



ANTONINO CINTORINO

**Una rilettura del risarcimento del danno da
perdita di chance come danno meramente
patrimoniale**

ABSTRACT – Compensation for loss of opportunity has posed and puts many questions about its compatibility with Italian normative. Chance appears *prima facie* as an impalpable resource, whose loss entails an imbalance in the qualitative and quantitative determination of the subject's claims. Compensation for loss-of-life damage appears to be functional, hence, to the protection of the subject's assets both on the occasion of the loss of the opportunity and on the utility that from that occasion could. In other words, loss-making loss could be attributed to a pure capital loss (defined by Anglo-Saxon doctrine, as an economic loss), namely a purely economic prejudice.

KEYWORDS – Chance, loss of chance, contract law, causation theory, damage, legal claims, economic prejudice.

Una rilettura del risarcimento del danno da perdita di chance come danno meramente patrimoniale**

SOMMARIO: 1. *L'occasione di una pronuncia giurisprudenziale* – 2. *L'origine del risarcimento del danno da perdita di chance* – 3. *La perdita di chance come danno meramente patrimoniale* – 4. *Prova del danno da perdita di chance ed evoluzione in giurisprudenza e dottrina* – 5. *Alcune considerazioni conclusive.*

1. L'occasione di una pronuncia giurisprudenziale

Una recente sentenza del Tribunale di Parma¹ ripropone all'attenzione del giurista la controversa configurabilità del danno da perdita di chance.

Il giudice ha accolto la domanda della parte attrice, accertando e dichiarando la responsabilità di Poste Italiane SpA per la perdita di possibilità di partecipare ad una prova selettiva per l'assunzione di un'unità di personale come esecutore scolastico di asilo nido a tempo pieno in un periodo determinato²; da tale accertamento giudiziale discende anche la condanna al risarcimento dei danni in favore della parte attrice, calcolati in Euro 28.210,53, corrispondenti alla mancata opportunità di percepimento di stipendi ed accessori a causa dell'inadempimento di Poste italiane, derivante dal ritardato recapito del telegramma alla maestra (attrice) contenente la convocazione alla prova selettiva per l'assunzione in discorso.

* Dottorando di ricerca in teoria del diritto ed ordine giuridico europeo, diritto civile, presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Trib. Parma, 29 dicembre 2017, n. 1778, in *Dir. civ. contemp.*, 1/2018.

² Precisamente, dal 01 settembre 2014 al 15 luglio 2015.

Nel caso, il giudicante offre nella decisione una ricostruzione deduttiva che lo condurrà a sostenere che «la situazione soggettiva incisa dall'altrui inadempimento non può essere dunque una mera aspettativa ma una concreta ed effettiva occasione favorevole per conseguire il risultato sperato»³.

La maestra d'asilo era inserita in graduatoria al quarto posto con un punteggio di 109; a seguito dell'espletamento dell'ultima prova è risultata vincitrice, invece, la persona che in graduatoria era quinta col punteggio di 107. Il giudice, pertanto, anche se utilizzando strumenti presuntivi ha effettuato una valutazione sulla probabilità che l'attrice abbia visto frustrata una effettiva occasione favorevole per conseguire l'incarico lavorativo a tempo determinato, ritenendo che la maestra esclusa avrebbe ragionevolmente ottenuto il posto; ciò sia per la maggior esperienza con i bambini – di tredici anni rispetto la vincitrice – nonché per «la pochezza della prova selettiva trattandosi di una mera dimostrazione della attitudine ad accudire i pargoli dell'asilo»⁴.

Il danno derivante dalla perdita di chance è stato liquidato sulla proiezione stipendiale relativa alla posizione lavorativa ed economica perduta che avrebbe occupato l'attrice, così come dichiarata dalla CGIL di Parma,

³ Trib. Parma, 29 dicembre 2017, n. 1778, cit., 4. Sul profilo della concretezza, attualità ed effettività della rilevanza giuridica del pregiudizio derivante dalla perdita di una occasione, v.: Cass., 14 marzo 2017, n. 6488, in *Giust. civ.*, 1/2017: «in tema di risarcimento del danno il creditore che voglia ottenere oltre il rimborso delle spese sostenute anche i danni derivanti dalla perdita di chance – che come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione – ha l'onere di provare anche solo in modo presuntivo, secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta».

⁴ Trib. Parma, 29 dicembre 2017, n. 1778, cit., 4.

n. 1/2018

ricalcando in sostanza il mancato guadagno per non aver potuto svolgere l'attività professionale indicata nel bando.

La decisione del Tribunale di Parma ha configurato, quindi, il caso in un contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.*; il gestore del servizio postale è responsabile contrattualmente perché ha recapitato in ritardo un telegramma al destinatario. Com'è noto, infatti, non esistendo un compendio normativo speciale in materia di servizi postali che deroga dal codice civile, la responsabilità del ritardo, in assenza di prova di impossibilità sopravvenuta della prestazione è ascrivibile proprio al gestore del servizio⁵.

⁵ La responsabilità contrattuale degli operatori postali è consolidata in giurisprudenza a partire dalle note sentenze della Corte Costituzionale, 20 giugno 2002, n. 254 e 11 febbraio 2011, n. 46. In particolare la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 6 D.P.R. n. 156 del 1973; da qui in poi molte sono state le teorie sulla responsabilità da disservizio postale, cfr., in tal senso, Cass., 11 agosto 2004, n. 15559, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 590: «a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 6, D.P.R. n. 156 del 1973 (sentenza n. 254 del 2002 della Corte costituzionale), nella parte in cui disponeva che l'amministrazione ed i concessionari del servizio telegrafico non incontrano alcuna responsabilità per il mancato recapito di telegramma, la Poste italiane SpA, qualora non provi che l'inadempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa ad essa non imputabile, è tenuta al risarcimento del danno *prevedibile* derivante dal mancato recapito del telegramma, non costituendo, peraltro, l'imprevedibilità del danno un limite all'esistenza del medesimo, ma soltanto alla misura del suo ammontare; l'imprevedibilità del danno conseguente dall'inadempimento colpevole del debitore non costituisce un limite all'esistenza del danno stesso, ma soltanto alla misura del suo ammontare e, quindi, determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una data categoria di rapporti, secondo le ordinarie regole di comportamento dei soggetti economici, e cioè secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute»; un'altra qualificazione operata dalla giurisprudenza è in termini di responsabilità da contatto sociale, da cui discenderebbe che «il danneggiato deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; il danneggiante dovrà dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur

2. Origine del risarcimento del danno da perdita di chance.

La sentenza del Tribunale di Parma mette in risalto i problemi che più interessano il giurista che indaga sulla rilevanza della perdita di chance: l'operatività del concetto di probabilità relativa sia considerando la perdita di chance come una tecnica di accertamento della causalità sia come un criterio di liquidazione del danno.

La perdita di chance è attualmente riconosciuta come danno risarcibile.

Com'è noto, il sostantivo chance è voce tipica della lingua francese traducibile con i termini italiani fortuna, sorte, ma, per quanto più interessa ai fini della presente analisi, si può tradurre con i termini possibilità o probabilità⁶. L'etimologia del termine affonda le radici nel latino *cadentia*,

esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»: v., Cass., 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Giust. civ. mass.*, 1/2005, 28. Corollario di tale assunto teorico è la presunzione d'inadempimento, gravante sul debitore-gestore del servizio postale: «in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, 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 e 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; anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento della obbligazione, ma il suo inesatto inadempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento» (*ex multis*, Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 1/2001, 121). Altra giurisprudenza ha individuato la responsabilità in altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, di cui all'art. 1173 c.c., cfr.: Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 1471, in *Resp. civ. e prev.*, 760, in cui si legge che la responsabilità nella quale incorre «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta che (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte».

⁶ Dal dizionario Italiano N. ZINGARELLI, Zanichelli, Bologna, 1998, 340.

participio presente (neutro, plurale) del verbo *cadere*, forma verbale che trova un equivalente nell'italiano accadere, avvenire, capitare o succedere⁷. Nel suo significato più antico, dunque, la chance starebbe ad indicare «il modo favorevole o sfavorevole secondo cui si verifica un evento»⁸.

Proprio come le *aleae iacta* in epoca romana, così anche le questioni gettate sul tappeto risultano sfaccettate e aperte a diverse soluzioni.

Il danno da perdita di una chance in ambito giuridico si verifica nei casi in cui l'illecito – o l'inadempimento in tema di responsabilità contrattuale – abbia causato una nuova situazione che faccia apparire meno probabile il conseguimento di utilità future; di conseguenza, la chance consiste nella probabilità, quantificabile in percentuale, che un risultato favorevole venga raggiunto o che un effetto non voluto venga evitato⁹.

⁷ Dal dizionario Latino CALONGHI-BADELLINO, Rosenberg&Sellier, Torino, 1976, 143.

⁸ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/1976, 58, che fa discendere già dall'analisi dell'etimologia del termine chance la necessità di ricollegare "un valore economico, quanto meno negativo" al venire meno di un'occasione. L'A. rinviene l'etimologia del sostantivo chance nel latino *cadentia*, collegandolo espressamente alla caduta dei dadi da giuoco. Sul punto, tra gli altri, v., M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2011, 945. Tale esplicazione semantica non è estranea neppure alla giurisprudenza; così, Cons. Stato, 14 settembre 2006, n. 5323 in *Giust. amm.*, 2/2006, secondo cui «la parola chance deriva, etimologicamente, dall'espressione latina *cadentia*, che sta ad indicare il cadere dei dadi, e significa buona probabilità di riuscita. Si tratta, dunque, di una situazione, teleologicamente orientata verso il conseguimento di un'utilità o di un vantaggio e caratterizzata da una possibilità di successo presumibilmente non priva di consistenza».

⁹ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/1976; F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 4/1965, 47; V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno da perdita della possibilità di un'utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 2/1986; F. MASTROPAOLO, *Danno (Risarcimento del danno)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. SACCO, III (1998), Torino, 283, 586, 821; A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. dir. priv.*, 1985, 315 ss.; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 47 ss.; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in

Il risarcimento del danno da perdita di chance appare funzionale, quindi, alla tutela del patrimonio del soggetto sia sul versante della perdita dell'occasione, sia su quello delle utilità che da quell'occasione potevano (sarebbero potute) derivare (v. art. 1223 c.c.). La domanda di tutela del soggetto risulta ampia e diversificata, partendo ed estendendosi dall'ambito del diritto del lavoro¹⁰, sino a quello della responsabilità

Giust. civ., 2/1997, 447; R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, IV (1999), Milano, 514; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 666 ss.; M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. traspr.*, 2000, 662 ss.; G. PETRELLI, *Causalità e perdita di chances*, in *I fatti illeciti, Causalità e danno*, a cura di G. Visintini, III (1999), Padova, 297; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 514; E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso di causalità e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 840 ss.; R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 566; A. BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, in *Enciclopedia*, a cura di P. Cendon, Padova, 2001, 177 ss.; A. M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 659 ss.; C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 296 ss.; M. FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *La resp. civ.*, 2005, 446; M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2011; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 315 ss.

¹⁰ Cass., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giust. civ.*, 1/1984, 1842, con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in cui, per la prima volta, si ebbe cura di affermare che «in tema di procedure di concorso costituisce fonte di risarcimento del danno il comportamento del datore di lavoro che escluda illegittimamente il lavoratore aspirante al posto dalla partecipazione alle prove del concorso ove determini la perdita della possibilità di conseguire il superamento della selezione, possibilità che deve essere provata dal lavoratore e va valutata secondo criteri di verosimiglianza alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* in relazione alla percentuale di probabilità superiore a quella relativa all'evento sfavorevole, costituito dal mancato superamento della selezione stessa; l'ammontare del danno, che costituisce danno emergente, va commisurato non alla perdita del risultato (ossia alle retribuzioni che

professionale¹¹. La risarcibilità della chance è ormai generalmente accolta dalla giurisprudenza, e gli esempi sono numerosi: oltre a riparare la perdita della possibilità di essere assunti o di conseguire un avanzamento di carriera, la giurisprudenza italiana inizia a estendere l'area di risarcibilità delle chance perdute a ipotesi sempre più ampie che comprendono, in prevalenza, ulteriori fattispecie riconducibili ai rapporti di lavoro (anche con riferimento a promozioni a scelta e al mancato accesso a qualifiche superiori, a seguito di irregolarità nell'espletamento di concorsi in violazione degli obblighi di buona fede e di correttezza), attività professionale del medico e dell'avvocato, la perdita della chance *d'être secour par la victime immédiate*, il danno conseguente alla sopravvenuta impossibilità di partecipare a concorsi o a sostenere esami, la seduzione con promessa di matrimonio (con particolare riguardo alle perdute opportunità di sposarsi), la perdita della possibilità di nascere.

avrebbe percepito il lavoratore in caso di assunzione), bensì alla mera possibilità di conseguirlo, da determinare in base alle dette retribuzioni ma con un coefficiente di riduzione delle stesse, ovvero facendo ricorso alla liquidazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*».

¹¹ Cfr.: Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, 395, con nota di A. L. BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle «regole». Ma quanto vale un'occasione?*, nella quale si stabilisce che «in tema di responsabilità professionale (nella specie, di un dottore commercialista), la negligenza del professionista che abbia causato al cliente 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*, dovendo tale danno liquidarsi in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili, ed assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo (deducibile, quest'ultimo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta), ovvero ricorrendo a criteri equitativi *ex art. 1226 c.c.*

Il pregiudizio lamentato, in tutti questi variegati casi, sembra riguardare solo un interesse di fatto, non ricomprendibile nella tutela aquiliana¹².

3. *La perdita di chance come danno meramente patrimoniale*

¹² R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007, 81 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 49 ss.; M. FRANZONI, *I fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 821 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 283 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Padova, 1994; M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance, dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2/2008, 143 ss.; D. BELLANTONI, *Lesione dei diritti della persona. Tutela penale-Tutela civile e risarcimento del danno*, Padova, 2000, 288. Invero, autorevole dottrina francese, proprio in presenza di una giurisprudenza ampia e variegata, afferma sia che «il problema classico della perdita di una chance si pone in termini di *préjudice*», riguardando «la valutazione del danno e non il rapporto di causalità», sia che «la chance di realizzare un profitto o di evitare una perdita» rappresenta «un danno specifico ed autonomo rispetto al pregiudizio finale», il quale, proprio per l'alea che è intrinseca alla chance, non si saprà mai se si sarebbe verificato. La peculiarità consiste proprio nel fatto «che non è più possibile sapere se il danno [finale] si sarebbe avverato o no; la sua realizzazione non dipende più da eventi futuri e incerti. La situazione è definitiva; più nulla potrà modificarla; a causa della sua condotta colposa, l'agente ha arrestato lo svolgimento di una serie di fatti che potevano essere fonte di guadagni o di perdite» (cfr.: G. VINEY-B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Préface di A. Tunc, Parigi, 1985, 54. In questi termini la chance «costituisce un danno risarcibile», ma «è soltanto questa perdita che deve essere compensata attraverso il risarcimento», non, invece, «la totalità di ciò che la chance avrebbe procurato alla vittima, se si fosse realizzata». Anche nel caso di evoluzione futura di un danno attuale, l'area della risarcibilità si estende a tutte le ulteriori conseguenze, normalmente prevedibili, che derivano dall'evento dannoso sulla base di un rapporto certo di causalità. Viceversa, «quando la realizzazione del danno è soltanto probabile, il coefficiente d'incertezza si accresce» ed è necessario individuare i requisiti che permettono di considerare tale danno certo e risarcibile. Nel danno da perdita di chance «l'alea concerne la realizzazione stessa del danno», v. G. VINEY-B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel*, cit., 55.

Il danno da perdita di chance potrebbe essere assimilabile ad una pura perdita patrimoniale – o, come spesso viene definita dalla dottrina anglosassone, *pure economic loss*¹³ – ossia un pregiudizio meramente economico¹⁴.

Da un lato è necessario valutare la compatibilità di un tale nocumento con le due specie della responsabilità civile – contrattuale ed extracontrattuale – e, dall'altro lato, è opportuno individuare i limiti entro i quali l'astrattezza della perdita di chance può tradursi in un danno effettivamente esistente nel patrimonio del soggetto¹⁵.

¹³ Sulla tutela della *pure economic loss* nei diversi sistemi anglosassoni, cfr.: M. BUSSANI - V.V. PALMER, *Between Contract and Tort: Pure Economic Loss in Europe*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract*, a cura di N. Cohen-E. McKendrick, Oxford-Portland, 2005, 189 ss.; R.S. BRUER, *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri L. Rev.*, 59/1994, 969 ss.; T. HILL, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, in *Missouri L. Rev.*, 54/1991, 511 ss.; L. J. ANDERSON, *Loss of a Chance in Tort*, in *Solicitor's Journal*, 131/1987, 1258 ss.; J. H. KING, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, *Yale L. Journal*, 90/1981, 1378 ss.

¹⁴ S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 374 ss.; A. di MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1/1982, 1745 ss.; Id., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 327 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 32; 99 ss., 109 ss.; Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 315 ss.; V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 81 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1253 ss.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 1-2.

¹⁵ Questi dubbi ermeneutici vengono posti da S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 374 ss.; A. di MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1/1982, 1745 ss.; Id., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 327 s.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 32; 99 ss., in part. 109 ss.; Id., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 1/2008, 315 ss.; V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 81 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il*

Sul primo versante, la mancata rispondenza della perdita di chance alla lesione di una situazione giuridica tutelata *a priori* dall'ordinamento imporrebbe di circoscriverne la tutela all'ambito contrattuale, ove «l'inadempimento è come tale fonte di responsabilità, onde il danno che ne deriva, non avendo a presupposto la lesione di una situazione soggettiva, è risarcibile nei termini in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento»¹⁶. In questa prospettiva appare chiaro che sottrarre la chance in questione determina un danno, ovvero la compromissione di un'utilità attuale e già presente nel patrimonio del soggetto leso¹⁷. Il danno meramente patrimoniale sarebbe, secondo alcuni autori, quello che discende dall'inadempimento dell'obbligazione¹⁸. Il carattere contrattuale della perdita di chance sarebbe, invece, confermato dall'essere ricompresa nell'alveo della tutela dell'aspettativa, la quale – si rammenta – «può diventare presupposto della responsabilità soltanto tra soggetti determinati nell'ambito di una relazione giuridicamente rilevante quando le parti questo abbiano voluto o la legge così preveda¹⁹».

danno al patrimonio tra contratto e torto, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1253 ss.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 1-2.

¹⁶ Cfr.: C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 323.

¹⁷ Tra i primi autori a qualificare la perdita di chance come danno emergente, M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 78.

¹⁸ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 113; A. di MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 5 ss.

¹⁹ Questa è la lettura dell'art. 2043 c.c. data da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 237 ss.; Id., *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 319-320, secondo cui se i diritti soggettivi «hanno un significato, lo hanno come luoghi di una tutela che estendere al di là dei confini del diritto soggettivo o di altra categoria che a questo può essere sostituita sempre in funzione di accreditamento della tutela significherebbe neutralizzazione dei diritti stessi come interessi particolarmente qualificati e per ciò suscettibili di tutela [...] la tutela aquiliana limitata ai diritti soggettivi non è frutto di una scelta aprioristica e mero frutto di classificazioni, bensì il corollario dell'idea stessa di diritto soggettivo, il cui significato è quello di costituire un ambito di tutela fuori dal quale, *a contrario*, è coerente che tutela non vi sia. Questa categoria della tutela che è il diritto soggettivo può essere

L'impossibilità di tutelare per via aquiliana la lesione in commento deriva dall'adesione ad una lettura restrittiva dell'art. 2043 c.c. quale norma di tutela di interessi giudicati *a priori* dal legislatore come degni di tutela. Tale non è l'interesse all'integrità del patrimonio, che, evidentemente, non riceve una specifica tutela risarcitoria, poiché non costituisce di per sé oggetto di una specifica situazione soggettiva, ma trova protezione solamente nelle singole situazioni soggettive patrimoniali di cui si compone, il che, peraltro, è confermato dall'idea diffusa secondo cui l'ordinamento non considera né disciplina il patrimonio come un'entità unitaria, ma come formula sintetica di tutte le situazioni giuridiche e le utilità imputabili ad un soggetto²⁰.

Se si muovesse da una concezione che declama, invece, sia l'atipicità dell'illecito delittuale sia la struttura dell'art. 2043 c.c. in termini di norma primaria, di clausola generale aperta in consonanza al principio solidaristico, sarebbe necessario individuare gli interessi meritevoli di protezione, superando la dogmatica dei diritti soggettivi²¹.

aggiornata o sostituita, ad es., con quella di situazione soggettiva, rendendo tutelabili interessi che precedentemente non lo erano, ma è necessaria per stabilire il confine tra risarcibilità e no, responsabilità e no».

²⁰ Cfr.: V. M. TRIMARCHI, *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, XXII (1982), Milano, 271 ss, il quale precisa che il patrimonio non si presta ad una disciplina giuridica unitaria; B. BIONDI, *Patrimonio*, in *Novissimo dig. it.*, XII (1965), Torino, 615 ss.; nonché Id., *I beni*, in *Tratt. dir. civ.*, (a cura di) F. VASSALLI, Torino, 1953, 103, dove si mette in evidenza che il patrimonio è la denominazione complessiva di una serie di rapporti.

²¹ Cfr. sul punto: S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 365 ss., il quale confuta inoltre la linea di pensiero che ascrive alla nota pronuncia della Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 2487 ss. L'accoglimento dell'idea secondo cui la valutazione di ingiustizia rappresenta «il risultato di un giudizio comparativo da compiere caso per caso» ossia di una valutazione della reciproca posizione in concreto assunta dagli interessi confliggenti di danneggiante e danneggiato (v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 221 ss.). Tale lettura secondo S. MAZZAMUTO costituisce, infatti, «il frutto di un sovvertimento della *ratio decidendi* giacché il presunto superamento ad opera delle Sezioni unite della necessità di ancorare l'ingiustizia del danno ad un interesse meritevole di tutela del danneggiato non trova conferme nel corpo della motivazione ed anzi è smentito dal

Il diritto all'integrità del patrimonio pare perciò il frutto, «dell'inversione metodologica che, sul presupposto della risarcibilità del danno meramente patrimoniale, immagina e crea un diritto che dovrebbe poi costituire la giustificazione della tutela risarcitoria di quel pregiudizio – il danno meramente patrimoniale – il cui risarcimento si dà però per assunto»²².

L'analisi dell'aspetto relativo alla certezza del danno pone anch'esso un problema di stretta aderenza con il dato positivo ed in particolare con l'art.

chiaro passaggio in cui si precisa che «compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una *selezione degli interessi giuridicamente rilevanti*. Ed il criterio di selezione degli interessi, ad un'analisi complessiva della pronuncia, sembra coincidere con la verifica della loro considerazione da parte dell'ordinamento, anche in relazione al grado di consistenza ed intensità della tutela, e non già con la tecnica della comparazione. V. sul punto anche C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, ivi, 1999, 1264 ss. Peraltro, come affermano le stesse SS. UU. cit., il giudice, nell'accertare l'interesse meritevole di tutela del danneggiato, deve rivolgere la sua opera di «comparazione e valutazione» non soltanto a «disposizioni specifiche (risolvendo così in radice il conflitto [...])», ma anche a quegli interessi che il diritto prende «comunque» in considerazione «sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così un'esigenza di protezione». L'espressione, che recepisce un'idea già affermata da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 183 ss., non può non significare che v'è interesse giuridicamente rilevante ogni qualvolta l'interprete ravvisi «un qualunque indice di tutela predisposto dal complesso delle norme in vigore». Al riguardo, cfr.: M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 395 ss; Id., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust*, in *Danno resp.*, 2004, 937: «il danno risarcibile consiste nella lesione di qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, che abbia dato luogo ad un pregiudizio patrimonialmente valutabile e possa quindi essere riparato mediante l'imposizione *ex lege*, ad un soggetto ritenuto responsabile, di una prestazione suscettibile di valutazione economica. Il danno (astrattamente) risarcibile diviene altresì danno «ingiusto» ex art. 2043 c.c., con il conseguente insorgere dell'obbligazione riparatoria *ex lege*, se e in quanto la posizione del soggetto cui è imputabile il fatto causativo del danno non sia suscettibile, in una valutazione comparativa degli interessi in gioco, di una valutazione peggiore rispetto a quella del soggetto danneggiato».

²² S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., 372.

1223 c.c.: «il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Dalla disposizione in parola sembra discendere la necessità di funzionalizzare la tutela risarcitoria alla compensazione di una lesione certa, poiché avvenuta in passato (perdita subita), estendendola sino a comprenderne le eventuali ripercussioni future (mancato guadagno)²³.

Si è sostenuto che tramite tale ultima voce risarcitoria il legislatore del 1942 abbia mitigato il requisito della certezza del danno, dischiudendo, invero, le porte alla risarcibilità del danno solo probabile²⁴.

²³ Sul requisito della certezza del danno insiste: A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 304; ancor prima: G. P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, 317 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, Fonti delle obbligazioni. Quasi contratti. Fatti illeciti. Legge*, Firenze, 1907, 269; G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, 109; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III. *L'attuazione*, Milano, 1948, 468 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI (1969), Torino, 4 ss. In particolare, sul rapporto tra perdita di chance e requisito della certezza del danno, cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 55 ss., ivi si rammenta che, in tema di certezza del danno, la giurisprudenza più volte fa riferimento alla regola secondo cui il lucro cessante deve sempre risultare positivamente dimostrato e che un risarcimento dei danni non può essere concesso in dipendenza di elementi meramente ipotetici; Cfr.; Cass., 3 agosto 1962, n. 2372, in *Resp. civ. prev.*, 1962, 66; Cass., 13 ottobre 1964, n. 1967, *ivi*, 1968, 285; Cass., 26 ottobre 1968, n. 3597, in *Giust. civ.*, 1/1969, 1313; Cass., 29 luglio 1994, n. 7647, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 1128; Cass., 18 aprile 2000, n. 5014, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 20.

²⁴ Cfr.: G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 184 ss.; R. PUCCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007, 81 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 49 ss.; M. FRANZONI, *I fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 821 ss.; P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 283 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Padova, 1994; M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance, dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2/2008, 143 ss.

Detto altrimenti, con la voce «mancato guadagno» ci si riferisce a quel guadagno eventuale, la cui mancanza è certa.

Da quanto esposto discende, dunque, uno stretto legame di dipendenza tra le due voci risarcitorie in esame, nel senso che i presupposti necessari per il verificarsi del mancato guadagno sono inevitabilmente presenti nella perdita subita, conferendogli in tal modo la certezza del suo accadimento. La perdita di chance assurge a modello generale di danno, senza ulteriori qualificazioni, che può consistere sia nella «*perte qu'il a faite*», sia nel «*gain dont il a été privé*»²⁵, ossia, traducendo in italiano, sia nella «perdita subita», sia nel «mancato guadagno» (ex art. 1223 c.c.). In tal senso, tale figura di danno non è identificabile né (soltanto) con il danno emergente, né (soltanto) con il lucro cessante, ma costituisce un evento dannoso che, a sua volta, in relazione ai singoli casi concreti, può essere composto, al pari di ogni altro pregiudizio, da un danno emergente, da un lucro cessante o, come spesso accade, da entrambi. Se è vero che il danno emergente ha ad oggetto un interesse attuale, ovverosia l'interesse relativo a un bene già spettante ad una persona nel tempo in cui il danno medesimo è cagionato e che, nel lucro cessante, viceversa, oggetto del danno è un interesse futuro, ovverosia l'interesse relativo a un bene non ancora spettante ad una persona, qualora il danno da perdita di chance si concreti, ad esempio, nella perdita delle possibilità di guarigione, il paziente potrà subire sia un danno emergente, consistente nella frazione, espressa in termini percentuali, di mancato risparmio delle spese chirurgiche ed ospedaliere, sia in un lucro cessante, cioè nella frazione di «utile ottenibile nel futuro da quei beni patrimoniali che la conservata integrità fisica avrebbe fatto conseguire»²⁶. Pertanto, il danno da perdita di chance, proprio perché consiste nella perdita della possibilità di realizzare un guadagno o di evitare una perdita, può concernere, come ogni ulteriore evento dannoso, sia un danno emergente, sia un lucro cessante, sia entrambi.

²⁵ V.: art. 1149, codice civile francese.

²⁶ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 94.

La distinzione tra danno emergente e lucro cessante non deve essere confusa con «l'altra, non espressamente menzionata dalla legge, tra danno presente e danno futuro»²⁷. In realtà, il significato ne è diverso, poiché tale partizione assume un proprio significato in ordine al momento del giudizio sul danno. Il danno presente è il danno già verificatosi, e quindi esistente in atto, nel momento in cui si giudica intorno ad esso e, quindi, intorno al sorgere della responsabilità. Per danno futuro «s'intende, invece, il danno non ancora verificatosi in tale momento»²⁸. Il danno emergente può essere sia presente sia futuro, «e del pari dicasi per il lucro cessante; quest'ultimo, che è sempre futuro riguardo al momento in cui è cagionato (avendo per oggetto un interesse ancora futuro), può essere presente o futuro in relazione al momento del giudizio su esso»²⁹.

Il danno da perdita di chance, come figura generale di danno, potrà consistere in un danno emergente presente o futuro e/o in un lucro cessante presente o futuro, a seconda che il giudice "ripari", in termini percentuali, la lesione di un interesse giuridico relativo a un bene presente o futuro, rispetto al tempo in cui il danno stesso è cagionato (danno emergente o lucro cessante) e rispetto al momento in cui si giudica del danno (danno presente o danno futuro). Se il giudice, nel risarcire un danno da perdita di chance di guarigione, ripara, in termini percentuali, spese chirurgiche e ospedaliere che sono già state o che non sono ancora state sostenute dalla vittima rispetto al momento del giudizio, si avrà, rispettivamente, un danno emergente presente o futuro. Così, se il giudice ripara proporzionalmente l'impedito incremento patrimoniale che si è sofferto nell'intervallo tra il fatto dannoso e il giudizio o, invece, quello che è successivo rispetto al momento della valutazione, si avrà, rispettivamente, un lucro cessante presente o futuro. Il danno da perdita di chance, quindi, al pari di qualsiasi

²⁷ A. PROCIDA MIRABELLI di LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino, 1999, 37.

²⁸ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., 95.

²⁹ *Ibidem*.

altro evento dannoso, può essere fonte di conseguenze patrimoniali che possono essere inquadrate sia nel danno emergente presente e/o futuro, sia nel lucro cessante presente e/o futuro, sia in entrambi³⁰.

A tale soluzione si perviene anche se si legge il fenomeno della causalità giuridica sulla base dell'art. 1223 c.c., norma che, presupponendo il concetto di fatto generatore della responsabilità, non lo disciplinerebbe, inerendo soltanto al problema delle "conseguenze". Pur nella consapevolezza della relatività delle nozioni di fatto e conseguenze, se è vero che il fatto si estende fino all'evento contrario al contenuto dell'obbligazione, cioè fino all'inadempimento, il danno da perdita di chance apparterebbe al novero delle "conseguenze" e, pertanto, troverebbero automatica applicazione i criteri elaborati in merito dall'art. 1223 c.c. Ciò significa che il giudice, nel riparare il danno da perdita di chance, dovrà risarcire sia le eventuali "conseguenze" che possono essere collocate nell'ambito del danno emergente presente e/o futuro, sia quelle che eventualmente ineriscano al lucro cessante presente e/o futuro³¹.

³⁰ A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1/1986, 1181.

³¹ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica, «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1/1951, 405. *Contra*, facendo coincidere la risarcibilità della perdita di chance con il lucro cessante ex art. 1223 c.c., M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2000, 662 ss.; D. BELLANTONI, *Lesione dei diritti della persona. Tutela penale-Tutela civile e risarcimento del danno*, Padova, 2000, 288; E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso di causalità e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 840 ss.; R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, *ivi*, 2000, 566; A. BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, in *Enciclopedia*, (a cura di) P. CENDON, Padova, 2001, 177 ss.; A. M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 659 ss; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, (a cura di) R. SACCO, Torino, 2/2004, 263; 605; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2004, 493; F. PARISI - M. CENIM, *Interesse positivo, interesse negativo e incentivi nella responsabilità contrattuale: un'analisi economica comparata*, in *Riv. dir. civ.*, 2008 suppl., 220.

Altri autori, al fine di negare l'esistenza del danno da perdita di chance, hanno identificato tale specifica problematica in quella del lucro cessante, più o meno futuro³².

4. Prova del danno da perdita di chance: evoluzione in giurisprudenza e dottrina

Molti studiosi hanno teorizzato la necessità della preesistenza della chance nel patrimonio del danneggiato come requisito necessario per giungere ad ipotizzarne la tutela, anche sotto il profilo della soddisfazione dell'onere della prova³³.

³² Così: G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 184 ss. Ritengono, inoltre, che la perdita di chance costituisca un lucro cessante, invero dandolo come dato acquisito, R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 2/2004, 263 e 605; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2004, 493; F. PARISI - M. CENIM, *Interesse positivo, interesse negativo e incentivi nella responsabilità contrattuale: un'analisi economica comparata*, in *Riv. dir. civ.*, 2008 suppl., 220.

³³ La differente concezione della perdita di chance, come danno emergente o come lucro cessante, influisce anche sul piano probatorio. All'idea che identifica la perdita di chance con il mancato guadagno si accompagna la maggiore difficoltà di prova della lesione: in tal caso la parte lesa avrà l'onere di provare non solo il nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo (danno emergente), ma anche che quest'ultimo ha provocato la cancellazione di un ulteriore evento che vi sarebbe stato con ragionevole probabilità (lucro cessante). Cfr., sul punto, N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2003, 875; Id., *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, 2004, 298; sulle problematiche inerenti l'onere della prova e l'utilizzo delle presunzioni, cfr.: G. ROMANO, *Spunti in tema di regime probatorio*, in *Le Corti Calabresi*, 3/2014, 101, «Or bene, l'identità del regime probatorio (quale che fosse la domanda azionata dal creditore) veniva affermata, dunque, sia in virtù di argomenti di ordine giuridico, nonché al servizio di esigenze di ordine pratico. Alla soddisfazione di queste ultime viene richiamata la applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, [il quale impone] in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui

Al riguardo si è sostenuto che il mancato guadagno ricorrerebbe nelle fattispecie in cui vengono a mancare solo alcuni degli elementi che fungono da presupposti del lucro stesso, e ciò in quanto gli altri presupposti non potrebbero ancora far parte della sfera giuridica del soggetto: «se tutti i

sfera si è prodotto l'inadempimento [o l'inesatto adempimento], e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore. Sennonché, il rigore della tecnica sottesa alla regola coltiva, al suo interno, una intima e sottile contraddizione, come si potrà notare, a seguito di analisi critica. Ma, soprattutto sollecita una verifica in ordine alla tenuta dell'impianto argomentativo, giacché mentre l'inadempimento rinviene nella totale insoddisfazione dell'interesse creditorio un sufficiente elemento di organizzazione del molteplice, l'inesattezza della prestazione si frantuma in tanti profili, non riducibili ad un denominatore comune; tant'è che il concetto di inesatto adempimento appare una mera sintesi verbale, che raggruppa ipotesi, tra loro, molto eterogenee. Innanzitutto, l'inesatta esecuzione di prestazione avente ad oggetto cose (vizi e difetti della cosa, nella vendita, nella locazione e negli altri contratti di concessione in godimento, come vizi e difetti dell'opera, nell'appalto, garanzia di conformità) deve essere provata dal creditore. Ma, anche all'interno della tipologia di prestazioni aventi ad oggetto un fare ovvero un'attività professionale, l'assunta uniformità del regime probatorio sembra lasciar posto ad un differente dosaggio tra onere di mera allegazione e onere di specifica prova, altrimenti fondato su presunzioni giudiziali. In questo ambito, una inequivoca linea di coerenza con l'indirizzo giurisprudenziale è stato offerto dalla disciplina delle cc.dd. obbligazioni sanitarie, sintetizzabile nella massima secondo la quale, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e/o il "contatto sociale" e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato – sia esso il sanitario o la struttura – la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. Sì che, il problema della distribuzione dell'onere della prova viene risolto non già, in virtù di un criterio oggettivo (fatto positivo / fatto negativo: criterio che pure presenta una decisiva carica di persuasività); bensì in ragione di una maggiore difficoltà di prova e di un coesenziale *favor* per il paziente/creditore».

presupposti necessari e sufficienti alla produzione del lucro si trovassero riuniti nella di lui sfera giuridica, questi avrebbe già realizzato il lucro»³⁴.

Nondimeno, in tale costruzione, la preesistenza di tutti gli elementi costitutivi per il verificarsi del guadagno, se da un lato fa sì che lo stesso sia già avvenuto, dall'altro lato appare l'unico modo che consente di lamentarne la mancanza per il futuro, permettendone, peraltro, una più agevole quantificazione (come avvenuto, peraltro, nella quantificazione del danno operata dalla sentenza che ha offerto gli spunti argomentativi del presente lavoro, esaminata *infra* nel primo paragrafo); ciò è confermato a livello positivo dall'art. 2697 c.c., che condiziona la possibilità di agire a tutela di un proprio diritto alla prova dei suoi elementi costitutivi.

In tale quadro normativo colui che propone l'azione di risarcimento del danno deve provare l'esistenza di una lesione – patrimoniale o non patrimoniale – (elemento costitutivo) da cui discende in maniera immediata e diretta una perdita attuale e futura³⁵, essendo stati eliminati il bene, da un lato, e la sua attitudine ad essere fonte di guadagno, dall'altro³⁶.

In tale ottica la chance appare risarcibile soltanto là dove il soggetto sia in grado di dimostrare la preesistenza di un'aspettativa «giuridica o legittima»

³⁴ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 75. Pare orientarsi in tal senso da tempo in tal senso la giurisprudenza di legittimità, cfr.: Cass., SS.UU., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Giust. civ.*, 2/2009, 98: «il creditore che voglia ottenere, oltre al rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di "chance" - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta».

³⁵ P.G. MONATERI, *Causazione e giustificazione del danno*, Torino, 2016, 101.

³⁶ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 77-78, il quale sottolinea sul punto che tale tipo di prova non sarebbe possibile per la perdita di chance intesa come mancato guadagno: la stessa in questa prospettiva risulterebbe priva degli elementi costitutivi di cui dovrebbe rappresentare l'esternazione dannosa futura.

di un'occasione favorevole sfumata a causa della condotta inadempiente o illegittima di controparte (danno emergente)³⁷.

Su tutt'altro piano si pone, poi, la problematica relativa alla prova necessaria per ottenere il risarcimento del danno per il mancato guadagno connesso al possibile sfruttamento della chance³⁸.

³⁷ In seno al nascente dibattito sulle modalità risarcitorie della perdita di chance, cfr.: A. DE CUPIS, *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 2/1983, 105, il quale precisa che «l'aspettativa giuridica è individualizzabile quando l'interesse al futuro verificarsi di un fatto futuro è tutelato giuridicamente (artt. 1356, 1358, 1359 c.c.): quando, invece, tale interesse, come verificarsi riguardo alla futura successione, non è tutelato giuridicamente, non corrisponde ad esso un'aspettativa giuridica o legittima, di cui non è indebitamente dilatabile, a proprio arbitrio, la nozione». L'A. in particolare critica la sentenza della Cassazione, 18 agosto 1981, n. 4137, ivi, 1/1981, 2213 ss., nella quale, sulla scia del riconoscimento dell'obbligo per i genitori di provvedere al mantenimento dei figli oltre la maggiore età, si concede il risarcimento del danno subito dal figlio a causa della morte del padre, quantificandola in misura maggiore al limite del raggiungimento della maggiore età ed oltre l'ulteriore limite del conseguimento dell'idoneità al lavoro produttivo, in quanto il figlio nutre un'aspettativa legittima basata sull'istituto della successione *mortis causa*. Tuttavia, come sottolinea l'A., la Corte sembra non tener conto della circostanza per cui «la futura esistenza di un patrimonio ereditario è una mera eventualità, basata sulla incerta formazione di esso, sulla discrezionale e spontanea propensione del genitore alla conservazione e al risparmio, al cui riguardo lo stesso genitore non ha obbligo alcuno, avendo al contrario [...] diritto di pienamente consumare i propri beni e i propri guadagni per le proprie esigenze. E di fronte a questo diritto del genitore, è assurdo contrapporre una legittima aspettativa ereditaria del figlio».

³⁸ Il punto è spiegato da M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 97 s. attraverso il parallelo con l'avviamento commerciale, il quale è generalmente considerato come un bene autonomo (v., per conforto argomentativo, G. G. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 15-16) e, dunque, anche in tal caso è possibile distinguere tra lucri futuri e possibilità di conseguirli. Ciò nonostante si evidenzia un particolare di non poco conto sotto il profilo probatorio: mentre l'esistenza dell'avviamento è condizionata alla aspettativa di futuri guadagni, non potendo altrimenti nemmeno essere preso in considerazione, nell'ipotesi di chance, al contrario, non è l'esistenza dell'eventuale lucro che condiziona la possibilità, bensì «è l'esistenza di un'attuale possibilità che

Su quest'ultimo versante si è proposta l'analogia a livello probatorio tra il mancato guadagno e la perdita di chance³⁹, in quanto in entrambe le fattispecie si perseguirebbe la mera possibilità di verifica del danno, non riuscendo quasi mai l'indagine «ad accertare con sicurezza che senza quel precipuo fatto dannoso si sarebbe verificato un determinato guadagno»⁴⁰.

Tuttavia, tale assimilazione non pare compatibile con la lettura, peraltro condivisa dalla dottrina che si analizza⁴¹, della perdita di chance come danno presente ed immediato nel patrimonio del contraente c.d. fedele: la perdita subita, in quanto elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria, deve essere dimostrata con certezza, tale prova, poi, costituisce a sua volta il presupposto per poter domandare il risarcimento degli eventuali guadagni sfumati e ad essa connessi. Ne consegue che, come esplicito più sopra, altro è parlare di perdita di chance, altro è disquisire di perdita delle utilità scaturenti dall'occasione perduta⁴².

costituisce il presupposto logico indispensabile in vista di un eventuale vantaggio futuro». *Ibidem*.

³⁹ Cfr.: P.S. MIGLIORI, *Ancora sulla responsabilità legale per negligenza*, in *Foro lombardo*, 1932, 593; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 60.

⁴⁰ *Ibidem*; v. pure: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., 270; secondo G. CATTANEO, *La responsabilità*, cit., 194 se si pone mente alla fattispecie di responsabilità del professionista. In quest'ultima l'A. ritiene che, ove il giudice sia in grado di pervenire alla conclusione per cui il cliente avrebbe potuto vincere la causa in appello, non sia possibile escludere *a priori* che l'avvocato responsabile possa essere condannato al risarcimento di tutti i danni derivanti dalla propria omissione, cioè il lucro cessante.

⁴¹ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 78.

⁴² La perdita di chance risulta risarcibile solo qualora non abbia la veste di danno meramente ipotetico, bensì costituisca un danno certo ed effettivo, anche secondo A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 264; Id., *Aspettativa legittima*, cit., 105; Id., *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1/1986, 1183; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 2/1997, 447 s.; P. G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 185.

La distinzione ora menzionata appare con più evidenza nelle fattispecie di responsabilità professionale derivante da errata consulenza: la possibilità di soluzione alternativa della controversia – la chance – è presente nel patrimonio del danneggiato ed è eliminata nel medesimo momento in cui il professionista presta l'errato consiglio.

Di conseguenza, non si può nemmeno condividere la tesi, peraltro largamente seguita in giurisprudenza, che lega il soddisfacimento della prova degli elementi costitutivi della chance (art. 2967 c.c.) alla dimostrazione che le possibilità di un suo accadimento siano maggiori di quelle contrarie, limitando così il risarcimento della perdita di chance all'ipotesi in cui la percentuale di verifica della stessa sia superiore al 50%⁴³.

Se la chance infatti rappresenta o, meglio, rappresentava un'occasione alternativa effettivamente esistente nel patrimonio della parte al momento della conclusione del diverso contratto non andato a buon fine, ciò sembra essere sufficiente a dimostrare che una perdita vi è stata. La percentuale di probabilità di accadimento dell'evento vantaggioso effettivamente perduto può influire sulla determinazione del *quantum* risarcitorio. Bisogna, perciò, sempre distinguere tra la dimostrazione dell'esistenza della chance e la sua quantificazione pecuniaria⁴⁴.

⁴³ Cfr.: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 101; v. anche per la dottrina statunitense C.T. MCCORMICK, *Handbook on the law on damages*, St. Paul Minn., 1935, 118 ss.

⁴⁴ Così anche F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 4/1965, 51, che pone l'esempio di un vettore che, effettuando un trasporto non autorizzato, avrebbe fatto perdere una *chance de clientèle* ad un'altra società di trasporto (*Société Nazionale des Chemins de Fer -s.n.e.f.-*). In tal caso non si può affermare con certezza che le merci irregolarmente trasportate sarebbero, in caso contrario, state affidate alla *S.n.e.f.*, non effettuando quest'ultima il servizio in regime di monopolio. D'altra parte, è certo che «la *S.n.e.f.* aveva una *chance de profit*; e la perdita di questa "chance" dà luogo, *di per sé*, ad un danno». Insistono sulla distinzione tra il profilo della rilevanza giuridica del pregiudizio e quello della sua quantificazione: A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì che no:*

L'equivoco che porta a considerare la perdita di chance come un danno ipotetico è generato dalla circostanza che la sua valutazione risulta il più delle volte effettuata attraverso il riferimento alle possibilità del suo avveramento, creando in tal modo confusione tra il valore della perdita in sé e quello del guadagno che sarebbe potuto derivare dal suo utilizzo. Tale metodo di valutazione rappresenta, implicitamente, la dimostrazione dell'inesistenza di un valore pecuniario della chance *stricto sensu* considerata. Dunque, la sola possibilità di determinare il valore pecuniario della chance è tramite il riferimento al guadagno correlato al suo impiego: il valore della proposta contrattuale scartata, ad esempio, è misurabile, anzitutto, sui guadagni che sarebbero derivati dalla stipula del contratto⁴⁵. Il valore della chance potrebbe, d'altra parte, derivare dal riferimento, non già alla prestazione alternativa in sé considerata, bensì a tutto ciò che attorno ad essa e per essa si muove: l'inadempimento di controparte comporta la perdita non solo delle spese sostenute per il contratto inadempito, ma anche di quelle eventualmente effettuate per finanziare un progetto contrattuale alternativo scartato. In questo senso, l'occasione messa da parte e successivamente perduta è traducibile in termini pecuniari nel costo delle ore lavorative impiegate dal contraente o dai suoi dipendenti per prestarvi attenzione.

Tali argomenti contribuiscono, dunque, a definire i contorni di una lesione che, alla luce di quanto esposto, risulta «emergente» nel patrimonio del danneggiato e solo in tale ottica risarcibile.

Pertanto, la reale distinzione tra perdita di chance e lucro cessante è data dalla sua irrilevanza normativa laddove se ne postuli l'equivalenza; quest'ultima è possibile, infatti, soltanto a livello fenomenico, poiché se si

perdita di una «chance» come danno risarcibile, in *Foro it.*, 1/1986, 384 ss., O. MAZZOTTA, *Problemi giuridici del lavoro bancario*, Padova, 1987.

⁴⁵ V., al riguardo, G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 109, il quale nutre forti perplessità in merito all'idea di apprestare tutela risarcitoria alla chance perduta, stante l'inesistenza di un suo valore di mercato.

volesse considerare la perdita di chance come un mancato guadagno, la stessa finirebbe col rispecchiare quell'aspetto del verbo «mancare» dai contorni indefiniti⁴⁶, e come tale non risarcibile⁴⁷.

⁴⁶ In questo senso si condivide la critica all'identificazione della perdita di chance con il lucro cessante che fa M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance"*, cit., 77-78: «colui che asserisce di aver subito la perdita di un guadagno può, invero, essere in grado di dimostrare i fatti costitutivi così da richiedere, fondatamente, il risarcimento dei danni sofferti; nell'ipotesi di perdita di una chance, invece, si rimane sempre nel campo dell'ignoto, perché in tal caso il danno è per definizione indimostrabile, anche sotto il profilo dei presupposti di natura costitutiva. Da questo punto di vista si può, in un certo senso, dire che la chance rappresenta quel lucro i cui elementi costitutivi rimangono nell'eventuale».

⁴⁷ Esistono riferimenti giurisprudenziali che hanno sostenuto il risarcimento della chance specificandone la natura futura del danno, cfr.: Cass., 15 ottobre 1998, n. 9598, in *Studium juris*, 1999, 81: «la cosiddetta *perdita di chance* costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro. Come tale, essa è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità del verificarsi, in futuro, del danno». Sulla stessa scia sono le pronunce della giurisprudenza francese in materia di risarcimento per perdita di *chance de survie o de guérison*, puntualmente criticate da A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1985, 320-321. La dottrina in discorso non condivide l'orientamento insito in alcune decisioni afferenti la responsabilità del medico in cui le pretese chance perdute non sembravano avere valore autonomo (ad es.: Cass. francese, 1 giugno 1976, in *J.C.P.*, 2/1976, 18483): «non si sapeva se effettivamente vi era una possibilità di guarire, in quanto s'ignorava la ragione del pregiudizio finale. [...] L'uso della nozione di *perte d'une chance*, in simili casi, non sfugge a gravi incongruenze logico-giuridiche: confusione tra la perdita di vere chances, proiettate nel futuro, e l'evento – morte o invalidità – che si è mai verificato; disconoscimento della differenza che esiste tra le possibilità statistiche di evoluzione positiva di una malattia e le chances individuali del paziente; infine mancata distinzione tra il momento dell'accertamento dei fatti in cui può intervenire il criterio della probabilità, e il momento dell'applicazione del diritto». Di conseguenza si insiste sulla necessità che la perdita della possibilità di conseguire un utile non sia eventuale: «ciò avviene quando la chance è alla seconda potenza nel senso che il fatto ipotizzato postula il verificarsi di una doppia serie di eventualità. Per esempio nel caso di uccisione di un figlio minore, il risarcimento del danno rappresentato dalla perdita del diritto agli alimenti non sarebbe dovuto se i genitori, al momento del fatto illecito, non si

L'unica ipotesi, dunque, di compatibilità del dato normativo con la perdita di chance sembrerebbe sussistere nel caso in cui questa rappresenti un danno emergente per il soggetto, circoscrivendo così l'ambito dei possibili lucri cui essa può dare origine⁴⁸. Mutuando i termini di alcuni studi in materia, soltanto la considerazione della perdita di chance come danno emergente consente il suo trapasso dalla realtà fenomenica a quella giuridica, potendo in tal modo essere considerata un danno in senso giuridico⁴⁹.

La giurisprudenza italiana, influenzata (forse) anche da decisioni dei giudici francesi, ha inizialmente riconosciuto la tutela della chance nei limiti in cui

trovano in una situazione di bisogno». Per una più completa ricostruzione della giurisprudenza transalpina v.: M. FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di «chances» nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2004, 158 ss.

⁴⁸ Cfr.: A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., 315 e M. FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di «chances»*, cit., 152; Id., *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2005, 45 ritengono, in adesione all'atteggiamento seguito dalla dottrina francese, inutile il dibattito tutto italiano sulla classificazione dogmatica della chance, in quanto tale pregiudizio non può risolversi interamente né in un danno emergente, né in un lucro cessante, rappresentando, invero, un evento dannoso che, a seconda delle ipotesi, si compone di una perdita subita e di un mancato guadagno ovvero di entrambe queste voci. Ne consegue che la risarcibilità della perdita di chance non è affatto condizionata dalla sua riconducibilità al danno emergente o al lucro cessante.

⁴⁹ V., al riguardo, A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 7 ss., il quale ricorda che il concetto di danno è duplice, in quanto appartiene sia all'ordine fisico, sia all'ordine giuridico. L'appartenenza al primo ordine si desume agevolmente dal significato del termine «danno»: nocimento, pregiudizio; la vita quotidiana è caratterizzata da una serie infinita di nocimenti o alterazioni ai quali si può dare il nome di danni fisici. Diversamente la seconda sfera di pertinenza è determinata attraverso lo studio del giurista, il quale deve individuare, a livello naturale, l'ambito comprensivo di quelle alterazioni che la legge prende in considerazione apprestandogli tutela (danni giuridici): deve determinare l'area del giuridicamente rilevante.

la sua perdita costituisca un danno emergente per il soggetto (art. 1223 c.c.), e tale impostazione sembra trapelare sin dalle prime pronunce sul tema⁵⁰.

⁵⁰ Il riferimento è alla giurisprudenza francese, la quale pur dopo alcuni tentennamenti, ha riconosciuto «la preesistenza della *chance de survie* al comportamento dannoso. Se il chirurgo omette di accertare, prima dell'intervento, che l'operando è digiuno e due ore dopo il paziente muore, la responsabilità del convenuto afferma la Cassazione, si ricollega al fatto che il malato è stato privato di una possibilità di sopravvivenza. Viene fatto lo stesso ragionamento se il medico ritarda la messa in opera di terapie adeguate, in presenza di sintomi di complicazioni postoperatorie, cfr.: Cass. francese 2 maggio 1978, Mandryka, in *J.C.P.*, 2/1978, 18966». A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., 320. Cfr., sul punto, C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 302 ss; nella già citata: Cass., 19 novembre 1983, n. 6906, in *Giust. civ.*, 1/1984, 1842 ss, con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, si concede il risarcimento del danno da perdita di chance conseguente alla illegittima estromissione di alcuni candidati dalle ulteriori prove previste per il superamento di un pubblico concorso. Nella fattispecie in questione i candidati, che avevano superato l'esame sanitario, lamentavano il danno derivante dall'esclusione dalla partecipazione alle ulteriori prove consistenti nell'esame di guida, di dettato e di aritmetica. Il concetto di chance fatto proprio dalla Corte di Cassazione risulta abbastanza chiaro nel passaggio seguente: «ai lavoratori è stata sottratta una situazione [...] di cui avevano diritto di usufruire; il risarcimento si riferisce non alla perdita di un risultato favorevole, bensì alla perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, possibilità esistente nei loro patrimoni al momento in cui hanno subito il comportamento illecito dell'azienda e la lesione del diritto»; cfr. anche: A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., 323-324, che mette in risalto come in tale sentenza si proceda al risarcimento della perdita di una possibilità esistente nel patrimonio dei lavoratori, ai quali era stata sottratta una situazione – ammissione a sostenere le ulteriori prove – di cui avevano diritto di usufruire. In particolare nella fattispecie in discorso ci si trovava dinanzi non già ad un rifiuto dell'azienda di assumere i lavoratori, bensì al diniego di far espletare loro «le ulteriori prove al cui superamento era condizionato della procedura di assunzione. L'elemento d'incertezza, insito nella prova, poteva far dubitare del diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, la Cassazione accoglie l'idea che la perdita di una chance è un danno autonomo (e, pertanto, risarcibile) e afferma che il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo a entità pecuniarie, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile».

La necessaria preesistenza della chance nel patrimonio del danneggiato e la conseguente identificazione della stessa quale perdita subita ex art. 1223 c.c. è esplicitamente affermata più tardi dalla giurisprudenza, quando viene riconosciuto in capo ad un candidato, illegittimamente estromesso dalla prova orale di un concorso, il risarcimento della «perdita della possibilità di conseguire il superamento della selezione», qualificandola come «danno emergente»⁵¹. Una volta provati i presupposti della chance, ossia l'esistenza di un'occasione oramai perduta, la probabilità di conseguirla, e quindi di trarne un utile, inciderà sulla quantificazione del danno risarcibile e non già sulla statuizione circa l'esistenza o meno di tale aspettativa/possibilità.

Al riguardo, però, la giurisprudenza successivamente muta indirizzo, ancorando il giudizio sulla rilevanza giuridica del danno subito alla prova che la percentuale di verifica del risultato sperato sia superiore al 50%⁵².

⁵¹ Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1/1986, 384 s., con nota di A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì che no*, cit.; in *Giur. it.*, 1/1986, 1182 ss. con nota di A. DE CUPIS, *Il risarcimento*, cit.; in *Riv. dir. comm.*, 2/1986, 207 ss. con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*. Secondo quanto esposto nella decisione, la chance è sempre risarcibile, una volta provata la sua preesistenza nel patrimonio del soggetto: «va considerato, ai fini della sussistenza e della determinazione del danno risarcibile [...] che il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo ad entità pecuniaria, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile. In concreto, costituisce un'entità patrimoniale anche una situazione cui è collegato un reddito probabile: il valore economico è offerto dall'entità di questo reddito e dal grado di probabilità che il reddito sia effettivamente prodotto; il fatto che la situazione sia idonea [...] a produrre solo probabilmente e non con assoluta certezza il reddito ad essa rannodato, influisce non sull'esistenza, ma sulla valutazione di un danno risarcibile».

⁵² Cfr., *ex multis*: Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 580; Cass., 22 ottobre 2013, n. 23915, in *Giust. civ. mass.*, 2/2013, 641; Cass., 30 aprile 2010, n. 10607, *ivi*, 4/2010, 646; Cass., 10 ottobre 2008, n. 25028, *ivi*, 10/2008, 1474; Cass., 27 gennaio 1997, n. 814, in *Foro it., Mass.*, 1997; più di recente, Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Resp. civ. e prev.*, 12/2011, 2505.

4. Alcune considerazioni.

Dinanzi all'impossibilità di dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico certo tra inadempimento e perdita del risultato, l'interprete (il giudice), in una logica teleologicamente ed assiologicamente orientata ai valori costituzionali del nostro ordinamento, fugge l'insoddisfacente alternativa del negare o concedere per intero il risarcimento grazie allo strumento della chance. Tale considerazione è confermata proprio dalla sentenza del Tribunale di Parma che ha dato lo spunto per questo contributo, che ha statuito la responsabilità (contrattuale) del ritardo di ricezione della raccomandata al gestore del servizio postale (in assenza di prova di impossibilità sopravvenuta della prestazione) ritenendo, nel caso, ascrivibile proprio alle Poste il nesso causale fra inadempimento e mancata possibilità di partecipare al concorso.

Dal quadro sin qui delineato è evidente lo sforzo, soprattutto giurisprudenziale, di risolvere il problema dell'accertamento del nesso di causalità in un vaglio di conoscenze e valutazioni scientifiche (*ex ante*) della idoneità della condotta umana ad avviare o contrastare il processo causale, ovvero di conoscenza delle leggi scientifiche, universali ma soprattutto probabilistiche, sotto la cui copertura va dimostrata la sussistenza del rapporto causale⁵³.

Resta, quando si affronta il tema della chance, la estrema difficoltà di accostare il concetto di certezza a quello di causa, pertanto, qualsivoglia "scelta" di un modello per accertare il nesso causale, sia essa effettuata a fini civilistici oppure in seno alla responsabilità penale, muove oggi dall'approdo, ormai pacifico, secondo cui l'incertezza, così come le ipotesi di errori nelle decisioni⁵⁴, sono connaturate alla causalità, non solo giuridica⁵⁵.

⁵³ Sul tema, v. F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 17 ss.

⁵⁴ Cfr.: A. PORAT, A. STEIN, *Tort liability under uncertainty*, cit., 23 e ss.

⁵⁵ Cfr.: M. PUCCELLA, *La causalità incerta*, cit., 1-22.

Con riguardo al profilo processuale, come visto, il (probabile) legame eziologico deve essere provato “oltre ogni ragionevole dubbio” in ambito penale, mentre nel settore civile vale la diversa regola probatoria che ritiene sufficiente la prevalenza delle probabilità favorevoli rispetto a quelle contrarie; in ogni caso, i dati numerici e scientifici dovranno ricevere conferma attraverso il vaglio della probabilità logica. In quest’ottica, la definizione delle modalità di accertamento del nesso causale non viene fondata sulla possibilità delle scienze naturali di pervenire alla conoscenza delle cause di un evento, ma piuttosto sulla necessità che ha il diritto di giungere ad una certezza processuale in ordine alla conoscenza degli elementi della fattispecie.

Lo stesso discorso vale, naturalmente, per il settore della responsabilità civile ove occorre constatare come, al di là delle affermazioni di principio, che sanciscono come essenziale la sussistenza di un nesso causale tra condotta ed evento, il quadro di riferimento si presenti molto più complesso, soprattutto in ragione delle considerazioni di *policy* che potrebbero portare a giustificare l’efficienza dei criteri impiegati in giudizio sulla base di un piano di indagine diverso e distinto rispetto a quello squisitamente giuridico⁵⁶. Difatti, le decisioni degli organi giudicanti sembrano spesso il frutto di scelte di *policy* non sempre esplicitate, quando si ritenga, in base alle circostanze del caso, di far ricadere il danno su una delle parti⁵⁷.

⁵⁶ L’influenza degli obiettivi di *policy* si riscontra soprattutto nel campo della responsabilità sanitaria, qui le incertezze sono evidenti poiché tale fattispecie è spesso caratterizzata dalla presenza di più fattori idonei alla causazione del danno, tra cui gli stati preesistenti del paziente, che accrescono le difficoltà di stabilire con ragionevole certezza che il pregiudizio causato sia effettivamente riconducibile al comportamento del sanitario. Tali difficoltà interpretative sono mutate con l’avvento della legge n. 24, 8 marzo 2017 con l’introduzione di misure di mitigazione del rischio sanitario attraverso una funzione trasparente di *risk management* che si riflettono in giurisprudenza nell’evoluzione in ordine all’onere della prova.

⁵⁷ Cfr.: M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 15.

Al riguardo, secondo i realisti americani, le teorie di consueto richiamate nell'accertamento del nesso causale non rappresentano delle regole monolitiche, con la conseguenza che non offrono al giudice un criterio operativo stabile da poter impiegare nella decisione. Tale impostazione risolve quindi il problema del nesso causale attraverso considerazioni di opportunità e in sostanza di *policy*⁵⁸.

Il sistema della responsabilità civile è caratterizzato da un concetto di causalità mobile ed incerto; difatti, nel campo dell'illecito civile trovano spazio soluzioni meno rigorose rispetto a quelle affermate in ambito penale, con criteri volutamente più elastici, al fine di consentire una tutela residuale, di tipo risarcitorio, alla vittima dell'illecito a fronte delle insoddisfacenti soluzioni cui il rigore dell'accertamento penalistico potrebbe condurre.

Gli stessi parametri di accertamento del nesso causale, anche se formalmente sempre improntati a esigenze di certezza, risentono di continui aggiustamenti, rimessi spesso agli interpreti⁵⁹.

Da un esame approfondito delle decisioni giurisprudenziali del nuovo millennio emerge un dato di valutazione di prevedibilità, sebbene con sfumature diverse, senza che però siano individuati con chiarezza i criteri sulla cui base compiere tale giudizio.

Ciò vuol dire che nelle applicazioni della giurisprudenza l'accertamento del nesso causale risulta condizionato dalle circostanze del caso concreto, cosicché pare non potersi ricostruire una disciplina astratta e generale, considerata la grande varietà degli strumenti utilizzati dagli organi giudicanti per l'accertamento dei fatti. Ciò pare emergere dall'esame di

⁵⁸ Sul realismo giuridico e sulla lettura delle decisioni in tema di causalità proposta da tale movimento, cfr.: G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 131.

⁵⁹ Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 30, dove si afferma che «il sistema della responsabilità civile diventa, così, un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene [...] lo studio dei criteri di traslazione del danno [...]».

alcune fattispecie giurisprudenziali caratterizzate da particolare incertezza circa la sussistenza della relazione causale, dove l'esistenza di un nesso eziologico sembra giustificarsi in virtù dell'appartenenza della fattispecie ad una classe di fattispecie, con la contestuale valorizzazione della tipicità dello svolgimento dei fatti secondo regole di esperienza⁶⁰, per cui il nesso causale è ritenuto consistente proprio nei casi in cui esso risulti giustificato dalla costante regolarità nel concatenarsi degli eventi.

Il tentativo giurisprudenziale di individuare una teoria causale univoca e certa si scontra dapprima con la complessità dei concetti di causa e causazione in ambito extragiuridico, dall'altro con la ricerca di un significato di causa in senso giuridico, che resta soggetta ad ineluttabili evoluzioni.

In tale panorama variegato è utile ricordare che il legislatore, talvolta, al fine di arginare le incertezze e le difficoltà probatorie, ha introdotto delle "presunzioni di causalità".

Anche nel diritto tedesco, ad esempio, il legislatore è ricorso alle presunzioni legali di causalità, estendendole altresì ad altri settori, quali la responsabilità per danno ambientale e per manipolazione genetica⁶¹.

Obiettivo dell'interprete è valutare se il modello decisionale accolto dalla nostra prevalente giurisprudenza con il principio del "più probabile che non" sia adeguato a gestire le situazioni di maggiore incertezza, o se possa essere migliorato. Tale regola, che implica inevitabilmente oscillazioni del

⁶⁰ S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro it.*, Bologna-Roma, 1987, 172.

⁶¹ Sul danno ambientale, così dispone la legge tedesca, *Umwelthaftungsgesetz*, par. 6: «se un impianto appare idoneo, in base alle circostanze del caso, a causare il danno provocato, si presume che il danno sia stato causato da quell'impianto». *Gentechnikgesetz*, par. 34: «se il danno viene provocato da organismi manipolati geneticamente si presume che esso sia stato provocato dalle caratteristiche degli organismi legate al lavoro di manipolazione genetica».

giudizio da un estremo all'altro nella logica dell'*all or nothing*, è stata, infatti, sottoposta a serrate critiche⁶².

Pertanto, quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva, tramite un calcolo probabilistico, dell'esistenza della perdita di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale chance è risarcibile come danno indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato il raggiungimento del vantaggio stesso, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. La idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente tale vantaggio è, viceversa, rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da calcolare in via equitativa, all'esito di una valutazione in concreto della prossimità ed idoneità della chance persa rispetto alla consecuzione del risultato.

⁶² Ciò in quanto il meccanismo dell'*all or nothing*, che conduce al risarcimento dell'intero danno laddove si ritenga accertato il nesso causale ovvero porta a negarlo *in toto* in caso di ritenuta insussistenza dello stesso, comporta inevitabilmente un sotto o un sovra risarcimento del danno nelle ipotesi in cui l'incertezza del nesso di causalità sia rilevante: cfr., M. FEOLA, in nota, Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, rileva che «imputare per intero il danno all'agente, nel caso in cui le probabilità statistiche indicano una percentuale del 51% significherebbe addossargli, in ossequio a una mendace idea di certezza (del rapporto causale) e del diritto un danno che per il 49% non è stato da lui causato. Viceversa, escludere qualsiasi risarcimento allorché le probabilità stimate sono circa del 49% vorrebbe dire far gravare interamente il danno sulla vittima. Si avrebbe nel primo caso un fenomeno di *overcompensation* e nel secondo un caso di *undercompensation*; entrambi i casi sarebbero insoddisfacenti rispetto alla funzione compensativa della responsabilità civile».