, quello alla salute), indefettibilmente implicati dallo svolgimento della prestazione sanitaria.

rilevante”, l’“evento di danno” sarebbe per definizione incerto: e infatti, “*ove risulti provato, sul piano etiologico [sic], 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[s] di sopravvivenza sarà lecito discorrere, bensì di un evento di danno rappresentato, in via diretta ed immediata, dalla minore durata della vita e dalla sua peggiore qualità (fisica e spirituale)”*. Dietro il proclama di questa “incertezza” (che tra l’altro, secondo la Cassazione, dovrebbe convivere – si potrebbe dire “ossimoricamente” - con la “apprezzabilità”, “serietà” e “consistenza”, senza le quali la possibilità perduta non sarebbe risarcibile⁴⁶³) s’intravede la “resa” della Suprema Corte rispetto alla possibilità di declinare la *chance* in termini di interesse non patrimoniale risarcibile *ex art. 2059 c.c.* Il ragionamento viene arrestato a un livello più superficiale, con la posizione della regola per cui “*tale possibilità i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di chance perduta) – sarà risarcibile equitativamente (..) come possibilità perduta*”. Una regola che scaturisce da una precisa opzione di politica del diritto, apertamente esternata dalla Cassazione nel dire che “*tale possibilità integra gli estremi della chance, la cui risarcibilità consente (come scelta, hic et nunc, di politica del diritto, condivisa, peraltro, anche dalla giurisprudenza di altri paesi di Common e di Civil law, di temperare equitativamente il criterio risarcitorio dell’all or nothing, senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, né ad integrarne il necessario livello probatorio*”.

Quest’ultima affermazione non può, tuttavia, essere condivisa, se è vero che l’ineludibile incertezza dell’evento (vale a dire, della lesione dell’interesse non patrimoniale) non può non riverberare i suoi effetti sulla ricostruzione del nesso causale (che invece, stando alla pronuncia citata, si vorrebbe “certo”), per il

⁴⁶³ Commentando la sentenza della Cassazione, 14.11.2017, n. 26822 (che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* di sopravvivenza, per essere risultato il ritardo diagnostico “*assolutamente ininfluenza dal punto di vista prognostico*” e “*non essendo dimostrabile alcuna incidenza sulle complicanze o sulla sopravvivenza*”), D. M. FREANDA, *Ritardo nella diagnosi e perdita delle possibilità di una vita più lunga o migliore: la Cassazione riflette (ancora) sul danno da perdita di chance*, cit., 595 s., osserva correttamente che, nel richiedere che, per essere risarcibile, la *chance* sia “*concreta ed effettiva e non meramente teorica ed ipotetica*” (così la sentenza in questione), “*la regola giurisprudenziale è ancora troppo vaga per fornire un criterio: l’assunto evocato, in sé, ancora non spiega a quali condizioni la chance soddisfi il requisito di essere concreta, ossia reale, e, dunque, a quali condizioni la sua perdita divenga risarcibile*”. Con la conseguenza di ritenere effettiva (e quindi risarcibile) la *chance* quale automatico corollario della ritenuta esistenza di una qualche possibilità di sopravvivenza, senza considerare che “*parlare di chance non può conservare un senso senza l’indicazione della probabilità che la chance esprime in relazione all’evento finale favorevole*” (p. 600), e pertanto non è possibile eludere il problema della necessità di attribuirle una certa consistenza “quantitativa” (problema destinato, però, a rimanere insoluto, posto che la stessa Frenda si limita a pretendere genericamente “*che essa esprima un grado di probabilità di un certo rilievo rispetto all’evento finale favorevole, per quanto inferiore alla soglia del “più probabile che non”*”).

semplice fatto che il nesso causale si sostanzia esso stesso di una relazione probabilistica rispetto a un evento: relazione che non sempre (o sarebbe meglio dire, quasi mai) attinge alla dimensione della certezza⁴⁶⁴. Dire che è certo il nesso causale rispetto all'incerta verifica di un evento non appare, in altri termini, molto dissimile dal dire che è incerto il nesso causale rispetto alla certa verifica di quell'evento⁴⁶⁵. Con il che si ritorna fatalmente alle prese con il problema dell'individuazione della misura delle probabilità, che consentano di superare la dimensione della *chance*, per considerare integrata la lesione della

⁴⁶⁴ Afferma, con la consueta lucidità, R. PUCELLA, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1688, che "il vero impedimento logico alla tutela della chance non risied[e] nelle sorti del giudizio causale "maggiore" (e nella loro supposta attitudine ad influenzare il diverso nesso tra condotta e chance perduta), quanto in una ragione diversa, vale a dire nell'impossibilità per il danneggiato di dimostrare, se non al prezzo di un'inammissibile finzione, che la probabilità – nella sua essenza numerica di valore statistico – è stata perduta per fatto del responsabile".

⁴⁶⁵ Questo concetto sembra sfuggire a M. AZZALINI, *Nesso causale e perdita di chances: l'illusione ottica della "doppia probabilità"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 694, il quale, nel criticare il ragionamento svolto in Trib. Rimini, 25.6.2016, ammonisce a non "incorrere nell'errore di sovrapporre o amalgamare maldestramente, oltre che due concetti non omogenei, anche due ben diversi aspetti probabilistici che concernono elementi distinti della fattispecie risarcitoria". In tal modo, però, egli finisce per cadere a sua volta nell'"illusione ottica" di ritenere che sia sufficiente riferire il concetto di *chance* al danno, per poter archiviare un problema – quello dell'atteggiarsi del nesso di causalità rispetto alla perdita di mere probabilità – che invece, proprio per questo, assume rilevanza cruciale. Caldeggiare, come fa Azzalini, "l'applicazione di un concetto di danno da perdita di chance rigoroso e chiaramente individuato e delimitato" si riduce a puro *flatus vocis*, se non si spiega in che modo esattamente le utilità, di cui sarebbe costituita la *chance*, pur riferendosi a ciò che, in assenza della lesione, sarebbe stato "futuro e possibile", si differenzino dal "bene giuridico finale"; e inoltre, in che modo queste utilità possono tradursi in un interesse non patrimoniale diverso dalla salute, ove a venire in questione sia un danno non patrimoniale. E che ogni tentativo di Azzalini di configurare la *chance* come "bene giuridico autonomo" sia destinato a naufragare è dimostrato dal parallelo istituito tra il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione (che viene in rilievo nelle ipotesi di "perdita della possibilità di scelta di una diversa cura od opzione terapeutica") e il pregiudizio di "talune individuate possibilità di estrinsecazione della persona" (quali?) che, in ipotesi, potrebbero venire conculcate dall'inadempimento "costituito dalle cure inadeguate di una grave malattia". Mentre il primo viene (correttamente) espunto dall'alveo della perdita di *chance* (sul presupposto che "al concetto di chance deve farsi ricorso (...) solamente quando effettivamente si ragioni di una possibilità perduta rilevante in se stessa e non di un mero aspetto, più o meno indiretto od "obliquo", di lesione di un diritto-bene finale presente nel "paniere" del soggetto: caso nel quale non vi sarebbe alcun danno da perdita di chance, bensì un danno diverso, conseguente alla compromissione di un bene giuridico o diritto non connotato da quella dimensione potenziale che abbiamo visto caratterizzare sempre la chance"), il secondo viene additato quale esempio di autonomo danno da perdita di *chance*, nella misura in cui non è riconducibile alla lesione del diritto alla salute. Il punto è, però, che lo stesso Azzalini lo riconduce "sul piano del diritto all'identità personale ampiamente inteso nel senso di "diritto ad essere se stessi"", non avvedendosi che, esattamente come il diritto alla salute, questo è un autonomo diritto della personalità tutelato dall'art. 2 Cost. Appare evidente, pertanto che non è sganciandolo dal diritto alla salute che si conferisce dignità giuridica al danno da perdita di *chance*, se poi non si può fare a meno di ancorarlo ad un altro diritto. Con il che si ritorna fatalmente al problema della causalità: se, per conferire autonomia alla voce di danno in questione, si deve escludere la sussistenza di un nesso tra l'illecito e la lesione di questi (altri) diritti della persona (salute, identità personale, autodeterminazione), con che cosa lo si deve istituire il nesso di causalità per dire risarcibile la perdita di *chance*, se non con il grado probabilistico di raggiungimento del risultato che della *chance* rappresenta l'essenza stessa? E qual è il risultato, se non una combinazione di due dimensioni di probabilità?

situazione giuridica finale⁴⁶⁶. Ancora una volta non si esce, quindi, da una logica di “graduazione” del risarcimento rispetto a un’ideale scala di apporto eziologico alla produzione dell’evento, pur sempre caratterizzato dalla lesione della situazione giuridica finale⁴⁶⁷.

Soggiunge, infine, la Corte: “sarà altresì esclusa ogni rilevanza causale della condotta, sul piano probabilistico, in tutti i casi di incertezza (ad esempio, nell’ipotesi di cd. multifattorialità dell’evento) sul rapporto di derivazione etiologica tra la condotta stessa e l’evento, pur nella sua astratta configurabilità in termini di possibilità perduta”. L’affermazione non risulta chiarificatrice, e sfiora la tautologia. Essa equivale a dire che il nesso di causalità non sussiste allorché il giudice non ritenga che sussista. Invero, proprio le situazioni di “multifattorialità dell’evento”, in cui la compresenza di causa umana e causa naturale rende obiettivamente incerto il quadro eziologico rispetto all’operato del

⁴⁶⁶ Come nota R. PUCELLA, *L’insanabile incertezza e le chances perdute*, cit., 1688, “il valore numerico raffigurante la probabilità astratta (...) esprime il dubbio, non assegna risorse”. Ne consegue, secondo R. PARDOLESI – B. TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, cit., 1612, che “se la miglior scienza ed esperienza insegnano che l’attore si sarebbe potuto trovare fra i sessanta pazienti in ogni caso spacciati, fra i trentasei salvati dall’opera del sanitario o fra i quattro comunque miracolati – e se il dato è stato già ricostruito a monte considerando tutti gli elementi rilevanti (l’età, il peso, i geni, lo stile di vita, le malattie ereditarie, e chi più ne ha più ne metta) -, resta ben poco margine per l’ulteriore accertamento che il giudice dovrebbe compiere in concreto. A guardar bene, la situazione non è sotto questo profilo diversa da quella in cui le chance del paziente si collocano sopra la fatidica soglia del cinquanta per cento”. Neppure la recentissima Cass., 17.10.2019, n. 26303, chiarisce in che modo l’incertezza possa “entificarsi” per poter costituire il secondo termine della causalità materiale. La Corte afferma giustamente che “la “perdita di chance” non corrisponde (...) ad un “bonus” (diritto, interesse, situazione di aspettativa legittima) inteso come entità ontologicamente preesistente al “danno-conseguenza”, risarcibile bypassando la prova della relazione eziologica che deve sussistere - sempre - tra condotta lesiva ed evento di danno”, ma non dice alcunché sul modo di atteggiarsi di tale evento. E le perplessità aumentano allorché, nel prosieguo della motivazione, i giudici osservano che “se il peggioramento delle condizioni di salute del paziente, quale danno-conseguenza, non può essere eziologicamente imputato alla errata interpretazione diagnostica (...), non è dato comprendere come, poi, al medesimo inesatto adempimento possa, invece, attribuirsi efficienza causale in ordine alla “perdita di chances” di sopravvivenza o di miglioramento della qualità della vita del paziente: esclusa infatti l’anticipazione della tutela risarcitoria al momento della sola violazione della situazione giuridica tutelata dall’ordinamento, il semplice modo di atteggiarsi del pregiudizio-conseguenza, secondo che venga in questione la perdita effettiva di un bene – già presente con certezza nel patrimonio giuridico del soggetto leso – o, invece, la perdita di un bene soltanto ipotizzabile – recte di un’utilità sperata, ma incerta nell’ “an”, ossia non rinvenibile con certezza nel patrimonio del soggetto -, non è idoneo, infatti, a trasformare per ciò stesso, da irrilevante a causalmente incidente, il giudizio espresso sulla inefficienza eziologica della condotta professionale, che non può che essere identico in relazione a qualsiasi tipo di conseguenza pregiudizievole, effettiva o oggettivamente incerta, lamentata dal danneggiato”. Con il che la chance sembra scivolare sul (diverso) terreno del danno-conseguenza, quale “miniatura” del danno alla salute (come lascerebbe intendere l’affermazione per cui, non configurandosi quest’ultimo, non potrebbe neppure configurarsi la perdita di chance).

⁴⁶⁷ Plaude a questo esito, essenzialmente per ragioni di politica del diritto, M. FEOLA, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, cit., 37, sostenendo che “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», rappresenta uno strumento giusto ed efficiente, rispondente alle funzioni compensative e di deterrenza dei sistemi di responsabilità civile”.

medico, rappresentano il terreno di coltura della teoria della perdita di *chance*. Il punto, allora, è individuare un criterio per distinguere la multifattorialità “certa” da quella “incerta”⁴⁶⁸ e, in quest’ultimo caso, per distinguere l’incertezza idonea a fungere da substrato della *chance* da quella che prelude all’esclusione *tout court* del nesso causale⁴⁶⁹.

Tirando le fila del discorso, sicuramente apprezzabile può ritenersi la *pars destruens* della pronuncia, che, ridimensionando sensibilmente l’“ipertrofia” del danno da perdita di *chance*, riconduce una variegata fenomenologia di pregiudizi nell’alveo – loro proprio – di altre figure “tradizionali” di danno (segnatamente il danno biologico, il danno morale e il danno da lesione del diritto all’autodeterminazione). Indubbiamente meno convincente si mostra, invece, la *pars construens*, soprattutto in punto di conformazione dello “statuto” causale rispetto alla “incertezza eventistica” che contraddistingue la *chance*, e di corretta collocazione di quest’ultima nell’area degli interessi non patrimoniali⁴⁷⁰.

3.1. Il danno da perdita di chance di sopravvivenza.

Volendo esaminare più da vicino le pronunce giurisprudenziali relative a casi di perdita di *chance* di sopravvivenza, si deve subito precisare che, con tale espressione, ci si intende riferire a quei casi - il più delle volte consistenti nella tardiva diagnosi di una patologia tumorale di per sé suscettibile di cagionare la morte del paziente - in cui si postula che la tempestiva somministrazione di una terapia (o l’esecuzione di un intervento chirurgico), se non a scongiurare l’*exitus*, sarebbe potuta valere a lenire le sofferenze del paziente, ovvero a rallentare il decorso infausto della malattia, assicurandogli qualche mese (o anno) di vita in

⁴⁶⁸ Come osservano R. PARDOLESI – B. TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, cit., 1612, “se davvero non vi fosse causalità in presenza della multi-fattorialità dell’evento, molti casi di colpa medica transiterebbero ex se nel reame della chance”.

⁴⁶⁹ Tra le proposte, in dottrina, si segnala quella di B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 546, alla nt. 35, secondo cui si potrebbe ipotizzare “che l’apportionment permesso dalla perdita di chance scatti solo al di sotto della fatidica soglia del 50%”, e che la liquidazione si giovi di un criterio di abbattimento del controvalore del punto tabellare, ottenuto, per esempio, applicando al valore del punto la stessa percentuale che il danneggiato dimostri di aver perso.

⁴⁷⁰ Per le considerazioni appena svolte, non può condividersi la conclusione di E. VINCENTI, *I principi della causalità e la perdita di chance*, in www.ridare.it, *Focus* del 31 gennaio 2019, 6, secondo cui l’evento di danno da perdita di *chance* – che si sostanzia in una “*insuperabile dimensione di incertezza*” – “è risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante e non già direttamente in base a quella relazione causale tra condotta ed evento che la prevalente giurisprudenza in tema di “*chance patrimoniale*” ritiene operante, sin da questa fase dell’accertamento, secondo i canoni della probabilità rispetto al risultato sperato”. Proprio l’incertezza circa l’avvenuta lesione della salute impedisce, infatti, di ravvisare la lesione di un’altra situazione giuridica soggettiva munita di rilevanza costituzionale (che in effetti Vincenti non menziona).

più⁴⁷¹.

La Cassazione si è occupata di fattispecie riconducibili a questo *topos* nelle sentenze del 19 maggio 2008, n. 23846; del 14 giugno 2011, n. 12961; del 27 marzo 2014, n. 7195; del 23 maggio 2014, n. 11522; del 19.3.2018, n. 6688; del 23.3.2018, n. 7260. Anche con riferimento a questa “declinazione” del danno da perdita di *chance* (almeno fino alle “puntualizzazioni” di cui al “decalogo” del 2018), la giurisprudenza ha continuato a richiamare i precedenti che dipingono la *chance* come bene giuridico autonomo, sebbene (come subito si vedrà) in alcuni casi le soluzioni adottate appaiano più coerenti con la teoria eziologica.

Con riferimento alla sentenza n. 23846 del 2008 (di cui s’è già dato ampiamente conto *supra*), si può qui ribadire come il fulcro della motivazione sembri risiedere nell’affermazione per cui *“nel mese di tempo fra la diagnosi errata e quella esatta la [attrice] ha visto perdurare il suo stato di sofferenza fisica senza che ad esso potesse essere apportato un qualche pur minimo beneficio perché vi era stata quella diagnosi erronea, mentre se la diagnosi fosse stata esatta la sua condizione di sofferenza avrebbe potuto essere alleviata, come poi lo fu quando la diagnosi venne fatta in modo corretto”*. Con accenti analoghi si esprime Cass., 23 maggio 2014, n. 11522, parlando - con riguardo ritardo nella somministrazione di cure palliative - di *“danno alla persona per il fatto che nelle more egli non ha potuto fruire di tale intervento e, quindi, ha dovuto sopportare le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, posto che la tempestiva esecuzione dell’intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze”*. Si parla espressamente di “danno alla persona”, emergendo – una volta di più – la superfluità della categoria della perdita di *chance* (tantomeno nella sua versione “patrimonialistica”, al cospetto di pregiudizi che, in quanto correlati all’alleviamento delle sofferenze della vittima o alla possibilità di vivere più a lungo, esibiscono una natura schiettamente non patrimoniale). Su questo punto, meritoriamente la sentenza n. 5641 del 2018 sgombra il campo dall’*“equivoco lessicale costituito dal sintagma “possibilità di una vita più lunga e di qualità migliore”*”, il quale di per sé non è idoneo a incidere *“sulla qualificazione dell’evento, caratterizzato non dalla “possibilità di un risultato migliore”, bensì dalla certezza (o rilevante probabilità) di aver vissuto meno a lungo, patendo maggiori sofferenze fisiche e spirituali”*. La minore durata o la peggiore qualità della vita, in altri termini, esprimono un danno biologico (o

⁴⁷¹ *“Il giudice che consente la risarcibilità della perdita di chances di sopravvivenza”*, afferma F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, cit., 243, *“non procede a una «ripartizione di responsabilità» tra il medico e la natura. Non condanna il medico a riparare parzialmente il pregiudizio risultante dal decesso. Lo condanna a riparare totalmente un pregiudizio la cui stima si fa in rapporto a un altro pregiudizio (non esaminato nell’occorrenza), la morte”*.

morale) o un danno da perdita del congiunto, “*senza che*” – afferma perentoriamente la Corte – “*sia lecito evocare la fattispecie della chance*”⁴⁷².

I problemi sorgono quando la “probabilità di lesione” di tali interessi non raggiunga il fatidico livello del “più probabile che non” (necessario per integrare il nesso causale rispetto al danno “pieno”), e si rimanga, quindi, nel campo dell’incertezza, che rappresenta – per l’appunto – il terreno elettivo per la configurazione della *chance*.

Nella sentenza n. 7195 del 27 marzo 2014, la Cassazione si confrontò con un caso di erroneo trattamento terapeutico di un tumore ovarico, che aveva precluso a una donna (comunque destinata a morire) una maggiore sopravvivenza (si parla di “*perdita della possibilità di vedere rallentato il decorso della malattia e quindi aumentata la durata della sopravvivenza*”). A fronte dell’affermazione dei giudici di merito, per cui la *chance* sarebbe stata risarcibile se la percentuale astratta di sopravvivenza fosse stata superiore al 50%, la Cassazione sostiene che “*il modello d’indagine del nesso causale in caso di perdita di chance è sì fondato sulla regola probatoria c.d. del ‘più probabile che non’ (..), ma non nel senso in cui l’ha intesa la sentenza impugnata, bensì nel senso che è l’evento perdita di chance a costituire il termine di riferimento della causalità, quale evento di danno risarcibile*”; “*pertanto, una volta individuata una chance, per definizione consistente in mera possibilità (la cui esistenza sia però provata, sia pure in base a dati scientifici o statistici, come nel caso di specie), va indagato il nesso causale della perdita di tale possibilità con la condotta riferita al responsabile, prescindendo dalla maggiore o minore idoneità della chance a realizzare il risultato sperato (cfr. Cass. n. 23846/08), ma reputandola di per sé come ‘bene’, cioè un diritto attuale autonomo e diverso dagli altri, ivi compreso il diritto alla salute*”. In questo modo ritorna in auge la concezione ontologica, che colloca la *chance* nell’alveo del danno emergente. Come in una sorta di “teoria dei vasi comunicanti”, la “reificazione probabilistica” svuota, poi, di contenuto il profilo del danno-conseguenza sicché, in fin dei conti, a venire in rilievo è un danno *in re ipsa*. Nella fattispecie al vaglio della Corte, la percentuale di realizzabilità della *chance*, in presenza di una tempestiva diagnosi, era stata calcolata dal consulente tecnico nel 41%, ma la decisione non costruisce su tale percentuale un ragionamento sul nesso causale, proiettandosi direttamente verso la fase successiva della quantificazione del risarcimento. Come escludere, allora, che la morte della vittima prima del periodo

⁴⁷² Non appare più sostenibile, pertanto, la tesi eziologica ancora ribadita da Cass., 14 giugno 2011, n. 12961, alla cui stregua, “*probabilità di esito favorevole dell’intervento medico e la sua sola possibilità non siano che gradazioni di una stessa affermazione di pregiudizio*”, tanto che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* non è altro che una “*riduzione dell’originaria domanda di risarcimento dell’intero pregiudizio assunto*”, sicché “*non determina una mutatio libelli ed il relativo accertamento può essere effettuato d’ufficio dal giudice*”.

di tempo contemplato dalla suddetta statistica si collocasse nella restante (maggiore) percentuale di probabilità (del 59%), non venendo quindi minimamente influenzata dal ritardo diagnostico?

Altro arresto significativo è rappresentato da Cass., 19 marzo 2018, n. 6688, anch'essa relativa a una tardiva diagnosi tumorale, la quale però – a dire del c.t.u. – non aveva modificato *in pejus* le probabilità di guarigione e le scelte terapeutiche, stante lo stadio di avanzamento della malattia (che aveva poi causato la morte della paziente). La Corte procede a un'azione di regolamento di confini tra la fattispecie in cui, per essere le condizioni del soggetto irreversibilmente proiettate verso la morte, a venire in rilievo siano unicamente le scelte esistenziali/terapeutiche relative al modo di affrontare il periodo residuo di vita, e la diversa fattispecie in cui invece il “*malato grave, o anche gravissimo, (..) ha ancora dinanzi – se la condotta medica è corretta – una possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione oppure una sopravvivenza di entità consistente, ovvero misurabile in termini di anni (la c.d. lungo-sopravvivenza)*”. Lasciando per un attimo da parte il primo scenario, è importante sottolineare come la Cassazione ritenga propriamente applicabile la categoria della perdita di *chance* soltanto al secondo, dal momento che “*la chance deve concernere, logicamente, quel che il soggetto ancora non ha, in questo senso dovendosi intendere come possibilità protesa verso il futuro, e non lesione di un'attualità*”. Conseguentemente, viene bollata come artificiosa la tesi ontologica, sul presupposto che “*“bloccando” la perdita di chance in un danno così assolutamente “concreto e attuale” da smarrire in modo totale la correlazione al raggiungimento di un risultato si viene ad introdurre una potenzialità di fraintendimento (..)*”. In altri termini, “*la possibilità (..) rileva giuridicamente non come possibilità in sé, bensì come possibilità di un risultato, la cui natura si riverbera su di essa*”. Se ne ricava il corollario dell'omogeneità morfologica della *chance* rispetto al diritto alla cui acquisizione essa è preordinata, spingendosi anzi i giudici di legittimità ad estendere tale omogeneità anche al danno-conseguenza, nel sostenere che “*se, pertanto, il diritto aspirato presidia un bene patrimoniale, la perdita di chance di acquisirlo costituisce un danno patrimoniale, mentre se, al contrario, il diritto ha sotteso un bene non patrimoniale, quest'ultima è la natura anche del danno da perdita di chance, e, a priori, della chance stessa quale bene prodromico nella cui privazione si concretizza il danno*”⁴⁷³. Archiviata la teoria ontologica della *chance*, restano tuttavia nebulosi i caratteri della situazione giuridica soggettiva non patrimoniale, la cui lesione integri il danno da perdita di *chance*. Se - come pare - si tratta della mera possibilità di guarigione, s'incorre nuovamente nel dilemma di non riuscire a

⁴⁷³ Ma questa non è una conseguenza necessitata, essendo ben noto che dalla lesione di un interesse patrimoniale possa derivare un danno non patrimoniale, e viceversa.

configurarla quale bene giuridico distinto dalla salute (o dalla vita), della quale indubabilmente costituisce una proiezione⁴⁷⁴.

Volendo giungere a una sintesi, relativamente al danno da perdita di *chance* di sopravvivenza non pare potersi uscire dalla seguente alternativa. Se si ritiene che l'azione od omissione del medico abbia accelerato la morte del paziente, i suoi eredi potranno pretendere il risarcimento dei danni ad essa conseguiti (*iure proprio*, in termini di perdita del congiunto; *iure hereditatis*, con riguardo ai pregiudizi non patrimoniali patiti dal *de cuius* nell'intervallo di tempo tra il fatto dannoso e la morte)⁴⁷⁵. In tal caso, la circostanza che il paziente sarebbe comunque morto, successivamente, per il decorso infausto della malattia, rileva (soltanto) sotto il profilo della quantificazione del risarcimento, dovendosi rapportare la privazione del rapporto parentale al periodo di presumibile sopravvivenza del congiunto, in mancanza dell'azione/omissione del medico⁴⁷⁶. Se, invece, all'esito della delibazione del nesso causale (secondo la regola del "più probabile che non"), si giunga ad escludere che l'imperizia del medico abbia anticipato la morte (comunque certa) del paziente, il pregiudizio che può configurarsi non è dato dalla perdita della possibilità di vivere meglio o più a lungo, ma - molto più semplicemente - dal peggioramento delle sue condizioni di vita nel periodo di (effettiva) sopravvivenza⁴⁷⁷. Il che, all'evidenza, integra (né più e né meno che) un danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*, declinato *sub specie* di danno biologico in senso stretto, o sofferenza interiore, ovvero contrazione delle attività realizzatrici della personalità, e non già la lesione di altre (inesistenti) situazioni giuridiche a sé stanti⁴⁷⁸. Sembra deporre in tal senso Cass., 20.8.2015, n. 16993, nella cui

⁴⁷⁴ Eppure, ancora di recente, Cass., 9.3.2018, n. 5641, giustifica la qualificazione alla stregua di *mutatio libelli* del cambiamento dell'oggetto della domanda risarcitoria da lesione del "bene giuridico finale" a perdita di *chance* con "la ontologica diversità del bene tutelato (i.e. dell'oggetto della lesione)".

⁴⁷⁵ Per l'affermazione secondo cui, "per escludere il nesso di causalità, in relazione alla lesione del bene "vita", è necessario non solo che il fatto non abbia generato l'evento letale, ma anche che non l'abbia minimamente accelerato", si veda Cass., 7.2.2017, n. 3136, e *ivi* ulteriori richiami giurisprudenziali.

⁴⁷⁶ In tal senso si esprime anche Cass., 21.7.2011, n. 15991, cit., sostenendo che in questo caso "la risarcibilità *iure proprio* del danno patrimoniale e non patrimoniale riconosciuto ai congiunti potrà subire un ridimensionamento in considerazione del verosimile arco temporale in cui i congiunti avrebbero potuto ancora godere, sia sul piano affettivo che economico, del rapporto con il soggetto anzitempo deceduto".

⁴⁷⁷ È la tesi sostenuta da Trib. Rimini, 25.10.2016, in *Danno e resp.*, 2017, 221, con nota di G. FUSCHINO.

⁴⁷⁸ Questa conclusione mi sembra in linea col pensiero di R. PUCCELLA (*La causalità incerta*, cit., 147 ss. e, da ultimo, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, cit., 1691 s.), che, nel ravvisare la lesione del "diritto a battersi in difesa della propria salute", vi ricollega "pregiudizi collegati al fatto che l'errore diagnostico o tecnico-esecutivo ha inciso negativamente sulla già minata integrità psico-fisica del paziente che, in conseguenza dell'errore, ha subito un aggravamento" (così ne *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, cit., 1691). Conseguentemente, al danneggiato verrà risarcito il "danno morale che egli patisca per il fatto che l'errore professionale, incidendo negativamente sull'integrità psico-fisica, gli ha precluso la possibilità di far valere una più favorevole condizione biologica nella prospettiva del conseguimento o della conservazione della

motivazione si legge: “*in tema di danno alla persona conseguente a responsabilità medica, si è per altro verso nella giurisprudenza di legittimità precisato che l’omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, in relazione al quale sia manifesti la possibilità di effettuare solo un intervento c.d. palliativo, determinando un ritardo della relativa esecuzione cagiona al paziente un danno già in ragione della circostanza che nelle more egli non ha potuto fruirne, dovendo conseguentemente sopportare tutte le conseguenze di quel processo morboso, e in particolare il dolore (in ordine al quale cfr. Cass., 13/4/2007, n. 8826), che la tempestiva esecuzione dell’intervento palliativo avrebbe potuto alleviargli, sia pure senza la risoluzione del processo morboso (cfr. Cass., 18/9/2008, n. 23846, e, conformemente, Cass., 23/5/2014, n. 11522)*”. Nella giurisprudenza di merito, appare sostanzialmente allineata a tale impostazione la sentenza del Tribunale di Catanzaro, 23.10.2015⁴⁷⁹, secondo cui “*nel caso di omessa diagnosi è risarcibile il danno non patrimoniale consistito nelle sofferenze psico-fisiche sofferte dal paziente e, quindi, nel peggioramento delle sue condizioni di vita nel periodo compreso tra l’epoca dell’omessa diagnosi e la diagnosi della patologia*”.

Anche rispetto alla *chance* di più lunga sopravvivenza, a ben vedere, viene a configurarsi (nulla più che) un dolore, inteso come sofferenza d’animo indotta dalla consapevolezza delle maggiori *chances* di sopravvivenza che sarebbero scaturite dal corretto adempimento della prestazione del medico. Una sofferenza supplementare, con la quale il paziente viene costretto a convivere per il periodo che gli resta da vivere, e che diviene risarcibile o quale componente di un danno biologico psichico eventualmente ricorrente, ovvero nei termini del “vecchio” danno morale “puro”, valorizzandone, dal punto di vista della fattispecie, la genesi “contrattuale”, riconducibile all’inadempimento di una prestazione diagnostica specificamente preordinata a consentire al paziente di porre in essere le terapie elettive per allungare, ove possibile, la sua vita residua⁴⁸⁰.

In entrambi i casi - come si vede - non sembra esservi spazio per la perdita

salute organica”. Con accenti non troppo dissimili si pronunciava già V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, cit., 81, nell’affermare che “*ogni modificazione colposa in peius dello stato preesistente lede una situazione giuridica protetta, e che “la “reificazione” delle “chance”, più che passare attraverso il riconoscimento giuridico di una situazione ipoteticamente migliore e statisticamente rilevante, richiederebbe una complessa ricostruzione del diritto alla salute (..), collegando causalmente la condotta colposa a uno stato obiettivamente peggiorato in quanto non fruitore della diagnosi e della terapia dovuta*”.

⁴⁷⁹ In *Danno e resp.*, 2016, 668. Il Trib. Trento, 22.9.2016, in *www.ridare.it*, 2017, da parte sua, ha quantificato in ben € 30.000 il danno da “*perdita di chance di conservare una migliore qualità della vita*”, occorso alla paziente in conseguenza di una chemioterapia durata due mesi, sul presupposto che una più tempestiva diagnosi della patologia tumorale le avrebbe consentito di sottoporsi a un (meno penalizzante) intervento chirurgico.

⁴⁸⁰ Non mancano decisioni di merito orientate in tal senso: si vedano Trib. Orvieto, 16 marzo 2011, Trib. Bari, 11.1.2010 e Trib. Arezzo, 12.11.2012, citate da B. GUIDI - E. SERRANI, *Il risarcimento del danno da perdita di chance di vita, cura, e guarigione: prassi, trend e criteri liquidatori*, in *Danno e resp.*, 2016, 505 s.

di *chances*, e il volerla aprioristicamente riconoscere come autonoma voce di pregiudizio rischia di condurre (oltre che alle già indagate aporie dogmatiche) a indebite duplicazioni risarcitorie. Nella sentenza del 4.9.2017⁴⁸¹, per esempio, il Tribunale di Milano, per la perdita di (non quantificate) *chances* di sopravvivenza di 1-2 anni in più, ha liquidato (*iure hereditatis*) alla figlia del paziente deceduto € 20.000,00 per la compromissione della “*possibilità di affrontare gli ultimi periodi della propria vita con la dovuta consapevolezza, anche sotto il profilo relazionale*”, e ulteriori € 25.000,00 per la perdita della possibilità “*di sopravvivere per un periodo di tempo più lungo rispetto a quello poi effettivamente vissuto*”. Una “doppia liquidazione” venne riconosciuta anche dal Tribunale Reggio Emilia nella sentenza del 3.1.2008⁴⁸², in un caso in cui la tardiva diagnosi del tumore aveva diminuito le probabilità di sopravvivenza a cinque anni dal 60% al 20%, e le probabilità di sopravvivenza a dieci anni dal 40% al 15% (dunque, rispettivamente, del 40% e del 25%). Il danno venne liquidato attribuendo agli eredi della vittima un importo pari al 40% del valore dell’invalidità giornaliera temporanea, moltiplicato per i primi cinque anni (€ 40,00*365*5*40%), più il 25% del medesimo valore, moltiplicato per ulteriori cinque anni; oltre a € 30.000,00 a titolo di danno morale da sofferenza soggettiva. Nel liquidare un’ulteriore voce di danno (relativa alla perdita di *chance* di guarigione da una patologia settica successivamente insorta nella paziente), prese invece a riferimento il valore tabellare per l’invalidità permanente totale (100%) la sentenza del 22.9.2016 del Tribunale di Trento⁴⁸³, decurtandolo fino alla percentuale corrispondente a quella della riduzione delle possibilità di sopravvivenza (nella specie, 10%). Un singolare “ibridismo” contraddistingue, invece, una decisione del Tribunale di Roma⁴⁸⁴, in una fattispecie in cui un medico, che aveva in cura una paziente per una frattura al femore, non aveva effettuato una TAC (consigliata dal radiologo) che avrebbe consentito di diagnosticare in anticipo un tumore polmonare (comunque non guaribile). La perdita di *chance* venne, di fatto, configurata alla stregua di lucro cessante, rapportato alla perdita di un anno di vita⁴⁸⁵. Il “valore” di un anno di vita venne quindi individuato parametrandolo proporzionalmente all’indennizzo ricevuto dai parenti delle vittime del disastro del Cermis in forza della legge n. 479/99. Anche il Trib. Monza, 30.1.1998⁴⁸⁶, dovendo liquidare il danno da perdita

⁴⁸¹ In *Danno e resp.*, 2018, 174, con nota di B. TASSONE.

⁴⁸² In *Resp. civ. prev.*, 2008, 280, con nota di G. FACCI. In *Resp. civ. prev.*, 2012, 552.

⁴⁸³ Citato *supra* alla nota n. 479.

⁴⁸⁴ Trib. Roma, 27.11.2008, in *Foro it.*, 2009, I, 1634 e in *Danno e resp.*, 2009, 533, con commento di B. TASSONE.

⁴⁸⁵ Si legge nella motivazione che “*il danno è in quell’anno (circa) di vita in meno*”; e che “*la perdita di una chance è nient’altro che la perdita di una situazione favorevole sperata, della quale il danneggiato avrebbe (con un certo grado di probabilità) goduto in futuro*”.

⁴⁸⁶ In *Resp. civ. prev.*, 1998, 705, con nota di P. ZIVIZ.

di una *chance* del 30% di sopravvivere per altri cinque anni, divise l'importo corrispondente all'invalidità totale per l'età del danneggiato, in modo da ottenere il "valore" di un anno di vita (poi moltiplicato per il periodo di sopravvivenza mancata)⁴⁸⁷. Criterio analogo è stato infine utilizzato, più di recente, da Trib. Latina, 20.3.2018⁴⁸⁸, il quale, all'importo ottenuto (€ 310.493,24) ha poi aggiunto € 77.623,55, a titolo di danno morale per la maggiore afflizione derivata dalla consapevolezza della avvenuta frustrazione della possibilità di una diagnosi più precoce.

Al cospetto di questi casi giurisprudenziali, non può farsi a meno di notare, tra l'altro, la strisciante contraddizione tra l'affermazione della risarcibilità delle *chances* di sopravvivenza e l'irrisarcibilità (*iure hereditatis*) del danno da perdita della vita, sancita dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 15350 del 22.7.2015⁴⁸⁹. Infatti, se da un lato il risarcimento viene negato laddove il nesso causale tra il comportamento del medico e la morte del paziente è certo, dall'altro esso è riconosciuto (sia pure in misura quantitativamente ridotta) quando, in mancanza di tale nesso, il paziente sia stato privato di mere possibilità di sopravvivenza⁴⁹⁰. Tuttavia, liquidare la perdita di una "frazione" di vita vale quanto dire, dal punto di vista giuridico, che la sua perdita è imputabile all'omissione del medico; senonché, non essendo possibile distinguere il bene giuridico "anno di vita" dal bene giuridico "vita", tale assunto dovrebbe implicare la risarcibilità

⁴⁸⁷ Nel caso affrontato dal Tribunale lombardo, peraltro, la sussistenza di un giudicato penale di condanna del medico (riconosciuto responsabile di omicidio colposo) aveva indotto il giudice civile a non operare alcuna decurtazione dell'importo così determinato, che in tal modo finiva per rimandare a uno scenario in cui la perdita della (ulteriore) sopravvivenza quinquennale fosse certa, e non solo probabile al 30%.

⁴⁸⁸ In *www.ridare.it*.

⁴⁸⁹ In *Foro it.*, 2015, I, 2682, con note di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, R. CASO e R. SIMONE, la cui massima recita: "*in materia di danno non patrimoniale, in caso di morte cagionata da un illecito, il pregiudizio conseguente è costituito dalla perdita della vita, bene giuridico autonomo rispetto alla salute, fruibile solo in natura dal titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente, sicché, ove il decesso si verifichi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, deve escludersi la risarcibilità iure hereditatis di tale pregiudizio, in ragione - nel primo caso - dell'assenza del soggetto al quale sia collegabile la perdita del bene e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito risarcitorio, ovvero - nel secondo - della mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo*".

⁴⁹⁰ In tal senso D. ZORZIT, *La Cassazione e lo "statuto" della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul "ritorno" del danno da perdita della vita*, in *Danno e resp.*, 2019, 279. Proprio dalla negazione della risarcibilità del danno da perdita della vita, da parte di Cass., S. u., 22.7.2015, n. 15350, fa discendere l'irrisarcibilità del danno da perdita di *chances* di sopravvivenza il Trib. Monza, 5.12.2017, in *Danno e resp.*, 2018, 172, con nota di B. TASSONE, salvo risarcire con euro 50.000,00 il danno alla persona della "vittima primaria" dell'illecito, e con ben euro 180.000,00 il danno morale riflesso della figlia (prendendo come riferimento un criterio di liquidazione - quello tabellare milanese - riferito, invece, proprio al danno da morte del congiunto). Si noti, incidentalmente, che Cass., 23.1.2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 722, con note di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, R. SIMONE, R. CASO e C. MEDICI (che aveva decretato la risarcibilità del danno tanatologico), aveva peraltro marcato la differenza tra la *chance di sopravvivenza* (ancora intesa nell'accezione patrimonialistica di "*entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile*") e il bene vita, che, pur racchiudendo la prima, "*è bene altro e diverso*".

dell'intero danno (da perdita della vita⁴⁹¹). Insomma, delle due l'una: o si ha il "coraggio" di portare le implicazioni teoriche della *chance* alle estreme conseguenze (anche in punto di risarcibilità del danno da perdita della vita), oppure "si cancella [la *chance*] dal libro della navigazione, negandone il valore di punto cardinale"⁴⁹².

⁴⁹¹ Sulla base di tale presupposto D. ZORZIT, *La Cassazione e lo "statuto" della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul "ritorno" del danno da perdita della vita*, in *Danno e resp.*, cit., 281 s., giunge perspicuamente a ritenere che, con l'affermare, nella sentenza n. 5641 del 2018 (punto 4 lett. b), che, ove la sua condotta abbia cagionato "una significativa riduzione della durata della (...) vita" del paziente, il medico sarà chiamato a rispondere "dell'evento di danno costituito dalla minor durata della vita", la Cassazione abbia finito per discostarsi dal *dictum* delle Sezioni unite del 2015, potendocisi fondatamente domandare "se sia davvero una fattispecie autonoma (e suscettibile di diversa disciplina) quella in cui la condotta ha cagionato "non la morte" ma una "significativa riduzione della vita" o se, invece, l'una e l'altra non siano, in realtà, proprio la stessa cosa".

⁴⁹² Così D. ZORZIT, *La perdita di chance ed il "danno da morte": prove tecniche di resistenza e nuovi scenari*, in *Danno e resp.*, 2009, 1124.

3.2. Il danno da perdita di chance di guarigione.

Altra “declinazione” della perdita di *chance* nel campo del danno non patrimoniale è quella relativa alla perdita di possibilità di guarigione, caratterizzata dal fatto che l’utilità futura nel cui processo formativo si inserisce la condotta imperita del medico coincide con quella oggetto della *chance*: individuato nella guarigione il risultato della prestazione medica, al paziente vengono, infatti, sottratte possibilità di guarigione. Lo scenario evoca immediatamente il problema della causalità (e, quindi, la concezione “eziologica della *chance*), dovendosi coordinare l’esclusione del nesso rispetto alla lesione della situazione giuridica “finale”, con il riconoscimento di un rapporto di causalità (speciale?) con la perdita di mere possibilità, anch’esse afferenti alla medesima situazione giuridica.

Si cimentò approfonditamente col problema Cass., 16.10.2007, n. 21619⁴⁹³, che, discostandosi dal modello della causalità penale⁴⁹⁴, prospettò una sorta di scala discendente, che dalla “*quasi certezza*” penalistica muove verso la “*causalità civile ordinaria*”, *attestata sul versante della probabilità relativa (o “variabile”)*, *caratterizzata (...) dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale*” (la regola del “più probabile che non”); per approdare infine alla causalità da perdita di *chance*, “*attestata tout court sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, inteso tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come “bene”, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute*”. Con un’improvvida commistione tra teoria eziologica e teoria ontologica, la *chance* venne quindi adoperata (anche) come categoria di qualificazione del nesso causale: da un lato, la situazione giuridica finale si “stemperava” nell’aspettativa della guarigione; dall’altro la lesione di quest’ultima si affermava risarcibile sulla base della mera possibilità che il comportamento doveroso omesso aveva di determinarla. Il caso affrontato dai giudici di legittimità riguardava un subacqueo che era dovuto risalire troppo rapidamente in superficie per il cattivo funzionamento della bombola d’ossigeno, restando vittima di un’embolia gassosa. Per negligenza del medico di guardia che per primo lo aveva visitato, egli era stato condotto nella camera iperbarica con circa sei ore di ritardo, riportando, conseguentemente, un danno biologico pari al 60% di

⁴⁹³ Della quale si è già parlato *supra*, Cap. II, par. 2.2., dal punto di vista del nesso di causalità.

⁴⁹⁴ Modello imperniato sull’elevato grado di credibilità razionale, messo a punto da Cass., S. u., 10.7.2002, n. 30328, in questa *Rivista*, 2003, 195, con nota di S. CACACE, secondo cui “non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza probatoria disponibile”.

invalidità permanente. La Corte d'Appello, ribaltando la sentenza di primo grado, aveva opinato nel senso che il ritardo nel trattamento, se pur non potesse considerarsi causa del danno biologico riportato dalla vittima, aveva determinato la perdita di *chance* di un esito diverso (nell'*an* e nel *quantum*) della malattia. E sebbene – in accordo con le conclusioni dei consulenti tecnici - non fosse possibile quantificare l'entità di tale *chance*, aveva liquidato il danno nel 50% di quello corrispondente alla percentuale di invalidità riportata. La Cassazione, pur non entrando nel merito del criterio utilizzato per la liquidazione, corresse la motivazione della sentenza di secondo grado, rilevando che “*il giudice del merito [aveva] mostra[to] chiaramente di ritenere (..) “più probabile che non” l'esistenza del nesso di causa tra il comportamento omissivo del sanitario e le lesioni subite dal[l'attore]*”. Dopo aver ideato, a livello teorico, una “causalità da perdita di *chance*” distinta da quella “ordinaria”, i giudici finirono, dunque, per istituire un nesso causale *tout court* rispetto alla lesione della situazione giuridica finale (così riconoscendo alla vittima il diritto a pretendere il risarcimento per l'intero danno), pur a fronte di una mera probabilità - neppure quantificabile - di un esito diverso. La contraddizione è lampante: se si assume, infatti, che il risarcimento esprima il controvalore della situazione giuridica finale, e si parte dal presupposto che la compromissione di tale situazione giuridica non sia eziologicamente imputabile al convenuto (secondo la regola del “più probabile che non”), delle due l'una: o si individua nell'ordinamento un bene giuridico realmente diverso, che non si traduca in una mera variante retorica della situazione giuridica finale, e si spiega perché la lesione di tale bene possa essere risarcita anche al cospetto di una causalità più “sbiadita”; oppure, attribuire alla vittima una parte del risarcimento che le spetterebbe in relazione alla totale conculcazione della situazione giuridica finale significa “sterilizzare” (“calmierando” la liquidazione sul versante del *quantum debeatur*) il dubbio sull'eziologia dell'evento lesivo. Infatti, a qualsiasi percentuale si fissi l'asticella del “più probabile che non”, la perdita di *chance* è integrata - per definizione - da una probabilità inferiore, e ciò dovrebbe precludere in radice il risarcimento. Resta, quindi, da spiegare come la perdita di una possibilità mai tradottasi in atto possa equivalere concettualmente alla perdita (accertata) di una parte del tutto. Da questo punto di vista, risulta addirittura paradossale la decisione del Tribunale di Terni del 2.7.2010⁴⁹⁵, la quale, accertato che il danno alla salute dell'attore era stato causato da una cardioembolia, il cui rischio si sarebbe potuto abbattere dal 5% all'1% con una opportuna terapia anticoagulante, finì per risarcire la situazione giuridica finale (ovvero il danno alla salute) in misura percentuale corrispondente a tale riduzione (80%).

⁴⁹⁵ In *Danno e resp.*, 2011, 419, con nota di S. BARBARO.

Anche in quest'ambito, in definitiva, è difficile "ritagliare" al concetto di *chance* una reale capacità distintiva di un pregiudizio autonomo, giocandosi l'alternativa tra il "tutto" e il "niente" sul crinale del nesso causale rispetto all'integrazione dell'unico danno derivante dalla lesione della situazione giuridica "finale". Un precedente significativo è rappresentato dalla recente sentenza della Cassazione n. 29838 del 20.11.2018. In relazione alla grave invalidità occorsagli a seguito dell'insorgenza di una meningoencefalite tubercolare, un minore e i suoi genitori domandavano il risarcimento del danno alla salute (e, per quanto riguarda i genitori, del danno da compromissione del rapporto parentale), sul presupposto che *"con la corretta diagnosi e un adeguato trattamento non si sarebbero prodotti postumi invalidanti"*. La consulenza tecnica svolta in primo grado aveva evidenziato, da un lato, che, al momento in cui sarebbe stato possibile formulare la corretta diagnosi, *"un tempestivo ed adeguato trattamento terapeutico (...) molto probabilmente non avrebbe totalmente risolto, in quel momento, l'affezione e le relative sequele invalidanti"*; dall'altro, *"che una tempestiva diagnosi, con i relativi trattamenti sanitari, avrebbe certamente ridotto, sebbene non si possa dire con certezza in che misura, i postumi invalidanti"*. In altri termini, il paziente non sarebbe potuto guarire, ma avrebbe ("certamente") riportato un danno alla salute di entità inferiore: il che vale quanto dire che una parte della complessiva invalidità riportata era causalmente ascrivibile all'omissione in discorso. Il Tribunale aveva accolto la domanda, condannando la AUSL *"a titolo di risarcimento del danno da perdita di chance di guarigione"*, ma la sentenza era stata riformata dalla Corte d'Appello, sul rilievo che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* fosse inammissibile, in quanto avanzata per la prima volta con la comparsa conclusionale. I giudici di legittimità, sorvolando sul profilo dell'ammissibilità della domanda, inquadrano la fattispecie nell'alveo della perdita di *chance* di guarigione, sostenendo che *"l'incertezza circa quello che avrebbe potuto essere l'esito finale di una diagnosi corretta e tempestiva degrada l'evento dannoso da 'danno certo' a 'perdita di chance'"*, e cassano, quindi, con rinvio la pronuncia di merito, censurandola per non avere adeguatamente verificato *"che possibilità ci fossero di attenuare l'esito permanente della malattia in caso di diagnosi corretta e tempestiva (chance di guarigione)"*. In realtà, a fronte della conclusione che, nell'ipotesi di intervento tempestivo, i postumi sarebbero stati *"certamente ridotti"*, sussistevano tutti i presupposti per l'accoglimento della domanda principale di risarcimento del danno biologico (sia pure in misura "differenziale", e salvi i problemi in punto di liquidazione, per l'incertezza manifestata dal c.t.u. sul *quantum*, che avrebbe forse consigliato un supplemento delle indagini peritali). La Cassazione, invece, "ribalta" un'espressione della c.t.u. riferita al danno "integrale" - secondo cui l'azione doverosa omessa *"molto probabilmente non avrebbe*

totalmente risolto, in quel momento, l'affezione e le relative sequele invalidanti" - , per farne la "stampella" di un danno da perdita di *chance* (non si sa neppure se tempestivamente richiesto). Leggendo *a contrario* quell'espressione, la Corte la interpreta come se dicesse, non già che l'intervento tempestivo avrebbe con buona probabilità risolto "parzialmente" l'affezione, bensì che "residuava una possibilità (ancorché non probabile) di risoluzione [totale, n.d.r.] delle sequele invalidanti". In tal modo l'affermazione - che, in ragione del basso grado di probabilità, era stata utilizzata dal giudice di primo grado per escludere il nesso causale con la lesione (integrale) della salute - viene utilizzata per ipotizzare la sussistenza di un apprezzabile collegamento eziologico con la (perdita della) *chance* di guarigione, così nuovamente reiterando la surrettizia traslazione sul danno-evento di un'incertezza propriamente riguardante il nesso causale (e sulla base della quale - lo si ripete -, in prima battuta era stato ritenuto irrisarcibile il danno da lesione della situazione giuridica "finale"). Senza dire della contraddizione in termini che si cela dietro l'affermazione della possibilità di istituire un nesso di causa fondato sul "più probabile che non" con (un evento di danno rappresentato da) una "possibilità non probabile" (in chiara antitesi, a tacer d'altro, con la formula giurisprudenziale che richiede la "apprezzabilità", "serietà" e "consistenza" della *chance*). Ancora, Cass., 15 febbraio 2018, n. 3691, pur discorrendo di "*logica e giuridica incompatibilità*", conclude che, nel caso di riconoscimento di un danno alla salute, risarcire anche il danno da perdita di *chance* significherebbe ammettere che "*il danneggiato conservi il diritto a essere risarcito per la perdita di una chance di cura, che è tuttavia superata dall'avvenuta lesione dell'integrità psicofisica, in una relazione di assorbimento tra 'contenente' e 'contenuto'; il che non può essere consentito, se non a pena di un'inammissibile duplicazione delle voci risarcitorie*".

Si assiste allora a una sorta di "effetto-matrioska": il danno da perdita di *chance* resta occultato nelle viscere del danno alla salute, dalle quali riemerge quando non si riesca a raggiungere la prova del nesso causale rispetto alla lesione di quest'ultimo. La sentenza n. 5641 del 2018 parla, per l'appunto, di "*diminutivo astratto dell'illecito*", anche se poi si affretta a puntualizzare che trattasi di "*diminutivo (...) del danno e non del rapporto causale con la condotta colpevole*". In tal modo si ottiene, più o meno surrettiziamente, il risultato di una impropria distribuzione del "peso" del danno tra le parti, consentendone il (parziale) risarcimento anche laddove manchi il nesso causale. Il risultato non è dissimile da quello del concorso tra causa umana e causa naturale⁴⁹⁶, per il quale la Cassazione

⁴⁹⁶ Lo afferma chiaramente Cass., 14.6.2011, n. 12961, parlando di "*distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente*". È utile riportare qui la riflessione di con B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile*, cit., 257, secondo il quale, "*se il pregiudizio da risarcire alla vittima viene quantificato scontando il risultato finale per le probabilità di successo che la condotta del sanitario*

(come già si è visto⁴⁹⁷) ha recentemente avallato una graduazione in *minus* del pregiudizio risarcibile dal medico, consentendo di ascrivergli - sul piano della causalità giuridica - il solo danno-conseguenza “differenziale” rispetto a quello che il paziente avrebbe comunque subito a causa del decorso (fortuito) della malattia⁴⁹⁸. Con la differenza che, in quest’ultimo caso, il nesso di causalità materiale tra l’operato del medico e l’evento lesivo (della situazione giuridica finale) è pienamente accertato, mentre nello scenario della perdita di *chance* è per definizione escluso⁴⁹⁹. La distinzione emerge tra le righe della motivazione di Cass., 29.11.2012, n. 21245, ove si legge: “*altra questione sarebbe se, accertato il nesso di causalità materiale, si dovesse poi accertare quello c.d. di causalità giuridica, e cioè il rapporto eziologico tra la lesione cagionata dalla condotta illecita del medico, commissiva o omissiva, e i danni che ne sono derivati, procedendo alla loro selezione, secondo i parametri stabiliti dall’art. 1223 cod. civ. (...). Ma tale scrutinio si impone solo quando, certo che l’evento lesivo è stato cagionato dalla colpevole condotta del medico, sia emerso che i danni lamentati sono stati altresì determinati dal concorso di altri fattori naturali, quali le precarie condizioni di salute del paziente*”. Un problema di “concorso” può porsi, per l’appunto, una volta che il nesso di causalità materiale sia stato accertato, ciò che non può dirsi nel caso di perdita di *chance* (quantomeno se si adotti, quale termine finale del rapporto causale, la situazione giuridica soggettiva “finale”, e non la mera possibilità).

Anche nella giurisprudenza di merito, la cifra comune che, in ordine alla liquidazione di tale tipo di pregiudizio, può trarsi dai precedenti editti è la costante utilizzazione di criteri ideati per la situazione giuridica finale, che quindi portano, in definitiva, il risarcimento a coincidere con quello corrispondente a una lesione di minore entità della situazione giuridica suddetta. Ad esempio, in un caso in cui a domandare il risarcimento erano i familiari del paziente deceduto, ai quali l’inadempimento del medico aveva sottratto la *chance* “*di potere evitare il decesso e così ancora convivere con il proprio congiunto*”, il Tribunale di Reggio Emilia,

avrebbe assicurato – quindi, specularmente, per le probabilità di insuccesso di per sé legate allo stato patologico del paziente -, in concreto si viene a stabilire che una parte del danno è imputabile alla situazione preesistente”. Per una più ampia trattazione del tema, v. *supra*, Cap. II, par. 2.3.

⁴⁹⁷ V. *supra*, Cap. II, par. 2.3.

⁴⁹⁸ In tal senso, Cass., 29.2.2016, n. 3893, e Cass., 21.8.2018, n. 20829.

⁴⁹⁹ Torna utile, in proposito, l’affermazione di A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, cit., 330, secondo cui “*nel caso di limitazione della riparazione in funzione della predisposizione patologica dell’attore, il giudice mette a confronto gli effetti probabili di due cause conosciute: il trauma e la malattia anteriore. Al contrario, nel caso di perdita di una chance, il confronto viene fatto tra effetti probabili di più fattori ugualmente aleatori: una colpa, il cui impatto determinante sull’invalidità non è certo, ma è considerato una delle condizioni che hanno agevolato un tale evento, e tutta una serie di altri elementi esterni ugualmente incerti nella loro consistenza e nelle loro conseguenze*”.

con sentenza del 27.2.2014⁵⁰⁰, liquidò il danno diminuendo di oltre la metà i valori della Tabella di Milano per la perdita di un congiunto, e anche in una precedente sentenza⁵⁰¹ lo stesso giudice aveva affermato che “*il risarcimento deve, in questo caso, avvenire con una quota di danno commisurata alla possibilità di esito favorevole*”.

3.3. Perdita di chance e diritto all'autodeterminazione del paziente.

Con specifico riguardo alla possibile interferenza con la figura del danno da perdita di *chance*, due sono le fattispecie da prendere in considerazione in tema di diritto all'autodeterminazione del paziente: quella relativa alla scelta delle terapie cui sottoporsi (e, più in generale, del modo di rapportarsi alla malattia) a fronte di una diagnosi infausta (ovvero che non lascia al paziente possibilità di sopravvivenza); e quella che concerne le scelte della gestante circa l'eventuale interruzione della gravidanza, al cospetto di una diagnosi prenatale di malformazione del feto. Si tratta di due “declinazioni” del suddetto diritto, il quale – come noto - rappresenta l'emblema del nuovo corso della relazione “partecipata” tra medico e paziente, caratterizzata da imprescindibili obblighi informativi posti a tutela delle prerogative di dignità e libertà della persona⁵⁰², secondo un'impostazione oggi consacrata nell'art. 1 della l. n. 219/17⁵⁰³. Ruolo centrale in questa relazione compete, dunque, al consenso informato⁵⁰⁴, che rappresenta il

⁵⁰⁰ In *Foro it.*, 2014, I 2137, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI.

⁵⁰¹ Trib. Reggio Emilia, 19.10.2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2354, con nota di L. LOCATELLI.

⁵⁰² Per una panoramica generale sul tema dell'autodeterminazione e del consenso informato, v. R. PUCELLA, *L'illiceità dell'atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso*, in *Tratt. di biodiritto*, dir da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE e S. RIONDATO, Milano, 2011, 185ss., nonché, più di recente, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Informazione e consenso*, in G. IUDICA (cur.), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 255 cc., ed *ivi* ulteriori richiami dottrinali.

⁵⁰³ Il quale, al primo comma, dichiara espressamente che la legge in questione “*tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'auto-determinazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge*”; al secondo comma, si prefigge l'intento della valorizzazione della “*relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico*”; al terzo comma, afferma che “*ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi*”.

⁵⁰⁴ L'art. 35 del codice deontologico medico dispone: “*il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona,*

punto di sintesi tra i diritti (costituzionalmente garantiti) alla salute e all'autodeterminazione, e la cui prestazione diviene oggetto, a sua volta, di un diritto inviolabile del soggetto al quale venga erogata una qualsivoglia prestazione sanitaria⁵⁰⁵. Contraltare indispensabile per un effettivo e consapevole esercizio del diritto all'autodeterminazione è, dunque, il corretto adempimento degli obblighi informativi gravanti sul medico⁵⁰⁶, che devono essere improntati a fornire *la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, con la precisazione, peraltro, che, nel caso di interventi di chirurgia estetica, in quanto non finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione deve essere particolarmente precisa e dettagliata*⁵⁰⁷. La giurisprudenza richiede che il consenso provenga dal paziente (salvo quanto previsto, oggi, dalla l. n. 219/17), sia specifico ed esplicito, reale, effettivo e pienamente consapevole.

3.3.1. L'autodeterminazione del malato terminale.

La violazione dell'obbligo informativo da parte del medico è suscettibile di determinare un danno non patrimoniale, discendente dalla *“lesione in sé della*

devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente”.

⁵⁰⁵ Si veda, da ultimo, Cass., 15.4.2019, n. 10423, a mente della quale *“il diritto al consenso informato del paziente, in quanto diritto irretrotrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona - bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile -, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento absque pactis sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale deficit di informazione, il paziente non è stato messo in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica”.*

⁵⁰⁶ L'art. 33 del codice deontologico medico prevede che *“il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta (...)”.*

⁵⁰⁷ Cass., 23.5.2001, n. 7027. Più di recente, si veda Cass., 4.2.2016, n. 2177, secondo cui *“il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative (...)”.*

libera determinazione del paziente, quale valore costituzionalmente protetto dagli artt. 32 e 13 Cost., quest'ultimo ricomprensivo della libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio corpo, a prescindere quindi dalla presenza di conseguenze negative sul piano della salute”, e “*autonomamente risarcibile, ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*”⁵⁰⁸. Quale conseguenza della lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente può darsi, quindi, anzitutto, un danno alla salute, laddove l'intervento, pure in ipotesi perfettamente riuscito, abbia oggettivamente determinato una *deminutio* dell'integrità psico-fisica del soggetto⁵⁰⁹. In questo caso la risarcibilità è subordinata alla prova, da parte del paziente che, “*se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti*”⁵¹⁰, ovvero che si sarebbe determinato a rivolgersi ad altra struttura o ad altro medico, onde sottoporsi a un intervento meno demolitorio o foriero di minore sofferenza⁵¹¹. Ma può configurarsi anche un diverso pregiudizio non patrimoniale, consistente nella sofferenza interiore⁵¹² e nella “*contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente*”, *patite dal paziente in ragione dello svolgimento sulla sua persona di interventi non assentiti*”⁵¹³; pregiudizio la cui sussistenza può essere presunta secondo l'*id quod plerumque accidit* (salva, naturalmente, la prova contraria del convenuto), ma che deve pur sempre superare la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale, non potendo consistere in meri disagi o fastidi⁵¹⁴.

Come appare evidente, la configurabilità di un danno non patrimoniale “pieno”, perfettamente inscrivibile nello schema dell'art. 2059 c.c. (in combinato disposto con le disposizioni costituzionali – prima fra tutte l'art. 2 – che offrono

⁵⁰⁸ Cass., 28.6.2018, n. 17022.

⁵⁰⁹ Ciò perché, come ribadito da ultimo da Cass., 15.5.2018, n. 11749, “*l'obbligo del sanitario di acquisire il consenso informato del paziente costituisce (...) legittimazione e fondamento del trattamento, atteso che, senza la preventiva acquisizione di tale consenso, l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente*”.

⁵¹⁰ Cass., 16.5.2013, n. 11950. In senso conforme, di recente, Cass., 19.7.2018, n. 19199 e Cass., 31.1.2018, n. 2369.

⁵¹¹ Cass., 15.5.2018, n. 11749.

⁵¹² Afferma ancora Cass., 15.5.2018, n. 11749, in motivazione, che “*la perdita della possibilità di esercitare tutte queste opzioni (...) determina anche una sofferenza psichica, nella misura in cui, per un verso, preclude al paziente di beneficiare dell'apporto positivo che la loro fruizione avrebbe avuto sul grado di predisposizione psichica a subire l'intervento e le sue conseguenze (ove si consideri che, all'esito dell'assunzione di più dettagliate informazioni, eventualmente presso altra struttura ed altro medico, il paziente avrebbe potuto constatare che l'intervento prospettato gli si presentava come veramente utile od indispensabile, con ciò assumendo una miglior predisposizione ad accettarne le implicazioni), mentre, per altro verso, proietta ex post il paziente stesso nella situazione di turbamento psichico derivante dalla constatazione degli effetti negativi dell'intervento eseguito senza il suo consenso informato, allorché egli si domanda se non fosse stato possibile scegliere altre soluzioni, compresa quella di non sottoporvisi*”.

⁵¹³ Cass., 15.5.2018, n. 11749.

⁵¹⁴ Cass., 22.8.2018, nn. 20884 e 20885.

tutela, al più alto livello, al diritto all'autodeterminazione), sembra tagliare fuori la figura della perdita di *chance* anche nei casi – che in questa sede rilevano – nei quali l'informazione colpevolmente non fornita dal medico riguardi l'esistenza e lo stadio di sviluppo di una patologia (generalmente tumorale), che successivamente conduce a morte il paziente.

Escluso, in tesi, che la morte si possa addebitare all'illecito del sanitario (lo stadio della malattia era tale che non si sarebbe potuta debellare neppure ove tempestivamente diagnosticata), a venire in rilievo è, dunque, un pregiudizio che si manifesta nell'arco di vita residua del paziente. Le conseguenze pregiudizievoli possono attingere la salute dell'individuo in senso ulteriormente peggiorativo rispetto al normale decorso della malattia - nell'ipotesi in cui, per esempio, un'anticipata sottoposizione alle cure palliative (o a un intervento chirurgico demolitivo) gli avrebbe garantito, nel periodo considerato, una minore invalidità o un minor carico di sofferenze -, ovvero più specificamente la sua sfera interiore, ulteriormente sconvolta dalle minori possibilità di "programmazione" dell'ultima fase dell'esistenza dovute al colpevole ritardo (con conseguente progresso della malattia) con il quale l'infausta diagnosi gli sia stata comunicata. Ed è probabilmente quest'ultimo lo scenario in cui più propriamente può parlarsi di lesione del diritto all'autodeterminazione, poiché nel primo la compromissione dell'integrità psicofisica del paziente assorbe su di sé l'ingiustizia del danno. Si vuol dire che, l'allegazione che, al cospetto di una diagnosi tempestiva, il soggetto si sarebbe senza indugio rivolto alle cure palliative (ovvero si sarebbe sottoposto a un'operazione che, in considerazione della minore evoluzione della malattia, sarebbe stato meno demolitivo o comunque meno invalidante), equivale in definitiva alla prospettazione della lesione del diritto (costituzionalmente garantito) alla salute, quale diretta conseguenza dell'illecito (o inadempimento che dir si voglia) del sanitario⁵¹⁵. Nel caso in cui, invece, venga dedotto unicamente lo stato

⁵¹⁵ Più sfumati appaiono i caratteri dei pregiudizi correlati alla mera perdita della possibilità di scegliere se sottoporsi o meno alle cure palliative, quando non vengano in rilievo riflessi peggiorativi sulla qualità della vita nel tratto finale dell'esistenza. Osserva, sul punto, G. MIOTTO, *Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili*, cit., 12, con riferimento all'ipotesi in cui il malato terminale deducesse la sfumata possibilità di esprimere antecedentemente il suo rifiuto di tali cure, che in tal caso "si sarebbe verificata non già un'ablazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma solo un impedimento a che detto diritto potesse essere esercitato in un momento precedente a quello in cui ciò è avvenuto, e cioè quando la diagnosi avrebbe dovuto esser formulata e, pur tuttavia, fu colpevolmente omessa". Quanto, invece, all'ipotesi in cui venisse dedotto che, ove tempestivamente avvertito delle proprie condizioni, il paziente avrebbe preferito rifiutare qualsivoglia cura, risulta "francamente incomprensibile" – continua Miotto – "come il dover subire maggiori sofferenze e più gravi limitazioni della propria vita personale, ponendosi in passiva attesa della propria morte, potrebbe rappresentare un valore positivo, la cui privazione possa costituire un danno". Estende tale impostazione anche alla durata della sopravvivenza M. F. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata*, cit., 51, osservando che, nelle situazioni radicalmente compromesse, "arduo è stabilire se il fatto di prolungare la vita, seppure di poco tempo, offra davvero al paziente una chance meritevole di questo nome".

di turbamento interiore (o la contrazione delle attività relazionali) conseguente al non essere stato messo per tempo nelle condizioni di “organizzare” l’ultimo tratto della propria esistenza nel modo più appagante possibile, l’assenza di un vero e proprio danno biologico chiama in causa – per “necessità sistematica” – l’altro diritto costituzionalmente garantito (quello all’autodeterminazione), la cui lesione (deve) funge(re) da presupposto di risarcibilità del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*⁵¹⁶ In entrambi i casi, si apprezzano danni-conseguenza integrati dalla lesione “piena” di interessi giuridici non patrimoniali che nulla hanno a che fare con la *chance*.

Già nella sentenza n 23846 del 2008 la Cassazione prospettava, tra le righe, la possibilità di configurare tale tipo di pregiudizio (pur non invocato nel caso di specie), osservando che *“da una diagnosi esatta di una malattia ad esito ineluttabilmente infausto consegue che il paziente, oltre ad essere messo nelle condizioni per scegliere, se possibilità di scelta vi sia, “che fare” nell’ambito di quello che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all’esito infausto, è anche messo in condizione di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l’esplicazione delle sue attitudini psicofisiche nel che quell’essere si esprime, in vista di quell’esito”*.

La costruzione è stata, poi, sviluppata di recente dalla già citata sentenza n. 6688 del 2018, che, come detto⁵¹⁷, ha circoscritto l’ambito di rilevanza del pregiudizio di cui si discute alla condizione del malato terminale, che – a dire della Corte – si deve tenere distinta da quella di colui che *“ha ancora dinanzi – se la condotta medica è corretta – una possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione oppure una sopravvivenza di entità consistente, ovvero misurabile in termini di anni (la c.d. lungo-sopravvivenza)”*. Fino a quando il paziente conservi la possibilità di guarigione (o di c.d. lungo-sopravvivenza), potrebbe configurarsi, dunque, un danno da perdita di *chance*, che lascerebbe il posto ad altre figure di pregiudizio (da lesione del diritto alla salute o all’autodeterminazione) allorquando il paziente stesso transiti nello stato del malato terminale. La differenza viene marcata sulla falsariga di quella intercorrente tra danno emergente e lucro cessante: mentre *“la perdita di una chance è (..) la perdita di un incremento, di un quid pluris della sfera giuridica del soggetto”*; il danno per la mancata *“gestione libera e consapevole di se stesso”* rappresenta la perdita di qualcosa che la persona già ha.

⁵¹⁶ Quest’ultimo pregiudizio, secondo G. MIOTTO, *Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili*, cit., dovrebbe annoverarsi tra quelli irrisarcibili *ex art. 2059 c.c.* – come interpretato dalle c.d. sentenze di San Martino -, dal momento che *“non pare proprio che la precoce consapevolezza dell’imminenza ed ineluttabilità della propria morte costituisca un bene giuridico annoverabile tra i “diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti”, e non piuttosto uno di quei diritti che le Sezioni unite hanno definito meramente “immaginari” (..) o quantomeno una posizione giuridica di rango inferiore”*.

⁵¹⁷ V. *supra*, p. 159.

Ora, a parte la “leggerezza” di riferire la lesione a immaginifici diritti “*alle cure palliative per mantenere il fisico in uno stato sensorialmente tollerabile*”, o “*all’esercizio delle proprie capacità psicofisiche e alla conseguente gestione libera e consapevole di se stesso*” (che invece sono espressioni descrittive del diritto all’autodeterminazione), non v’è dubbio che la *chance* venga “tolta dal giro”, a beneficio di un diritto all’autodeterminazione declinato ad ampio raggio, ovvero con riferimento non solo ai trattamenti terapeutici, ma anche ai “*risultati diagnostici, compres[e] per logica le correlate conseguenze di essi*”.

Di pochi giorni successivo è l’ulteriore arresto del 23.3.2018, n. 7260 il quale, in primo luogo, descrive alla stregua di “*specificata forma dell’autodeterminazione individuale*” la stessa “*decisione di vivere le ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico (senza ricorrere all’ausilio di alcun intervento medico) in attesa della fine*”, “*che il velo d’ignoranza illecitamente introdotto dalla colpevole condotta dei medici convenuti ha per sempre impedito che si [attuasse] come espressione[e] di una scelta personale*”⁵¹⁸; per poi compiere l’ulteriore passaggio, in punto di oneri di allegazione (e prova), di sganciare la risarcibilità dalla necessità di indicare le concrete scelte che il paziente avrebbe compiuto in ordine alla gestione dell’ultimo segmento della propria vita, ove fosse stato tempestivamente informato delle reali caratteristiche della patologia che lo affliggeva: un danno *in re ipsa*, dunque, “*tale da non richiedere l’assolvimento di alcun ulteriore onere di allegazione argomentativa o probatoria, potendo giustificare una condanna al risarcimento del danno così inferto sulla base di una liquidazione equitativa*”.

Da ultimo, è tornata sull’argomento Cass., 15.4.2019, n. 10424, ribadendo “*l’autonomia che tale tipo di danno presenta rispetto a quello da “perdita di chance”, pure ipotizzabile in caso di malpractice sanitaria*” e sottolineando, al contempo, sotto il profilo dell’ingiustizia, i diversi indici di riconoscimento e protezione, sul piano normativo, della “*autodeterminazione del soggetto chiamato alla “più intensa (ed emotivamente pregnante) prova della vita, qual è il confronto con la realtà della fine”*” (leggi n. 38 del 2010 e n. 219 del 2017), che “*l’ordinamento giuridico non [sia] affatto indifferente all’esigenza dell’essere umano di “entrare nella morte ad occhi aperti”*”.

⁵¹⁸ Poiché – continua la motivazione – “*anche la sofferenza e il dolore, là dove coscientemente e consapevolmente non curati o alleviati, acquistano un senso ben differente, sul piano della qualità della vita, se accettato come fatto determinato da una propria personale opzione di valore nella prospettiva di una fine che si annuncia (più o meno) imminente, piuttosto che vissuti, passivamente, come segni misteriosi di un’inspiegabile, insondabile e angosciante, ineluttabilità delle cose*”.

3.3.2. Il danno da nascita indesiderata.

L'altro filone giurisprudenziale facente capo al diritto all'autodeterminazione, in cui ha "fatto capolino" il danno da perdita di *chance*, riguarda le ipotesi di c.d. nascita indesiderata, nelle quali alla madre (o al padre⁵¹⁹ o ai fratelli⁵²⁰) viene risarcito il pregiudizio (patrimoniale o non patrimoniale) consistente nel doversi rapportare ad un figlio (o fratello) nato con malformazioni. Anche in questo caso l'illecito del sanitario consiste in un difetto di informazione, precisamente nella mancata (o inesatta) comunicazione alla gestante delle malformazioni recate dal feto⁵²¹. E anche in questo caso la carenza informativa incide sul diritto all'autodeterminazione della paziente, questa volta avente ad oggetto la decisione se esercitare il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza riconosciute dalla legge n. 194/78. La ricostruzione del nesso causale tra illecito e danno passa, quindi, attraverso la dimostrazione, in primo luogo, che, al momento in cui la diagnosi di malformazioni poteva essere fatta, l'interruzione di gravidanza fosse ancora possibile sotto il profilo temporale, ai sensi degli artt. 4 e 6 della legge suddetta; in secondo luogo, che sussistevano i presupposti oggettivi cui la legge subordina la praticabilità dell'interruzione (per esempio, dopo i primi novanta giorni, che *"la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna"*, ovvero *"siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinano un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"*⁵²²); in terzo luogo, che, ove correttamente informata delle malformazioni, la donna si sarebbe effettivamente

⁵¹⁹ Riconobbe la titolarità del diritto al risarcimento dei danni anche al padre Cass., 10.5.2002, n. 6735, *"atteso che, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti "protetti" dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio"*. Da ultimo, si veda Cass., 5.2.2018, n. 2675.

⁵²⁰ L'estensione della legittimazione attiva anche ai fratelli venne sancita da Cass., 2.10.2012, n. 16754.

⁵²¹ A monte, l'inadempimento del medico può consistere anche nella mancata prescrizione di esami strumentali che avrebbero consentito alla donna di avvedersi (tempestivamente) della malformazione. Per esempio, nel caso affrontato da Cass., 2.10.2012, n. 16754, una gestante aveva espressamente richiesto ai medici accertamenti idonei a verificare la sussistenza di eventuali malformazioni genetiche del feto, si da poter - se del caso - interrompere la gravidanza. Il medico aveva fatto eseguire il solo Tritest (che presenta un margine di c.d. falsi negativi del 40%) ed il neonato era nato affetto da sindrome di Down. Fu riscontrato inadempimento del medico in quanto, una volta messo sull'avviso circa la specifica finalità degli esami richiesti dalla donna, avrebbe dovuto sottoporla a tutti gli esami preordinati a tale obiettivo, compreso l'amniocentesi (molto più sicuro del Tritest).

⁵²² Per esempio, Cass., 11.4.2017, n. 9251, ha ritenuto che *"la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. b), della l. n. 194 del 1978 per far luogo all'interruzione della gravidanza dopo i primi 90 giorni dal suo inizio, sicché, non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto, dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile"*.

determinata per l'interruzione della gravidanza, e non avrebbe quindi deciso di portarla a termine in ogni caso⁵²³. Soprattutto con riguardo a quest'ultimo "fatto psichico", le Sezioni unite della Cassazione, intervenute con la sentenza n. 25767 del 22.12.2015⁵²⁴, hanno affermato che la prova ben può essere data dall'attrice per presunzioni (*ex art. 2729 c.c.*), valorizzando "circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche - emergenti dai dati istruttori raccolti: quali, ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.". Sul professionista grava poi "la prova contraria che la donna non si sarebbe determinata comunque all'aborto, per qualsivoglia ragione a lei personale". Dunque, una volta assolto a tali oneri probatori, per l'attrice si prospetta un risarcimento integrale dei danni-conseguenza, sia patrimoniali sia non patrimoniali. La Cassazione ha specificato trattarsi, con riguardo ai primi, del "danno consistito nelle ulteriori spese di mantenimento della persona nata con malformazioni, pari al differenziale tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio sano e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da gravi patologie"⁵²⁵; con riguardo ai secondi, "non soltanto [del] danno alla salute psico-fisica della donna ma anche [di] quello sofferto da entrambi i genitori per la lesione della loro libertà di autodeterminazione, da riconoscersi in relazione alle negative ricadute esistenziali derivanti dalla violazione del diritto a non dar seguito alla gestazione nell'ambito dei tempi e delle modalità stabilite dalla legge e prescindendo totalmente dalle condizioni di salute del nato"⁵²⁶. Non si parla di *chance*, né per tale figura sembra esservi spazio, venendo in esponente, a livello di "danno-evento", la lesione del diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione (art. 2 e 32 Cost.), e a livello di danno-conseguenza, come appena detto, pregiudizi apprezzati in tutta la loro estensione "quantitativa". Quanto al nesso causale, le Sezioni unite non prefigurano alcuna possibile "terza via" tra accertamento e mancanza di prova: per accedere al risarcimento, la parte attrice deve fornire una prova che consenta di accedere alla "certezza" (sia pure in senso processuale, e alla stregua del canone probatorio "probabilistico" in essere per la causalità civile) del collegamento eziologico tra omissione di informazione e nascita indesiderata.

⁵²³ Afferma Cass., s.u., 22.12.2015, n. 25767, che "il thema probandum è costituito da un fatto complesso; e cioè, da un accadimento composto da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo: la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione da parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, la scelta abortiva di quest'ultima".

⁵²⁴ In *Foro it.*, 2016, I, 506, con nota di C. BONA.

⁵²⁵ Cass., 4.1.2010, n. 13.

⁵²⁶ Così Cass., 29.1.2018, n. 2070.

Uno spunto nel senso della “contaminazione” di questa fattispecie con la categoria della perdita di *chance* si può ritrovare in un precedente ormai risalente (oggetto della sentenza della Cassazione n. 11488 del 21 giugno 2004), nel quale i giudici, dopo avere ravvisato la negligenza del medico che, nell'effettuare l'esame ecografico, aveva ommesso di indagare la lunghezza degli arti del feto (poi risultato emimelico), in punto di nesso causale affermarono: “*il criterio della certezza degli effetti della condotta omessa risulta del resto espressamente abbandonato da Cass. 4 marzo 2004, n. 4400 in favore di quello della probabilità degli stessi e dell'idoneità della condotta a produrli ove posta in essere, essendosi affermato che l'aggravamento della possibilità che, a causa dell'inadempimento del medico, un effetto negativo si produca, può essere apprezzato anche in termini di perdita di chances “non essendo dato esprimere, in relazione ad un evento esterno...non più suscettibile, di verificarsi, certezze di sorta, nemmeno di segno morale, ma solo semplici probabilità di un'eventuale diversa evoluzione della situazione stessa”*. Tuttavia, il fugace richiamo all'*obiter dictum* della sentenza n. 4400 del 2004 in cui si discorreva di danno da perdita di *chance* era – oltre che superfluo - non pertinente alla fattispecie che la Cassazione stava esaminando, ove in discussione era l'idoneità “presuntiva” degli elementi acquisiti al processo in funzione dell'integrazione del nesso causale - a tutto tondo considerato - rispetto alla lesione del bene giuridico “finale” (il diritto della madre, sussistendone i presupposti, ad autodeterminarsi nel senso dell'interruzione della gravidanza). Del resto, la sentenza n. 4400 non aveva, in realtà, “sdoganato” una più blanda causalità da perdita di *chances* con riferimento al “*danno da mancato raggiungimento del risultato sperato*”, tenendo ben distinti i due scenari e confermando, per quest'ultimo, lo statuto eziologico della “ragionevole probabilità”, pur sempre orientata al pieno conseguimento del risultato suddetto. L'improprio riferimento alle *chances* doveva intendersi, quindi, nulla più che come un modo per ribadire l'“ordinaria” causalità del “più probabile che non”, in contrapposizione a un modello imperniato sulla “certezza assoluta”.

La confusione si ripropose nella sentenza n. 243 del 10.1.2017, nella quale si discuteva dell'omissione, da parte del ginecologo di fiducia della gestante, della prescrizione dell'amniocentesi, che non aveva permesso alla puerpera di conoscere – già nel corso della gravidanza - la sindrome di *Down* di cui il feto era affetto⁵²⁷. Il danno lamentato non atteneva alla nascita indesiderata, bensì alla compromissione dell'integrità psico-fisica della donna, derivata dall'“effetto

⁵²⁷ Per la verità, l'amniocentesi era stata prescritta all'attrice due mesi dopo da altri sanitari, ma ella si era rifiutata di eseguirla, proprio in virtù delle precedenti rassicurazioni del proprio ginecologo. La Corte non ha dunque ravvisato, in tale rifiuto, un comportamento idoneo a recidere il nesso causale tra la precedente condotta del ginecologo e il danno conseguente all'effetto sorpresa con il quale la madre era venuta a conoscenza della malattia del figlio solo al momento della nascita.

sorpresa” di avere appreso della malformazione del figlio solo al momento della nascita, senza essersi potuta “preparare” per tempo a tale doloroso evento. Si parla, nella motivazione, di “*perdita della chance di conoscere lo stato del feto*”, ma anche in questo caso il termine non rileva altro che come variante stilistica sinonimica di “possibilità”, se si considera che il pregiudizio prospettato a carico dell’attrice è un danno biologico, descritto come “*danno alla propria salute psico-fisica che la gestante lamenta per avere avuto la ‘sorpresa’ della condizione patologica del figlio all’esito della gravidanza*”. Ancora una volta, nel momento in cui viene riconosciuto il nesso causale (dice la Corte che “*la cattiva esecuzione della prestazione da parte del [ginecologo] ha in ogni caso precluso alla [attrice] la possibilità di conoscere lo stato del feto fin dal momento in cui si rivolse al medesimo*”), il meccanismo della perdita di *chance* non ha modo di operare, trattandosi di liquidare tutti i danni-conseguenza scaturiti dalla lesione (pienamente accertata) del diritto all’autodeterminazione.

Giungiamo, così, alla “sentenza-decalogo” n. 5641 del 9.3.2018. Come si è visto, qui la fattispecie concreta non ha nulla a che fare con la nascita malformata e col diritto all’autodeterminazione, i quali però vengono tirati in ballo nell’ambito di un “test di tenuta” della sistemazione teorica proposta dalla Cassazione con riferimento al danno da perdita di *chance* di sopravvivenza. Dopo aver concluso che il solo contesto che “*consenta di discorrere legittimamente di chance perduta*” è quello in cui “*le conclusioni della CTU risultano (...) espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all’eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo*”, nel paragrafo 6 della motivazione la Corte si concentra sul nesso causale, la cui fisionomia non differisce – a suo dire – da quella tipica, potendo esso venire escluso “*dalla presenza di fattori alternativi che ne interrompano la relazione logica con l’evento (quale il sopravvenire di altra patologia determinante di per sé sola dell’exitus o di altri eventi ascrivibili alla condotta di terzi o dello stesso danneggiato)*”. Segue, poi, l’affermazione (idonea a “depotenziare” notevolmente il ruolo della *chance*) per cui “*sarà altresì esclusa ogni rilevanza causale della condotta, sul piano probabilistico, in tutti i casi di incertezza (ad esempio, nell’ipotesi di cd. multifattorialità dell’evento) sul rapporto di derivazione etiologica tra la condotta stessa e l’evento, pur nella sua astratta configurabilità in termini di possibilità perduta*”. Al paragrafo 6.5 il Collegio procede, poi, all’“esemplificazione” dell’applicazione della regola posta, nel campo della c.d. *wrongful birth*, prospettando, tra il “tutto” (dato dalla prova che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza) e il “niente” (dato dalla prova che la gestante avrebbe comunque deciso di dare alla luce il bambino malformato), l’ipotesi “intermedia” in cui, “*in sede processuale, la gestante dichiara (lealmente)*

di essere incerta, ora per allora, su quale sarebbe stata la sua scelta se correttamente informata". In quest'ultimo caso, prosegue la sentenza, "il danno sarà rappresentato da questa possibilità perduta, causalmente riconducibile (in termini di certezza) all'omissione colpevole, e correttamente predicabile in termini di chance equitativamente risarcibile". Orbene, a parte l'"ingenuità" di ipotizzare che, nel formulare la domanda risarcitoria, l'attrice possa dichiarare "lealmente" di non sapere se avrebbe optato per l'interruzione della gravidanza o meno, è evidente che, in questa fattispecie, la tecnica della perdita di *chance* non possa operare in alcun modo, dal momento che, a differenza di quanto accade per le *chances* di sopravvivenza, qui (una volta data per acquisita, ovviamente, la sussistenza dei presupposti di legge per il legittimo esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza) non sono configurabili altri fattori, esterni alla sfera della vittima, i quali, frapponendosi tra l'inadempimento del medico e il mancato raggiungimento del risultato finale, quest'ultimo possano relegare ad una dimensione di irresolubile incertezza. Si vuol dire che, trattandosi di provare, "in positivo", un "fatto psichico" interno all'attrice, avente un preciso contenuto (quello di voler ricorrere all'interruzione della gravidanza), la "dichiarazione "dubbiosa" dell'interessata, essendo logicamente incompatibile con tale contenuto, di per sé concorre, se non a provare il fatto contrario, quantomeno ad escludere in radice la prova del primo fatto. Dire, ora per allora, di non sapere cosa si sarebbe deciso significa non poter dire che, con buona probabilità, si sarebbe deciso per l'interruzione (o per la continuazione) della gravidanza.; ciò che si traduce nel mancato assolvimento dell'onere della prova gravante sull'attrice. Una volta, poi, che non si ritenga raggiunta la prova, la domanda non può che essere rigettata: *tertium non datur*.

In conclusione, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione della gestante, in ordine alla interruzione o prosecuzione della gravidanza, può scaturire, sotto il profilo non patrimoniale, soltanto un pregiudizio "pieno", che, identico nella sua morfologia (potendo assumere le foggie di danno biologico o morale), potrà variare in intensità e "persistenza" a seconda dei casi. È evidente, infatti, che il danno conseguente a una nascita indesiderata sarà generalmente maggiore (oltre che destinato a proiettarsi più a lungo nel tempo) rispetto a quello per la "sorpresa" di vedersi nascere un figlio malformato, patito da una madre la quale, tuttavia, avrebbe in ogni caso portato a termine la gravidanza⁵²⁸.

Anche in questo settore, pertanto, il ricorso alla categoria della perdita di *chance* si rivela del tutto fuorviante.

⁵²⁸ Quest'ultimo tipo di pregiudizio (cui stranamente la sentenza n. 5641 del 2018 non fa alcun cenno) è assimilabile a quello di cui si sono occupate Cass., 23.3.2018, n. 7260 e Cass., 19.3.2018, n. 6688, in relazione alla c.d. perdita di *chances* di (migliore) sopravvivenza del malato terminale.

3.4. *Perdita di chance e danno da perdita (o macrolesione) del congiunto.*

La perdita di chance di sopravvivenza può essere riguardata anche dalla prospettiva dei congiunti della vittima “primaria” dell’illecito.

Già negli anni '60 del secolo scorso un'autorevole dottrina aveva osservato che il riconoscimento della risarcibilità del danno subito dal creditore per l'uccisione o il ferimento del debitore passava attraverso la ricostruzione teorica per cui *"la morte (menomazione) del debitore ovvero la distruzione (deterioramento) della cosa dovuta costituisce non già il danno (immediato e diretto) derivante dal fatto del terzo, bensì l'evento che, ricollegato alla condotta di cui è il risultato, viene ad integrare, nella sua struttura, il fatto dannoso (condotta + evento)"*; mentre *"i danni veri e propri si pongono al di fuori di tale fatto, di cui rappresentano le conseguenze pregiudizievoli in capo ad uno o più soggetti"*⁵²⁹. Individuato l'evento nella morte della vittima primaria, si pone il problema di accertare la sussistenza del nesso di causalità materiale tra questa e il comportamento del danneggiante. Nell'ipotesi in cui tale accertamento (condotto secondo la regola del “più probabile che non”) desse esito positivo, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, sin dagli anni '70 del secolo scorso, che l'art. 1223 c.c. non rappresentasse un ostacolo alla piena risarcibilità, *iure proprio*, del danno morale patito dai congiunti⁵³⁰.

A conclusioni diverse la giurisprudenza giungeva per l'ipotesi in cui la vittima primaria restasse in vita: qui la risarcibilità dei pregiudizi patiti dai congiunti era negata proprio in ragione della qualificazione del danno come “indiretto”, *“nonché dell'esigenza di evitare un'eccessiva dilatazione dell'area dei danni risarcibili e duplicazioni di spese a carico del danneggiante, configurabili sia per la possibile trasmissione ai congiunti iure hereditatis dei risarcimenti spettanti alla vittima, sia per il fatto che il ristoro delle sofferenze patite da quest'ultima si estende anche all'alterazione della serenità e tranquillità familiare”*⁵³¹. L'orientamento è definitivamente mutato a partire dalla sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 1° luglio 2002, n. 9556⁵³², secondo cui *“ai prossimi congiunti di una persona che abbia subito, a causa di fatto illecito costituente reato, lesioni personali, spetta anche il risarcimento del danno morale concretamente accertato in relazione ad una particolare situazione affettiva con la vittima. A tale riguardo, non è di ostacolo il disposto dell'art. 1223 c.c., in quanto*

⁵²⁹ F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 121 s.

⁵³⁰ Si possono citare, esemplificativamente, Cass., 21.5.1976, n. 1845 e Cass., 16.12.1988, n. 6854;

⁵³¹ Così Cass., 23.2.2000, n. 2037.

⁵³² In *Foro it.*, 2002, I, 3060, con nota di A. PALMIERI. Nello stesso senso si erano già espresse Cass., 23.4.1998, n. 4186; Cass., 19.5.1999, n. 4852; Cass., 1° 12.1999, n. 13358; Cass., 9.5.2000, n. 5913; Cass., 2.2.2001, n. 1516; Cass., 27.7.2001, n. 10291; Cass., 3.8.2001, n. 10683.

*anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire 'iure proprio' contro il responsabile. Ai fini dell'individuazione dei danni risarcibili e dell'inquadramento del danno morale sofferto dai prossimi congiunti, il danno deve presentarsi come un effetto normale del fatto illecito, secondo il principio della 'regolarità causale'"; ponendosi - se mai - un problema di prova dell'intensità della relazione affettiva "spezzata", in funzione del concreto apprezzamento e della liquidazione del pregiudizio (soprattutto ove ad invocare il risarcimento siano soggetti non appartenenti alla ristretta cerchia familiare del defunto). Dunque, anche nel caso in cui la vittima primaria rimanga in vita è giustificabile un danno-conseguenza rispettoso dei criteri causali di cui all'art. 1223 c.c., posto che dall'evento lesivo che attinge la vittima primaria (in questo caso rappresentato dalle lesioni della sua integrità psico-fisica, anziché dalla morte) si diparte un'autonoma catena causale idonea a produrre conseguenze pregiudizievoli "immediate e dirette", secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla posizione giuridica soggettiva dei congiunti (individuata dalla Cassazione nell'interesse "*alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli art. 2, 29 e 30 Cost.*").*

Il danno da perdita del congiunto ricevette consacrazione giurisprudenziale, al massimo livello, con le sentenze n. 8828 e 8827 del 31.5.2003 della Corte di Cassazione⁵³³, che attuarono il definitivo "sdoganamento" del danno non patrimoniale dalle strettoie entro cui era stato relegato dall'interpretazione tradizionale dell'art. 2059 c.c. Un risultato che rappresentava il punto di congiunzione di due direttrici di fondo: dal punto di vista della fattispecie tipizzante, la valorizzazione degli altri "casi previsti dalla legge", diversi da quelli di cui all'art. 185 c.p.; dal punto di vista ontologico-strutturale, la considerazione di tutte le variegate forme di manifestazione dell'illecito sulla dimensione non patrimoniale della persona (non limitate, quindi, al "patema d'animo transeunte"). Emergeva, così, definitivamente, l'interesse "*all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, all'inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli art. 2, 29 e 30 Cost.*". Interesse che, da un lato, viene a sostanziare, sotto il profilo dell'ingiustizia, il criterio di risarcibilità del danno da perdita del rapporto parentale; e, dall'altro, dischiude - sotto il profilo del danno-

⁵³³ Citata *supra*, nt. 390.

conseguenza - tutto il ventaglio delle ripercussioni “esistenziali” dell’illecito sulla sfera giuridica della vittima secondaria, quale ulteriore frontiera risarcitoria che si giustappone al “vecchio” danno morale e al danno biologico in senso stretto. A chiudere il cerchio intervennero poi le “sentenze gemelle” delle Sezioni Unite della Cassazione del novembre del 2008⁵³⁴, consacrando, con riguardo (anche) alla fattispecie in esame, il presupposto della “ingiustizia costituzionalmente qualificata”, e ponendo l’accento sulla lesione dei “diritti inviolabili della famiglia (art. 2, 29 e 30 Cost.)”. Si tratta di un pregiudizio diverso da quello biologico⁵³⁵, consistente nella definitiva perdita del rapporto parentale e conseguente alla lesione del diritto costituzionalmente protetto all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia. Dal punto di vista “conseguenzialistico”, esso può manifestarsi come sofferenza interiore o come sconvolgimento delle abitudini e delle aspettative di vita dei superstiti (o dei familiari del macro-leso) danneggiati, vale a dire, utilizzando vecchie "etichette", come danno morale o danno esistenziale.

Per quanto riguarda, invece, i danni che gli eredi del *de cuius* possono pretendere, appunto, *iure hereditatis*⁵³⁶, una volta escluso il pregiudizio da perdita della vita (a seguito della presa di posizione delle Sezioni unite con la sentenza n. 15350/15⁵³⁷), può configurarsi il c.d. danno biologico terminale (pregiudizio di elevata intensità che affligge la vittima, a prescindere alla lucida percezione delle gravi lesioni subite, nell’ipotesi in cui tra queste ultime e la morte intercorra un “apprezzabile” lasso di tempo)⁵³⁸, ovvero il c.d. danno morale “catastrofale” o da

⁵³⁴ Citate *supra*, nt. 391.

⁵³⁵ Lo afferma chiaramente, per esempio, Cass., 3.2.2011, n. 2557, secondo cui “*il soggetto che chiede "iure proprio" il risarcimento del danno subito in conseguenza della uccisione di un congiunto per la definitiva perdita del rapporto parentale lamenta l'incisione di un interesse giuridico diverso sia dal bene salute, del quale è titolare (la cui tutela ex art. 32 cost., ove risulti intaccata l'integrità psicofisica, si esprime mediante il risarcimento del danno biologico), sia dall'interesse all'integrità morale (la cui tutela, ricollegabile all'art. 2 cost., ove sia determinata una ingiusta sofferenza contingente, si esprime mediante il risarcimento del danno morale soggettivo), e ciò in quanto l'interesse fatto valere è quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli art. 2, 29 e 30 cost. Trattasi di interesse protetto, di rilievo costituzionale, non avente natura economica, la cui lesione non apre la via ad un risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c., nel cui ambito rientrano i danni patrimoniali, ma ad una riparazione ai sensi dell'art. 2059 c.c., senza il limite ivi previsto in correlazione all'art. 185 c.p. in ragione della natura del valore inciso, vertendosi in materia di danno che non si presta ad una valutazione monetaria di mercato*”.

⁵³⁶ Ciò che ovviamente differenzia la loro posizione rispetto a quella dei congiunti, con i quali quindi possono non coincidere.

⁵³⁷ Citata *supra*, alla nota 489.

⁵³⁸ Da ultimo, si veda Cass., 30.8.2019, n. 21837 e Cass., 5.7.2019, n. 18056, che ha fissato in ventiquattro ore il periodo minimo di sopravvivenza.

lucida agonia (consistente nella sofferenza interiore provata dalla vittima che consapevolmente percepisce l'ineluttabile approssimarsi della propria fine)⁵³⁹.

Si è già segnalata l'importanza della "delimitazione" della linea di confine tra i due segmenti della fattispecie di responsabilità (convenzionalmente definiti della causalità "materiale" e della causalità "giuridica")⁵⁴⁰. Invero, ove sia assunta, quale danno-conseguenza rilevante, quello correlato alla perdita del rapporto parentale, si presuppone che l'uccisione del congiunto afferisca al danno-evento, integrato dalla lesione dell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti familiari, vantato dalle vittime "secondarie". La morte della vittima "primaria" rappresenta l'elemento terminale di un rapporto di causalità materiale con l'illecito, che deve darsi per assodato, e dal quale si diparte un rapporto di causalità giuridica che interessa non già la sfera giuridica della stessa vittima "primaria" (stante l'irrisarcibilità del danno tanatologico), bensì direttamente in quella dei congiunti.

Ma se (per tornare allo scenario della perdita di *chance*), minando – per così dire – alle fondamenta il primo tronco di questo rapporto di causalità, si parte dal presupposto che la morte del paziente non è stata causata dal medico, ecco che il presupposto per la risarcibilità del danno "da rimbalzo" viene meno, pur verificandosi comunque la perdita del congiunto. In questo caso, collegare il risarcimento al "diminutivo astratto" della perdita della vita (*alias* delle possibilità di sopravvivenza) si porrebbe in contrasto col sistema, sia sotto il profilo del danno *iure proprio* riferibile ai congiunti, sia sotto quello di un ipotetico (ma – come detto - non configurabile) danno *iure hereditatis*. Non appare condivisibile, pertanto, la soluzione adottata dal Tribunale di Roma nella sentenza del 27.11.2008⁵⁴¹, il quale, per non infrangersi sull'irrisarcibilità del danno tanatologico, utilizza l'*escamotage* di individuare il danno-conseguenza (risarcibile ai congiunti *iure hereditatis*) non già nella morte del paziente, bensì nella variante nominalistica della "chance di vivere circa un anno in più". E contraddittorie appaiono anche le argomentazioni svolte nella motivazione della sentenza della Cassazione, 20.8.2015, n. 16933, nell'esaminare le voci di danno risarcibili in favore degli eredi di una paziente alla quale era stato tardivamente diagnosticato dal ginecologo un carcinoma all'utero. Dopo avere sottolineato che il ritardo diagnostico era suscettibile di assumere rilevanza sotto il profilo della (perdita della) "doppia *chance*" delineata da Cass., n. 23846/08 (vale a dire la *chance* di più lunga sopravvivenza, o anche solo "di meglio prepararsi alla propria fine vivendo consapevolmente, pur in tale contingenza, il proprio essere persona"), la Corte censura infatti anche il rigetto,

⁵³⁹ In tal senso, Cass., 30.8.2019, n. 21837 e Cass., 23.10.2018, n. 26727, che sottolinea l'irrelevanza del "lasso di tempo intercorso tra la lesione personale ed il decesso nel caso in cui la persona sia rimasta "manifestamente lucida".

⁵⁴⁰ V. *supra*, Cap. II., par. 2.1.

⁵⁴¹ Citata *supra*, alla nota 484.

da parte del giudice di merito, della domanda di risarcimento (*iure hereditatis*) del c.d. danno morale terminale o “catastrofale”, inteso come sofferenza provata nell’avvertire consapevolmente la imminente fine della propria vita, cadendo però in contraddizione, nella misura in cui mostra implicitamente di identificare con la morte del paziente l’evento lesivo cui correlare – sotto il profilo eziologico - l’omissione del sanitario. Il danno morale c.d. catastrofale presuppone, infatti, che la morte sia conseguenza del fatto illecito del danneggiante, mentre in questo caso il punto di partenza del ragionamento è che la morte fosse comunque inevitabile, in considerazione dello stadio terminale della patologia tumorale. E se la morte sarebbe comunque intervenuta, a prescindere dall’omissione diagnostica del sanitario, non è possibile addebitare a quest’ultimo la sofferenza per l’aprossimarsi della stessa. Analogo errore di prospettiva venne compiuto dal Trib. Como, 23.6.2016⁵⁴², il quale, dopo aver riconosciuto agli attori (*iure hereditatis*) il danno da perdita delle *chances* di sopravvivenza (pur dichiarate non quantificabili dal c.t.u.), liquidò in loro favore anche poste risarcitorie che presuppongono il riscontro di un nesso causale tra l’omissione del medico e la morte del paziente (danno biologico c.d. terminale e danno da perdita del rapporto parentale), commettendo poi l’ulteriore errore di decurtare tali poste sul fallace presupposto che l’anticipazione della morte della paziente (attribuita al medico) valga unicamente a ridurne le aspettative di vita (mentre invece integra pienamente il nesso causale rispetto alla perdita della vita).

Mutando angolo visuale, è necessario allora porsi nell’ottica di un pregiudizio che, in prima battuta, abbia attinto la sfera giuridica della vittima “primaria”, per poi “propagarsi” a quella degli eredi o dei congiunti, nella dimensione diacronica della successione *mortis causa* (per quanto riguarda i primi), ovvero in quella sincronica del danno da rimbalzo (per quanto riguarda i secondi). Si può pensare alle sofferenze fisiche e spirituali che affliggono il malato terminale in conseguenza della tardiva diagnosi tumorale, espunte dalle sentenze nn. 5641 e 6688 del 2018 dall’area della perdita di *chance* (che prima presidiavano *sub specie* di danno da perdita di *chance* di sopravvivenza). In questo caso, il pregiudizio invocabile dai congiunti è un “normale” danno da lesione del rapporto parentale, che si manifesta nelle ripercussioni che il danno biologico (o morale) della vittima “primaria” determina all’interno della relazione familiare. Il problema, è, se mai, quello di valutare caso per caso l’entità del pregiudizio occorso alla vittima primaria, posto che, per pacifico orientamento giurisprudenziale, solo ove questo assurga al rango di “macro”-lesione verrebbe integrata quella “gravità” e serietà

⁵⁴² In www.ridare.it, 2016, con nota di R. Rossi.

che funge da requisito di risarcibilità del danno “da rimbalzo”⁵⁴³. E così, non è stato necessario “scomodare” la categoria della perdita di *chance* da parte di Cass., 21.8.2018, n. 20836 che, in un caso di ritardo colposo nella diagnosi di una neoplasia mammaria, ha risarcito, in favore dei familiari eredi della vittima “primaria”, sia – *iure hereditatis* – il danno psichico patito dalla donna quale diretta conseguenza dell’errore medico, sia – *iure proprio* – il danno psichico da essi stessi sviluppato (la cui entità in termini di percentuale di invalidità permanente non è dato desumere dalla motivazione). Anche Cass., 4.6.2013, n. 14040, in un particolare caso di diagnosi erronea “al contrario” (nel senso che, per un’innocua cisti seborea era stata formulata diagnosi di melanoma maligno, per il quale sarebbero rimasti al paziente pochi mesi di vita, successivamente smentita “*con grave ritardo rispetto a quanto sarebbe stato possibile*”), ha cassato la sentenza di merito che aveva negato il risarcimento del danno morale da rimbalzo alla moglie, osservando che “*è indubbio che nella specie la situazione venutasi a creare era obiettivamente idonea a configurare sofferenze di particolare gravità non solo per il soggetto direttamente leso, ma anche per colei che da anni ne condivideva la vita, ed era certamente tale da compromettere lo svolgimento delle relazioni affettive (come ben sperimenta chi si trovi a convivere con un depresso)*”. Infine il Tribunale di Monza, nella sentenza del 5.12.2017⁵⁴⁴, escluso che potesse ipotizzarsi la risarcibilità, in favore degli eredi, del danno da perdita delle *chances* di sopravvivenza del *de cuius*, affermò che “*si deve invece focalizzare l’attenzione sul danno alla persona legato alla qualità di vita durante la sopravvivenza effettiva*” (dimensione nella quale “*il diritto alla vita non viene in gioco, non facendosi questione di ipotetica proiezione dell’esistenza dal punto di vista quantitativo-temporale*”). Dopo aver liquidato tale danno (articolato in danno biologico e sofferenza morale), il giudice “recupera” “*il tema della perdita di chance e della durata della sopravvivenza in assenza di inadempimento*” per liquidare, in favore dell’unica figlia, il “*danno iure proprio per lesione del rapporto parentale*”. Anziché, però, valutarne la compromissione in ragione del peggioramento delle condizioni psico-fisiche della madre nel periodo che le restava da vivere (in coerenza con la premessa che tale periodo non fosse stato, in realtà, accorciato dall’omissione della tempestiva diagnosi), la sentenza si pone nell’ottica della vera e propria “perdita” del rapporto parentale (affermando che “*il legame affettivo di cui la figlia avrebbe potuto continuare a beneficiare era comunque condizionato da una minore chance di aspettativa di vita, e quindi destinato a durare per un arco*

⁵⁴³ Parlano di “lesione non lieve” della vittima “primaria”, da ultimo, Cass., 24.4.2019, n. 11212; Cass., 31.1.2019, n. 2788. Tendenzialmente questa “gravità” trova poi corrispondenza sul terreno del danno conseguenza, che deve consistere in uno “*sconvolgimento delle normali abitudini tale da imporre scelte di vita radicalmente diverse*” (così, *ex multis*, Cass., 22.8.2013, n. 19402).

⁵⁴⁴ Citata *supra*, alla nota 490.

temporale inferiore rispetto a quanto sarebbe stato in condizioni fisiologiche, cioè in assenza della progressa malattia tumorale”), liquidando conseguentemente tale voce di danno secondo i criteri contemplati dalla Tabella milanese proprio per il danno da perdita del congiunto⁵⁴⁵.

A voler ipotizzare, invece, un danno “riflesso” dei congiunti del paziente che lamenti la violazione del “*diritto a determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali*” (per usare le parole di Cass., 23.3.2018, n. 7260), è dubbio che questo possa accedere alla soglia della risarcibilità nell’ipotesi (statisticamente più frequente) in cui il danno patito dalla vittima “primaria” si risolva nella mera sofferenza interiore, non risolvendosi in un vero e proprio danno biologico (psichico). Stando alla giurisprudenza sopra indicata, infatti, non appare possibile sostenere che, in tal caso, sia integrata una condizione di “macrolesione” del congiunto, anche tenuto conto del fatto che è possibile addebitare all’inadempimento del medico solo una porzione idealmente “differenziale” di sofferenza, ulteriore rispetto a quella ordinariamente discendente dall’attesa di una morte comunque ineluttabile (non a causa del medico).

4. Il danno da perdita di *chance* nella nuova stagione di San Martino.

L’11 novembre 2019 è stata pubblicata una serie di pronunce della Terza sezione della Corte di Cassazione, che affrontano le questioni più rilevanti e dibattute in tema di responsabilità sanitaria⁵⁴⁶. Esse fanno parte di quello che (dallo stesso Presidente della Terza Sezione civile) è stato definito il “progetto-sanità”, frutto di un innovativo metodo di lavoro deliberatamente preordinato a valorizzare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, al fine di orientare la giurisprudenza di merito sulle questioni più importanti e controverse evidenziatesi nel “diritto vivente”. Un progetto che, attraverso la selezione preventiva delle questioni sulle quali concentrare l’attenzione, ha inteso non già dirimere *ex post* (ciò che avrebbe richiesto, peraltro, l’invio alle Sezioni unite), ma prevenire *ex ante* l’insorgenza di contrasti giurisprudenziali, in tal modo ponendosi come autorevole “precedente”, in grado di assicurare l’uniformità e la “prevedibilità” delle decisioni in un settore particolarmente delicato, attraversato – tra l’altro – in pochi anni da ben due riforme legislative.

Tra le questioni trattate, si segnalano la liquidazione del danno non

⁵⁴⁵ In ragione dell’aspettativa di vita di una settantaquattrenne, quantificata nel 32% a cinque anni, vengono liquidati alla figlia ben € 180.000.

⁵⁴⁶ Le “sentenze-pilota” pubblicate in data 11.11.2019 sono dieci (dalla n. 28985 alla n. 28994), e sin inseriscono in un più folto gruppo di circa sessanta pronunce (pubblicate anche nei giorni precedenti e successivi), tutte facenti capo alle udienze “tematiche” tenute dalla Terza Sezione tra il 2 e il 4 luglio 2019.

patrimoniale da perdita del congiunto, il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione (per difetto di consenso informato), l'onere della prova del nesso causale, il danno differenziale iatrogeno e le lesioni plurime, le azioni di rivalsa e surrogazione tra medico e struttura sanitaria, l'ambito di applicabilità temporale della legge Balduzzi e della legge Gelli, e, infine, il danno da perdita di *chance*.

Ad occuparsi del danno da perdita della "*chance* sanitaria" è la sentenza n. 28993, relativa al caso di una donna sottoposta a un intervento chirurgico per l'asportazione di un tumore al timo (una ghiandola del sistema linfatico situata dietro allo sterno), alla quale, a seguito del manifestarsi delle conseguenze di una lesione aortica, dopo alcune ore era stato praticato un secondo intervento chirurgico, che non era riuscito tuttavia a evitarne il decesso. I giudici di merito avevano escluso la sussistenza di un nesso causale tra la condotta dei sanitari e la morte (mostrandosi la lesione aortica "di origine ignota o comunque non accertabile, il cui accadimento doveva ritenersi complicanza dell'intervento del tutto rara ed inusuale"); così come avevano escluso la configurabilità di un danno da perdita di chances di sopravvivenza, sulla scorta delle conclusioni della c.t.u., che aveva valutato la chance "in termini di possibilità di sopravvivenza (..) assolutamente generica ed ipotetica anche in considerazione dell'elevata mortalità di eventi astrattamente confrontabili con quello in esame, la dissecazione acuta dell'aorta, che può portare ad una percentuale di mortalità del 15-20% in reparti ad altissima specializzazione come sono quelli di cardiocirurgia". Ricorrono, quindi, per cassazione i congiunti/eredi della *de cuius*, censurando (per quanto in questa sede interessa) tale ultima statuizione, sul presupposto che una più tempestiva diagnosi dell'emorragia interna insorta dopo il primo intervento, con conseguente anticipazione (di un'ora e mezza) del secondo intervento chirurgico, avrebbe offerto alla paziente apprezzabili chances di sopravvivenza, la cui perdita doveva essere, quindi, risarcita in loro favore. Eleggendo questa fattispecie quale *leading case* da inserire nella complessiva "operazione nomofilattica" di cui s'è detto, la Terza sezione coglie quindi l'occasione per mettere un punto fermo sui principali snodi teorici dell'istituto del danno da perdita di *chance*, con lo specifico intento di apprestare alcune "istruzioni per l'uso" funzionali a orientare l'ondivago incedere della giurisprudenza.

Meno di un mese prima, peraltro, (precisamente il 17.10.2019) la stessa Terza Sezione aveva dato alla luce un'altra significativa sentenza, la n. 26303, nella quale a venire in rilievo sono gli effetti, in termini di perdita di *chances* di sopravvivenza, dell'inesatta diagnosi di un melanoma cutaneo, le cui metastasi si erano successivamente sviluppate "*in modo occulto, per via ematica e non per diffusione linfatica*". Le conclusioni della consulenza tecnica svolta nel giudizio di

merito erano state nel senso che una tempestiva diagnosi della patologia oncologica non avrebbe potuto in ogni caso contrastarne l'evoluzione: l'impossibilità di ipotizzare *“differenti scelte terapeutiche, stant[i] le risultanze istologiche e le caratteristiche morfologiche dei nevi, escludeva quindi la configurabilità di una perdita di chances di temporanea sopravvivenza (rallentamento della progressione della malattia)”*. La circostanza che più approfonditi accertamenti avrebbero, tuttavia, consentito al paziente *“di concentrare in un unico ricovero gli interventi di asportazione dei nevi e del linfonodo inguinale, subendo quindi soltanto un intervento chirurgico, anziché doversi sottoporre a distanza di tempo ad un secondo ricovero ospedaliero e ad un altro intervento cruento”*, aveva indotto il giudice di merito a liquidare in favore degli eredi del paziente (deceduto nel corso del processo di secondo grado) il danno biologico temporaneo e il danno morale, *“in relazione agli ulteriori giorni di ricovero imposti al paziente a causa del secondo intervento e che avrebbero potuto, essere evitati se in occasione della asportazione dei nevi le indagini fossero state compiutamente estese su tutta la persona così da rilevare la esistenza anche del linfonodo inguinale”*. La corte di Cassazione conferma *in toto* la decisione di merito, osservando che nessun altro danno si configurava a carico del *de cuius* (non essendovi spazio, quindi, per il danno da *“perdita di chance di una migliore qualità di vita”* invocato dagli attori), dal momento che all'errore diagnostico non poteva ascriversi alcuna efficienza causale *“in ordine al ritardo nella somministrazione di interventi di contrasto alla evoluzione della malattia tumorale”*. Riprendendo la *pars destruens* della sentenza n. 5641/18, la Corte precisa molto chiaramente che, se con la *“sintesi verbale perdita di chance di una migliore qualità della vita”* si intendesse far riferimento, sotto il profilo fenomenologico, a una *“riduzione delle capacità relazionali del soggetto, determinate dall'aggravamento della malattia e da una condizione di intenso dolore fisico”*, ovvero a *“uno stato di sofferenza interiore morale”*, si sarebbe in presenza, rispettivamente, di *“un danno biologico in senso stretto”* ovvero di un *“danno non patrimoniale, da accertare secondo i normali mezzi di prova”*.

Alla nuova stagione della “nomofilachia di San Martino” si giunge, dunque, con le idee più chiare su cosa la perdita di *chance* non sia, ma molto più confuse su cosa essa effettivamente sia. Volendo brevemente riepilogare le acquisizioni degli arresti del 2018, si può concludere che (restando nel campo del danno non patrimoniale): non sono danni da perdita di *chances* i pregiudizi alla salute (e morali) sofferti dal malato terminale a causa di errori od omissioni diagnostici, per non aver potuto fruire anticipatamente delle cure palliative (o non essersi potuto sottoporre a interventi che ne avrebbero alleviato le sofferenze), o anche semplicemente per non aver potuto compiere con maggiore consapevolezza le

scelte esistenziali relative all'ultima fase della propria vita; non è danno da perdita di *chance* il pregiudizio da (accertata) minore sopravvivenza (che per i congiunti integra un vero e proprio pregiudizio da perdita del rapporto parentale); non è danno da perdita di *chance* il danno da nascita indesiderata, nell'ipotesi in cui sia possibile giungere alla prova che la gestante, ove tempestivamente informata della malformazione del feto, avrebbe optato per l'interruzione della gravidanza. Per completezza, giova qui, ancora una volta, ribadire che non sono danni da perdita di *chance* le conseguenze pregiudizievoli, derivanti dalla lesione della salute, che si configurano in termini di maggior usura psico-fisica nello svolgimento di mansioni lavorative, ovvero nella perdita di occasioni di affermazione personale nella dimensione sociale-relazionale dell'individuo.

Cosa resta, allora, sul campo, utile a una definizione "in positivo" del danno (non patrimoniale) da perdita di *chance*? Stando alla sentenza n. 5641, quelle ipotesi - caratterizzate da un'insuperabile "incertezza eventistica" – nelle quali, in una situazione in cui al paziente, gravemente ammalato, residui "*una possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione oppure una sopravvivenza di entità consistente*"⁵⁴⁷, intervenga un contegno colposo del medico che la suddetta possibilità precluda, pur essendo impossibile dire se essa si sarebbe evoluta in senso favorevole al paziente, ove la prestazione sanitaria fosse stata correttamente adempiuta.

In questo quadro interviene la sentenza n. 28993/19, che, dopo aver riprodotto la *pars destruens* già sviluppata nella sentenza n. 5641, attraverso la rievocazione critica dei due "paralogismi" che viziavano la ricostruzione teorica tradizionale, sancisce la definitiva "evaporazione" della "*distinzione (che appare sovente motivo di confusione concettuale e applicativa) tra chance c.d. «ontologica» e chance «eziologica», volta che quest'ultima 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-conseguenza risarcibile*". Assai meno convincente e irta di criticità si mostra, invece, la *pars construens*, soprattutto in punto di conformazione dello "statuto" causale rispetto alla "incertezza eventistica" che contraddistingue la *chance*, nonché sul piano della collocazione di quest'ultima nell'area degli interessi non patrimoniali⁵⁴⁸. Ci si

⁵⁴⁷ Così Cass., 19 marzo 2018, n. 6688, cit., che per quest'ultimo caso parla di *chance* di "lungo-sopravvivenza".

⁵⁴⁸ Non può condividersi la conclusione di E. VINCENTI, *I principi della causalità e la perdita di chance*, www.ridare.it, cit., 6, secondo cui l'evento di danno da perdita di *chance* – che si sostanzia in una "insuperabile dimensione di incertezza" – "è risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante e non già direttamente in base a quella relazione causale tra condotta ed evento che la prevalente giurisprudenza in tema di "chance patrimoniale" ritiene operante, sin da questa fase dell'accertamento, secondo i canoni della probabilità rispetto al

attendeva che la Cassazione dicesse, in positivo, in cosa la *chance* non patrimoniale consiste, ma l'aspettativa è andata delusa, e anzi più fitte nebbie si addensano sulla ricostruzione proposta in questa nuova stagione di San Martino.

L'*incipit* della motivazione ripropone - in dichiarata continuità col precedente più volte citato - la distinzione "morfologica" tra *chance* patrimoniale e non patrimoniale, utilizzata quale antidoto al primo "paralogismo". Se la *chance* patrimoniale preesiste all'illecito (in termini di "conoscenze e preparazione" del partecipante a un concorso, ovvero di "professionalità e strutture operative" dell'azienda che prende parte a una gara pubblica), e da questo viene soppressa, quella non patrimoniale viene dapprima creata dal sanitario che irrompe "*sulla scena della vicenda patologica lamentata dal paziente*", e poi dallo stesso frustrata. In virtù di queste caratteristiche, la prima viene definita "pretensiva", la seconda "non pretensiva". Ora, al di là dei dubbi circa l'esattezza di tale importazione dal diritto amministrativo⁵⁴⁹, questa classificazione non supera il piano meramente descrittivo, attagliandosi peraltro, nella sua variante non patrimoniale, al solo contesto contrattuale, per l'intuitiva difficoltà di adattarla a un'ipotesi (quella delineata dall'art. 7 della l. n. 24/17, laddove il medico risponde a titolo di responsabilità extracontrattuale) nella quale la (quantomeno teorica) assenza di rapporto preventivo tra medico e paziente impedisce di ritenere che il primo "crei" la *chance*, prima di distruggerla. Nell'ottica della responsabilità extracontrattuale (ma, come si è visto, la situazione non è molto dissimile nella "versione" contrattuale della responsabilità sanitaria), è giocoforza, infatti, immaginare che la *chance* sostanzi un interesse (non patrimoniale) preesistente all'illecito, sicché - a maggior ragione - la situazione preesistente non potrebbe considerarsi "sfavorevole" rispetto a quella successiva all'illecito stesso. Una distinzione "morfologica" scarsamente utile, quindi, anche sul piano puramente concettuale, ulteriormente "depotenziata", nel discorso della corte, dall'affermata identità del modo di atteggiarsi "funzionale" della *chance* (patrimoniale e non patrimoniale), dato, in entrambi i casi, dall'estrinsecazione della "*possibilità di conseguire un risultato migliorativo della situazione preesistente*" (punto 6 della motivazione).

Neppure è agevole comprendere come un (reale) criterio distintivo tra le due tipologie di *chance* possa essere rintracciato - come, di seguito, viene ad affermare la Cassazione - sul piano della liquidazione equitativa del risarcimento: se a far da sfondo alla possibilità perduta sta, in entrambi i casi, il risultato finale agognato dal danneggiato, non vi sono ragioni intrinseche alla natura (patrimoniale o non patrimoniale) di tale risultato che impongano - di per sé - di differenziare la

risultato sperato". Proprio l'incertezza circa l'avvenuta lesione della salute impedisce, infatti, di ravvisare la lesione di un'altra situazione giuridica soggettiva munita di rilevanza costituzionale (che in effetti Vincenti non menziona).

⁵⁴⁹ V. *supra*, p. 149 ss..

liquidazione, nel senso della maggiore o minore aderenza alla misura “percentualistica” di raggiungimento del risultato medesimo. La maggiore “volatilità” del *quantum* del danno non patrimoniale da perdita di *chance* rappresenta, se mai un’indiretta conferma dell’impossibilità di identificarlo come pregiudizio “certo”.

La distinzione tra *chance* patrimoniale e non patrimoniale si riduce, dunque, a “mimesi” della differenza esistente, nei medesimi termini, tra gli interessi giuridici “finali” al cui conseguimento la *chance* è proiettata (e dalla cui lesione scaturisce il danno patrimoniale/non patrimoniale “pieno”). Ma la definitiva consacrazione della “simmetria ontologica” tra bene-*chance* e interesse giuridico “finale” sembra creare più problemi di quanti non contribuisca a risolverne, generando aporie difficilmente emendabili, in relazione a più di un profilo qualificante la fattispecie di responsabilità civile. Vediamo perché.

La “*possibilità di un risultato migliore e soltanto eventuale*” rappresenta, nelle argomentazioni della Cassazione, l’evento rispetto al quale bisognerebbe indagare la sussistenza del nesso causale con la condotta dell’agente. Il nesso causale non subirebbe, così, alcuno snaturamento rispetto al suo tipico modo di porsi al cospetto di un danno “integrale”. Tale collocazione all’interno della fattispecie sarebbe di per sé sufficiente, nell’opinione dei giudici di legittimità, a privare di consistenza “*l’obiezione secondo cui l’ineludibile incertezza dell’evento non potrebbe non riverberare i suoi effetti sulla ricostruzione del nesso causale*”. L’affermazione, nella sua perentorietà, appare frutto di un assioma, che in qualche misura riproduce il vizio di fondo della teoria ontologica. E invero, l’assunto che, in astratto, “*i concetti di probabilità causale e di possibilità (e cioè di incertezza) del risultato realizzabile*” siano ben distinguibili, non assicura in alcun modo che lo siano anche in concreto. Come già si è detto, l’ineludibile incertezza dell’evento (vale a dire, della lesione dell’interesse non patrimoniale) non può, infatti, non ripercuotersi sulla ricostruzione del nesso causale (predicato, invece, come “certo”), dal momento che quest’ultimo è esso stesso costituito di probabilità proiettate verso un determinato evento. La prospettiva potrebbe cambiare (come già si è osservato) solo mutando il termine di riferimento “eventistico”, per farlo coincidere con un altro interesse giuridico, a condizione però che questo sia realmente distinto da quello “finale”, e non si riduca alla semplice “possibilità” di conseguimento di quest’ultimo. Finché si rimane in una dimensione di incertezza (che della possibilità rappresenta il contraltare in termini di apprezzamento cognitivo), non è dato, infatti, configurare apporto eziologico di sorta, né integrale né parziale.

Il passaggio da compiere – lo si ripete - sarebbe dovuto essere quello di attribuire, una volta per tutte, alla *chance* un contenuto dal quale sia possibile

inferire la meritevolezza (ai fini aquiliani) dell'interesse nella cui orbita essa si iscrive. Su questo punto, tuttavia, la pronuncia in esame mantiene una grave ambiguità, sostenendo lapidariamente che la *chance* “*non può comunque rappresentare un'entità concettualmente distinta dal risultato «finale», poiché la condotta dell'agente è pur sempre destinata a rilevare sul piano della lesione del diritto alla salute (e/o del diritto di autodeterminazione) del paziente, cui appare riconducibile pur se in una diversa accezione, che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico, meritevole di ricevere autonoma considerazione*”. Ebbene, da tale formulazione non è dato comprendere se, nell'ipotesi di perdita di *chance*, a venire lesi siano il diritto alla salute o all'autodeterminazione intesi in senso stretto, ovvero quale particolare “accezione” degli stessi. Né tantomeno è dato comprendere, in questo secondo caso, in cosa si differenzerebbe tale “accezione” dal consueto modo di atteggiarsi dei suddetti diritti. Afferisce essa al piano dell'ingiustizia del danno, sicché s'intende che venga lesa un altro interesse giuridicamente rilevante (ma quale?); ovvero – come sembrerebbe indicare il riferimento all'anticipazione di tutela – al piano del nesso causale, nel senso che il presidio risarcitorio può venire attivato in fattispecie in cui non può dirsi integrata una vera e propria lesione dei suddetti diritti, come normalmente configurati? Su questo punto la Corte si avvita in una grave contraddizione con la precedente definizione della *chance* come “incertezza del risultato”: se il risultato non può che essere rapportato al conseguimento del bene giuridico finale – vale a dire la conservazione della vita o la conservazione/riacquisizione della salute (nelle ipotesi, rispettivamente, di perdita di chances di sopravvivenza o di guarigione) -, come può tale risultato essere, al contempo, incerto e certo (nella misura in cui si ritenga essersi verificata una lesione della salute, nella sua particolare accezione rappresentata dalla *chance*)?

L'evento non può essere costituito, allo stesso tempo, dalla lesione della salute e dalla “non lesione” della salute (precipitato logico ineludibile, quest'ultimo, del postulato dell'incertezza, che si traduce nella sola teorica possibilità che la lesione in discorso vi sia stata). O la lesione della salute c'è, e allora di perdita di *chance* non è a parlarne (salvo a confinarla nel danno-conseguenza, quale espressione descrittiva del particolare modo di atteggiarsi dei pregiudizi non patrimoniali discendenti dall'illecito); oppure non c'è, e in tal caso non è dato discutere neppure di danno giuridicamente rilevante. Si tenga presente, d'altra parte, che nella pronuncia n. 26303/19, concentrando la propria attenzione sul modo d'essere del danno-conseguenza, la Corte sembra voler dire che, laddove questo si atteggi secondo i canoni tipici del danno biologico, non è possibile ancorarlo a un diverso evento di danno (quale, in ipotesi, potrebbe essere la perdita di *chance*, che rimane così “imprigionata” nella sua dimensione di “salute in

potenza”): pertanto – afferma la corte -, laddove non sia possibile configurare un danno alla salute eziologicamente legato alla condotta del medico, “*non è dato comprendere come, poi, al medesimo inesatto adempimento possa, invece, attribuirsi efficienza causale in ordine alla perdita di chances di sopravvivenza o di miglioramento della qualità della vita del paziente*”⁵⁵⁰. Anziché, però, trarne coerentemente la conclusione dell’inutilità della figura, il collegio si rifugia nel *modus discensus* offertogli dal caso concreto, che consente di escludere la praticabilità di qualsivoglia giudizio prognostico circa il miglioramento delle condizioni di salute del paziente, anche a livello di mera possibilità statistica.

Per ammettere la risarcibilità della perdita di chance, la sentenza n. 28993 s’inerpica, invece, in un ardito sdoppiamento del danno-evento in due ulteriori componenti: da un lato, la “*lesione del diritto (alla salute e/o all’autodeterminazione, entrambi costituzionalmente tutelati)*”; dall’altro, l’“*evento di danno (sacrificio della possibilità di un risultato migliore)*”. Ora, appare davvero poco probabile che la Cassazione, dopo aver premesso “*che l’illecito da chance perduta si dipana secondo la tradizionale scansione*”, abbia voluto stravolgere la concezione della fattispecie aquiliana accolta dal proprio consolidato (pluridecennale) orientamento, riesumando una sottospecie di teoria normativa del danno, che ravvisa quest’ultimo nella mera violazione della disposizione protettiva dell’interesse altrui⁵⁵¹. Un intento di questo genere avrebbe, infatti, richiesto ben altro rilievo nell’economia della motivazione. Che così non sia sul piano della teoria generale è dimostrato, peraltro, dalla stessa giustapposizione, nell’elenco degli elementi della fattispecie di cui al punto 17 della motivazione, delle “*conseguenze dannose risarcibili (valutabili in via equitativa)*”, che non avrebbe senso contemplare ove il concetto di danno si arrestasse al livello (dell’antigiuridicità) dell’evento; nonché dal ritorno alla (corretta) identificazione dell’evento di danno con la lesione del diritto, che compare nella sintesi degli

⁵⁵⁰ È utile riportare per intero il passo della motivazione, che afferma che, “*se il peggioramento delle condizioni di salute del paziente, quale danno-conseguenza, non può essere eziologicamente imputato alla errata interpretazione diagnostica dell’esame istologico iniziale, non è dato comprendere come, poi, al medesimo inesatto adempimento possa, invece, attribuirsi efficienza causale in ordine alla perdita di chances di sopravvivenza o di miglioramento della qualità della vita del paziente: esclusa infatti l’anticipazione della tutela risarcitoria al momento della sola violazione della situazione giuridica tutelata dall’ordinamento, il semplice modo di atteggiarsi del pregiudizio-conseguenza, secondo che venga in questione la perdita effettiva di un bene – già presente con certezza nel patrimonio giuridico del soggetto leso – o, invece, la perdita di un bene soltanto ipotizzabile – recte di un’utilità sperata, ma incerta nell’ “an”, ossia non rinvenibile con certezza nel patrimonio del soggetto -, non è idoneo, infatti, a trasformare per ciò stesso, da irrilevante a causalmente incidente, il giudizio espresso sulla inefficienza eziologica della condotta professionale, che non può che essere identico in relazione a qualsiasi tipo di conseguenza pregiudizievole, effettiva od oggettivamente incerta, lamentata dal danneggiato*”.

⁵⁵¹ Sulla teoria normativa si vedano le pagine di A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., in part. 19 ss.; nonché, in senso critico, si R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1969, e ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996, 511 ss.

approdi ermeneutici della pronuncia svolta a pag. 16 (dove, al punto d), la *“lesione di un diritto”* affianca, tra parentesi, l’*“evento di danno”*).

D'altronde, con particolare riguardo al danno alla salute, una concezione che obliterasse il piano delle conseguenze pregiudizievoli enterebbe in frontale contrasto non solo con l'impostazione ormai definitivamente acquisita dal giudice di legittimità, ma anche (e soprattutto) con la definizione normativa di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni, pacificamente ritenuta suscettibile di applicazione generalizzata. La stessa sentenza n. 28986 del 2019 (anch'essa facente parte del gruppo di pronunce del “progetto sanità”) ha rimarcato che, *“perché possa predicarsi l'esistenza d'un danno permanente alla salute, [è] infatti necessario che da quella lesione [dell'integrità psicofisica, n.d.r.] sia derivata una menomazione suscettibile di accertamento medico-legale, e che questa a sua volta abbia prodotto una forzosa rinuncia (..)”;* e ancora: *“la compromissione dell'integrità psicofisica rappresenta dunque la lesione dell'interesse protetto; le rinunce concrete che ne conseguono costituiscono il danno risarcibile (..). La prima è la lesione d'un diritto, ma non necessariamente un danno; sono la menomazione e le forzose rinunce da essa indotte a rappresentare il vero e proprio danno in senso giuridico”*.

La lesione della salute può rilevare, pertanto, sul piano risarcitorio, soltanto ove sia accompagnata da una menomazione comportante una perdita (che si rifletta nell'impossibilità di continuare a svolgere le attività pregresse ovvero in uno stato di sofferenza interiore). Per come delineata dalla sentenza in commento, la fattispecie del danno da perdita di *chance* vorrebbe, invece, far scaturire dalla lesione della salute un tipo di danno diverso, non imperniato su una menomazione, e il cui profilo consequenziale (in nessun modo descritto) resterebbe, di fatto, inglobato nella lesione stessa, tanto da meritare, dal punto di vista della liquidazione, un generico riferimento al potere equitativo del giudice, senza alcun cenno ai criteri “tabellari” tipici del danno biologico. Un danno, insomma, che farebbe “retrocedere” la tutela risarcitoria addirittura al di qua del *danno in re ipsa*, vale a dire a una lesione senza evento (perché altro non è una lesione dall'esito per definizione incerto), conferendo rilevanza giuridica aquiliana a una sorta di “interesse pretensivo alla salute” (al punto 12 della motivazione si legge di una *“fattispecie «a consistenza variabile» nella sua dimensione cronologica (variabile, cioè, a seconda del tempo in cui la si consideri)”*). Siamo al cospetto, allora, di un diritto meramente “potenziale”, insuscettibile di fondare il giudizio di ingiustizia *ex art. 2043 c.c.* (men che meno quello di ingiustizia costituzionalmente qualificata postulato dall'art. 2059 c.c.).

Riguardata senza infingimenti retorici, una fattispecie così ricostruita si riduce a presidio dell'interesse in sé al corretto adempimento della prestazione medica, la cui mera violazione viene fatta assurgere a presupposto di un

risarcimento inevitabilmente innervato di funzione sanzionatorio/deterrente. Di ciò – paradossalmente - la stessa Terza sezione sembrava rendersi conto allorquando, neppure un mese prima di San Martino, affermava, nella motivazione della sentenza n. 26303, che se “*alla condotta colposa del debitore corrispondesse “automaticamente” un danno-conseguenza parametrato alla perdita potenziale di guarigione o di miglioramento dello status di salute, la obbligazione del contratto d’opera professionale si trasformerebbe in una obbligazione di risultato*”, sicché “*il semplice accertamento della negligenza, imprudenza od imperizia o della inosservanza delle *leges artis* consentirebbe di liquidare – in ogni caso – un danno prodottosi per la “mancata possibilità” di ottenere un risultato positivo che, in concreto, finanche una esatta esecuzione della prestazione non avrebbe potuto garantire con certezza*”.

Una frontiera così “anticipata” di tutela è, però, all’evidenza estranea alla responsabilità civile, per come configurata nel nostro ordinamento.

D’altra parte – come già s’è detto - se è vero che l’obbligazione di *facere* professionale presuppone una dimensione di causalità materiale - dal momento che “*il danno evento consta non nella lesione dell’interesse alla cui soddisfazione è preposta l’obbligazione, ma della lesione dell’interesse presupposto a quello contrattualmente regolato*”⁵⁵² - con tale ultima lesione è necessario fare i conti anche laddove ci si ponga dall’angolo visuale della responsabilità contrattuale.

Emerge ineludibile, allora, un profilo di ingiustizia del danno non adeguatamente affrontato dalla corte di legittimità (non potendocisi appagare, per le ragioni sopra esplicitate, del riferimento contraddittorio al diritto alla salute), e che si mostra come radicalmente inconciliabile con l’ontologica incertezza che costituisce la cifra distintiva dell’evento-perdita di *chance*. Ancora una volta, la coerenza del sistema viene sacrificata sull’altare dell’opzione di politica del diritto, già dichiarata nella sentenza n. 5641/18⁵⁵³ e testualmente riproposta al punto 23 della motivazione.

Una scelta di politica del diritto che (come se non bastasse) si pone, peraltro, in contraddizione con l’irrisarcibilità (*iure hereditatis*) del danno da perdita della vita⁵⁵⁴.

Di più, all’incertezza consustanziale alla *chance* si aggiunge quella relativa alla sua quantificazione in sede di liquidazione del danno. Alla stregua delle considerazioni già svolte⁵⁵⁵, appare evidente, infatti, come l’equità esorbiti dalla

⁵⁵² Così, da ultimo, Cass., n. 28991 e 28992 dell’11.11.2019, anch’esse appartenenti al “lotto” del “progetto sanità”.

⁵⁵³ V. *supra*, p. 152.

⁵⁵⁴ V. *supra*, p. 162 s..

⁵⁵⁵ V. *supra*, Cap. II, par. 5.

sua funzione tipica⁵⁵⁶, ponendosi come fondamento stesso dell'accertamento della sussistenza del danno.

Per concludere sulla sentenza n. 28993/19, essa non appare, invero, rivestire alcuna reale efficacia nomofilattica, lasciando all'aleatorietà dell'apprezzamento soggettivo del giudicante non solo la liquidazione, ma, *in primis*, lo stesso "apprezzamento" del danno da perdita di *chance*. Sotto questo profilo, l'invito a non restare rigidamente ancorati alla corrispondenza con la percentuale di possibilità di volta in volta individuata, lungi dal fornire una valida "bussola" per i giudici di merito, ha il sapore amaro dell'incertezza (dei criteri di quantificazione) che si aggiunge a incertezza (quella consustanziale all'ontologia della *chance*).

Non può farsi a meno di sottolineare, del resto, che, sia nella sentenza di San Martino, sia in quella precedente sopra si è illustrata (n. 26303/19), vengono enfatizzati aspetti della fattispecie che, alla stregua degli accertamenti tecnici effettuati, inducono la Cassazione a non ritenere configurabile, in concreto, (neppure) un danno da perdita di *chance*, con conseguente rigetto *in toto* della domanda. Più "probante" per la configurazione teorica del danno da perdita di *chance* sarebbe stato, invece, uno scenario in cui, a fronte dell'assenza del nesso causale tra inadempimento della prestazione sanitaria e danno biologico (o morte) del paziente, si fosse ritenuto integrato il nesso causale con la "incertezza eventistica", con conseguente riconoscimento di un pregiudizio da perdita di *chance*. Resta, tuttavia, l'impressione che il confine tra esistenza e inesistenza di questo danno sia davvero troppo labile e sfumato, come tale sostanzialmente affidato a una sorta di "precomprensione empatica" del giudicante, chiamato a destreggiarsi tra percentuali mutevoli e aleatorie. Si tenga presente che, nella sentenza n. 28993 la domanda viene rigettata sul presupposto che la *chance* "fosse talmente labile e teorica da non poter essere determinata neppure in termini statistici e scientifici probabilistici"; conclusione, questa, ricavata da una c.t.u. la quale, indicata nel 15-20% la percentuale di mortalità dei pazienti versanti nelle condizioni in cui si trovava la *de cuius*, valutava tale possibilità "assolutamente generica e ipotetica". Ora, quale altra situazione si prospettava per il restante 80% dei pazienti, se non quella di un'incertezza circa le possibilità di sopravvivere in ipotesi di più tempestivo trattamento della dissecazione aortica? E come negare che tale situazione avrebbe potuto rappresentare la base per una decisione di segno esattamente contrario, in termini di risarcimento del danno da perdita di *chance*?

⁵⁵⁶ Non bisogna dimenticare infatti - per usare le parole della recente sentenza di Cass, 18.4.2019, n. 10812, in *Foro it.*, Le banche dati, archivio *Cassazione civile* - che la valutazione equitativa è "subordinata alla dimostrata esistenza di un danno risarcibile non meramente eventuale o ipotetico ma certo (...), e alla circostanza dell'impossibilità o estrema difficoltà (...) di prova nel suo preciso ammontare, attenendo pertanto alla quantificazione e non già all'individuazione del danno (...)".

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La ricerca svolta si è proposta di mettere in luce le numerose “aporie sistematiche” che caratterizzano l’istituto del danno da perdita di *chance*, soprattutto nel campo del danno non patrimoniale. Un istituto privo di specifica regolamentazione normativa, che le Corti italiane importarono dalla giurisprudenza francese intorno alla metà degli anni ’80 del secolo scorso, per applicarlo dapprima al settore delle selezioni indette dal datore di lavoro per l’assunzione o promozione dei lavoratori, e successivamente (per restare nell’ambito del diritto civile) a quello della responsabilità professionale e, più in generale, del danno alla persona.

La cifra fondamentale di tale ricostruzione risiede nell’allargamento delle frontiere della responsabilità civile, al dichiarato fine di apprestare ristoro a pregiudizi che scaturiscono non già – secondo lo schema tradizionale - dalla lesione di un interesse funzionale alla conservazione di un bene o al conseguimento di un vantaggio, bensì dalla perdita della mera possibilità, per il danneggiato, di trovarsi in quella “condizione” prodromica, che gli avrebbe consentito di “giocarsi” le sue *chances* di conseguire tale vantaggio (o evitare il danno). Può trattarsi della *chance* di vittoria di un concorso o di una causa (frustrata, rispettivamente, dall’inadempimento del datore di lavoro che abbia illegittimamente escluso il lavoratore dalla competizione o dell’avvocato che abbia colpevolmente mancato di impugnare una sentenza sfavorevole al cliente); ovvero, nel campo del danno non patrimoniale, della *chance* di guarigione o di sopravvivenza del paziente, conculcata dalla tardiva diagnosi di un processo morboso terminale da parte del medico.

Non è agevole adattare la figura al sistema generale della responsabilità civile. Le difficoltà maggiori risiedono nella necessità di declinare le relative regole con riferimento a una dimensione (quella delle *chances*) eminentemente “virtuale”, fatta di “possibilità” che, per quanto ci si sforzi di “isolare”, elevandole ad autonomo oggetto di tutela, esibiscono – per loro intrinseca natura – una “protensione” verso il raggiungimento di un risultato, di cui non si può non tener conto.

Ove queste “possibilità” vengano riguardate essenzialmente nella loro dimensione strumentale all’acquisizione dell’utilità “finale” (della cui risarcibilità, in definitiva, si tratta), il sintagma “danno da perdita di *chance*” assume valenza solo descrittiva di pregiudizi che in nulla si distinguono dal lucro cessante (o comunque dalla lesione “piena” dell’interesse giuridico di riferimento). È il caso, per esempio, del danno da perdita della capacità lavorativa (generica o specifica), nel campo del danno alla persona, e di tutta un’altra serie di danni patrimoniali,

volta a volta “etichettati” dalla giurisprudenza mediante il (superfluo) ricorso a tale istituto⁵⁵⁷.

Allo stesso modo, nell’ambito del danno non patrimoniale, non integrano propriamente un danno da perdita di *chance* tutte quelle forme di ripercussioni pregiudizievoli sulla sfera personale/relazionale dell’individuo che, da un lato, sotto il profilo dell’ingiustizia, sono riconducibili alla lesione del diritto alla salute o del diritto all’autodeterminazione del paziente; e, dall’altro, dal punto di vista del danno-conseguenza, si sostanziano in un danno biologico o morale accertabile e liquidabile secondo gli ordinari criteri. Anche in questo caso, ove si voglia utilizzare la definizione di danno da perdita di *chance*, si deve essere consapevoli che essa ha soltanto una funzione esplicativa di modalità di estrinsecazione di pregiudizi pianamente ascrivibili alle categorie tradizionali. In quest’ottica, vanno salutate senz’altro con favore quelle pronunce con cui, nel 2018, la Corte di Cassazione⁵⁵⁸ ha operato un’opportuna delimitazione delle fattispecie propriamente riconducibili all’istituto della perdita di *chance*, espungendo dal raggio d’azione dell’istituto, per esempio, i danni alla salute (e morali) sofferti dal malato terminale a causa di errori od omissioni diagnostici, per non aver potuto fruire anticipatamente delle cure palliative (o non essersi potuto sottoporre a interventi che ne avrebbero potuto alleviare le sofferenze), o anche semplicemente per non aver potuto compiere con maggiore consapevolezza le scelte esistenziali relative all’ultima fase della propria vita; ovvero il danno da (accertata) minore sopravvivenza (che altro non è che – per i congiunti – che il danno da perdita del rapporto parentale); o ancora, il danno da nascita indesiderata, nell’ipotesi in cui sia possibile giungere alla prova che la gestante, ove tempestivamente informata della malformazione del feto, avrebbe optato per l’interruzione della gravidanza.

Restano sul campo, pertanto, quelle ipotesi che si caratterizzano per un’insuperabile “incertezza eventistica”⁵⁵⁹, tra le quali possono annoverarsi (oltre a quelle che impegnano la responsabilità del datore di lavoro o dell’avvocato o di altri professionisti, di cui sopra s’è detto) quelle dell’illecito sanitario che intervenga in una situazione in cui al paziente, gravemente ammalato, residui “*una possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione oppure una sopravvivenza di entità consistente*”⁵⁶⁰ (che è impossibile dire si sarebbero probabilisticamente evolute in senso a lui favorevole, ove il contegno del medico fosse stato in tutto conforme alle *leges artis*); e, stando a Cass., n. 5641/18, quelli

⁵⁵⁷ Si veda il Cap. I, par. 7.

⁵⁵⁸ Per l’illustrazione delle quali si veda il Cap. III, parr. 3 e ss.

⁵⁵⁹ Così la definisce Cass., 9.3.2018, n. 5641, che parla di “*connotazione della chance (...) in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale*”.

⁵⁶⁰ Così Cass., 19.3.2018, n. 6688, che per quest’ultimo caso parla di *chance* di “lungo-sopravvivenza”.

in cui la gestante promuova la propria domanda risarcitoria nei confronti del ginecologo, sul presupposto di non sapere se, ove correttamente e tempestivamente informata delle malformazioni del feto, si sarebbe determinata per l'interruzione della gravidanza.

Così delimitato il campo d'indagine, ci si avvede immediatamente che la pretesa risarcibilità del danno da perdita di *chance* mette in crisi le tradizionali categorie sistematiche della responsabilità civile, quali il nesso di causa, l'ingiustizia del danno, la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza e tra danno emergente e lucro cessante, i principi in tema di liquidazione del danno.

E così', il tentativo di ritagliare alla *chance* uno "statuto" suo proprio nella teoria dei beni e degli interessi (concezione ontologica), si scontra con la difficoltà di assimilarla ai beni (oltre che materiali, anche) immateriali, e di apprezzarla nella sua essenza di "proprietà anteriore" del soggetto. Insormontabili ostacoli logici impediscono, infatti, di equiparare a beni, entità, componenti patrimoniali le probabilità che, invece, esprimono un criterio di misurazione della frequenza di accadimenti, operante in relazione a classi astratte di fenomeni. L'essere costituita questa "entità" di probabilità rende oltremodo difficile distinguerla dal vantaggio verso la cui realizzazione le probabilità sono proiettate, impegnando l'interprete nell'ardua impresa di conciliare la negazione della necessità di una soglia di consistenza minima ai fini della risarcibilità (ciò che contraddirebbe la sua proclamata "autonomia" rispetto al "bene giuridico finale") con la necessità di non "schacciare" la perdita di *chance* nella dimensione del danno *in re ipsa* integrato dalla mera commissione dell'illecito.

La tesi eziologica, da parte sua, ripropone gli stessi problemi di delimitazione di confine rispetto al lucro cessante vero e proprio, investendo la *chance* anche del ruolo (che non può competerle) di categoria di qualificazione del nesso causale, e così ponendola in contrasto frontale con la regola probatoria del "più probabile che non": alla probabilità (in concreto) di causazione dell'evento viene sostituito il mero incremento statistico del relativo rischio, che diviene così giustificazione e misura del (la porzione di) danno che è possibile (o, per meglio dire, si ritiene equo) addossare all'agente. Anche la regola operativa preposta a disciplinare il concorso di causa umana e causa naturale viene sottoposta a un'innaturale "torsione", finendo per essere applicata, di fatto, a casi – quali quelli della perdita di *chance* – in cui l'apporto concausale, lungi dall'essere accertato, può essere solo ipotizzato dal giudice. Ma un conto è far gravare una parte del danno sul danneggiante, all'esito del riscontro positivo di un suo contributo eziologico alla produzione dell'evento; altro conto è attribuirglielo sulla base di un'obiettiva e insuperabile incertezza circa il suo effettivo apporto causale nel caso

concreto. In questo modo la *chance* diviene una tecnica (flessibile) a disposizione del giudice per distribuire il “peso” del danno tra le parti.

Il *punctum dolens* della teoria del danno da perdita di *chance* sta nell’arbitraria conversione dell’incertezza - che ne costituisce naturale terreno di coltura – in “certezza” giuridica: da un nesso causale indimostrabile sorge un pregiudizio risarcibile, all’esito della trasmigrazione “forzata” sotto le insegne del danno emergente. Alla singola fattispecie concreta viene meccanicamente trasposta la percentuale probabilistica “aggregata”, predicabile con riferimento alla legge statistica astratta, così di fatto cancellando il secondo (ineliminabile) momento di giudizio necessario per l’accertamento della causalità (quello della probabilità c.d. logica o baconiana). In sostanza, la percentuale di “supporto probatorio” del nesso di causa viene surrettiziamente sostituita con quella che, invece, restituisce la misura della stessa probabilità di esistenza del nesso.

Si perviene, pertanto, alla fase della liquidazione senza aver raggiunto alcuna effettiva “certezza” (neppure in senso relativo) della sussistenza del danno, con conseguente snaturamento della funzione tipica della liquidazione equitativa la quale, da supporto “residuale” per la determinazione del *quantum*, diviene fondamento essenziale per il suo stesso accertamento⁵⁶¹. Tutto ciò, con l’intuitivo rischio di “sovracompensazione” di un danno soltanto eventuale o potenziale, e conseguente “slittamento” della funzione della responsabilità verso lidi “parapunitivi”.

Le criticità sin qui evidenziate vengono, se possibile, ulteriormente esasperate quando la *chance*, nel campo della responsabilità sanitaria, vada a rifrangersi nel prisma del danno non patrimoniale. Al di là dei problemi teorici che presiedono all’inquadramento del *facere* del medico (o della struttura) in seno alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale, qui è ancora più difficile immaginare che la prestazione sanitaria impatti su un bene giuridico diverso dal diritto alla salute (o all’autodeterminazione) del paziente. L’affermazione dell’omogeneità qualitativa della *chance* rispetto all’interesse verso cui è proiettata fa, quindi, deflagrare la contraddizione insita nel fatto di porre sullo stesso piano un danno-conseguenza compiutamente accertato e una lesione che rechi con sé probabilità – in ipotesi – assai contenute di conseguimento del medesimo risultato. L’indefettibile (e irresolubile) incertezza della guarigione o della sopravvivenza entra in plateale conflitto con la – pur pretesa – serietà e apprezzabilità delle *chances*, oltre che con lo statuto causale che si vorrebbe “ordinario”, senza avvedersi che sostenere che è certo il nesso causale rispetto all’incerta verifica-

⁵⁶¹ L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., 166, paventa, al riguardo, un’incontrollabile “parcellizzazione dei risarcimenti”, suscettibile di accentuare il carattere di «damage lottery», che rappresenta uno dei più vistosi inconvenienti della responsabilità civile..

di un evento non appare molto diverso dal dire che è incerto il nesso causale rispetto alla certa verifica di quell'evento. Si assiste allora a una sorta di "effetto-matrioska": il danno da perdita di *chance* resta occultato nelle viscere del danno alla salute, dalle quali riemerge quando non si riesca a raggiungere la prova del nesso causale rispetto alla lesione di quest'ultimo.

Ma il punto di maggiore criticità per il danno non patrimoniale da perdita di *chance* è la sua assoluta inconciliabilità, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, con il sistema messo a punto dalle c.d. sentenze di San Martino del 2008, non riuscendosi ad individuare l'interesse inviolabile della persona costituzionalmente garantito (ovviamente diverso dal diritto alla salute o all'autodeterminazione del paziente), la cui lesione potrebbe giustificare la risarcibilità di tale voce di pregiudizio. Ed appare quantomeno singolare che le sentenze del 2018 (e in particolare la n. 5641) abbiano taciuto sul punto, ripiegandosi sullo sbandieramento delle istanze di politica del diritto che giustificano la conservazione della figura.

In conclusione, al di fuori di un impiego in funzione meramente descrittiva, la "categoria" del danno da perdita di *chance* non è utile a designare una particolare tipologia di danno, diversa da quella individuata dal combinato disposto degli artt. 1223, 1226, 2043 e 2059 c.c. Se è vero che *"il sistema di legge scritta nel quale ci troviamo non consente all'interprete di prescindere dal rispetto dei profili strutturali dell'istituto di riferimento"*⁵⁶², la domanda da porsi è, allora, se le (pur legittime) istanze di politica del diritto possano prevalere sulle esigenze di coerenza del sistema, al punto tale da "stravolgerne", per via pretoria, gli assi portanti: *"si delinea uno scenario nel quale il giudice può affiancare al rigoroso piano dei fatti concreti, un diverso ragionamento, costruito in via ipotetica, avente ad oggetto le possibilità perdute e gli scenari alternativi delle vicende umane. Si delinea cioè la figura di un giudice pressoché onnipotente, che elargisce una tutela risarcitoria non solo rispetto a vicende effettivamente verificatesi in concreto. Ma anche rispetto a vicende che egli ricostruisce in via ipotetica sulla base di un ragionamento sviluppato in termini probabilistici. Una simile «deriva» giurisprudenziale non sembra compatibile con i principi costituzionali, né con la ragionevolezza del nostro ordinamento giuridico"*⁵⁶³.

Neppure "l'arresto nomofilattico" del novembre del 2019 – cui pure va ascritto un meritorio passo avanti in funzione chiarificatrice – è riuscito a dissipare le ombre che si addensano sulla fattispecie, lasciando inappagata l'esigenza di consegnare alla perdita di *chance* uno statuto teorico solido e coerente con la teoria generale della responsabilità civile, e arrendendosi, così, al rango dell'occasione mancata. Si da rendere improcrastinabile l'intervento delle Sezioni unite.

⁵⁶² C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 681.

⁵⁶³ A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, cit., 696 s.

BIBLIOGRAFIA

- G. ALPA (cur.), *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010;
- G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1995;
- G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979;
- G. M. D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e resp.*, 2014, 33;
- M. ASTONE, *La nuova disciplina del danno non patrimoniale da illecito sanitario e l'art. 7, commi 3 e 4, della l. n. 24/2017*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 742;
- M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 276;
- M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, Milano, 2006;
- M. AZZALINI, *Nesso causale e perdita di chances: l'illusione ottica della "doppia probabilità"*, in *Nuova giur. civ comm.*, 2017, 691;
- A. BALDASSARRE, voce *Proprietà I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991;
- A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989;
- A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 217;
- M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2011;

M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 945;

A. BELVEDERE, *Il nesso di causalità*, in *Tratt. di biodiritto*, dir da S. Rodotà e P. Zatti, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, Milano, 2011, 265 ss.;

A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 7;

C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979;

A.L. BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle «regole». Ma quanto vale un'occasione?*, in *Danno e resp.*, 2002, 393;

M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 55;

M. BONA, *Il nesso di causa da perdita di chance*, *Officina del diritto*, Milano, 2018;

M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi*, in *Corr. giur.*, 2008, 35;

G. BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, V, Torino, 1989;

G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983;

L. BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'equipe*, in *Danno e resp.*, 377;

F. D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 347;

F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e resp.*, 1997, 269;

F. D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991;

F. D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, I, 47;

F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964;

M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2012;

M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 143;

M. CAPUTI, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*, in *Foro it.*, 2018, I, 2416;

V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969;

P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 260;

F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum*, in *Foro it.*, 1952, IV, 97;

C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018;

C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1;

C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 7;

C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*,

2008, 315 e in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. II, Milano, 2008, 349;

F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 227;

R. CHIEPPA, voce *Responsabilità della Pubblica amministrazione (I agg.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008;

D. CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San Martino*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 454;

D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, II ed., Milano, 2010;

G. COMANDÈ – L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in F. GELLI - M. HAZAN - D. ZORZIT (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 253;

A. CONTINISIO, *Chi perde una chance perde un tesoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 5;

L. CORSARO, voce *Responsabilità civile, I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1987;

N. COSENTINO, *Colpa professionale dell'avvocato e "chance" di vittoria del cliente*, in *Danno e resp.*, 1996, 644;

G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019;

G. CRICENTI, *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2073;

G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 2018, I, 1348;

G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, 349;

A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1182;

A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., Milano, 1979.

A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, I ed., 1966;

A. DE CUPIS, voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, 622;

R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Tratt. di biodiritto*, dir da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE e S. RIONDATO, Milano, 2011, 175;

R. DE MATTEIS, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, 1;

F. DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in F. VOLPE (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria*, Bologna, 2018, 85;

A. DI MAJO, *La salute responsabile: diritti e rimedi*, Torino, 2018;

A. DI MAJO, in *Diritto civile*, dir. da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. IV/III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 27 ss.;

A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 243;

F. DONATI, *I diritti inviolabili della persona umana nel quadro dell'art. 2 Cost.*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, 370;

- G. FACCI, *Chance (danno da perdita di)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2009, 1;
- M. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in C. GRANELLI, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, 540;
- M. FACCIOLI, *Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*, in *Contr. impr.*, 2014, 79;
- M. FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione*, in *La resp. civ.*, 2007, 967;
- M. FEOLA, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, 1;
- M. FEOLA, *La responsabilità del medico per il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *Dir. e giur.*, 2008, 582;
- M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, 49;
- M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004;
- D. M. FRENDI, *Ritardo nella diagnosi e perdita delle possibilità di una vita più lunga o migliore: la Cassazione riflette (ancora) sul danno da perdita di chance*, in C. GRANELLI, *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, 591;
- S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *La Resp. civ.*, 2009, 58;
- P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960;
- M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016;

M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.*, 2009, 1169;

M. FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *La resp. civ.*, 2005, 446;

M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993;

E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto, il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*", in *Giust. civ.*, 2010, II, 503;

F. GALGANO, *Trattato di dir. civ.*, vol. III, III ed., Padova, 2015;

A. GASPARINI, *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. impr. Eur.*, 2008, 332;

F. GHISGLIERI, *Risarcimento del danno e perdita di chance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 141;

G. GIACOBBE, *Illecito e responsabilità civile*, *Tratt. dir. priv. dir. da Bessone*, Torino, 2005, vol. X, tomo I;

D. GIANTI, *L'accertamento del nesso di causalità nella responsabilità dei professionisti*, in *Trattato sulla responsabilità civile dir. da P.G. Monateri*, vol. III, Torino, 2016, 175;

A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008;

M. GORGONI, *Qualche considerazione sull'irrisarcibile aquiliano*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 367;

G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951;

G. GRISI, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del cod. civ. dir. da E. Gabrielli*, Torino, 2013, sub art. 1223 c.c.;

M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017, 161 ss.;

B. GUIDI - E. SERRANI, *Il risarcimento del danno da perdita di chance di vita, cura, e guarigione: prassi, trend e criteri liquidatori*, in *Danno e resp.*, 2016, 505;

M. HAZAN, A. CASSANO CICUTO e M. RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in F. GELLI - M. HAZAN - D.ZORZIT (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 333;

A. IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della «doppiezza»*, in *Danno e resp.*, 1999, 601;

S. INGEGNATTI, *Risarcibilità del danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, 2508;

U. IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 130;

L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazione sul tema della famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 2017, 333;

L. LA BATTAGLIA, *Danno da perdita del congiunto: nessi di causalità e pregiudizi non patrimoniali risarcibili*, in *Fam. dir.*, 2016, 458;

S. LANDINI, *Responsabilità del medico per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 465.

A. LAZZARI, *Perdita di chances in giudizio: la responsabilità del sindacato per omesso appello da parte del lavoratore*, in *Danno e resp.*, 1999, 1123;

G. LENER, *La “retta via” per il risarcimento del danno?*, in *Danno e resp.*, 2014, 168;

M.F. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata. Un itinerario incrementale*, Napoli, 2006;

M. LOVO e L. NOCCO (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria (e-book)*, Il Sole24ore, 2017;

E. LUCCHINI GUASTALLA, *Informazione e consenso*, in G. IUDICA (cur.), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 255;

M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003;

M. MAGLIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 256;

A. MAGNI, *Responsabilità dell'avvocato per negligente perdita della lite tra “certezza” e “probabilità” di un diverso esito del giudizio*, in *Danno e resp.*, 1998, 343;

V. MAIO, *La perdita di chance nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 101;

G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 1035;

F. MASTROPAOLO, *Danno, III Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991;

D. MAZEAUD, *La perte de chance, ne Il danno risarcibile*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, 233;

S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 49 ss.;

L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427;

G. MIOTTO, *Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili*, in *Dir. civ. cont.*, 14 ottobre 2015;

G. MIOTTO, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della «possibilità» (o «probabilità») dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2046;

P.G. MONATERI, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno e resp.*, 2011, 1094;

P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. dir.* da R. SACCO, Torino, 1998;

G. MONTEDORO, *Nuove frontiere della responsabilità civile da violazione dell'interesse legittimo e perdita di chance*, in *Scritti in onore di F. Capriglione*, tomo I, Padova, 2010,

N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, 2004, 295;

N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 873;

E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 829;

- N. MUCCIOLI, *Osservazioni in tema di danno meramente patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 430;
- A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 237;
- G. E. NAPOLI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 52;
- E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2013, 343;
- E. NAVARRETTA, *Danno non patrimoniale e responsabilità extracontrattuale*, in *EAD.*, cur., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010;
- E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona e la Corte costituzionale (come rivalutare l'art. 2059 c.c. senza indebolire il danno alla salute)*, in *Resp. Civ.*, 1996, 1132;
- V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e app.*, 2018, 293;
- A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o escamotage dialettico?*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 671;
- D. NICOTRA e B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, in *Danno e resp.*, 2007, 319;
- L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157;
- L. NOCCO, *Indirizzi giurisprudenziali di responsabilità proporzionale e recinto legislativo di solidarietà*, in *Le «nuove» obbligazioni solidali*, cur. Breccia e Busnelli, Padova, 2015, 31 ss.;

L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010;

C. OLIVA, *Perdita di chance: patrimonialità e criteri di quantificazione del relativo danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 811;

A. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 658;

A. PALMIERI, *Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di chance alla logica del “più probabile che non”*, in *Danno e resp.*, 2011, 1060;

A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, in *Foro it.*, 2019, I, 1603;

M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 325;

R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in F. VOLPE (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria*, Bologna, 2018, 37;

R. PARDOLESI – B. TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, in *Foro it.*, 2018, I, 1607;

R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, 3570;

R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, 5;

R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, 161;

R. PARTISANI, *La lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 566;

M. PELLINGRA CONTINO, *Perdita di chance e condotta illegittima della P.A.*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 341;

L. PERCIBALLI, *Il danno da perdita di chance*, in P. Cendon (cur.), *Trattato breve dei nuovi danni*, vol. I, Padova, 2014, 77 ss.;

F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709;

F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 399;

D. POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, in *Diritto civile*, dir. da Lipari e Rescigno, vol. IV/III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 291 ss.;

A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 447;

G. PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2018, I, 923;

G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017, 435;

G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. impr.*, 2015, 620;

G. PONZANELLI, *La quantificazione del danno da perdita di chance per telegramma spedito, ma non consegnato*, in *Danno e resp.*, 2005, 165;

A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in Riv. crit. dir. priv., 1985, 315;

A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, 248;

A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile Contratto e torto*, Torino, 2014;

R. PUCELLA, *Brevi considerazioni in tema di prova alla luce della legge n. 24/2017*, in G. Iudica (cur.), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 103 ss.

R. PUCELLA, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1684;

R. PUCELLA, *Il perimetro dell'accertamento causale tra colpa, concause e danno risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1112;

R. PUCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni sul tema*, in *Danno e resp.*, 2016, 821;

R. PUCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1087;

R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giurisprudenza. civ. comm.*, 2012, 189;

R. PUCELLA, *What price a chance? (parafrasando un titolo di un saggio di M. Lunney)*, in *Il risarcimento del danno e le sue «funzioni»*, a cura di D. BARBIERATO, Napoli, 2012, 247;

R. PUCELLA, *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in *Commentario del cod. civ. dir. da E. Gabrielli, Dei fatti illeciti*, a cura di Carnevali, Torino, 2011, sub art. 2043;

R. PUCELLA, *L'illiceità dell'atto medico tra lesione della salute e violazione del consenso*, in *Tratt. di biodiritto*, dir da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. BELVEDERE e S. RIONDATO, Milano, 2011, 185;

R. PUCELLA, *Il danno da perdita di chances*, in *Commentario del Codice civile dir. da E. GABRIELLI, Dei fatti illeciti* (a cura di U. CARNEVALI), Torino, 2011;

R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 43;

R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 445;

R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Padova, 2007;

P. PETRELLI, *Causalità e perdita di chances*, in *I fatti illeciti, III. Causalità e danno*, a cura di G. Visintini, Padova, 1999, 297;

F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967;

A. RIGANÒ, *Promozione a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcibilità della perdita di chance*, in *Giur. it.*, 1997, I, 797;

A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, Agg. vol. VI, Milano, 2002;

M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2017;

M. ROSSETTI, *sub art. 2056 c.c.*, in *Comm. cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, *Dei fatti illeciti*, a cura di U. Carnevali, Torino, 2011, 585 ss.;

M. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218;

M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, 662;

C. SALVATORI, *Nuovi profili della responsabilità medica: la risarcibilità del danno da perdita di chance*, in *Giur. it.*, 2006, 283;

C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, 2504;

C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1998;

C. SALVI, voce *Risarcimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, 1084;

C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985;

A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2007, 965;

E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265;

C. SCOGNAMIGLIO, *Le perdite di chances*, in *Tratt. della resp. contr.*, vol. III, a cura di G. Visintini, Padova, 2009, 219;

R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, 1, 357;

- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, I, 375;
- R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, I, 505;
- R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, 226;
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 280;
- C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 339;
- R. SIMONE, *Appunti in margine alle ricadute del Lodo Mondadori: atto II*, in *Danno e resp.*, 2011, 1090 ss.;
- R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazioni dei modelli di spiegazione causale*, in *Danno e resp.*, 2008, 1011;
- A. M. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela del paziente?*, in *Danno e resp.*, 2019, 461;
- M. G. STANZIONE, *Il danno da perdita di chance*, in *Tratt. resp. civ. dir.* da P. STANZIONE, II, Padova, 2012, 1177;
- M. P. SUPPA, *Danno da perdita di chance ed onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2003, 1784;
- M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101;
- M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005;

B. TASSONE, *Ancora su negligenza medica e pregressa situazione patologica*, in *Foro it.*, 2019, I, 1387;

B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che no»*, in *Foro it.*, 2018, I, 557;

B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno e resp.*, 2018, 5;

B. TASSONE, *La chance, le chances: fra danno da morte, illecito senza danno, risarcimenti sotto-soglia e concause naturali*, in *Danno e resp.*, 2018, 183;

B. TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Corr. giur.*, 2018, 912;

B. TASSONE, *Negligenza medica e pregressa situazione patologica*, in *Foro it.*, 2016, I, 1728;

B. TASSONE, *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, in *Danno e resp.*, 2013, 649

B. TASSONE, *Perdita di chance e nesso causale nel caso CIR-Fininvest*, in *Danno e resp.*, 2011, 1067;

B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 525;

B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007;

M. TESCARO, *Onere della prova e quantificazione del danno da perdita di chance*, in *La resp. civ.*, 2007, 151;

M. TESCARO, *Il danno da perdita di chance*, in *La resp. civ.*, 2006, 528;

T. TORRESI, *Il danno da perdita di "chance" tra contratto e torto: diritto all'integrità patrimoniale? Danno meramente patrimoniale?*, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, 2073;

P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017;

F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1;

F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873;

S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, Milano, 2016;

C. VIAZZI, *Perdita di chance nella responsabilità medica: una questione ancora da definire*, in *Danno e resp.*, 2013, 584;

S. VICIANI, *Il danno potenziale ovvero patrimoniale futuro*, in *Giust. civ.*, 2012, 69;

F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 961;

E. VINCENTI, *I principi della causalità e la perdita di chance*, in www.ridare.it, Focus del 31 gennaio 2019;

G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, 793;

G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Trattato dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999, 252 ss.;

F. VITARELLI, *Perdita di chance di sopravvivenza: una lettura epicurea per contestarne il disinvolto utilizzo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1210;

V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Padova, 1994;

V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207;

D. ZORZIT, *La Cassazione e lo “statuto” della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul “ritorno” del danno da perdita della vita*, in *Danno e resp.*, 2019, 276;

D. ZORZIT, *il nesso causale in sanità: continuità o cambiamento?*, in F. GELLI - M. HAZAN - D. ZORZIT (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 287;

D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l’inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.*, 2017, 696;

D. ZORZIT, *Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2012, 507;

D. ZORZIT, *La perdita di chance ed il “danno da morte”: prove tecniche di resistenza e nuovi scenari*, in *Danno e resp.*, 2009, 1121.

ABSTRACT

Il danno da perdita di *chance* rappresenta la categoria giuridica di cui la giurisprudenza si è servita (e si serve) per ampliare i confini della tutela risarcitoria, in diversi casi in cui, alla stregua dell'impostazione dogmatica tradizionale, non potrebbe dirsi configurabile un vero e proprio danno-conseguenza (né sotto forma di danno emergente, né sotto forma di lucro cessante).

Lo studio, una volta delimitato il campo dell'indagine e dato conto delle opinioni dottrinali sulla ricostruzione della figura, ha preso le mosse dall'illustrazione degli orientamenti della giurisprudenza, la quale, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, è andata via via applicando l'istituto nei settori del diritto del lavoro, della responsabilità professionale (in particolare dell'avvocato), e del danno alla persona (nel quale ultimo si è messo in luce come il danno da perdita di *chance* possa rivestire funzione unicamente descrittiva di tipologie di pregiudizio riconducibili alle "tradizionali" voci di danno).

Nel secondo capitolo si è analiticamente esaminata la fattispecie del danno da perdita di *chance*, alla luce delle categorie e dei principi generali della responsabilità civile, vagliando i margini di "armonizzabilità" dell'istituto rispetto alle classificazioni in termini di danno emergente/lucro cessante, danno presente/futuro, danno-evento/danno-conseguenza, nonché rispetto alle regole sulla causalità, al requisito dell'ingiustizia del danno, e alle tecniche di liquidazione del danno.

Nell'ultimo capitolo, si è proceduto, poi, a "calare" l'istituto del danno da perdita di *chance* nel "sottosettore" della responsabilità sanitaria, sottoponendo a verifica la "tenuta teorica" della sua "variante" non patrimoniale al cospetto della recente novella legislativa rappresentata dalla l. n. 24/17, nonché degli orientamenti giurisprudenziali che, negli ultimi due anni, hanno interessato i temi dell'onere della prova del nesso causale e dello stesso danno da perdita di *chance* non patrimoniale.

A conclusione dello studio, si sono svolte, infine, alcune considerazioni sulle criticità che precludono un'armonica "riconduzione a sistema" dell'istituto, consigliandone il definitivo abbandono.