

di Massimo Franzoni

Il saggio esamina le diverse teorie che si sono formate nel corso del tempo sul risarcimento per perdita della *chance*. Prendendo atto che l'oggetto della *chance* è una utilità tipica del nostro tempo, ci si sofferma in modo particolare sulla perdita di *chance* di un diritto non patrimoniale, sul dibattito e sulla funzione.

The essay examines the different theories that have arisen over time on compensation for loss of chance. The author acknowledges that the object of chance is a typical utility of our time and focuses in particular on the loss of chance of a non-patrimonial right, on the debate and on the function.

Sommario 1. Il danno da perdita di *chance*. — 2. Le pronunce recenti sulla questione. — 3. Il danno patrimoniale da perdita di *chance*. — 4. La *chance* come lucro cessante o come danno emergente? — 5. Il danno non patrimoniale da perdita di *chance*. — 6. La liquidazione del danno da perdita di *chance* patrimoniale. — 7. (Segue). La liquidazione del danno da perdita di *chance* non patrimoniale.

1. IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE

L'esperienza giurisprudenziale degli ultimi anni, probabilmente influenzata dall'orientamento delle Corti francesi che hanno stigmatizzato la *perte d'une chance* ⁽¹⁾, ha decisamente collocato tale figura di pregiudizio in una posizione di riguardo tra i danni risarcibili. La figura in questione non è estranea neppure nell'area di *common law* dove una serie di *torts* possono essere etichettati in maniera corrispondente a quelli che, nella nostra cultura, ricondurremmo alla perdita di *chance* ⁽²⁾.

Per di più è indicativo che alla perdita di *chance* Pietro Trimarchi, in un suo recente contributo sulla responsabilità civile, abbia dedicato più di 20 pagine e in diverse parti della

(*) Contributo approvato dai Referee.

(1) Cfr. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giur. it.*, 2004, II, 295 ss., nel quale vi sono ampi ed esaurienti richiami alla casistica giudiziaria francese; e al contributo di BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 55 ss.; MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 49 ss. La vicenda è stata rivisitata da LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata - Un itinerario incrementale*, in *Quaderni Rass. dir. civ.*, Napoli, 2006, 7 ss.; da SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in questa *Rivista*, 2003, 296 ss.; e da BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 945 ss.

(2) Senza pretese di completezza, il caso *Chaplin v. Hicks* (1911) 2 KB 786, è studiato da TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020, 231 ss., che esamina anche il sistema australiano, *ivi*, 257 ss.; FEOLA, in PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-FEOLA, *La responsabilità civile contratto e torto*, Torino, 2014, 298 ss.; PUCCELLA, *La causalità « incerta »*, Torino, 2007, 194 ss.; è preziosa l'approfondita disamina di E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 503 ss., il quale osserva che nel giudizio di appello [All E. R. Rep. 229] il giudice Fletcher-Moulton richiamò l'attenzione sul fatto che « i giurati

pdfjs.express sua trattazione ⁽³⁾. La valutazione dell'a. muove dall'idea che molti prodotti finanziari rappresentano null'altro che aspettative di profitto che consentono di essere valutate patrimonialmente. Aggiunge, poi, che lo stesso criterio può esser impiegato in altri ambiti e al di fuori del settore dei crediti incorporati in un titolo, poiché «il criterio del risarcimento della *chance* corrisponde a una corretta stima del valore di mercato» ⁽⁴⁾. Si tratta di una forte legittimazione razionale a ciò che comunemente viene indicato come danno da perdita di *chance*.

I giudici affermano che la *chance*, intesa come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, «o di evitare un effetto non voluto» ⁽⁵⁾, «non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione [quale] perdita della possibilità di conseguire un qualsivoglia risultato utile» ⁽⁶⁾. Questa perdita, dunque, si delinea quale danno 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 elemento causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno» ⁽⁷⁾. «Siffatto danno, non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto e attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo» ⁽⁸⁾. In questo modo sono state superate le obiezioni di molti interpreti che, in passato, avevano qualificato la *chance* quale lesione di un interesse di mero fatto, come tale irrisarcibile ⁽⁹⁾. Ed è superato anche il suggestivo assunto secondo il quale la *chance* «è la misura della nostra ignoranza» ⁽¹⁰⁾.

devono essere guidata dal loro buon senso, e non posso dire che abbiano valutato i risarcimenti su una scala stravagante».

⁽³⁾ Cfr. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, spec. 571 ss.; in precedenza si era diffusamente occupato della *chance* in ID., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 145, dedicandovi un ragguardevole spazio.

⁽⁴⁾ TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 574.

⁽⁵⁾ PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 81.

⁽⁶⁾ Cass. civ., 18 marzo 2003, n. 3999, in *Giur. it.*, 2003, 1783, con nota di SUPPA, *Danno da perdita di chance e onere probatorio*, è per un difetto di prova che, nella controversia decisa, il richiedente non ha ottenuto alcun risarcimento; ripresa anche da Trib. Roma, 13 gennaio 2020, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2020. Ricordo che all'aspettativa di fatto in passato si era fatto ricorso per negare il risarcimento alla *chance*: BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50 ss.

⁽⁷⁾ Cass. civ., 27 luglio 2001, n. 10291, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno resp.*, 1999, 534, con nota di VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*. In queste sentenze è accolta l'idea che si tratti di un danno futuro, ma su questo punto dissenterò fra breve.

⁽⁸⁾ Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, I, 1403; in *Corr. giur.*, 2004, 1010, con nota di VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*; in questa *Rivista*, 2004, 1040, con nota di CITARELLA, *Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione*; in *Contratti*, 2004, 1091, con nota di LISI, *Diagnosi errata e chances perdute*, in motivazione.

⁽⁹⁾ Riassume esaurientemente il dibattito circa la legittimità giuridica della *chance* nel risarcimento del danno, PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 91 ss. La questione è stata rivista con intento sistematico da Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, I, 197; in questa *Rivista*, 2020, 1903 (s.m.), con nota di BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come «forma dell'acqua» nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*.

⁽¹⁰⁾ KEYNES, *A Treatise on Probability*, London, 1921 [di recente ristampato Mineola, New York, 2013], 315, il passo è spesso citato dalla letteratura in argomento, ma molte cose sono cambiate in questo settore dal primo ventennio del '900.

pdfjs.express

Pertanto questa specie di danno non indica soltanto una particolare qualità della perdita, descritta in una certa maniera, ma precisa il modo in cui deve operare la causalità giuridica (art. 1223 c.c.) per stimare il danno risarcibile, in quel particolare settore di illeciti. Nel settore dei danni patrimoniali, la *chance*, dunque, si pone quale «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita della possibilità di conseguire un qualsivoglia risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura una lesione all'integrità del patrimonio la cui risarcibilità è, quindi, conseguenza immediata e diretta del verificarsi d'un danno concreto e attuale» ⁽¹¹⁾. Con la conseguenza che il pregiudizio non consiste «in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale, e non di un futuro risultato» ⁽¹²⁾; e certamente non è un danno futuro ⁽¹³⁾.

Con il tempo, e con qualche pronuncia della Cassazione, è stata superata l'idea che la *chance* sia predicabile soltanto nella responsabilità contrattuale, poiché diretta a risarcire un danno meramente economico ⁽¹⁴⁾, come tale privo del requisito della ingiustizia richiesto per aversi un fatto illecito ⁽¹⁵⁾. Una volta ammesso che l'ingiustizia del danno tutela un interesse meritevole secondo l'ordinamento giuridico, si deve coerentemente dare atto che questo può costituire oggetto di un diritto soggettivo, così come di un'aspettativa, oltre che di una situazione di fatto ⁽¹⁶⁾. Non occorre riesumare l'ambigua figura del «danno da lesione dell'integrità del patrimonio» ⁽¹⁷⁾, la libertà contrattuale crea aspettative che, se deluse, possono costituire un danno ingiusto ⁽¹⁸⁾, allo stesso modo, almeno in astratto, ciò può accadere pure per la speranza di vita o per la speranza di una salute migliore.

La vera novità sulla quale merita di continuare a riflettere è l'impiego della perdita di

pdfjs.express

⁽¹¹⁾ Cass. civ., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno resp.*, 2002, 393, con nota di BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle «regole» - Ma quanto vale un'occasione?*, che cita ulteriori precedenti: Cass. civ., 10 novembre 1998, n. 11340, in *Mass. Foro it.*, 1998; Cass. civ., 15 marzo 1996, n. 2167, *ivi*, 1996; Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, 383, con nota di PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di una «chance» come danno risarcibile*; in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 207, con nota di ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*; e in *Giur. it.*, 1986, I, 1181, con nota di DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*; così anche BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, 417; molto critico è CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 133; e MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 54 ss. e 58. Non si è spinta a tanto Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

⁽¹²⁾ Cass. civ., 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155, con nota di FAELLA, nella motivazione l'estensore dissente dal precedente della Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598, cit., che aveva attribuito alla *chance* la natura di danno futuro, giungendo per questa via ad assimilarlo al lucro cessante; Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12243, in *Mass. Foro it.*, 2007.

⁽¹³⁾ Così TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 573, critica che si tratti di un danno emergente; afferma che la figura identifica una perdita che, secondo i casi, può essere danno emergente o lucro cessante, spec. 575, dove per la verità afferma che la distinzione fra danno emergente e lucro cessante sia inutile.

⁽¹⁴⁾ Per tutti CASTRONOVO, *Del non risarcibile Aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 315; MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 49 ss., spec. 59.

⁽¹⁵⁾ Da ultimo C. SCOGNAMIGLIO, *Riflessioni in tema di danno da c.d. perdita di chance*, in questa *Rivista*, 2020, 1742 ss.

⁽¹⁶⁾ Questa tesi è stata lucidamente esposta da GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto impr.*, 1985, 1 ss., spec. § 3.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass. civ., 4 maggio 1982, n. 2765, pubblicata in diverse riviste tra cui in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745, annotata da DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*; *ibidem*, 3104, con nota di DE CUPIS, *Il diritto di libertà negoziale*.

⁽¹⁸⁾ Cfr. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, II ed., Bologna, 2020, sub art. 2043, 212 ss.

pdfjs.express

pdfjs.express

chance in un settore diverso da quello che l'ha vista nascere, ossia nel settore dei danni non patrimoniali. Nella lesione dei diritti della personalità da tempo è invalsa la prassi di riconoscere una perdita anche soltanto sotto l'aspetto della perdita della possibilità di conseguire un risultato favorevole. In altri termini, in un paio di precedenti costantemente citati in tutti gli studi sulla *chance* ⁽¹⁹⁾, è stato implicitamente affermato che la salute, così come la vita, possono essere tutelate sia nella forma del diritto soggettivo, sia nella forma dell'aspettativa giuridicamente tutelabile. Infatti «il diritto leso è pur sempre quello alla salute, sia pur nelle sue rispettive, differenti dimensioni, la risarcibilità della perdita di *chance* non si pone in alcun modo come conseguenza di una insufficiente relazione causale con il danno [...], ma come incertezza eventistica conseguente al previo accertamento di quel nesso con la condotta omissiva» ⁽²⁰⁾. Proprio per questo si può distinguere tra *chance* patrimoniale e, in tale ambito, tra *chance* «pretensiva» e *chance* «non pretensiva», e *chance* a carattere non patrimoniale ⁽²¹⁾. Ma su questo avremo modo di ritornare in seguito.

In conclusione, in entrambi i settori del diritto privato riceve tutela tanto la perdita di un risultato, così come, a certe condizioni, la possibilità di perderlo. Senonché nell'ambito della responsabilità sanitaria il danno da perdita di *chance* ha finito per occupare uno spazio inappropriato, allargando talvolta le maglie della causalità di fatto, talaltra eliminando una specificità propria all'evento dannoso, comprensivo del danno ingiusto, punto di svolta prima di passare alla stima e alla liquidazione del danno non patrimoniale ⁽²²⁾.

2. LE PRONUNCE RECENTI SULLA QUESTIONE

Che la perdita di *chance* ponga un problema di causalità, come ogni illecito aquiliano, non ci sono dubbi; così come non ci sono dubbi che la perdita di *chance* non si risolva esclusivamente sul piano della causalità ⁽²³⁾. A questa conclusione possiamo con certezza approdare dopo la lettura di Cass. civ. n. 28993/2019, nel cui decalogo, per la sussistenza di un danno da perdita di *chance*, figurano:

- «a) una condotta colpevole dell'agente;
- b) un evento di danno (la lesione di un diritto);

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, *cit.*; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in questa *Rivista*, 2008, 323, con nota di LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del « più probabile che non »?*; in *Corr. giur.*, 2008, 35, con nota di BONA, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a due « dimensioni di analisi »*; e in *Danno resp.*, 2008, 43, con nota di PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Corr. giur.*, 2018, 904 ss., con commento di TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione in prospettiva di comparazione*. La tesi è accolta anche dalla Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*

⁽²²⁾ Sono le questioni sulle quali si sono cimentati, oltre agli aa. già citati, e senza pretese di completezza, FRENDI, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1325 ss.; LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta*, in *Foro it. - Gli speciali*, 2020, n. 1, 98 ss.; ID., *Il danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2019, 349 ss.; ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, in *Giur. it.*, 2020, 489 ss.; CALVO, *Perdita di chance terapeutiche: un precedente-decalogo*, in *Corr. giur.*, 2020, 301 ss.; BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come « forma dell'acqua » nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*, *cit.*; FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 293.

⁽²³⁾ Così anche CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contratto impr.*, 2021, 23 ss.

pdfjs.express

- c) un nesso di causalità tra la condotta e l'evento;
- d) una o più conseguenze dannose risarcibili, patrimoniali e non;
- e) un nesso di causalità tra l'evento e le conseguenze dannose» ⁽²⁴⁾.

Riterrei che questo principio di diritto proceda nella direzione di chi non risolve il tema della *chance* nell'allargamento delle maglie della causalità di fatto. Mi pare che la logica del principio di diritto espresso sia di individuare con precisione un punto di inizio (la condotta colpevole dell'autore) e un punto finale (l'evento di danno, momento terminale dell'azione da qualificarsi anche come danno ingiusto). L'evento dannoso, a sua volta, diventa il punto di inizio per valutare le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento o del fatto illecito (artt. 1223 e 2056 c.c.), ossia per stimare e liquidare il danno patrimoniale o il danno non patrimoniale. Questa soluzione, molto più vicina alla c.d. tesi ontologica della *chance* ⁽²⁵⁾, presenta il vantaggio di non mutare il *modus operandi* della causalità di fatto, poiché individua l'evento di danno non già nella perdita di un'utilità, bensì nella ragionevole probabilità di perderla e il danno ingiusto nell'aspettativa di lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Ho ben presente la critica di chi afferma che «la *chance* non è un evento, bensì un giudizio» ⁽²⁶⁾, dunque che non può essere il punto finale di un processo causalistico che ha ad oggetto «un rapporto fra eventi del mondo fenomenico» ⁽²⁷⁾. Vi è da osservare, tuttavia, a tutto voler concedere, che ci siamo ormai abituati all'idea di un mondo fenomenico affiancato ad un mondo immateriale, nel quale esistono oggetti che non si rappresentano in cose della natura. Del resto, senza chiamare in causa internet, la rete, i *data subjects*, gli stessi strumenti finanziari non sono cose che possono formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.) ⁽²⁸⁾. Peraltro possono diventare ugualmente beni in senso giuridico, ancorché creati dall'autonomia contrattuale, spesso con la tecnica del collegamento contrattuale.

Ancora, da tempo l'attività degli amministratori di società è impegnata nella stima sulla rischiosità di un credito da appostare a bilancio. Anche questo rischio si palesa come giudizio e non si rappresenta come evento del mondo fisico, tuttavia quasi per consuetudine, ora con l'impiego di sofisticati algoritmi, è possibile stimarlo e attribuirgli un valore economico. Questo rischio si traduce in un valore numerario da iscrivere in un apposito fondo, che dunque assume un preciso valore patrimoniale presente, allo stesso modo in cui presente è l'aspettativa delusa per la perdita di una *chance*.

Storicamente la perdita di *chance* nasce nell'ambito del danno patrimoniale e, normalmente, è una conseguenza della responsabilità contrattuale. In Francia si è incominciato a discutere di errore professionale dell'avvocato che ha frustrato l'aspettativa del proprio

⁽²⁴⁾ Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*, nella cui massima è ripreso il principio di diritto espresso nel § 23.

⁽²⁵⁾ La tesi ontologica si fonda sull'idea che la *chance* sia un bene della vita autonomo dal suo risultato finale, quello sperato e solo possibile, come ha sostenuto la Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, *cit.* La tesi causalistica individua nella *chance* un *minus* rispetto al risultato finale, la soluzione è attribuita impropriamente alla Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, *cit.*; cfr. ampiamente PUCELLA, *La causalità «incerta»*, *cit.*, 81 ss.

⁽²⁶⁾ TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, *cit.*, 576.

⁽²⁷⁾ TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, *cit.*, 576.

⁽²⁸⁾ L'esempio è ripreso dall'argomentazione di TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, *cit.*, 574.

pdfjs.express

pdfjs.express

pdfjs.express

pdfjs.express

cliente⁽²⁹⁾, o del dipendente che, non avendo potuto partecipare ad un concorso, non ha potuto progredire in carriera⁽³⁰⁾. La perdita di *chance*, inoltre, indica un modo per il calcolo del danno patrimoniale⁽³¹⁾. Così, nel caso della stima del danno patito dal proprietario del cavallo che non potrà più correre o dell'atleta in erba, molto promettente, ma con un *curriculum* ancora non pronto per poter essere considerato uno sportivo affermato⁽³²⁾. I premi vinti dal cavallo infortunatosi per il fatto illecito di altri non possono essere equiparati alla perdita di reddito di un dipendente invalidatosi; lo stesso vale per la perdita di reddito dell'atleta promettente per il cui calcolo del danno non potrebbe essere preso in considerazione il reddito guadagnato da un atleta della sua caratura che, non essendosi infortunato, abbia proseguito nella carriera.

Sono troppi gli elementi di incertezza che si presentano nei due casi: il cavallo avrebbe potuto infortunarsi autonomamente e dover abbandonare le gare, pertanto i premi che avrebbe potuto vincere non sono conseguenze immediate e dirette dell'evento dannoso (art. 1223 c.c.); situazione corrispondente si verifica anche per l'atleta promettente che ha dovuto abbandonare la carriera. Sicché, sussistendo certi presupposti oggettivi, come l'indiscussa bravura del cavallo e dell'atleta, oppure la indiscussa bravura del concorsista al quale è stato impedito di partecipare al concorso, ma che ha vinto quello successivo, costituisce la perdita da risarcire.

La questione in gioco non è «l'incertezza eventistica», come talvolta è stata definita o l'incertezza causale tra la condotta illecita e l'evento finale, poiché la *chance* non è un «danno incerto», ma un evento dannoso diverso da quello c.d. finale, che non sarebbe risarcibile secondo la regola dell'«*all or nothing*»⁽³³⁾. Vista da un'altra prospettiva, si verifica una sorta di «capovolgimento concettuale»⁽³⁴⁾, dal momento che il danno da perdita di *chances* non è il risultato utile futuro, bensì un danno attuale⁽³⁵⁾. Il realizzarsi della possibilità è un evento futuro (lucro cessante), mentre la possibilità in sé considerata è invece già «esistente» al momento del verificarsi del fatto che ne determina la scomparsa. In questo modo la *chance* diventa una «utilità» già presente nel patrimonio della vittima, sicché il suo venir meno determina una vera e propria perdita economica (danno emergente), nel modo in cui è inteso nel testo dell'art. 1223 c.c.⁽³⁶⁾.

—————
⁽²⁹⁾ Cfr. BUSNELLI, *Perdita di una « chance » e risarcimento del danno*, cit., che trae spunto da una sentenza della Cassazione francese.

⁽³⁰⁾ Resta ancora attuale lo studio di BOCCHIOLA, *op. cit.*, 55 ss.

⁽³¹⁾ Condivide l'assunto MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 71, ma solo su questo punto.

⁽³²⁾ Cfr. BOCCHIOLA, *op. cit.*, e la casistica esaminata a p. 83 ss.

⁽³³⁾ Cfr. anche il Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, in *Contr. Stato enti pubbl.*, 2020, 209.

⁽³⁴⁾ BOCCHIOLA, *op. cit.*, 85.

⁽³⁵⁾ Distinguono concettualmente il danno da perdita di *chance* dal lucro cessante Cass. civ., 13 ottobre 2016, n. 20630, in *Arch. circ.*, 2016, 946, in un caso 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»; Cass. civ., 7 febbraio 2019, n. 3632, in *Vita not.*, 2019, 263, «il risarcimento del danno, connesso alla perdita di *chance* non ha natura reddituale, poiché consiste nel ristoro del danno emergente dalla perdita di una possibilità attuale»; Cass. civ., 12 ottobre 2018, n. 25471, in *Mass. Foro it.*, rv. 650718-01.

⁽³⁶⁾ Fra le tante cfr. Cass. civ., 13 aprile 2017, n. 9571, in *Dir. trasp.*, 2018, 485, con nota di VERMIGLIO; Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19604, in *Mass. Foro it.*, 2016; Cass. civ., 10 novembre 1998, n. 11340, cit., ha affermato, per

pdfjs.express

pdfjs.express

3. IL DANNO PATRIMONIALE DA PERDITA DI CHANCE

Il diritto del lavoro è il settore nel quale il danno da perdita di *chance* ha avuto la maggiore espansione ⁽³⁷⁾. Le ipotesi più ricorrenti sono state quelle del pregiudizio consistente da mancata progressione in carriera del dipendente a causa di graduatorie concorsuali irregolarmente predisposte ⁽³⁸⁾; da mancata assunzione conseguente a una irregolare procedura concorsuale ⁽³⁹⁾ o dalla violazione della disciplina in tema di assunzioni obbligatorie ⁽⁴⁰⁾; da un illegittimo inquadramento in relazione all'art. 2103 ⁽⁴¹⁾. L'ingresso di pieno diritto tra il novero delle perdite risarcibili è dimostrato dal fatto che i giudici hanno incominciato a distinguere il danno da mancata promozione, per il quale « il lavoratore pretermesso deve provare la poeriorità dei propri titoli rispetto a quelli di tutti i candidati, promossi o non promossi, che lo hanno preceduto in graduatoria », dal « danno da perdita di una *chance* la cui quantificazione può avvenire in base alle prove, ove sia dimostrato il grado di probabilità di promozione, oppure secondo equità, qualora detta prova non sia fornita » ⁽⁴²⁾.

Il pregiudizio da perdita di *chance* è stato individuato nel danno da perdita di future occasioni di lavoro, di progressione in carriera, purché l'apprezzamento sia « ancorato a

esempio, che « la possibilità di promozione (c.d. perdita di *chance*) è già nel patrimonio del concorrente sin dalla richiesta di partecipazione al concorso e in misura maggiore man mano che il candidato proceda nelle prove di selezione ».

⁽³⁷⁾ Un'ampia disamina dell'ipotesi di perdita di *chance* patrimoniale è svolta da LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2019, 349-355, cui si rinvia.

⁽³⁸⁾ Cfr. Cass. civ., 14 dicembre 2001, n. 15810, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass. civ., 25 ottobre 2000, n. 14074, *ivi*, 2000; Cass. civ., 14 giugno 2000, n. 8132, *ivi*, 2000; Cass. civ., 21 giugno 2000, n. 8468, *ivi*, 2000; Cass. civ., 12 ottobre 1988, n. 5494, *ivi*, 1988.

⁽³⁹⁾ Cfr., Cass. civ., 7 marzo 1991, n. 2368, in *Foro it.*, 1991, I, 1793, con nota di DE MARZO, *Purché non siano percentuali: perdita di chance e quantum del danno risarcibile*, in tema di immotivata attribuzione di punteggio discrezionale in una selezione promotiva; Cass. civ., 12 ottobre 1988, n. 5494, *cit.*; Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, *cit.*; Cass. civ., 19 giugno 1982, n. 3773, in *Foro it.*, 1983, I, 113, con nota di BUONCRISTIANO; Sez. Un. civ., 29 ottobre 1980, n. 5800, in *Giust. civ.*, 1981, I, 525, con nota di PAPALEONE; Cass. civ., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro it.*, 1979, I, 2548, con nota di BARONE. Per la giurisprudenza di merito cfr. Pret. Roma, 30 aprile 1986, in *Nuovo dir.*, 1986, 989, con nota di TOTARELLI, in tema di assunzione di un soggetto per essere adibito a mansioni di presentatore televisivo e mancato impiego con quella funzione.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass. civ., 23 novembre 1998, n. 11877, in *Mass. Foro it.*, 1998: « nella materia delle assunzioni obbligatorie, in caso di illegittimo rifiuto di assunzione — che si configura anche ove sia motivata dal rilievo che il lavoratore non è in possesso delle specifiche attitudini professionali indicate nella richiesta di avviamento, in quanto, ai sensi dell'art. 16, l. 2 aprile 1968, n. 482, i datori di lavoro hanno facoltà di indicare soltanto la categoria professionale (operaia o impiegata) del personale suscettibile di avviamento obbligatoria, non anche le dette attitudini specifiche — il danno da liquidare ex artt. 1226 e 1227 in misura pari alle retribuzioni mensili spettanti in caso di assunzione — e non nella minor misura liquidabile per la c.d. perdita di *chances* — deve essere delimitato temporalmente nell'ambito della pronuncia di secondo grado, in quanto per il periodo successivo alla stessa pronuncia manca il requisito dell'attualità e della certezza della proiezione nel futuro dell'evento lesivo rappresentato dall'ingiusto stato di disoccupazione (nella specie, è stata cassata la sentenza di merito con cui il risarcimento dei danni era stato determinato in misura pari alle retribuzioni spettanti fino alla data di effettiva assunzione, sul rilievo che la responsabilità del datore di lavoro non poteva permanere nonostante la eventuale sopravvenienza, dopo la data della sentenza, di fatti — diversi dall'assunzione — che avrebbero impedito la protrazione del danno) ».

⁽⁴¹⁾ Cfr. Cass. civ., 14 novembre 2001, n. 14199, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass. civ., 2 dicembre 1996, n. 10748, *ivi*, 1996; Trib. Milano, 22 febbraio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 446: « in ipotesi di accertata lesione della professionalità, vanno risarciti al lavoratore sia il danno patrimoniale da perdita di *chances* sul mercato del lavoro, sia il danno alla dignità, costituente bene protetto da norme di rilievo costituzionale, mentre, va esclusa, nella fattispecie, la risarcibilità del danno biologico, mancando la prova del collegamento causale fra l'inadempimento e il dedotto danno, nonché della imputabilità del danno a dolo o colpa del datore di lavoro »; Pret. Milano, 9 dicembre 1997, *ivi*, 1998, 421.

⁽⁴²⁾ Cass. civ., 17 marzo 1998, n. 2881, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 713; Cass. civ., 25 ottobre 2000, n. 14074, *cit.*

pdfjs.express

pdfjs.express

precise circostanze di fatto obiettivamente provate, e a positive regole di esperienza»⁽⁴³⁾.

Ancora si invoca il danno da perdita di *chance* con riferimento alla responsabilità professionale dell'avvocato che negligenzemente abbia svolto una difesa imperita nell'interesse del cliente, per poi concludere che la certezza del risultato migliore non sussiste mai e che a titolo di danno è ammissibile il solo rimborso delle spese di difesa anticipate⁽⁴⁴⁾.

Al di fuori di questi ambiti, il problema si è posto per il pregiudizio subito dagli artisti per illegittima lesione della loro notorietà⁽⁴⁵⁾ o per la impossibilità di documentare nel proprio *curriculum* artistico l'esecuzione di certe opere d'arte, in seguito al furto o alla loro distruzione⁽⁴⁶⁾; da un corridore professionista illegittimamente escluso dalle competizioni sportive dalla sua stessa scuderia⁽⁴⁷⁾. A questa specie di pregiudizio deve essere annoverato anche il danno da dequalificazione professionale, che può consistere tanto nel danno patrimoniale derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, quanto nella perdita di *chance* (*id est*, di ulteriori possibilità di guadagno), eventualmente riconducibili a una lesione all'immagine⁽⁴⁸⁾. Ancora alla perdita della *chance* si è fatto ricorso, giova ripeterlo, per risarcire il proprietario per la perdita di un cavallo da corsa, a causa di un infortunio che non gli avrebbe consentito di continuare a gareggiare, dunque continuare a vincere⁽⁴⁹⁾.

Un altro settore nel quale il danno da perdita di *chance* incomincia a manifestarsi con una certa frequenza è quello della lesione degli interessi legittimi. Il ragionamento seguito dai giudici amministrativi è molto simile a quello dei giudici del lavoro, quando risarciscono la perdita al dipendente aspirante a un concorso per il miglioramento in carriera o per l'assunzione, se questo sia stato effettuato in modo illegittimo. Del resto la lesione degli interessi legittimi pretensivi è suscettibile di risarcimento qualora il danneggiato risulti titolare non di una mera aspettativa di fatto, «bensì di una situazione soggettiva — la *chance* — suscettibile di determinare un obiettivo affidamento circa il conseguimento, secondo un

(43) Cass. civ., 23 luglio 2002, n. 10739, in *Dir. econ. ass.*, 2002, 822; Cass. civ., 11 maggio 2007, n. 10840, in *Arch. circ.*, 2007, 1157. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 82 ss., riporta anche ulteriori precedenti di giudici anglo-americani e francesi.

(44) Cfr. Cass. civ., 26 febbraio 2002, n. 2836, in questa *Rivista*, 2002, 1373, con nota di FACCÌ, *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la chance di vincere il processo*.

(45) Cfr. Trib. Milano, 29 aprile 1976, in *Riv. dir. ind.*, 1977, II, 457, annotata da DI MARTINO, *Danno e arricchimento da lesione del diritto d'autore*, il caso tuttavia solo lontanamente può configurarsi come perdita di *chances*: trattandosi di una ipotesi di usurpazione della paternità dell'opera musicale altrui il danno che ne deriva ben può essere fatto rientrare nel lucro cessante.

(46) Cfr. Trib. Venezia, 7 aprile 2003, in <http://www.dannoallapersona.it/leftmenu/DOC-150503-172439.html>; questo vale anche per imprese che partecipano ai pubblici appalti: Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115, in *Foro amm.*, 2015, 2268.

(47) Cfr. Trib. Monza, 21 febbraio 1992, in *Corr. giur.*, 1992, 1021, con nota di CAPORALI, *Alla ricerca della chance perduta*; in *Riv. dir. sport.*, 1994, 447, con nota di PACCES, *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*; e in questa *Rivista*, 1993, 862, con nota di DASSI, *Sulla lesione da perdita di chance di un corridore automobilistico*.

(48) Cfr. Trib. Milano, 12 maggio 2005, in *Dir. aut.*, 2005, 523, nella specie, è stato riconosciuto, in astratto, il c.d. danno professionale a un artista che non aveva potuto portare a conoscenza del pubblico il proprio prodotto musicale a causa di un illegittimo recesso della casa discografica.

(49) Cfr. Trib. Napoli, 21 maggio 1986, in questa *Rivista*, 1986, 568, con nota parzialmente contraria di BEN, che non ha riconosciuto il danno consistente nelle mancate vincite future e neppure il danno per la mancata vendita dei futuri puledri una volta che il cavallo non fosse stato più idoneo a gareggiare. Mentre ha riconosciuto il danno pari al valore commerciale dell'animale liquidando otto milioni di Lire sui ventuno richiesti.

pdfjs.express

criterio di normale probabilità, di un esito favorevole» ⁽⁵⁰⁾. Lo stesso vale per la perdita subita da chi non abbia potuto partecipare ad alcune gare pubbliche, essendo impegnato in una nella quale è risultato illegittimamente escluso ⁽⁵¹⁾.

La soluzione è condivisibile, soprattutto per quella parte importante di illeciti relativi ad illegittimità nello svolgimento di gare ad evidenza pubblica. Per questi il pregiudizio subito consiste proprio nella perdita della possibilità di conseguire un certo risultato, in conseguenza di un'attività illegittima della P.A. ⁽⁵²⁾.

4. LA CHANCE COME LUCRO CESSANTE O COME DANNO EMERGENTE?

Veniamo ora a descrivere il danno da perdita di una *chance*, sulla base dei risultati raggiunti nei paragrafi precedenti. Se si considera la *chance* come la perdita di un risultato favorevole, si tenderà ad equipararla al lucro cessante, qui inteso come danno futuro, se invece la si considera come perdita della *possibilità* di un risultato favorevole, si tenderà ad equipararla a un danno emergente, qui inteso come danno presente ⁽⁵³⁾. La questione non è meramente terminologica: è una conseguenza di come si intende la sostanza della *chance*, sul *modus operandi* della causalità di fatto e sul *modus operandi* della causalità giuridica.

La riconduzione della *chance* al genere del lucro cessante comporta che da questo si differenzia solo per la maggiore incertezza circa la verifica del pregiudizio. Invero, nel lucro cessante la prova della certezza del danno non riguarda il lucro in sé, bensì i presupposti e i requisiti necessari affinché esso si determini. La certezza del mancato guadagno non può mai essere ottenuta allo stesso modo che per le perdite subite, dato che queste ultime normalmente esistono già al momento del processo nel patrimonio della vittima, mentre il lucro cessante non è entrato e non entrerà mai nel suo patrimonio se non nella forma del risarcimento.

Certezza del danno con riguardo al lucro cessante significa, dunque, garanzia circa la

⁽⁵⁰⁾ Cass. civ., 29 marzo 2006, n. 7228, in *Danno resp.*, 2007, 154, con nota di GIAZZI, *Tra le pieghe della pubblica amministrazione: risvolti dell'agire colposo e ingiustizia del danno*; TAR Abruzzo, Pescara, 30 giugno 2006, n. 367, in *Urb. app.*, 2006, 1473, con nota di MADDALENA, *Legittima partecipazione alla gara, ammissibilità del ricorso e del danno da perdita di chance*.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Cass. civ., 25 novembre 2003, n. 17940, in *Giur. it.*, 2004, 1276. Su questo punto sono preziose le riflessioni di TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 254-265.

⁽⁵²⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, in *Giur. it.*, 2018, 1173 ss., con nota di PAGANI, *Il risarcimento della perdita di chance nelle gare per affidamenti pubblici*, ha rimesso all'Adunanza Plenaria il quesito se il danno da lesione d'interesse legittimo da perdita di *chance*, derivato da illecito omissivo della P.A. in una pubblica selezione, vada declinato secondo la c.d. teoria ontologica, secondo la quale, a fini risarcitori, basta la mera possibilità di aggiudicazione, ovvero secondo la teoria c.d. eziologica, secondo la quale occorre anche l'oggettiva prova dell'elevata probabilità di aggiudicazione e la concreta sussistenza d'un pregiudizio suscettibile di ponderazione economica, connesso alla maturata impossibilità di ottenere il bene della vita. In passato TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *Danno resp.*, 2000, 310, con nota di CARBONE, *Rivincita del cittadino e fine di un privilegio: prime condanne della pubblica amministrazione a risarcire la lesione di interessi legittimi*; in *Corr. giur.*, 2000, 391, annotata da DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*; TAR Toscana, Sez. I, 21 ottobre 1999, n. 766, in *Foro it.*, 2000, III, 199, con nota di CARROZZA-FRACCHIA, *Art. 35 d.leg. 80/98 e risarcibilità degli «interessi meritevoli di tutela»: prime applicazioni giurisprudenziali*; TAR Calabria, Sez. Reggio Calabria, 29 settembre 1999, n. 1137, in *Foro amm.*, 2000, 1062; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 29 novembre 1999, n. 4070, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 796.

⁽⁵³⁾ Cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., 283; BALDASSARI, *Il danno patrimoniale*, cit., 180 ss.; LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata - Un itinerario incrementale*, cit., 18 ss.

pdfjs.express

pdfjs.express

pdfjs.express

sussistenza dei presupposti per la sua produzione in futuro. Se si osserva la *chance* dal punto di vista del lucro cessante, essa non può mai essere risarcibile, poiché non è possibile dimostrare che l'utilità sarebbe stata conseguita, secondo le regole dell'art. 1223 c.c. che menziona le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento ⁽⁵⁴⁾. Anche volendo prescindere dalla distinzione tra il lucro cessante e la *chance*, resta che, proprio sul piano causale, quest'ultima si qualificherebbe quale danno potenziale, eventuale o indiretto, come tale non risarcibile, poiché privo del requisito della certezza ⁽⁵⁵⁾. Non è dimostrabile che il solo fatto di impugnare una sentenza garantisca al cliente un risultato più vantaggioso; neppure si può sostenere che impedire a qualcuno di partecipare a un concorso dia titolo alla richiesta del danno pari al provento economico che la sua vincita avrebbe procurato; lo stesso discorso vale in tutte le altre ipotesi qualificabili come perdita di una *chance*.

Diversa prospettiva si apre qualora si consideri la *chance* quale perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, anziché quale perdita del risultato utile. Se la si configura come « un'attitudine attuale del soggetto e non futura, [essa diviene] una componente del patrimonio professionale del soggetto, in modo molto simile a un "avviamento professionale" dello stesso » ⁽⁵⁶⁾. Quando si verifica il danno, l'utilità è perduta in quel momento nel patrimonio del danneggiato proprio nella forma della possibilità di conseguire un risultato favorevole, una volta che venga riconosciuta ragionevole l'esistenza di questa possibilità. Pertanto, la *chance* viene considerata risarcibile di per sé, se alla possibilità perduta può essere attribuito un valore economico (art. 1223 c.c.). Dall'esistenza di questa possibilità di conseguire il risultato, discende la immediata lesione del patrimonio del danneggiato, sicché la perdita va qualificata come danno emergente: un danno presente e non un danno futuro ⁽⁵⁷⁾.

Per poter accertare la sussistenza della *chance*, occorre che la possibilità di realizzare il risultato favorevole si possa conseguire in percentuale ragionevole, diversamente verrebbe a mancare la certezza del danno ⁽⁵⁸⁾. Tale probabilità di conseguire il risultato utile, tuttavia, non attiene ai criteri per determinare e liquidare il danno, giacché l'oggetto del risarcimento non è dato dall'equivalente monetario del risultato non ottenuto, il c.d. risultato finale. Attiene, invece, alla sussistenza stessa dell'evento di danno, il quale, solo a queste condizioni, potrà essere stimato e liquidato in seguito. La perdita della possibilità di guadagnare un risultato utile si risolve in una lesione della libertà contrattuale. Anche per questo evento dannoso lo *standard* di certezza probabilistica, « non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato ricon-

⁽⁵⁴⁾ E questa la tesi di BOCCHIOLA, *op. cit.*, 78; dello stesso avviso è C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., sub art. 1223, 330; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 635; ma v. Cass. civ., 13 ottobre 2016, n. 20630, cit.

⁽⁵⁵⁾ Sotto questo profilo, pertanto, appare corretta la motivazione del Trib. Firenze, 12 novembre 1981, riportata nella Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, cit.

⁽⁵⁶⁾ Cass. civ., 21 luglio 2003, n. 11322, cit.; in precedenza Cass. civ., 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giur. it.*, 1984, I, 1841, con nota di CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in motivazione.

⁽⁵⁷⁾ Così BOCCHIOLA, *op. cit.*, 78 e 85, la cui impostazione è stata accolta dalla Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, cit., in motivazione; cfr. anche DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una « chance »*, cit., che annota favorevolmente.

⁽⁵⁸⁾ Lo ha affermato per la prima volta BOCCHIOLA, *op. cit.*, 101, e il suggerimento è stato accolto dalla Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506, cit., in motivazione; in tempi più recenti la Cass. civ., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Mass. Foro it.*, 1993, ha richiesto anche una percentuale inferiore.

pdfjs.express

pdfjs.express

pdfjs.express

ducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana) » ⁽⁵⁹⁾. Questo evento dannoso consiste in un danno certo che non è un lucro cessante, bensì è danno emergente da perdita di una possibilità attuale e non è un risultato futuro ⁽⁶⁰⁾.

La *chance*, dunque, deve presentare un certo grado di certezza del danno subito, da valutarsi successivamente secondo le circostanze del caso, con il criterio della causalità giuridica ⁽⁶¹⁾. E questa la ragione per la quale è stato negato il risarcimento richiesto da un'attrice, diciassettenne all'epoca del sinistro e frequentante il primo anno del liceo classico, che aveva partecipato ad un corso per indossatrice presso un'emittente televisiva, ma aveva dovuto abbandonare ogni iniziativa artistica, in conseguenza di una lesione subita a causa di un incidente stradale ⁽⁶²⁾. E questa la ragione per la quale non è stata accolta la domanda di un pugile dilettante che, per il ritardo con il quale era stato sottoposto agli accertamenti medici da parte della federazione e dell'associazione sportiva di appartenenza, aveva lamentato la perdita di opportunità di lavoro, per effetto della mancata conoscenza tempestiva dell'impossibilità di iniziare una carriera da pugile professionista, « senza indicare l'occasione di lavoro rifiutata in ragione dell'aspettativa di intraprendere tale carriera » ⁽⁶³⁾. E questa la ragione per la quale chi domanda « il ristoro del danno subito a seguito della mancata impugnazione della sentenza di primo grado non può limitarsi a dedurre l'astratta possibilità della riforma in appello della pronuncia in senso a lui favorevole, ma deve dimostrare l'erroneità della pronuncia in questione oppure produrre nuovi documenti o altri mezzi di prova idonei a fornire la ragionevole certezza che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto » ⁽⁶⁴⁾.

pdfjs.express

5. IL DANNO NON PATRIMONIALE DA PERDITA DI CHANCE

Tutte queste considerazioni dovrebbero essere riproposte anche per la *chance* di carattere non patrimoniale, seppure per questa mutino alcuni presupposti, come del resto ha ritenuto la recente giurisprudenza, riprendendo quasi come metafora la struttura dell'interesse legittimo non pretensivo ⁽⁶⁵⁾.

Ma sul punto occorre indugiare.

È ben vero che nella perdita di *chance* patrimoniale la condizione originaria della vittima è positiva e viene frustrata proprio a causa dell'illecito altrui; mentre nella perdita di *chance* non patrimoniale la condizione originaria della vittima è compromessa dalla malattia e sarà ulteriormente peggiorata dall'attività del medico. Senonché la vera questione è che, incidendo la perdita su di un diritto non patrimoniale, viene meno la distinzione tradizionale fra danno emergente e lucro cessante e con essa il proficuo ragionamento che

⁽⁵⁹⁾ Cass. civ., 27 settembre 2018, n. 23197, in *Mass. Foro it.*, 2018, rv. 650602-01.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Coll. arb. Roma, 21 maggio 1996, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1998, 293.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598, *cit.*

⁽⁶²⁾ Cfr. Trib. Perugia, 13 febbraio 1999, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 746, anche se la sentenza cataloga la *chance* come lucro cessante.

⁽⁶³⁾ Trib. Roma, 28 ottobre 1999, in *Danno resp.*, 2000, 658, con nota di PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*.

⁽⁶⁴⁾ Cass. civ., 27 gennaio 1999, n. 722, in *Danno resp.*, 1999, 1123, con nota di LAZZARI, *Perdita di chances in giudizio: la responsabilità del sindacato per omesso appello da parte del lavoratore*.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*, spec. §§ 5 e 6; Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, *cit.*

pdfjs.express

pdfjs.express

precede questo risultato classificatorio ⁽⁶⁶⁾. Attribuire all'una o all'altra specie del danno descritto dall'art. 1223 c.c. non è affatto opzionale e irrilevante, ma è il passaggio logico, essenziale:

- per qualificare l'evento dannoso, momento terminale del giudizio che comprende la causalità di fatto, il criterio d'imputazione e l'ingiustizia del danno;
- per poi procedere nella valutazione sulle conseguenze immediate e dirette di quell'evento, patrimoniali o non patrimoniali (art. 1223 c.c.).

In altri termini si tratta di valutare il rischio, l'incertezza in sé, in termini giuridici e, con qualche approssimazione, eventistici, a prescindere dal risultato finale che resta sullo sfondo, ma è estraneo a ciò che chiamiamo *chance* ⁽⁶⁷⁾. A questi fini il risultato finale ben può consistere nella vincita di un concorso, così come nella speranza di vivere ancora o di una vita migliore, ma questo è esterno all'obbligazione. Lo stesso modello di ragionamento si pone per la verifica dell'adempimento dell'obbligazione di mezzi da parte del medico: questi non deve garantire la guarigione del paziente, ma la valutazione della migliore cura non può prescindere dalla precomprensione di quel fine, seppure non dedotto in obbligazione ⁽⁶⁸⁾.

Sotto questo profilo la perdita di *chance* si caratterizza come danno presente, anche se riguarda la lesione di un diritto non patrimoniale, in ciò si rinviene la differenza dal danno da perdita della riduzione permanente della integrità psicofisica.

Certo la perdita di *chance* non patrimoniale spesso ha avuto come effetto quello di risarcire componenti di danno che ricevono protezione altrimenti. Questo spiega la particolare attenzione dedicata da Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, ad escludere che una serie di pregiudizi alla persona possano essere ricondotti alla perdita di *chance* ⁽⁶⁹⁾. Le considerazioni svolte dalla Suprema Corte in *obiter dicta* sono convincenti, allo stesso modo in cui è convincente l'aver negato il risarcimento da perdita di *chance* ai sopravvissuti, nel caso deciso con quella sentenza.

La tendenza è certamente quella di non estendere l'area della *chance*, per aumentare l'area del danno risarcibile. Questo giustifica i *dicta* della maggior parte delle sentenze recenti sulla questione che rigettano la domanda di perdita di *chance*. Tuttavia, anche allo scopo di comprendere meglio la portata classificatoria della pronuncia richiamata, può risultare interessante tentare di applicare i principi affermati di recente ai casi tradizionali sui quali si è incentrato il dibattito sulla *chance*, per capire se l'esito della decisione sarebbe cambiato in applicazione dei principi della recente sentenza.

⁽⁶⁶⁾ E qui condivisibile la critica di TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 573, a proposito della descrizione nei termini di un danno emergente o di un lucro cessante, spec. 575, dove conclude che quella distinzione è inutile.

⁽⁶⁷⁾ Probabilmente è quello che Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, cit., § 17, lett. E, identifica come «un evento di danno incerto». La Cassazione nel caso di specie ha escluso la perdita di *chance*, confermando la decisione dei giudici di merito.

⁽⁶⁸⁾ Mi pare che sulla base di questo ragionamento la Cass. civ., 6 luglio 2020, n. 13870, in *Foro it.*, 2020, I, 3468 — in un caso in cui la morte del paziente è sopravvenuta dopo apprezzabile lasso di tempo dall'evento lesivo — ha riconosciuto agli eredi la duplice componente di danno biologico «terminale», cioè di danno biologico da invalidità temporanea assoluta, e di danno morale consistente nella sofferenza patita dal danneggiato che lucidamente e coscientemente assiste allo spegnersi della propria vita, mentre ha negato il danno da perdita di *chance* di sopravvivenza, perché assorbito da quello da morte, per il quale, peraltro, non si dà pregiudizio suscettibile di trasmissione ereditaria.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, cit., § 17, lett. A-D.

pdfjs.express

Alludo alla vicenda dell'errore diagnostico cui è seguita la morte del paziente, anche se, in mancanza della necessaria attrezzatura in ospedale, probabilmente la morte sarebbe ugualmente intervenuta, poiché il paziente avrebbe dovuto essere trasferito comunque in altro ospedale, quindi l'intervento necessario non avrebbe potuto essere eseguito immediatamente ⁽⁷⁰⁾. Il secondo caso riguarda un subacqueo cui non era stata diagnosticata correttamente la patologia da risalita troppo rapida, senonché nel luogo del pronto soccorso non c'era la camera iperbarica, sicché il paziente avrebbe dovuto essere trasferito altrove, via terra, in un'ora della giornata di grande traffico. Quindi la patologia avrebbe potuto insorgere, anche in presenza di una diagnosi corretta.

In entrambe le situazioni, la *chance* non è stata intesa come l'evento morte in senso tecnico o la riduzione permanente della integrità psicofisica, in una certa misura, ossia come evento finale, bensì come perdita della possibilità di avere una *chance* di vita e come *chance* di non patire una invalidità permanente. Nel primo caso, si è trattato di una cassazione con rinvio, per cui non sappiamo se il risarcimento sarebbe stato accordato e in quale misura. Il giudice del rinvio, in considerazione del principio di diritto, avrebbe potuto ritenere che, ferma l'esistenza del danno sotto il profilo della certezza, la sua misura sarebbe stata di importo tale da non giustificare alcuna condanna. Nel secondo caso, la perdita della *chance* è stata calcolata dal giudice di merito nella misura pari alla metà della percentuale di invalidità accertata medicalmente e su questo criterio la Cassazione non è entrata, poiché su quel capo si era formato il giudicato ⁽⁷¹⁾.

Secondo i principi statuiti dalla recente sentenza, per aversi perdita di *chance* occorre:

- a) una condotta colpevole dell'agente;
- b) un evento di danno (la lesione di un diritto);
- c) un nesso di causalità tra la condotta e l'evento;
- d) una o più conseguenze dannose risarcibili, patrimoniali e non;
- e) un nesso di causalità tra l'evento e le conseguenze dannose ⁽⁷²⁾.

Tutte queste circostanze sono presenti nelle sentenze di cui abbiamo fatto cenno negli esempi precedenti. In particolare c'è l'evento di danno, inteso come possibilità di avere una più lunga speranza di vita o di non subire una invalidità permanente. Questo evento è certamente danno ingiusto, nell'accezione di aspettativa di vita o di salute ⁽⁷³⁾, ed è « un evento di danno incerto » ⁽⁷⁴⁾, l'espressione non è felice, ma indica la quintessenza della *chance*, che non è un risultato preciso, ma la ragionevole possibilità di conseguirlo.

In entrambe le sentenze, oltre al resto, i giudici hanno ritenuto sussistenti i punti b) e c). In particolare hanno inteso che l'evento dannoso che chiamiamo *chance*, l'incertezza, « convive (si potrebbe dire "ossimoricamente") con la "apprezzabilità", "serietà" e "consi-

⁽⁷⁰⁾ E proprio su questo punto Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, *cit.*

⁽⁷¹⁾ Cfr. Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, *cit.*

⁽⁷²⁾ Cfr. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*

⁽⁷³⁾ Cfr. Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*, § 22: « non può pertanto condividersi l'assunto secondo il quale il danno da perdita di *chance* resterebbe occultato, "in una sorta di effetto matrioska", nelle viscere del danno alla salute, dalle quali riemerge quando non si riesca a raggiungere la prova del nesso casuale rispetto alla lesione di quest'ultimo. Premesso che, nell'un caso come nell'altro, il diritto leso è pur sempre quello alla salute, sia pur nelle sue rispettive, differenti dimensioni, la risarcibilità della perdita di *chance* non si pone in alcun modo come conseguenza di una insufficiente relazione causale con il danno (come erroneamente ipotizzato nella sentenza n. 21619 del 16 ottobre 2007 di questa stessa Corte), ma come incertezza eventistica conseguente al previo accertamento di quel nesso con la condotta omissiva ».

⁽⁷⁴⁾ Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, *cit.*, § 17, lett. E.

pdfjs.express

pdfjs.express

pdfjs.express

stenza"»⁽⁷⁵⁾. I giudici hanno ritenuto che si trattasse ben di più del furto del biglietto della lotteria dalle tasche della vittima⁽⁷⁶⁾ e che la vicenda potesse essere avvicinata all'attività degli amministratori di società che devono tradurre in un numero la rischiosità di un credito da appostare a bilancio.

Senonché, si potrebbe pure sostenere che, in entrambi i casi, alle vittime non è stato privato il diritto di scegliere alcunché, dunque che non di perdita di *chance* si tratti bensì di perdita del rapporto parentale, nel primo caso, e di perdita del diritto alla salute nell'altro, irrisarcibili secondo i dettami dell'art. 1223 c.c.⁽⁷⁷⁾. Questa conclusione, tuttavia, pare contrastare con le premesse che vedono la *chance* sia nel danno patrimoniale, sia nel danno non patrimoniale. Chi viene escluso illecitamente da un concorso non viene risarcito per non aver potuto scegliere, ma per aver perso la possibilità di conseguire un risultato per il quale si era preparato con serietà. Per quale ragione quando la perdita di *chance* ha ad oggetto un diritto non patrimoniale dovrebbero cambiare i presupposti?

Il vero tema posto recentemente dalla Cassazione riguarda la fortissima riduzione della casistica riconducibile alla *chance* non patrimoniale. Basti pensare che, quando il ritardo diagnostico colpevole riguarda una condizione patologica ad esito certamente infausto, la lesione non è indicata nell'aspettativa della salute, bensì nella perdita dell'autodeterminazione del paziente⁽⁷⁸⁾. Questa diversa qualificazione del fatto ha rilievo agli effetti dell'ingiustizia del danno, dal momento che, se è lesione dell'autodeterminazione, non c'è perdita di *chance* di una migliore salute⁽⁷⁹⁾. Con la conseguenza che l'area del danno da perdita di *chance* non patrimoniale finisce per essere fortemente compressa⁽⁸⁰⁾.

pdfjs.express

⁽⁷⁵⁾ LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, cit., 364; ne fa un'applicazione la Cass. civ., 14 novembre 2017, n. 26822, in *Mass. Foro it.*, 2017; «la perdita di *chance*, pur potendo essere costituita dalla perdita di una mera possibilità presente nella sfera giuridica del danneggiato, deve tuttavia essere concreta ed effettiva, non meramente teorica e ipotetica, e la sua compromissione, ove dedotta, deve essere provata dall'attore, identificandosi con la prova stessa del danno (nella specie, in tema di risarcimento del danno da perdita della "possibilità di una vita anche solo di poco più lunga o migliore" che si assumeva conseguente al ritardo nella consegna di un esame diagnostico, la suprema corte ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva respinto la domanda in quanto, in base all'accertamento tecnico, il ritardo era stato assolutamente ininfluenza sull'evoluzione della patologia tumorale, particolarmente rara e aggressiva, sicché non vi era stata alcuna menomazione della possibilità di cura, con ciò risultando accertata l'insussistenza sia della *chance* che si assumeva menomata, sia, conseguentemente, del danno denunciato)».

⁽⁷⁶⁾ Riprendo l'esempio dalla relazione di TRAVAGLINO, in *La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità*, Roma, 27 novembre 2019, Aula Magna della Corte di Cassazione, in *Report* a cura di LA BATTAGLIA, in https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_Luigi_La_Battaglia_27.11.2019_Nuova_responsabilita_sanitaria.pdf, 9, prosegue «la possibilità, intesa come incertezza eventistica, non diventa incertezza causale, perché quella possibilità è stata non "più probabilmente", ma addirittura certamente cancellata dall'azione od omissione colpevole».

⁽⁷⁷⁾ Sembra questa la soluzione adottata da Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, cit.; seguita da Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

⁽⁷⁸⁾ A questo profilo ha dedicato attenzione FRENDA, *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 310 s.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Cass. civ., 23 marzo 2018, n. 7260, in *Foro it.*, 2018, I, 1579, con nota di PARDOLESI-TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*; quindi erra l'App. Campobasso, 5 aprile 2017, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2017, 1, statuendo che: «l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale comporta il risarcimento della *chance* persa di conservare una migliore qualità della vita, nonché la *chance* di vivere un periodo di tempo in più rispetto a quello effettivamente vissuto dal paziente».

⁽⁸⁰⁾ Il riferimento va a Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., a questa conclusione sono giunti LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, cit., 366; ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, cit., 494.

6. LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO DA PERDITA DI CHANCE PATRIMONIALE

Così stimato il danno da perdita di una *chance*, occorre poi liquidarlo. A questo fine l'unico criterio immaginabile è quello equitativo, tanto per la parte patrimoniale ⁽⁸¹⁾, quanto per la parte non patrimoniale ⁽⁸²⁾. Il giudice, valutate tutte le circostanze del caso, dalle quali emerge un giudizio prognostico positivo, determinerà in una somma di denaro il valore della *chance* perduta. Il giudizio equitativo, quindi, deve tener conto: (a) di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili; (b) del vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo ⁽⁸³⁾.

Valga a questo proposito una precisazione. L'aver riconosciuto la risarcibilità della perdita di una *chance*, quale specie autonoma di danno, non deve condurre a un doppio risarcimento in favore del danneggiato. Il bene della vita deve essere una perdita che altrimenti non potrebbe essere ricompresa in alcun'altra voce di danno.

Si pensi alla controversia nella quale il proprietario del cavallo da corsa, oltre alla perdita della *chance*, chiedesse anche i proventi delle probabili future vincite dell'animale ⁽⁸⁴⁾. La valutazione del valore economico del cavallo — accertato e liquidato in funzione della razza, della genealogia, delle intrinseche e specifiche caratteristiche del bene individuato, delle prestazioni fino a quel momento ottenute e dell'età ⁽⁸⁵⁾ — comprende già l'utilità che il cavallo avrebbe ancora potuto procurare al proprietario ⁽⁸⁶⁾. Nel caso di specie, dunque, 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. Tutto questo per sostenere che la individuazione del danno da perdita di *chance* è un'attività di importanza pari a quella volta ad appurare la certezza, poiché attraverso di essa si può stabilire se vi sia una perdita o se questa non sia già altrimenti risarcita ⁽⁸⁷⁾.

s.: e FRENDA, « Multifattorialità dell'evento e perdita di chance nella responsabilità medica: risarcimento parziale, risarcimento proporzionale, risarcimento equitativo ... nessun risarcimento », in questa Rivista, 2021, 410.

⁽⁸¹⁾ Cass. civ., 18 gennaio 2006, n. 852, in questa Rivista, 2006, 1272, con nota di FELLETTI, *Illegittima esclusione dal concorso, danno da « perdita di chance » e danno da mancata promozione*; in Resp. civ., 2006, 528, con nota di TESCARO, *Il danno da perdita di chance*; e in Lav. nella giur., 2006, 672, con nota di FERRAU, *Il danno da mancata promozione e perdita di chance nella giurisprudenza della cassazione: profili sistematici ed evolutivi*.

⁽⁸²⁾ Cfr. Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit., la liquidazione e il relativo criterio non hanno costituito oggetto di impugnazione, quindi la sentenza non si è pronunciata su questo capo della sentenza.

⁽⁸³⁾ Cfr. Cass. civ., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit.; cfr. anche Cass. civ., 9 novembre 1997, n. 11522, in Mass. Foro it., 1997; Cass. civ., 15 marzo 1996, n. 2167, cit.; Cass. civ., 29 aprile 1993, n. 5026, ivi, 1993; Cass. civ., 7 marzo 1991, n. 2368, cit.; TAR Marche, 12 maggio 2000, n. 682, in Trib. amm. reg., 2000, I, 1137.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Trib. Napoli, 21 maggio 1986, cit.

⁽⁸⁵⁾ Trib. Napoli, 21 maggio 1986, cit.

⁽⁸⁶⁾ Segnalo anche che il danno da perdita di un animale può diventare rilevante altresì sotto il profilo della lesione del diritto alla salute del suo proprietario nella forma del danno alla vita di relazione. Ciò accade quando, in seguito all'uccisione di un cane guida di un cieco, questi veda compromessa la possibilità di intrattenere una normale vita di relazione. L'acuta osservazione è di PECCENINI, *La responsabilità civile per la circolazione dei veicoli*, in *La responsabilità civile*, diretta da Alpa-Bessone, II, 2, cit., 732, che rimanda a LAGOSTENA BASSI-RUBINI, *La liquidazione del danno*, III, cit., 368.

⁽⁸⁷⁾ App. Milano, 9 settembre 1975, in Arch. civ., 1976, 747, ha escluso la risarcibilità del danno subito dal produttore di una pellicola cinematografica, in seguito al giudizio negativo riportato in una rubrica giornalistica la quale sconsigliava ai lettori la visione del film. Oltre che al tema della *chance*, il caso, tuttavia, può essere letto

pdfjs.express

Ancora, si ha l'integrale ripristino della situazione originaria qualora il datore di lavoro sia stato inadempiente all'obbligo di valutare comparativamente tutti gli aspiranti alla promozione per concorso alla qualifica superiore e tuttavia abbia riconosciuto l'illegittimità della graduatoria e l'abbia annullata, o abbia preso atto dell'annullamento giudiziale, e successivamente abbia bandito un nuovo concorso con effetti retroattivi. Pertanto è stato deciso che, soddisfatto interamente l'interesse procedimentale originariamente leso, non residua più alcuna ulteriore ragione di danno per perdita di *chance* in favore del candidato illegittimamente pretermesso, sempre che, a causa del comportamento illecito del datore di lavoro, non si siano determinati effetti negativi non eliminabili o non riparabili con la sola rinnovazione delle operazioni concorsuali ⁽⁸⁸⁾. Se la procedura non è stata ripetuta, l'illegittimo espletamento di un concorso comporta il risarcimento del danno corrispondente alla retribuzione della qualifica superiore solo qualora, accertata detta illegittimità e l'irregolare formazione della graduatoria dei vincitori, il dipendente provi che, se il concorso fosse stato legittimamente espletato, egli sarebbe stato certamente incluso nell'elenco dei promossi anche in relazione ai titoli e punteggi degli altri partecipanti, pur se non dichiarati vincitori. Qualora tale prova non sia assolta nel processo, il giudice può soltanto risarcire il danno costituito dalle spese sostenute per la partecipazione al concorso e la liquidazione in via equitativa del danno costituito dalla privazione della *chance* di vincerlo.

Nel valutare l'entità di tale danno, nei casi più gravi, il giudicante può anche considerare l'importo delle retribuzioni corrispondenti alla qualifica superiore, in ragione della gravità, della illegittimità della procedura, della maggiore o minore possibilità di successo del dipendente e del successivo comportamento del datore di lavoro ⁽⁸⁹⁾.

pdfjs.express

7. (SEGUE). LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO DA PERDITA DI CHANCE NON PATRIMONIALE

Anche nella perdita di *chance* non patrimoniali valgono criteri molti simili a quelli esaminati nel paragrafo precedente. L'assunto, secondo il quale «in caso di perdita di una *chance* a carattere non patrimoniale, il risarcimento non potrà essere proporzionale al "risultato perduto"» ⁽⁹⁰⁾, non va preso proprio alla lettera. Basti considerare che, qualche riga dopo, l'estensore, si appresta a precisare che «andrà commisurato, in via equitativa, alla "possibilità perduta" di realizzarlo (intesa quale evento di danno rappresentato in via diretta e

anche nella prospettiva della diffusione di notizie pregiudizievoli e della lesione della propria immagine commerciale. Sotto quest'ultimo profilo segnalò Trib. Milano, 6 maggio 1985, in *Dir. inf. inform.*, 1985, 674; Trib. Roma, 5 febbraio 1959, in *Tem. romana*, 1959, 86, nelle quali è stato negato il risarcimento a due esponenti politici, rispettivamente Caruso e Coccia, per non essere stati eletti a causa di un'attività diffamatoria lesiva della loro reputazione.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Cass. civ., 14 giugno 2000, n. 8132, *cit.*

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Cass. civ., 12 ottobre 1988, n. 5494, *cit.*, 1998. Utili indicazioni sulla liquidazione del danno sono fornite da PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, *cit.*, 103 ss.; 120 ss., che ragiona sulla possibilità di liquidarlo in concreto sulla base della percentuale di probabilità in cui si riassume la *chance*. Così fatto 100 il danno astrattamente risarcibile, se la possibilità di conseguire il risultato utile è del 20% il pregiudizio sarà pari a 20. E questo il criterio seguito nel giudizio di merito oggetto del giudizio in Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, *cit.*, valutato che l'errore nella diagnosi del medico ha pregiudicato al 50% la possibilità per il paziente di guarire ha ridotto corrispondentemente il danno risarcibile.

⁽⁹⁰⁾ Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, *cit.*, nella specie, maggiori *chance* di sopravvivenza di un paziente al quale non era stata diagnosticata tempestivamente una patologia tumorale con esiti certamente mortali.

pdfjs.express

pdfjs.express

pdfjs.express

immediata dalla minore durata della vita e/o dalla peggiore qualità della stessa)»⁽⁹¹⁾. Naturalmente non è escluso che, in via equitativa, anche altri criteri possano essere presi in considerazione; verrebbe da osservare che qui ben potrebbe esser impiegato il calcolo percentuale di un algoritmo, per dare una rappresentazione razionale al valore economico della possibilità presunta.

In concreto per la perdita della *chance* di guarigione, il risarcimento del danno è stato valutato la metà della riduzione della integrità psicofisica subita dalla vittima. Ciò è accaduto in un caso in cui la vittima subì una riduzione permanente pari al 60% per non essere stata prontamente ricoverata in una camera iperbarica⁽⁹²⁾. In quella vicenda, il profilo della *chance* è emerso poiché la struttura di prima accoglienza non aveva questo macchinario, sicché la vittima avrebbe potuto ricevere le cure dopo qualche ora. Con soluzione salomonica, i giudici di merito hanno liquidato il danno pari alla metà del danno che sarebbe stato calcolato per una invalidità del 60%⁽⁹³⁾.

C'è chi in questo contesto ha impiegato «la responsabilità per perdita di *chances* quale paradigma sul quale modellare quella responsabilità proporzionale che lo scrivente ha ipotizzato da tempo come auspicabile evoluzione dell'attuale sistema della responsabilità civile in quanto più rispondente alle finalità deterrenti e risarcitoria che tale istituto è chiamato a perseguire»⁽⁹⁴⁾. Non mi pare che le ragioni che hanno fatto nascere la *chance* possano legittimare una revisione del sistema della responsabilità civile fino al punto da rimodellarlo sulle orme della responsabilità penale o del risarcimento del danno punitivo⁽⁹⁵⁾. Anche il danno da perdita della *chance* non patrimoniale nasce saldamente ancorato ad una funzione compensativo-satisfattiva che nulla ha in comune con la funzione deterrente della pena e del danno punitivo.

pdfjs.express

⁽⁹¹⁾ Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, *cit.*, con la precisazione che «tale "possibilità", per integrare gli estremi del danno risarcibile, deve necessariamente attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà e consistenza, rispetto ai quali il valore statistico-percentuale, ove in concreto accertabile, può costituire solo un criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto». Non è dato sapere come il giudice di merito applicherà questo principio.

⁽⁹²⁾ In altra vicenda, il Trib. Milano, 3 ottobre 2009, in *Foro it.*, *Le banche dati, archivio Merito ed extra*, ha portato all'80% del risultato finale l'importo del danno da perdita di *chance*. La sentenza è commentata da CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 33 ss.; da FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contratto impr.*, 2009, 1169 ss.; da GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio «garantista» sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, in *Dir. fam.*, 2009, 1886 ss.; da C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del Collegio*, in questa Rivista, 2010, 611 ss.; nonché da TESCARO, *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia CIRFininvest*, in *Resp. civ.*, 2010, 258 ss.

⁽⁹³⁾ Cfr. Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, *cit.*, la liquidazione e il relativo criterio non hanno costituito oggetto di impugnazione, quindi la sentenza non si è pronunciata su questo capo della sentenza.

⁽⁹⁴⁾ CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, *cit.*, 34. Segnalo che il *dictum* eccezionale della Cass. civ., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Foro it.*, 2010, I, 994, con nota di TASSONE, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*, è stato corretto da Cass. civ., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 180, con nota di PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla cassazione*.

In termini apparentemente più aperti FREDA, *Multifattorialità dell'evento e perdita di chance nella responsabilità medica: risarcimento parziale, risarcimento proporzionale, risarcimento equitativo ... nessun risarcimento*, *cit.*, 379 ss., spec. 408 ss.

⁽⁹⁵⁾ Indaga anche questo aspetto della *chance* come danno punitivo «sotto-compensativo», TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, *cit.*, 313 ss.

pdfjs.express

pdfjs.express