

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

DIPARTIMENTO SEMINARIO GIURIDICO
DOTTORATO DI DIRITTO PRIVATO
XXV CICLO

CARLA MARIA MICELI

IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE

———
TESI DI DOTTORATO
———

RELATORE:
Chiar.mo Prof. ANGELO BELFIORE

A N N O A C C A D E M I C O 2 0 1 2 / 2 0 1 3

*“Una crisi può essere una benedizione per ogni uomo e per ogni nazione,
poiché tutte le crisi portano progresso. La creatività nasce dalle difficoltà,
come il giorno nasce dalle tenebre della notte.
E dalla crisi che scaturiscono inventiva, scoperte e grandi strategie.
Chi supera la crisi supera se stesso senza essere superato”.*

Attribuito a *A. Einstein*, 1955

INDICE

Capitolo I

Il danno da perdita di *chance* nelle prassi giurisprudenziali

1. Premessa.	5
2. Il danno da perdita di <i>chance</i> quale peculiare tecnica di quantificazione del danno: <i>Cassazione 13 dicembre 2001 n. 15759</i> .	7
2.1. Segue: contenuto essenziale della pronuncia.	10
2.2. Segue: la <i>chance</i> e il sistema del diritto dato.	13
2.3. Segue: rilievi critici.	15
3. <i>Chances</i> perdute e pratiche giurisprudenziali: l' esame del dato statistico.	18
4. Le sentenze della Suprema Corte in linea di continuità con <i>Cassazione 13 dicembre 2001 n. 15759</i> .	21
5. La <i>chance</i> e l' accertamento del nesso causale nella lettura della giurisprudenza.	26
6. La figura della <i>chance</i> nelle prassi applicative: deviazioni (reali o soltanto apparenti) dalla ricostruzione giurisprudenziale prevalente.	35
7. Impieghi <i>sui generis</i> .	49
8. La <i>chance</i> nella giurisprudenza amministrativa.	55

Capitolo II

La *chance* nelle riflessioni della dottrina

1. La perdita di <i>chance</i> come ipotesi di danno emergente: <i>Calamandrei, De Cupis e Bocchiola</i> .	56
2. Una tecnica risarcitoria in piena espansione.	66

3. La <i>chance</i> come tecnica di quantificazione del danno: le critiche della dottrina.	67
3.1. Segue: la posizione di <i>Pietro Trimarchi</i> .	82
4. La via mediana: la <i>chance</i> come danno meramente patrimoniale.	86
4.1. Segue: brevi notazioni critiche.	93
5. La perdita di una <i>chance</i> e il giudizio di ingiustizia del danno.	95
5.1 Segue: possibili rilievi critici.	100

Capitolo III

Il danno da perdita di *chance* e la riscrittura delle regole causali

1. Danno da perdita di <i>chances</i> : prospettive a confronto.	112
1.1. Segue: <i>chance</i> e danno ingiusto.	113
1.2. Segue: la <i>chance</i> come autonomo bene giuridico.	114
2. Valutazione equitativa del danno e problemi di causalità.	120
3. La figura della <i>chance</i> e la riscrittura delle regole causali.	129
4. Il danno da perdita di <i>chances</i> : ragioni di forza e limiti di impiego.	132
 <i>Bibliografia</i>	 140

Capitolo I

IL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE* NELLE PRASSI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il danno da perdita di *chance* quale peculiare tecnica di quantificazione del danno: *Cassazione 13 dicembre 2001 n. 15759*. - 2.1. Segue: contenuto essenziale della pronuncia. - 2.2. Segue: la *chance* e il sistema del diritto dato.- 2.3. Segue: rilievi critici. - 3. *Chances* perdute e pratiche giurisprudenziali: l' esame del dato statistico. - 4. Le sentenze della Suprema Corte in linea di continuità con *Cassazione 13 dicembre 2001 n. 15759*.- 5. La *chance* e l' accertamento del nesso causale nella lettura della giurisprudenza. - 6. La figura della *chance* nelle prassi applicative: deviazioni (reali o soltanto apparenti) dalla ricostruzione giurisprudenziale prevalente. - 7. Impieghi *sui generis*. - 8. La *chance* nella giurisprudenza amministrativa.

1. *Premessa*. Oggetto del mio lavoro di ricerca è la controversa figura del **danno da perdita di *chances***.

Nella tradizione giuridica italiana, a differenza di quella francese, la *chance* è stata per lungo tempo intesa quale figura analoga al lucro cessante. Tuttavia, alcune voci isolate sotto la vigenza del vecchio Codice e, in particolar modo, nei primi decenni del XX secolo hanno suggerito un approccio al tema radicalmente diverso in cui, da un lato, vengono riscritte le regole sul nesso causale, accordandosi tutela ai danneggiati anche in presenza di danni incerti, e, dall' altro, si assicura la compatibilità di questa soluzione coi principi che reggono il nostro ordinamento mediante la costruzione (ricostruzione) della *chance* quale autonomo bene giuridico.

Emblematico del concreto atteggiarsi della figura il caso, sovente all' attenzione della giurisprudenza, del lavoratore cui venga illegittimamente impedita la partecipazione ad un concorso interno per l' accesso alla qualifica superiore.

Invero, accertato l' inadempimento e la sua imputabilità al datore di lavoro, risulta impossibile per il giudice verificare se, in caso di corretto espletamento dello scrutinio, il dipendente pretermesso sarebbe stato o meno incluso nel novero dei promossi. In altri termini, rimane incerta l' esistenza del pregiudizio da risarcire (la mancata promozione) o, più correttamente, resta

dubbia l' esistenza di un nesso eziologico certo (e non soltanto possibile) tra l' inadempimento e il danno.

Questa incertezza, in passato preclusiva del risarcimento, viene allora *bypassata* tramite il ricorso alla figura della *chance*: la possibilità di conseguire l' utilità anelata (*id est* la promozione) diviene essa stessa *res* tutelabile, bene patrimoniale autonomo, la cui perdita integra (non più un lucro cessante bensì) un' ordinaria ipotesi di danno emergente.

L' applicazione di quella che viene presentata come una mera tecnica di quantificazione del danno consente, quindi, al giudice, pur in presenza di un nesso causale indimostrato, di disporre comunque il risarcimento e di modularne l' ammontare in funzione della probabilità di realizzazione del risultato atteso: una riparazione, dunque, non integrale e rapportata al *c.d. final harm* bensì solo parziale e parametrata alla consistenza statistica delle *chances* compromesse.

In fattispecie di questo tipo (ma i casi potrebbero moltiplicarsi e si pensi al vasto contenzioso in materia di responsabilità medica) la *chance* viene, quindi, utilizzata in sede di determinazione del contenuto dell' obbligo risarcitorio nascente da una responsabilità (contrattuale o aquiliana) di già accertata nei suoi elementi costitutivi e si traduce, pertanto, nella riscrittura delle regole che attengono alla *c.d.* causalità giuridica, ovverosia al nesso causale che deve sussistere tra il fatto fonte di responsabilità e le conseguenze pregiudizievoli di cui il debitore/danneggiante può essere chiamato a rispondere.

Messa in campo con successo l' idea della *chance* quale entità autonoma, economicamente e giuridicamente rilevante, la figura del danno da occasioni perdute è stata ben presto utilizzata al differente scopo di rideterminare e di ridefinire le condizioni di nascita della responsabilità.

La diversa funzione cui viene piegata in questa prospettiva la figura della *chance* può essere chiarita richiamando, sia pur brevemente, la fattispecie decisa dalla Corte d' Appello di Parigi e fatta oggetto di analisi, a metà degli anni Sessanta del secolo scorso, da parte del *Busnelli*¹.

Un istituto di credito paga, per conto di un cliente, un assegno privo di copertura (assegno *c.d.* "a vuoto"). Tuttavia, il correntista, prima di aver potuto

¹ F. D. BUSNELLI, *Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 47.

ricostituire sul proprio conto la provvista necessaria, viene coinvolto suo malgrado in un incidente mortale. La banca trattaria conviene, quindi, in giudizio il terzo cui la morte improvvisa del cliente è imputabile per ottenere, a titolo di risarcimento, la restituzione della somma pagata sulla base dell' assegno scoperto. A causa dell' incidente automobilistico e del decesso del cliente, l' istituto bancario assume, infatti, di essere stato privato della possibilità di ottenere direttamente dal correntista la restituzione delle somme pagate sulla base dell' assegno emesso senza copertura.

A ben vedere nella fattispecie appena richiamata (diversamente dalla prima esemplificazione proposta) si tratta di appurare se esista *ab origine* un illecito che legittimi l' esercizio dell' azione risarcitoria. Il problema della rilevanza giuridica della *chance* si sostanzia, quindi, nell' interrogativo circa la stessa configurabilità di un illecito, fonte di responsabilità, nei confronti della banca trattaria². Pertanto, la costruzione del danno da occasioni mancate reagisce qui sul diverso terreno delle condizioni legittimanti la nascita del diritto al risarcimento. Questa seconda tematica è stata recentemente valorizzata e fatta oggetto di indagine specifica da *Mario Barcellona*³.

In considerazione di questi dati ho scelto di strutturare la mia riflessione intorno alla figura del danno da perdita di *chances* dando, anzitutto, conto degli orientamenti e delle diverse posizioni emerse in giurisprudenza ed in dottrina per poi riprendere i passaggi salienti e gli aspetti più significativi delle costruzioni via via esaminate nella parte finale dell' elaborato, dedicato alle conclusioni.

2. Il danno da perdita di chance quale peculiare tecnica di quantificazione del danno: Cassazione 13 dicembre 2001 n. 15759. Il danno da perdita di *chance* è formula linguistica non normativa, priva di riscontri nel sistema del Codice Civile e, più in generale, nel diritto scritto.

² La soluzione negativa sembra tuttavia preferibile: invero, il diritto alla restituzione delle somme pagate a terzi sulla base di un assegno privo di copertura ha natura patrimoniale sicché la banca potrà far valere un siffatto credito anche nei confronti degli eredi del correntista, tenuti, secondo le regole ordinarie, all' adempimento dei debiti contratti dal *de cuius*. Ciò posto, risulta estremamente difficoltoso individuare in capo all' istituto bancario un danno etichettabile come ingiusto, idoneo, quindi, a determinare la nascita dell' obbligo risarcitorio.

³ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino 2011, 400 e ss. e ID., *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, pubblicato in *Europa e dir. priv.*, 2011, 04, 945.

L'artificialità della figura, unitamente alla rilevata assenza di referenti normativi puntuali, determina, anzitutto, la scarsa rilevanza e la generale inconducenza di quegli approcci al tema (pure suggeriti o *tout court* messi all'opera dalla dottrina) incentrati specificamente sull'analisi etimologica del sostantivo *chance* ovvero sulla disamina dei caratteri che si vorrebbero qualificanti la figura. Su tali approcci non sembra necessario attardarsi: la ricostruzione della *chance* quale categoria giuridica autonoma prescinderebbe, dunque, in questa sede da ogni analisi circa l'etimologia del termine impiegato⁴ o le presunte note distintive che ne determinerebbero la specifica fisionomia⁵.

Per contro, nella nostra indagine sul danno da perdita di *chances* e sulla sua possibile strutturazione come schema scientifico produttivo di conoscenza è sembrato opportuno prendere le mosse dall'analisi della prassi applicativa ed, in particolare, dall'illustrazione delle posizioni assunte e delle costruzioni elaborate

⁴ Non sono pochi gli scritti sul tema che si aprono con una (più o meno compiuta) analisi etimologica. Scontando una certa approssimazione, può dirsi che *chance* è lemma della lingua francese traducibile con i termini italiani "fortuna", "sorte"; il suo significato generale è, però, quello di "possibilità" o "probabilità" ed è proprio in questa diversa accezione che il sostantivo *de quo* viene generalmente utilizzato dalla scienza *iuris*. Accanto alle accezioni recenti, sarebbe, tuttavia, possibile rinvenire un significato più antico del termine *chance*: la sua etimologia, infatti, andrebbe rintracciata nel latino *cadentia*, participio presente del verbo *cādo*, forma verbale che trova un equivalente nell'italiano *accadere*, *avvenire*, *capitare* o *andare a finire*. Nel suo significato più antico, dunque, la *chance* starebbe ad indicare la "*façon dont tombent les dés*" e, figurativamente, "*il modo favorevole o sfavorevole secondo cui si verifica un evento*" (così, M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 58, che fa discendere già dall'analisi dell'etimologia del termine *chance* la necessità di ricollegare al venir meno di un'occasione "*un valore economico, quanto meno negativo*"; rinviene l'etimologia del sostantivo *chance* nel latino *cadentia*, collegandolo espressamente alla caduta dei dadi da giuoco, anche M. BARCELLONA, *Chance e causalità ...*, cit., 983; l'indicazione non è estranea neppure alla giurisprudenza: così Cons. Stat., sez. VI, 14 settembre 2006 n. 5323, 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*"). È, tuttavia, ben evidente come nessuna indicazione realmente utile possa trarsi dalla mera speculazione linguistica.

⁵ Invero, in tanto può discorrersi di connotati o caratteri propri della *chance* in quanto si omette la sua natura squisitamente artificiale: il mondo del diritto non è popolato, infatti, da cose ma da costruzioni la cui comprensione esige che i concetti, le regole e gli istituti da indagare siano posti sempre in correlazione specifica con le funzioni e gli obiettivi che, per il loro tramite, si intende raggiungere. Così, ragionare sui tratti caratterizzanti il danno da occasioni mancate (*indimostrabilità* del risultato favorevole, *irrimediabilità* della perdita, *esistenza serietà* o *non trascurabilità* della *chance*) o si rivela operazione intrinsecamente insensata oppure esprime la diversa volontà di rintracciare, nella prassi che ne fa uso, gli elementi distintivi di una regola della cui compatibilità con l'ordinamento si discute. In questo secondo caso, però, risulta imprescindibile l'analisi delle decisioni giurisprudenziali: diversi sono, infatti, gli scopi perseguiti attraverso l'utilizzo della *chance*, diverse le regole costruite e diversi, quindi, anche i caratteri rilevanti.

in seno alla giurisprudenza. Si è, dunque, provveduto a selezionare nel vasto materiale giurisprudenziale quelle sentenze che, più di altre, consentono all'interprete di costruire un modello sufficientemente chiaro della *chance* (del danno da perdita di) quale autonoma *figura iuris*.

In tal senso, risulta particolarmente utile la disamina della *sentenza 13 dicembre 2001 n. 15759*⁶.

In questa pronuncia i giudici della Suprema Corte tornano ad affrontare l'interrogativo sull'estensione dell'obbligo risarcitorio gravante sul professionista al cui inadempimento sia imputabile la perdita, per il cliente, della possibilità di proporre gravame⁷. In particolare, ci si domanda se il professionista negligente possa essere chiamato a rispondere non tanto della perdita del risultato atteso (riforma della sentenza, accoglimento dell'opposizione) - la cui realizzabilità, in assenza dell'inadempimento, rimane per lo più dubbia o, comunque, indimostrata ed indimostrabile - quanto, piuttosto, della privazione della mera possibilità di conseguire tale utilità.

Tralasciando l'esame dei profili che esulano dal nostro tema⁸, è opportuno soffermare l'attenzione sui passaggi della sentenza in commento dedicati specificamente al problema della risarcibilità del danno da *chances* perdute e della sua costruzione come categoria concettuale autonoma. Si provvederà, quindi, ad

⁶ Pubblicata in *Giust. civ.*, 2002, I, 1285; in *Foro It.*, 2002, I, 1804 e in *Danno e resp.*, 2002, 393 con nota di A.L. BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle "regole". Ma quanto vale un'occasione?*

⁷ La vicenda che ha originato la controversia decisa dai Giudici può così riassumersi: le s.r.l. *x* e *y* sono legate al dottore commercialista *z* da un rapporto di comune domiciliazione; nel maggio del 1985 presso lo studio di *z* vengono notificati dall'Ufficio Registro avvisi di accertamento fiscale per circa duecentocinquanta milioni di lire; il professionista incaricato omette, tuttavia, di dare tempestiva comunicazione alle domiciliate dei suddetti avvisi sicché, trascorso infruttuosamente il termine per la loro impugnazione, l'Amministrazione finanziaria procede alla riscossione delle somme in essi portate. A fronte della colpevole inerzia del professionista, le due s.r.l. decidono di agire in giudizio per il risarcimento dei danni sofferti; la loro domanda viene, tuttavia, rigettata in entrambi i gradi di merito. In particolare, tanto il giudice di prime cure quanto la Corte d'Appello ritengono di dover escludere la sussistenza di un pregiudizio risarcibile: pur accertato, l'inadempimento del professionista non potrebbe, infatti, considerarsi causa né del danno derivante dalla mancata impugnazione degli avvisi di accertamento - pregiudizio, questo, riconoscibile per la Corte territoriale soltanto ove si abbia la **certezza morale del sicuro fondamento del gravame** - né del danno da perdita di *chance* - **pregiudizio** considerato, invece, **irrisarcibile alla stregua del diritto vigente** -. Si apre, dunque, il giudizio di Cassazione, al termine del quale la pronuncia d'appello viene integralmente cassata in favore delle ricorrenti.

⁸ Possono citarsi, a mero titolo esemplificativo, il problema della corretta qualificazione giuridica del contratto di comune domiciliazione e, conseguentemente, delle norme ad esso applicabili nonché il problema della possibile riconduzione al paradigma dell'art. 1225 cod. civ. del danno derivante dalla perdita della possibilità di usufruire della più favorevole normativa sopravvenuta.

illustrare il contenuto essenziale della pronuncia salvo poi interrogarsi su quale sia il tipo di auto-rappresentazione offerta dagli stessi giudici della soluzione ivi praticata.

2.1 *Segue: contenuto essenziale della pronuncia.* L' adeguata qualificazione della fattispecie, cui ricondurre il caso sottoposto, induce i Giudici di legittimità a distinguere nettamente il *danno da mancata impugnazione* degli avvisi di accertamento dal pregiudizio connesso alla *perdita della* (mera) *possibilità d' impugnazione*. Queste due differenti categorie di danno, spesso confuse (e sovrapposte anche nella sentenza gravata⁹), vengono quindi esaminate distintamente in ragione delle profonde differenze, strutturali e di disciplina, che contrassegnano, nel ragionamento della Corte, le due ipotesi di danno.

Ad avviso dei Giudici di legittimità, dovrebbe predicarsi l' esistenza del *danno da mancata impugnazione*, ogni qual volta l' esatto e tempestivo adempimento dell' obbligazione assunta avrebbe consentito al creditore di proporre un gravame contraddistinto, alla stregua di una valutazione prognostica, da ragionevoli probabilità di accoglimento. Ai fini della risarcibilità di questa prima categoria di pregiudizio non sarebbe dunque necessario per il creditore dar prova del sicuro fondamento del gravame, essendo piuttosto sufficiente – in ossequio all' evoluzione giurisprudenziale intervenuta in tema di nesso eziologico – che l' accoglimento dell' impugnazione si presenti come conseguenza “*più probabile che no*”.

Una diversa prospettiva d' indagine dovrebbe, per contro, adottarsi ove ci si interroghi sulle condizioni di rilevanza del diverso *danno da perdita della possibilità d' impugnazione* (c.d. danno da perdita di *chance*). Dichiarando di accogliere sul punto le sollecitazioni provenienti da dottrina e giurisprudenza, la Suprema Corte ritiene, infatti, di dover configurare il danno da occasioni mancate quale peculiare lesione del diritto all' integrità del patrimonio. Invero la *chance*, quale possibilità concreta ed effettiva di conseguire un determinato bene,

⁹ La Cassazione, invero, imputa alla Corte capitolina di non aver adeguatamente distinto queste due tipologie di pregiudizio finendo per considerare il danno da perdita di *chance* non una situazione soggettiva autonoma bensì, soltanto, un differente modo di atteggiarsi della situazione soggettiva afferente al danno da mancata impugnazione.

rappresenterebbe un' entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d' autonoma valutazione, di modo che la sua perdita verrebbe ad integrare un pregiudizio distinto e del tutto autonomo dal *c.d. final harm*.

Il problema della rilevanza giuridica della *chance*, pur implicitamente contenuto nel diverso interrogativo circa la risarcibilità del danno da mancata impugnazione, dovrebbe, quindi, da questo essere nettamente distinto.

Nello sviluppare le considerazioni svolte in funzione delle caratteristiche del caso concreto, la Corte di Cassazione rileva ancora come la prospettiva suggerita trovi conforto nelle dinamiche sottese all' accesso ed all' utilizzo del sistema giudiziario quale indispensabile strumento di tutela per i consociati: l' agire o il contraddire, infatti, a prescindere dalla loro eventuale fondatezza, garantirebbero alla parte in giudizio tutto un ampio ventaglio di opportunità – transigere la lite, procrastinarne la soluzione, giovare di situazioni (di fatto o di diritto) sopravvenute – la cui autonoma rilevanza, sotto il profilo economico, risulterebbe innegabile.

Alla distinzione tra danno da mancata impugnazione e danno da perdita della (mera) possibilità di proporre gravame la Corte di Cassazione ricollega peraltro notevoli conseguenze operative non solo per quanto attiene al diverso atteggiarsi dell' onere probatorio ma anche, e soprattutto, in punto di determinazione del *quantum debeatur*.

Ed infatti, raggiunta la prova circa la sussistenza del danno da mancata opposizione, il risarcimento dovuto dovrebbe essere sempre e comunque integrale, ovvero sia liquidato con riferimento al valore complessivo del risultato utile mancato. Per contro, laddove oggetto della riparazione sia il diverso danno da perdita di *chances*, l' ammontare del risarcimento da corrispondere dovrebbe, invece, essere parametrato al valore delle opportunità perdute. La monetizzazione delle *chances* non potrebbe, quindi, prescindere dalla valutazione del grado di probabilità di conseguimento dell' evento sperato: preso a parametro di riferimento il vantaggio economico complessivamente realizzabile in caso di accoglimento del gravame, il *quantum* della riparazione verrebbe ad essere determinato dall' applicazione al valore *de quo* di un coefficiente di riduzione,

proporzionato alla consistenza statistica delle *chances* perdute. Ove poi tale criterio risultasse di difficile applicazione, il giudice potrebbe, comunque, giovare della regola consacrata dall' articolo 1226 cod. civ..

Quanto, infine, ai rapporti, anche processuali, tra queste due forme di pregiudizio, la Cassazione conclude per la loro reciproca autonomia ed indipendenza. Il concetto verrà ripreso e sviluppato dalla giurisprudenza successiva¹⁰: a beni giuridici differenti corrisponderebbero, infatti, domande di

¹⁰ Così, Cass., sez. III, 4 marzo 2004 n. 4400: "... *ciò che occorre porre in rilievo è che la domanda per perdita di chances è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato. Infatti, in questo secondo caso la stessa collocazione logico-giuridica dell' accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale, mentre nell' altro caso attiene al momento della determinazione del danno: in buona sostanza nel primo caso le chances sostanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l'oggetto della perdita e quindi del danno. ... Ne consegue, nell' ambito della responsabilità dei medici per prestazione errata o mancante, cui è conseguito il danno del mancato raggiungimento del risultato sperato, se è stato richiesto solo questo danno, non può il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di chances, che il creditore della prestazione sanitaria aveva, neppure intendendo questa domanda come un minus rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l' una nell' altra*" (pubblicata in *Danno e resp.*, 1, 2005, 45, con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*). Nello stesso senso, vedi anche Cass., sez. lav., 5 settembre 2003 n. 13001, pubblicata in *Arch. civ.*, 2004, 938. Particolarmente rilevante Cass., sez. lav., 9 gennaio 2003 n. 123, pubblicata in *Arch. civ.*, 2003, 1233, secondo cui "*correttamente ... il Tribunale ha concluso per la diversità del fatto costitutivo - inserimento in testa alle graduatorie per gli avanzamenti, cosiddette code di tipo B - del diritto alla promozione fatto valere in giudizio, da quello per la perdita di chance derivante dalla esclusione dalla graduatoria dei partecipanti alla selezione per i corsi di formazione per l' inquadramento all' area superiore ... In effetti, una cosa è l' affermazione di un diritto alla promozione che il soggetto ritenga acquisito al suo patrimonio, altra è la situazione di chi abbia solo una possibilità di promozione, **dovento in tal caso essere verificate una serie di circostanze** (numero dei candidati alla promozione, posizione in graduatoria, numero dei posti a concorso) **al fine di valutare la consistenza dell' aspettativa dedotta, e la cui allegazione è onere della parte che vanti la suddetta possibilità, si che si tratta di ipotesi diverse di danno fondate su fatti differenti e perciò domande non comprese necessariamente l' una nell' altra**". Dunque, l' impossibilità (peraltro, non assoluta) del giudice di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento delle *chances* perdute quando sia stata prospettata e chiesta soltanto la riparazione del *c.d. final harm* non discenderebbe da ragioni, per così dire, ontologiche ma piuttosto dall' estrema diversità dei due temi di prova. L' assunto trova conferma anche in Cass., sez. lav., 10 novembre 1998 n. 11340 ove si rileva come la liquidazione equitativa del danno da perdita di *chances* presupponga "*oltre ad una prospettazione diversa della domanda, l' allegazione di fatti diversi che il giudice non poteva conoscere di ufficio*". Per contro, si attestano sulla tesi che riconosce al giudice la possibilità di risarcire la *chance* anche quando sia stato lamentato il solo *final harm*, Cass., sez. lav., 27 maggio 2002 n. 7745 pubblicata in *Arch. civ.*, 2003, 323 e, meno recentemente, Cass., sez. lav., 29 aprile 1993 n. 5026 pubblicata in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 234 con nota di A. M. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una chance*, Cass., sez. lav., 28 maggio 1992 n. 6392 pubblicata in *Foro it.*, 1993, 1 e Cass., sez. lav., 24 gennaio 1992 n. 781. Ritiene non nuova la domanda di perdita di *chances* proposta per la prima volta in sede di legittimità, Cass., sez. III, 14 giugno 2011 n. 12961 (pubblicata in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 10, 2046 con nota di G. MIOTTO, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della "possibilità" (o "probabilità") dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, ed in *Resp. civ.*, 2012, 5, 339 con nota di A. CONTINISIO, *Chi perde una chance perde un tesoro*) secondo cui la domanda di*

riparazione ontologicamente distinte sicché, richiesto in giudizio il solo risarcimento del *c.d. final harm*, non potrebbe il giudice esaminare la diversa domanda di riparazione del danno da perdita di *chances*, neppure configurandola come un *minus* rispetto a quella originariamente proposta, costituendo, invece, domande differenti non ricomprese l'una nell'altra.

2.2. *Segue: la chance e il sistema del diritto dato.* Illustrato il contenuto essenziale della sentenza in commento, è bene interrogarsi sul tipo di *auto-rappresentazione* che i Giudici di legittimità offrono dell'operazione in concreto realizzata.

Nella prospettiva assunta dalla Corte di Cassazione, l'ingresso nel patrimonio di conoscenze dell'interprete (e, quindi, anche del giudice) della figura del danno da perdita di *chances* rappresenta un espediente di grande utilità e rilevanza pratica ma intrinsecamente inidoneo ad innovare il sistema del diritto dato.

Da un lato, quindi, il ricorso alla categoria concettuale della *chance* contribuirebbe ad escludere errori valutativi nella determinazione del *quantum debeatur*: in presenza di dubbi circa l'esistenza di un nesso eziologico adeguato tra l'illecito (*ex contractu* o *ex delicto*) e la perdita dell'utile atteso, il giudice potrebbe, infatti, essere erroneamente indotto a negare qualsiasi risarcimento; per contro, il rilievo generalizzato accordato alla figura della *chance* consentirebbe di facilitare al giudice l'individuazione di una perdita (quella della mera possibilità di conseguire il risultato sperato) certamente meritevole di tutela.

Dall'altro lato, la rilevanza risarcitoria assunta dalla *chance* sarebbe frutto non già della riscrittura del sistema normativo, bensì dell'applicazione puntuale e diretta delle regole dettate in materia di risarcimento: il riconoscimento della *chance* non implicherebbe, quindi, alcuna reale attività creativa dell'interprete discendendo, piuttosto, dal principio generale che vuole risarcibili la perdita dei beni e la lesione dei diritti facenti capo al creditore/danneggiato. La figura della *chance* non introdurrebbe, quindi, alcun tipo di frattura o discontinuità nel sistema

risarcimento avente ad oggetto l'occasione perduta rappresenterebbe soltanto una riduzione della domanda originariamente proposta, riduzione cui peraltro ben potrebbe procedere d'ufficio lo stesso giudice.

del risarcimento rappresentando, piuttosto, puntuale applicazione di quelle regole e di quei principi che il sistema risarcitorio fondano.

Propria in una siffatta prospettiva deve leggersi la reificazione delle probabilità perdute realizzata dai giudici: nel ragionamento della Corte, le *chances* di profitto divengono, infatti, esse stesse poste del patrimonio aggredito, distinguibili nettamente dal risultato utile sperato e bisognevoli, in quanto tali, di tutela e protezione secondo le regole ordinarie dettate in materia di risarcimento.

I giudici della Suprema Corte si affrettano, dunque, a giustificare la pretesa autonomia della *chance* dalla *c.d.* posta finale: si rileva, allora, come la possibilità di proporre gravame e, dunque, la stessa possibilità di essere parte in un procedimento giudiziario risulti connotata (a prescindere dall' esito) da una propria, specifica, rilevanza patrimoniale di modo che nessun ostacolo potrebbe frapporsi alla riconduzione della perdita di *chances* nel novero delle voci di danno suscettibili di riparazione.

Costruita la *chance* quale entità patrimoniale a sé stante, suscettibile di essere valutata autonomamente sia sotto il profilo economico sia sotto quello giuridico, appare evidente come la risarcibilità delle opportunità mancate finisca per rientrare nell' alveo di ciò che l' ordinamento già conosce e disciplina: le *chances* di profitto, infatti, integrano (concorrono ad integrare) il patrimonio aggredito dall' illecito sicché la riparazione della loro perdita null' altro esprimerebbe che l' esigenza di porre rimedio ai danni arrecati dall' agente attraverso gli ordinari mezzi a tal fine predisposti dal legislatore.

La *figura iuris* del danno da perdita di *chances* assurge, in definitiva, a mera tecnica di quantificazione del danno il cui ingresso nell' ordinamento viene dalla giurisprudenza giustificato attraverso un uso (quanto meno) artificioso della distinzione tra lucro cessante e danno emergente. Così, nella sentenza in commento, anziché ritenere l' inadempimento del professionista causa del venir meno di un' aspettativa (quella all' accoglimento dell' opposizione) la cui realizzazione era possibile ma non certa (lucro cessante), i giudici ricollegano alla condotta imperita del commercialista un danno emergente, consistente nella mera perdita della possibilità d' impugnazione.

Qualificata, infatti, la perdita di una *chance* come danno emergente, ogni profilo di incertezza correlato alla figura finisce per essere automaticamente traslato dal piano dell' *an* del risarcimento a quello della sua esatta quantificazione.

2.3 *Segue: rilievi critici.* Trascurando, almeno per il momento, il problema centrale della riconducibilità al sistema del diritto dato del modello offerto dalla Suprema Corte, in questa sede possono utilmente mettersi in evidenza quei profili della decisione in esame che più suscitano dubbi e perplessità.

Come si è avuto modo di osservare, la Cassazione assimila il risarcimento delle *chances* perdute alla riparazione apprestata per la lesione di un qualsivoglia bene giuridico; questa impostazione del problema consente alla Corte di sciogliere sbrigativamente il nodo gordiano della presunta irrisarcibilità per il diritto vigente della perdita di un utile solo possibile. È in questa prospettiva che può cogliersi, allora, l' importanza dell' affermata autonoma rilevanza patrimoniale delle *chances*.

Nondimeno certamente poco felice risulta l' esemplificazione offerta.

La patrimonialità della *chance* (e, conseguentemente, la patrimonialità del danno derivante dalla sua privazione) viene, infatti, ricollegata dalla Suprema Corte al valore economico che indiscutibilmente presentano talune delle opportunità che la partecipazione ad una lite giudiziaria generalmente determina. E tuttavia, appare poco convincente la scelta di riconnettere la rilevanza patrimoniale della *chance* ad utilizzi per lo meno impropri del sistema giudiziario che finiscano per sfruttarne distorsioni e storture¹¹.

Al fine di rendere evidente la fallacità dell' esemplificazione proposta può pensarsi allo scontro fra autovetture che coinvolga l' incolpevole *Sempronia*, casalinga di bell' aspetto, che a causa delle lesioni riportate perde definitivamente

¹¹ Il comportamento processuale scorretto della parte che profitta indebitamente del processo e delle *chances* di lucro che questo genera finisce per essere elevato dalla Corte a modello virtuoso, a detrimento non solo, e non tanto, dell' interesse di colui che la condotta altrui subisce ma anche e, soprattutto, dell' interesse generale al buon funzionamento del sistema della giustizia ed ad un' efficiente allocazione delle risorse complessivamente destinate all' apparato giurisdizionale. Sorprende, quindi, che i Giudici di legittimità abbiano con tanta leggerezza sacrificato all' altare della *chance* l' interesse collettivo alla riduzione dei costi della giustizia ed alla corretta gestione della *res publica*.

la possibilità di implementare le proprie entrate familiari dedicandosi in modo saltuario al meretricio. Portando alle estreme conseguenze il ragionamento sviluppato nella sentenza, tra le poste di danno di cui *Sempronia* potrebbe a buon titolo chiedere la riparazione (danno biologico, danno al mezzo, danno da perdita e/o riduzione della capacità lavorativa specifica) dovrebbe senz'altro trovare spazio anche il diverso danno da perdita di *chances* correlato alla remunerativa attività di *escort* che la casalinga, in ragione della propria avvenenza, avrebbe ben potuto, in futuro, scegliere di intraprendere¹². Non si vede allora, mutuando l' *iter* argomentativo della Corte, perché negare la risarcibilità di una *chance* che senza dubbio presenta una propria specifica rilevanza patrimoniale.

Il carattere paradossale dell' esempio proposto consente, dunque, di verificare gli effetti perversi cui rischia di condurre la soluzione adottata in sentenza.

Ma vi è di più. Nel riconoscere alla *chance* di impugnazione un preciso valore economico in forza della possibilità di transigere la lite che la prosecuzione del giudizio avrebbe potuto assicurare, la Corte di Cassazione tace, tuttavia, circa le condizioni in presenza delle quali può assegnarsi valore patrimoniale alla semplice possibilità di concludere una transazione (dovrà, ad esempio, l' attore provare l' esistenza di trattative o di accordi, seppur ancora parziali, aventi ad oggetto proprio la stipula di un negozio transattivo?). In altri termini l' interrogativo circa la configurabilità della *chance* di impugnazione come entità dotata di autonoma rilevanza non viene affatto risolto ma si tramuta soltanto nel diverso interrogativo in ordine al rilievo da assegnare alla mera possibilità di transigere, in sé e per sé sola considerata, ed alla sua configurabilità come bene economicamente e giuridicamente valutabile.

Si tratta di un' indicazione di non poco momento. Invero, il problema centrale rispetto alla figura della *chance* costruita dalla giurisprudenza attiene

¹² Per quanto volutamente ai limiti dell' assurdo, il caso di scuola cui si fa riferimento nel testo non è poi così lontano dalla controversia decisa dai Giudici di legittimità: al pari delle *chances* di cui la Suprema Corte ammette la riparazione, le possibilità di lucro di cui la nostra sfortunata casalinga lamenta la perdita sono correlate ad un' attività (quella di accompagnatrice a pagamento) penalmente irrilevante, dovendosi considerare la prostituzione attività che, seppur contraria al buon costume, non costituisce però reato (*Cass., sez. V, 13 maggio 2011 n. 10578*). D' altronde, rispetto all' attività di *escort* non si dà azione alcuna in favore del cliente poco accorto cui risulta invero preclusa la ripetizione di quanto spontaneamente versato.

proprio alla possibilità di strutturare fondatamente (e al di là delle speculazioni linguistiche o di meri giochi verbali) la *chance* come bene giuridico in senso proprio¹³.

Ancora, e sotto un diverso profilo, nell' impostazione seguita dalla Corte rimane oscuro il criterio o il complesso di criteri che dovrebbero presiedere l' individuazione del tasso probabilistico cui commisurare la *chance*.

In altri termini la determinazione della probabilità di avveramento del risultato utile sperato, in assenza di indici obiettivi cui riferirsi, resta in balia dell' arbitrio del singolo giudicante. Una siffatta incertezza circa la consistenza statistica della *chance* si riflette, poi, inevitabilmente, sull' individuazione del controvalore da riconoscere alla possibilità perduta.

Diversamente, qualora oggetto della riparazione fosse stata, ad esempio, la perdita dell' opportunità di realizzo di un credito contestato determinata dalla mancata impugnazione di una sentenza sfavorevole, la possibilità di rinvenire un mercato (e, dunque, un valore di mercato) per i crediti oggetto di contestazione dinanzi all' autorità giudiziaria avrebbe consentito alla Corte di individuare un punto di riferimento preciso cui ancorare il risarcimento e la sua quantificazione¹⁴.

Invece, sostituita l' indagine sull' esistenza di un mercato (effettivo o ideale) con quella, senz' altro più evanescente, circa il tasso di probabilità di avveramento della *c.d.* posta finale aumenta inevitabilmente ed in modo esponenziale il rischio di valutazioni arbitrarie¹⁵.

¹³ Sia consentito il rinvio all' ultimo capitolo del presente elaborato.

¹⁴ Invero, similmente ai crediti di difficile liquidazione - perché crediti in sofferenza (*non-performing loan*), ossia vantati nei confronti di debitori insolventi ovvero perché crediti incagliati (*doubtful loan*) riferiti, cioè, a debitori in situazione di difficoltà soltanto transitoria - è possibile ipotizzare l' esistenza di un mercato anche per i crediti oggetto di contestazione dinanzi all' autorità giudiziaria. Ove, quindi, il giudice possa giovare dell' esistenza di un siffatto mercato, il risarcimento dovuto potrebbe essere facilmente parametrato al prezzo di mercato del credito oggetto di contestazione.

¹⁵ Proprio l' individuazione dell' indice probabilistico cui rapportare la *chance* e, più in generale, l' individuazione del metodo da utilizzare per la costruzione dei tassi di probabilità ha rappresentato (e continua a rappresentare) uno dei nodi cruciali della teorica del danno da occasioni perdute. Nel formante giurisprudenziale, un certo rilievo è riconosciuto da sempre ai dati di fatto ed alle circostanze concrete che concorrono a determinare la fattispecie: così, ad esempio, per le *chance* perdute nell' ambito degli appalti-concorso indetti dalla Pubblica Amministrazione ovvero in seno alle procedure concorsuali private per l' assunzione o promozione di lavoratori, i giudici frequentemente scelgono di calcolare le probabilità di avveramento perdute facendo riferimento al numero dei partecipanti, ai punteggi fissi eventualmente attribuiti ai concorrenti, all' incidenza dei punteggi discrezionali sulla valutazione complessiva da assegnare a ciascun candidato. Nelle controversie in materia di responsabilità professionale dei medici e degli operatori sanitari in

3. *Chances perdute e pratiche giurisprudenziali: l' esame del dato statistico.* Tracciati i passaggi salienti del percorso argomentativo seguito dalla Cassazione nel 2001 è adesso possibile volgere lo sguardo alle applicazioni ed alle pratiche della giurisprudenza. Duplice la strada da percorrere: anzitutto, si tenterà di dar conto dei profili più strettamente quantitativi del fenomeno (numero delle decisioni rese, frequenza delle soluzioni adottate, ammontare dei risarcimenti disposti); in secondo luogo, ci si impegnerà in una rapida rassegna degli arresti giurisprudenziali più significativi allo scopo di valutare se (e in che misura) il modello di *chance* confezionato dalla Suprema Corte trovi eco e riscontro nella prassi.

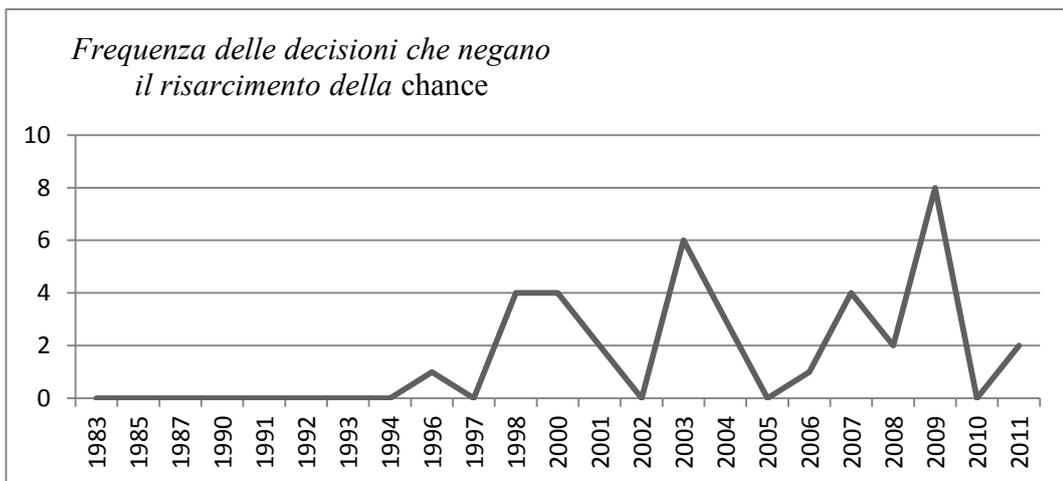
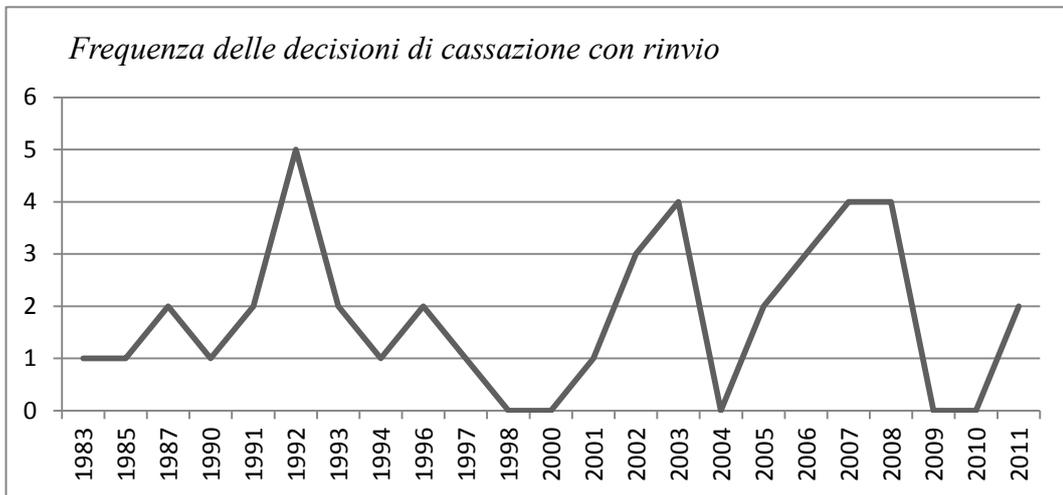
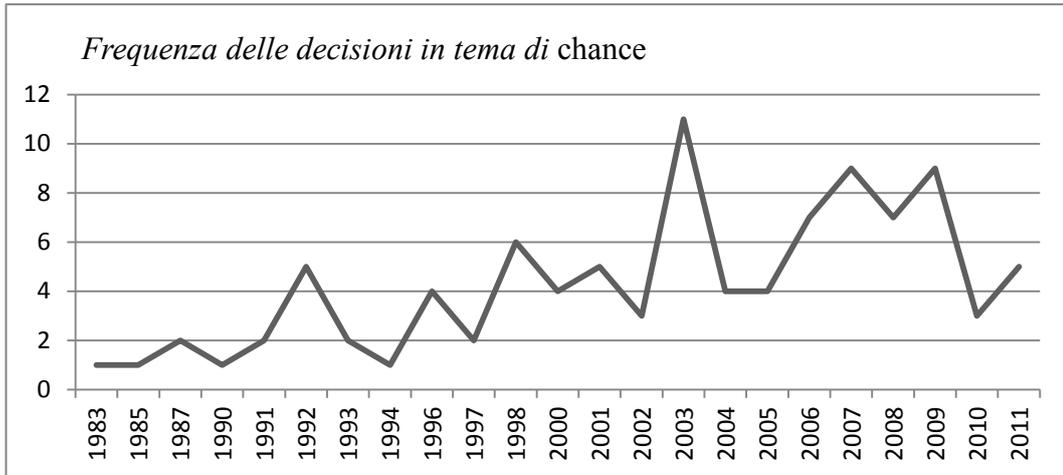
Un primo approccio, per quanto non risolutivo, è rappresentato dall' esame del dato statistico. L' analisi delle decisioni rese dalla Corte in tema di *chance* dal 1983 al 2011 consente, infatti, di valutare gli esiti dell' applicazione più che ventennale del danno da occasioni perdute.

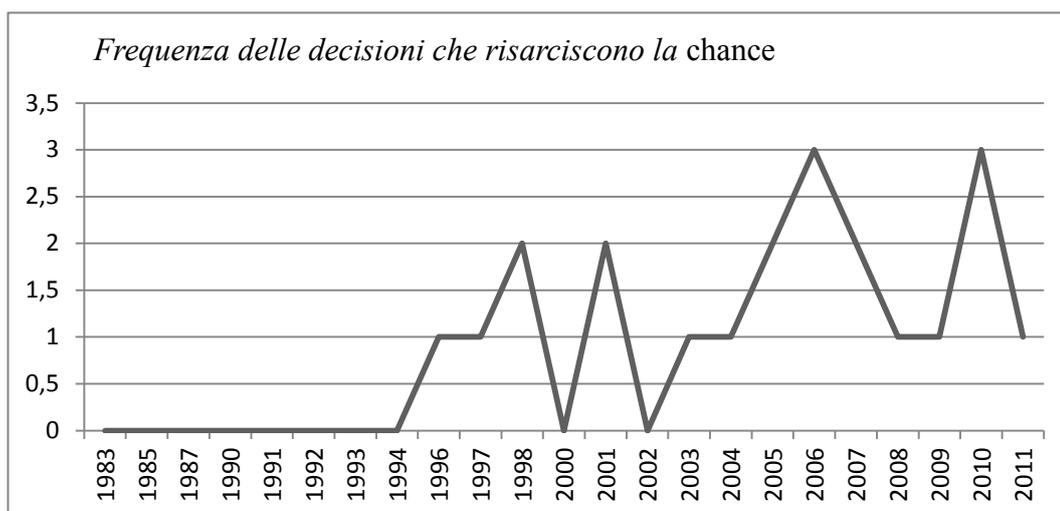
Dato un campione di novantanove sentenze, nel *trentasette per cento* (37%) dei casi la Cassazione ha negato la risarcibilità della *chance*; nel *quarantadue per cento* (42%) delle ipotesi i giudici di legittimità hanno invece cassato la sentenza d' appello rinviando la controversia ad un nuovo esame della Corte territoriale; infine, nel *ventuno per cento* (21%) delle decisioni esaminate, la Suprema Corte ha confermato *an* e *quantum* della liquidazione disposta dai Giudici del merito.

Di un qualche interesse anche l' esame delle modificazioni subite dalle variabili prese a riferimento nell' intervallo di tempo considerato (1983 – 2011).

Tali variazioni sono state esemplificate nei grafici che seguono

genere, la costruzione del tasso di probabilità che sostanzia la *chance* è rimessa per lo più alla consulenza tecnica, cui spetta il compito di accertare volta per volta la consistenza statistica delle possibilità di guarigione o sopravvivenza compromesse dall' azione od omissione del medico negligente, valutando a tal fine l' efficienza causale della condotta del sanitario. Infine, quando si verta nel campo della responsabilità del professionista legale, la probabilità di avveramento del risultato sperato (accoglimento della domanda, riforma della sentenza sfavorevole) viene generalmente individuata dallo stesso giudice tramite il riesame nel merito (ma ai soli fini del risarcimento) del giudizio nel cui corso si sia innestata la condotta negligente dell' avvocato.





dove la linea spezzata indica, in veste grafica, come varia, anno per anno, rispettivamente il numero complessivo delle sentenze della Corte di Cassazione che si sono occupate del tema della *chance*, il numero delle pronunce di rinvio al giudice del merito, il numero delle decisioni in cui la Suprema Corte ha negato tutela all' occasione perduta e, infine, il numero delle sentenze che ne hanno disposto la riparazione.

Infine, ultimo dato di rilievo, l' ammontare delle somme mediamente liquidate dai Giudici in favore del titolare della *chance* perduta, pari a € 20.490,00.

Chi scrive è consapevole che il dato statistico, in sé e per sé solo considerato, può anche rivelarsi poco significativo o, addirittura, fuorviante.

Aggregando dati che si suppongono omogenei, la statistica consente invero di ridurre la complessità fenomenica, favorendone l' analisi; al contempo, tuttavia, la sintesi e la semplificazione dei dati che si realizza mediante il metodo statistico determina, inevitabilmente, la perdita di fette più o meno ampie di informazioni. Così, ad esempio, la circostanza che nel 2003 il *trentasei per cento* (36%) delle controversie decise dai Giudici di legittimità si sia concluso con una sentenza di rinvio, nulla ci dice in ordine ai motivi della cassazione: l' esame del dato statistico non ci consente, infatti, di sapere se il rinvio sia stato determinato dalla negazione in astratto della figura della *chance*, dal difetto di prova circa la sua esistenza in concreto ovvero da motivi del tutto estranei alla figura in esame.

Nondimeno, l'indagine statistica ci consegna, comunque, talune indicazioni di una certa rilevanza:

a) anzitutto, balza immediatamente agli occhi il numero piuttosto limitato dei casi in cui la Suprema Corte, confermando le statuizioni dei giudici di appello, ha disposto il risarcimento del danno da occasioni mancate: solo ventuno volte in ventinove anni, pari al *ventuno per cento* (21%) dei giudizi decisi;

b) in secondo luogo, spicca la percentuale senza dubbio elevata (42%) delle sentenze in cui la Cassazione ha rinviato la controversia ad un nuovo esame del giudice del merito. Ciò che in particolar modo attira l'attenzione non è certo il numero consistente delle pronunce di rinvio all'indomani del *revirement* giurisprudenziale con cui la Cassazione, innovando le prassi pregresse, ha cominciato ad ammettere la risarcibilità del danno da perdita di *chance* (addirittura tra il 1983 e il 1994 tutte le sentenze rese dalla Suprema Corte sono state decisioni di rinvio); piuttosto, si appalesa di un certo interesse la frequenza, sempre elevata, delle sentenze di rinvio anche negli anni successivi (tra il 2001 e il 2011 le decisioni di rinvio sono state, in media, il 32% delle sentenze complessivamente emesse anno per anno). Dato, questo, che potrebbe forse suggerire una qualche incertezza da parte delle Corti nell'impiego della figura del danno da perdita di *chances*.

4. *Le sentenze della Suprema Corte in linea di continuità con Cassazione* 13 dicembre 2001 n. 15759. Richiamato brevemente il dato statistico, può adesso tracciarsi un quadro sintetico del panorama giurisprudenziale. In particolare, l'analisi della prassi consentirà di verificare la coerenza tra la peculiare costruzione della *chance*, emersa limpidamente nella *sentenza 13 dicembre 2001 n. 15759*, e le prospettive che animano i diversi contributi offerti dalle nostre Corti, soprattutto in sede di legittimità; l'indagine consentirà, altresì, di individuare, nell'economia delle decisioni esaminate, i compiti attribuiti e, correlativamente, i tipi di problemi risolti tramite il ricorso alla categoria in parola. A tal fine sarà, tuttavia, necessario mettere da canto le declamazioni di principio (e, quindi, le formule impiegate) e dovranno per contro analizzarsi le pratiche, ovverosia i casi e le soluzioni, in concreto, adottate dai giudici.

Un primo gruppo di decisioni raccoglie quelle sentenze che si pongono in linea di sostanziale continuità con la pronuncia della Corte di Cassazione presa qui a modello di riferimento.

Questa coerenza si esprime sia sul piano delle formule utilizzate che sul piano delle soluzioni messe in campo.

Unico appare, quindi, il tipo di problema affrontato dai giudici tramite il ricorso alla *chance*: l' impossibilità di rinvenire un collegamento causale certo fra l' illecito (contrattuale o aquiliano) ed il mancato conseguimento dell' utilità anelata (lucro cessante). Identico anche l' espediente tecnico utilizzato: l' impiego della figura del danno da occasioni perdute. In queste sentenze la possibilità diviene, quindi, *res autonoma*, posta del patrimonio aggredito: la sua distruzione si traduce pertanto in un' ordinaria ipotesi di danno emergente quantificabile in una porzione più o meno ampia del *c.d. final harm*. Eguale anche il tipo di giustificazione formale fornita: l' ingresso nell' ordinamento della categoria *de qua* troverebbe ragione nella nota qualificazione della *chance* quale entità patrimoniale dotata di autonomia economica e giuridica. In definitiva, la figura del danno da occasioni perdute evocherebbe la costruzione di una mera tecnica di quantificazione del danno.

Quella appena tratteggiata è la linea di sviluppo lungo cui è possibile collocare, fra le altre, *Cass., sez. III, 18 settembre 2008 n. 23846*¹⁶; *Cass., sez. lav., 12 agosto 2008 n. 21544*; *Cass., sez. lav., 8 ottobre 2007 n. 21014*¹⁷; *Cass., sez. lav., 3 ottobre 2006 n. 21297*; *Cass. 18 gennaio 2006 n. 852*¹⁸; *Cass., sez. III, 4 marzo 2004 n. 4400*¹⁹; *Cass., sez. lav., 23 gennaio 2002 n. 734*²⁰; tra le sentenze rese prima del 2001, possono ricordarsi *Cass., sez. lav., 25 ottobre 2000 n. 14074*;

¹⁶ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2009, 2, 155 con nota di N. CALCAGNO, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di chance e nesso causale*; in *Danno e resp.*, 2009, 5, 525 con nota di B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*; in *Corr. giur.*, 2009, 6, 809 con nota di V. AMENDOLAGINE, *Omissione di diagnosi e perdita di chance*.

¹⁷ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2008, 7, 777 con nota di F. MALZANI, *La natura e la prova del danno da perdita di chance*.

¹⁸ Pubblicata in *Guida al Diritto*, 2006, 13, 83 e in *Resp. civ.*, 2006, 6, 528 con nota di M. TESCARO, *Il danno da perdita di chance*.

¹⁹ Pubblicata in *Danno e resp.*, n. 1, 2005, 45, con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita ...*, cit..

²⁰ Pubblicata in *Notiz. giur. lav.*, 2002, 319.

*Cass., sez. lav., 19 novembre 1997 n. 11522*²¹ e *Cass., sez. lav., 15 marzo 1996 n. 2167*²².

Lo scenario giurisprudenziale appare estremamente variegato spaziandosi dalla perdita della possibilità di essere assunti o promossi a quella di ottenere la riforma di una sentenza a sé sfavorevole, dalla privazione delle *chances* di un paziente di sopravvivere o guarire alla perdita della possibilità di un'impresa di vincere una gara d'appalto con la Pubblica Amministrazione.

Del danno da occasioni perdute si è fatto, anzitutto, grande utilizzo nei casi di illegittima esclusione o postposizione nelle procedure concorsuali private per l'assunzione o la promozione di personale e, più in generale, nei casi di violazione, da parte del datore di lavoro, dei canoni di correttezza e buona fede nella scelta discrezionale dei candidati da assumere o promuovere.

Le controversie in materia lavoristica rappresentano anzi, storicamente, le prime pronunce in cui la nostra giurisprudenza, accogliendo le istanze di parte della dottrina, ha fatto uso della tecnica della *chance*. Così è stato per *Cass., sez. lav., 19 novembre 1983 n. 6906*²³ e lo stesso può dirsi anche per la successiva *Cass., sez. lav., 19 dicembre 1985 n. 6506*²⁴.

²¹ Pubblicata in *Giust. civ.*, 1998, I, 366 e in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 706 con nota di I. MILIANTI, *Sui criteri di risarcimento dei danni conseguenti all'esclusione del lavoratore dal novero dei candidati a una promozione*.

²² Pubblicata in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 792 con nota di A. RIGANO', *Promozione a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcimento del danno da perdita di "chance"*.

²³ Pubblicata in *Giust. civ.*, 1984, I, 1841 e ss., con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*. Questo il caso: un'azienda di servizi di trasporto si era rifiutata di sottoporre un gruppo di aspiranti autisti, tutti lavoratori avviati sulla base di richiesta numerica all'ufficio di collocamento, alle prove (di cultura elementare e di guida) previste per il caso di superamento della fase preselettiva (esame psicotecnico). I candidati avevano quindi richiesto l'accertamento giudiziale dell'obbligo dell'impresa di sottoporli alle restanti prove selettive ovvero di risarcire loro il danno da perdita di *chances*.

²⁴ Pubblicata in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207 con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*. La sentenza è stata anche commentata da A. M. PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di "chance" come danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I, 384. Oggetto di controversia, l'illegittima esclusione di un candidato dalla prova orale di un concorso di cui aveva già brillantemente superato l'esame scritto: anche in questo caso il lavoratore pretermesso aveva convenuto in giudizio l'ente organizzatore chiedendone la condanna al risarcimento del danno da perdita di *chance*. Questa seconda sentenza si distingue, però, dalla precedente sotto il profilo dell'onere probatorio imposto al candidato. Ai fini del risarcimento, si richiede, infatti, che il danneggiato provi che le proprie *chances* di superare la selezione fossero quanto meno superiori al 50%. Nella caso di specie, una tale prova è considerata dalla Corte pienamente soddisfatta: solo 24 candidati su 91 non superarono la prova orale, sicché le *chances* perse dal ricorrente dovevano considerarsi senz'altro superiori al 50%. In realtà, la conclusione cui pervengono i Giudici di legittimità appare viziata da un evidente errore di calcolo: infatti

In entrambi i casi decisi, l' aleatorietà circa l' esito positivo di prove concorsuali mai svolte precludeva la configurabilità in favore di parte attrice di un danno da mancata assunzione: il risarcimento di questa tipologia di pregiudizio avrebbe, infatti, presupposto la prova, ritenuta “*diabolica*”²⁵ perché impossibile a darsi, del superamento della selezione da parte dell' aspirante pretermesso.

Nondimeno, l' incertezza in ordine al conseguimento dell' utilità sperata non ha impedito ai giudici di attribuire rilievo in sede di risarcimento alla perdita della mera possibilità di essere assunti: invero, la *chance* di conseguire un risultato vantaggioso rappresenterebbe essa stessa “*un bene patrimoniale, un' entità economicamente e giuridicamente valutabile*”²⁶, suscettibile, quindi, di riparazione in caso di indebita lesione.

Una peculiare declinazione del danno da perdita di *chances* di essere assunti si rinviene nel caso deciso con *sentenza 11 ottobre 2004* dal Tribunale di Reggio Calabria, sez. II civile²⁷, ove la domanda risarcitoria dell' aspirante lavoratore è stata diretta nei confronti di un soggetto terzo (*Poste Italiane S.p.A.*) cui la mancata partecipazione alle prove selettive risultava invero imputabile²⁸.

Anche in questa sentenza la perdita di *chance*, ossia la perdita della “*probabilità effettiva e congrua di conseguire un certo risultato*”, è stata qualificata dalla Corte come danno attuale, astrattamente suscettibile di riparazione, distinto e distinguibile dalla perdita *tout court* del risultato anelato.

considerando che il totale di posti banditi era di 15 unità e che i candidati ammessi alla prova orale erano ben 91, le probabilità vantate da ciascun aspirante erano senza dubbio inferiori al 20%.

²⁵ Così, Cass., sez. lav., 19 dicembre 1985 n. 6506.

²⁶ Ancora, Cass., sez. lav., 19 dicembre 1985 n. 6506.

²⁷ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2005,2, 165 con nota di G. PONZANELLI, *La quantificazione del danno da perdita di chance per telegramma spedito, ma non consegnato*.

²⁸ Nel 1995 *Tizio* partecipava ad un concorso bandito dalle Ferrovie dello Stato per l' assunzione, con contratto di formazione e lavoro, di cinque operatori dell' arredamento, collocandosi utilmente in graduatoria. Alla fase finale della selezione erano ammessi venti candidati. A mezzo telegramma, l' Ente convocava *Tizio* per sottoporlo agli accertamenti sanitari preliminari all' assunzione. Il telegramma, tuttavia, non veniva mai recapitato: *Tizio* non si presentava alla convocazione e, conseguentemente, veniva escluso dalla graduatoria, sancendo il bando l' irresponsabilità delle Ferrovie dello Stato per il caso di smarrimento delle comunicazioni dirette ai candidati dipendente da disservizi postali o telegrafici. *Tizio* conveniva allora in giudizio *Poste Italiane S.p.A.* chiedendone la condanna al risarcimento del danno da perdita di *chances* (*sub specie* di perdita della possibilità di essere assunto con contratto biennale di formazione). La domanda di *Tizio* viene accolta dal Tribunale reggino: affermata la responsabilità della convenuta per il mancato recapito del telegramma di convocazione, i giudici condannano *Poste Italiane S.p.A.* al risarcimento del danno patrimoniale sofferto dall' attore.

Viene così costruita un' autonoma ipotesi di danno emergente che incide su di un bene giuridico *ad hoc*, la possibilità del risultato.

Ancora una volta, poi, il risarcimento delle *chances* perdute si traduce in una riparazione percentuale del *c.d. final harm*: l' utile complessivamente conseguibile in caso di assunzione viene, quindi, *scontato* dai giudici in ragione della consistenza statistica delle probabilità effettivamente perse dall' aspirante lavoratore²⁹.

Un secondo ambito di rilevanza della figura del danno da perdita di *chances* può ravvisarsi nella responsabilità professionale (ad esempio, dell' avvocato o del commercialista) e, più specificamente, nel microcosmo della responsabilità medica.

Dinanzi alla colpa professionale dei sanitari, cui viene volta per volta imputata l' errata o omessa diagnosi ovvero la mancata adozione di un adeguato trattamento terapeutico, i giudici ricorrono frequentemente alla figura del danno da occasioni perdute, *sub specie* di *chances* di guarire o sopravvivere, di vivere meglio e più a lungo, per superare le incertezze e i dubbi (destinati per lo più a rimanere irrisolti) circa la reale efficacia di una corretta e tempestiva terapia sul decorso della malattia o sul sopraggiungere dell' *exitus*.

Non mancano, infine, fattispecie meno frequenti, a volte particolarmente stravaganti, nelle quali si è tentato di giustificare il risarcimento attraverso l' impiego del danno da perdita di *chances*: talvolta con successo (così per la perdita della possibilità di intraprendere o completare gli studi, di iniziare un' attività professionale o di immettersi, quanto prima, nel mondo del lavoro), talvolta con esito negativo (è stato quindi negata la risarcibilità della *chance* di partecipare ai funerali di un congiunto o delle *chances* di una giovane donna di sposarsi e di garantirsi, mediante il matrimonio, stima sociale e sostegno economico).

²⁹ Proprio al fine di “*tradurre l' accertata <possibilità di essere assunto> in una percentuale di probabilità*”, il Tribunale ricorda che: *a)* alla fase selettiva finale erano stati ammessi venti candidati mentre i contratti di lavoro banditi dalle Ferrovie erano soltanto cinque: la misura della *chance* vantabile da ciascun candidato era, dunque, del 25%; *b)* l' assunzione con contratto di formazione di durata biennale e l' inserimento nel relativo inquadramento retributivo avrebbero comportato per i vincitori un utile complessivo di £ 22.775.664. Sulla scorta di queste considerazioni i giudici fissano la misura del risarcimento dovuto nella somma di € 3.490,00 pari al 25% dell' ammontare complessivo delle retribuzioni che si sarebbero percepite in caso di vittoria del concorso (oltre rivalutazione).

5. *La chance e l' accertamento del nesso causale nella prospettiva della giurisprudenza.* Un certo interesse presentano quelle sentenze (principalmente in materia di responsabilità medica) che consentono all' interprete di indagare come, nella prospettiva giurisprudenziale, si atteggiino i rapporti tra le regole di costruzione e di accertamento del nesso causale e la figura della *chance*.

Viene, anzitutto, in riferimento *Cass., sez. III, 4 marzo 2004 n. 4400*³⁰.

Trattasi di uno dei numerosi casi di responsabilità del medico ospedaliero per errata o omessa diagnosi. Questi i fatti. Alle otto circa del mattino *Tizio* si recava in ospedale in preda a forti dolori addominali. Sulla base di una diagnosi in seguito rivelatasi errata e senza procedere ad alcun tipo di accertamento, i medici del pronto soccorso diagnosticavano un globo vescicolare ed inviavano il paziente al reparto di urologia. Poche ore più tardi *Tizio* decedeva per rottura dell' aorta addominale dovuta ad aneurisma. La moglie ed il figlio convenivano quindi in giudizio l' azienda sanitaria locale, assumendo l' addebitabilità della morte di *Tizio* alla grave negligenza dei medici.

La domanda veniva respinta sia in primo che in secondo grado per difetto di prova circa la colpa professionale dei sanitari ed il nesso eziologico tra l' errore diagnostico e la morte di *Tizio*: invero, la sopravvivenza del paziente, in caso di corretta diagnosi e tempestivo intervento chirurgico, appariva “*possibile ma non probabile*”. Secondo i giudici del merito, infatti, tenuto conto del tempo necessario per gli accertamenti e per il trasferimento di *Tizio* ad altra struttura ospedaliera attrezzata per l' intervento, nonché in considerazione della pericolosità dell' operazione su di un soggetto affetto da gravi disturbi epatici, il corretto trattamento terapeutico “*non poteva che avere remote possibilità di successo, e per ciò non apprezzabili, sotto il profilo del nesso causale*”.

Proponevano ricorso per cassazione i congiunti di *Tizio*, lamentando l' erroneità della pronuncia d' appello per avere escluso la colpa dei medici e il nesso causale tra errata diagnosi e decesso.

³⁰ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2005, 45 con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita ...*, cit. e di L. NOCCO, *La “probabilità logica” del nesso causale approda in sede civile*; in *Foro it.*, 2004, I, 1403; in *Contratti*, 12, 2004, 1091 con nota di P. LISI, *Il danno da perdita di chances*; in *Corr. giur.*, 2004, 8, 1018 con nota di M. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances e sopravvivenza e nesso di causalità*.

L'impugnazione è accolta dalla Suprema Corte sia per quanto attiene al profilo della colpa sia (ed è l'aspetto che qui più interessa) per quanto attiene alla ricostruzione del nesso di causalità.

In particolare, in ordine al nesso eziologico, i Giudici di legittimità rilevano come l'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in tema di individuazione del collegamento causale tra inadempimento e danno imponga di sostituire *“al criterio della certezza degli effetti della condotta ... quello della probabilità di tali effetti e dell' idoneità della condotta a produrli”*. Perché dunque il nesso tra errore diagnostico e morte possa dirsi integrato sarebbe sufficiente poter affermare che in presenza della condotta omessa la sopravvivenza del paziente sarebbe stata *più probabile che no*.

Quantunque, poi, non sia possibile ricostruire *ex post* l'efficacia della condotta omessa, neppure secondo la regola del *più probabile che no*, il medico di cui sia stata accertata la grave negligenza professionale non andrebbe comunque esente da responsabilità ove fosse possibile ricorrere alla figura della *chance* ed accertare l'efficacia causale dell' inadempimento non già rispetto alla morte del paziente quanto, piuttosto, in relazione alla perdita delle *chances* di guarigione da questi vantate. Invero, *“in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o inadeguata”, “è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l' inadempimento della prestazione sanitaria) aggrava la possibilità che l' esito negativo si produca. Non è possibile affermare che l'evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chances, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta³¹”*.

³¹ Nel caso sottoposto all' esame della Corte ogni valutazione circa il danno da perdita di *chances* viene, tuttavia, considerata preclusa in ragione dell' assenza di un' apposita domanda di parte avente ad oggetto specificamente la perdita delle probabilità di guarigione o sopravvivenza. Invero, *“la domanda per perdita di chances è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato. Infatti, in questo secondo caso la stessa collocazione logico-giuridica dell' accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale, mentre nell' altro caso attiene al momento della determinazione del danno: in buona sostanza nel primo caso le chances sostanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l'oggetto della perdita e quindi del danno. ... Ne consegue, nell' ambito della responsabilità dei medici, per prestazione errata o mancante, cui è conseguito il danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, se è stato richiesto solo questo danno, non può il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di chances, che il*

La natura squisitamente causale del tipo di problema affrontato e risolto dalla nostra giurisprudenza mediante l' impiego del danno da occasioni perdute emerge, ancor più chiaramente, in *Cass., sez. III, 16 ottobre 2007 n. 21619*³².

Ancora una volta giova prendere le mosse da una rapida indicazione del fatto.

Durante un' immersione, *Caio*, sommozzatore, era costretto a riemergere troppo rapidamente per un guasto al dispositivo di riserva dell' aria; tornato a bordo della propria imbarcazione il subacqueo accusava forti dolori al centro della schiena, oltre a nausea e parestesia degli arti inferiori. Temendo i sintomi di un' embolia gassosa *Caio* si recava, quindi, al più vicino pronto soccorso dove veniva visitato e trattato con terapia a base di ossigeno; il sommozzatore veniva infine dimesso dal nosocomio senza essere sottoposto a trattamento in camera iperbarica. Poche ore più tardi, *Caio* era colto da malore: ricoverato presso un diverso ospedale i medici diagnosticavano una "paraparesi da malattia da decompressione" con postumi invalidanti quantificati intorno al 60%.

Lo sfortunato sommozzatore conveniva in giudizio il medico del pronto soccorso ospedaliero lamentando la grave colpa professionale del sanitario, reo di non aver diagnosticato tempestivamente l' embolia gassosa e di non aver avviato il sub al più vicino centro iperbarico, e ne chiedeva quindi la condanna al risarcimento dei danni.

La domanda di *Caio*, respinta in primo grado, era invece accolta dai giudici dell' appello: appurata l' esistenza della grave negligenza del medico, la Corte territoriale, sulla scorta dell' espletate consulenze tecniche, riteneva infatti integrato il nesso causale tra l' omissione del sanitario e la grave invalidità del sommozzatore giacché in base alle conoscenze scientifiche del tempo doveva considerarsi ragionevole (anche se non quantificabile in termini percentuali) la presunzione probabilistica che il trattamento in camera iperbarica omesso avrebbe

creditore della prestazione sanitaria aveva, neppure intendendo questa domanda come un minus rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l' una nell' altra".

³² Pubblicata in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43 con nota di R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, ed in *Corr. Giur.*, 2008, 1, 35 con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

potuto incidere in qualche misura sul decorso della malattia da decompressione, escludendone o attenuandone le conseguenze invalidanti.

Tuttavia, essendo l' esito favorevole di un' appropriata e tempestiva terapia possibile, ma non certo, i giudici del gravame ritenevano di dover limitare il *quantum* del risarcimento, all' uopo applicando un coefficiente di riduzione fissato equitativamente nella misura del 50%.

La controversia giungeva infine all' attenzione della Cassazione.

Nel confermare le statuizioni della Corte d' Appello, i Giudici di legittimità colgono l' occasione per abbozzare un quadro di sintesi dei mutamenti giurisprudenziali recenti intervenuti nella materia della causalità civile e si impegnano quindi in un difficile tentativo di *razionalizzazione del copioso "diritto vivente"* in punto di nesso causale³³.

Il ragionamento della Corte prende le mosse dall' affermata irriducibilità del concetto di causalità rilevante in ambito civilistico al concetto prevalentemente accolto in sede penale: le differenze morfologiche e funzionali esistenti tra responsabilità penale e responsabilità civile³⁴ precluderebbero, infatti, all' interprete di utilizzare i medesimi principi e gli stessi criteri di accertamento indifferentemente per l' una o l' altra forma di responsabilità.

Così, struttura e scopo dell' illecito penale giustificerebbero l' adozione da parte dei giudici della regola, consacrata dalle Sezioni Unite del 2002^{35 36}, dell'

³³ Di razionalizzazione del "diritto vivente" della causalità civile discorre M. BONA, *Causalità civile: il decalogo ...*, cit., 42.

³⁴ Dal punto di vista *strutturale*: a) cardine della responsabilità penale è l' autore della condotta delittuosa; per contro, la responsabilità civile si incentrerebbe essenzialmente sulla figura del danneggiato; b) al principio della tassatività delle fattispecie criminose, proprio del diritto penale, farebbe da contro altare il sistema della responsabilità civile, aperto e atipico. Sotto il profilo *funzionale*: a) in seno alla responsabilità civile non vi sarebbero ostacoli ad una valutazione del nesso causale fondata sull' accertamento di un aumento del rischio, valutazione invece preclusa (o, comunque, fortemente avversata) in ambito penale dall' esigenza di evitare un' indebita e surrettizia trasformazione del reato omissivo improprio da vicenda di danno in reato di pericolo o di mera condotta; b) la responsabilità civile, a differenza di quella penale, sarebbe teleologicamente orientata all' efficiente e razionale allocazione del costo del danno tra danneggiante e danneggiato.

³⁵ Si tratta di *Cass., S.U. pen., 10 luglio 2002 n. 30328* pubblicata in *Corr. giur.*, 2003, 3, 348 con nota di B. DI VITO, *Le Sezioni Unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità medica*; in *Danno e resp.*, 2003, 195, con nota di S. CACACE, *L' omissione del medico e il rispetto della presunzione di innocenza nell' accertamento del nesso causale*; in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 50, con nota di DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra possibilità, certezza e accertamento*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 105 con nota di M. MACRI, *Responsabilità medica: unico criterio metodologico processuale di accertamento della sussistenza del nesso causale per i reati omissivi e commissivi*.

alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica. Per contro, un medesimo criterio di accertamento non sarebbe esportabile in sede di illecito civile: la finalità propria di questo tipo di responsabilità, ovverosia l'efficiente e razionale allocazione del costo del danno tra danneggiante e danneggiato, consentirebbe, invero, all'interprete di accedere a soglie di probabilità meno elevate di quelle richieste per l'affermazione della responsabilità da reato.

Esclusa l'assimilazione tra causalità penale e causalità civile, la Suprema Corte si interroga sui criteri che dovrebbero guidare l'interprete nella ricostruzione e nell'accertamento del nesso causale rilevante in ambito civilistico.

I Giudici di legittimità danno quindi atto dell'assenza di approdi ermeneutici univoci e coerenti come pure dell'*"inquietante disomogeneità"* delle diverse elaborazioni proposte in punto di nesso eziologico. Per la Corte, una tale varietà di costruzioni e vedute si spiegherebbe alla luce della mancanza di indicazioni normative dirimenti nonché della spiccata dimensione storica, se non addirittura *"politica"*, del giudizio civile sulla causalità.

Ciò posto³⁷, per la Cassazione le regole civilistiche di accertamento del nesso eziologico risulterebbero espresse più che efficacemente dall'immagine,

³⁶ Con la sentenza citata (nota anche come sentenza *Franzese*) le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione hanno composto il dissidio esistente intorno ai criteri di accertamento del nesso causale nelle fattispecie di *delictum per omissionem commissum*. Tra gli orientamenti espressi in *subiecta materia* dai Giudici di legittimità: un primo orientamento, in passato largamente maggioritario ma infine disatteso dalle Sezioni Unite, risolveva il nesso causale nell'esistenza di serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta impeditiva omessa; all'opposto, un secondo orientamento richiedeva l'esistenza di una probabilità di successo coincidente o prossima alla certezza; infine, il terzo orientamento, intermedio, fondava l'accertamento del nesso causale sul criterio dell'elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica. Le Sezioni Unite hanno ritenuto di aderire proprio a quest'ultima prospettazione. Per la Corte, quindi, *"non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta del medico omissiva del medico è stata condizione dell'evento lesivo con «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica»"*. Pertanto, *"l'insufficiente, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva ... rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio"*.

³⁷ In questa sede si ritiene opportuno tralasciare l'esame delle altre *"macroaree di conflitto"* comunque scandagliate dalla Corte, ovverosia 1) il concetto di (e le differenze tra) causalità materiale e causalità giuridica; 2) il problema della collocazione del fortuito nell'area della colpa

ormai nota, della *scala discendente*. Invero, il medesimo fatto storico potrebbe essere sempre riguardato sotto due differenti dimensioni di analisi: da un lato, la *c.d.* causalità civile ordinaria, attestata sul versante della probabilità relativa (o variabile) che impone di ritenere accertato il nesso eziologico ogni qual volta la derivazione causale del danno da una determinata condotta appaia *più probabile che no*; dall' altro lato, la *c.d.* causalità da perdita di *chance*, attestata invece sul diverso versante della mera possibilità di conseguimento del risultato utile atteso. “*Quasi certezza (ovvero altro grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono, dunque, in conclusione, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all' indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento*”.

Il sistema di regole messo a punto dalla Cassazione suggerirebbe, dunque, l' esistenza di un doppio binario per l' accertamento del nesso causale:

a) pur in presenza di margini più o meno ampi di incertezza circa la derivazione eziologica del danno dall' altrui condotta illecita, il giudice sarebbe legittimato a trattare come certo il nesso causale ogni qualvolta la sua esistenza appaia più probabile che improbabile, così addossando per intero sul danneggiante il costo del danno prodotti;

b) ove, invece, il nesso di condizionamento sia (non probabile ma) soltanto possibile, il giudice potrebbe comunque ritenere integrato il necessario presupposto causale della responsabilità tramite l' impiego della figura della *chance*. Trasformando la possibilità in *res* suscettibile di risarcimento in caso di lesione, al giudice sarebbe infatti consentito imputare causalmente il danno alla condotta dell' agente pur quando il nesso causale risulti più improbabile che probabile. La maggior debolezza di questa forma di correlazione eziologica troverebbe d' altronde adeguata contropartita nel frazionamento e nella distribuzione del costo del danno tra danneggiante e danneggiato che proprio tramite la tecnica della *chance* si realizzano.

Queste considerazioni portano, quindi, la Cassazione a confermare le statuizioni dei giudici del merito: bene avrebbe fatto la Corte d' Appello a ritenere integrato il nesso causale tra la mancata sottoposizione del sub a trattamento in

ovvero nel territorio del nesso causale; infine 3) i rapporti fra la causalità e il criterio di imputazione della responsabilità.

camera iperbarica e la grave invalidità permanente da questo riportata pur essendo un tale nesso probabile ma non certo.

Censurabile appare, invece, agli occhi della Suprema Corte l' apparato argomentativo utilizzato: laddove, infatti, si configura il danno subito dallo sfortunato sommozzatore come perdita di consistenti aspettative di guarigione, i Giudici del gravame sembrerebbero confondere i due piani della causalità ordinaria e della causalità da *chance*.

In definitiva, risultando *più probabile che no* che l' omessa terapia in camera iperbarica avrebbe eliso o notevolmente ridotto i postumi invalidanti del subacqueo, era ben possibile imputare causalmente il danno all' errore del medico senza necessità di fare ricorso alla figura della *chance*, il cui campo d' azione sembrerebbe conseguentemente limitato dalla Corte alle sole ipotesi in cui il nesso causale tra fatto fonte di responsabilità e danno appaia più improbabile che probabile ovvero, esemplificando in via numerica, si collochi al di sotto della soglia del 50%³⁸.

Appare quindi più che evidente come il *leitmotiv* della qualificazione della *chance* quale autonomo bene giuridico, distinto e distinguibile dal risultato utile sperato, venga utilizzato dalla Corte per giustificare quella che, in realtà, si appalesa essere una vera e propria riscrittura delle regole sull' indagine eziologica ovvero sia la costruzione di un modello alternativo di accertamento del nesso causale imperniato sulla categoria della possibilità³⁹.

³⁸ Affermata l' esistenza del nesso causale tra omissione colpevole del sanitario e invalidità del sub secondo la regola del *più probabile che no* ed escluso l' impiego della *chance* cessa tuttavia di essere comprensibile la riduzione percentuale del quantum risarcitorio effettuata dai Giudici del merito: nondimeno, rileva la Corte di Cassazione, "*non è compito di questo collegio affrontare il tema del criterio risarcitorio adottato in sede di merito, non avendo, in proposito, svolto censure né il ricorrente, né il «controricorrente» adesivo (al di là di una generica quanto inammissibile doglianza, non motivata sotto alcun profilo), e non avendo, di converso, proposto alcuna impugnazione incidentale il danneggiato*".

³⁹ Una diversa lettura della sentenza in commento è proposta da M. BARCELLONA, *Chance e causalità ...*, cit., 945. Invero, per l' *Autore*, causalità dell' evento lesivo e causalità della *chance* sarebbero richiamate ed accostate dalla Cassazione non già come criteri alternativi di risoluzione del medesimo problema giuridico, bensì come fenomenologie similari propositive di tipologie di problemi distinti. Alla base della *c.d.* causalità incerta e della categoria della *chance* vi sarebbe, dunque, un unico problema materiale: un *deficit* cognitivo oggettivo circa taluni processi eziologici (*c.d.* incertezza ontologica), determinato dall' assenza di una *c.d.* legge di copertura e dall' impraticabilità del giudizio di condizionalità. Questo *deficit*, però, susciterebbe problemi normativi differenti a seconda del diverso angolo visuale in cui è osservato e preso in considerazione dal diritto: ove l' incertezza ontologica sia valutata nella prospettiva della mancanza di un risultato atteso, si dovrebbe far capo alla figura della *chance*; ove, invece, sia

Nel stesso solco della sentenza *Cass., sez. III, 16 ottobre 2007 n. 21619* si colloca anche *Appello Milano 9 luglio 2011 n. 3461*⁴⁰.

Come è noto, questa sentenza rappresenta il secondo (e, probabilmente, non ultimo) atto della complessa controversia giudiziaria balzata alle cronache con il nome di *Lodo Mondadori* e già decisa in primo grado da *Tribunale di Milano 3 ottobre 2009 n. 11786*⁴¹.

Al pari della Cassazione, anche la Corte d' Appello meneghina vede nella figura della *chance* quell' ultimo scalino della scala discendente della causalità

riguardata dal punto di vista dell' imputazione di un risultato negativo alla condotta dell' agente, si prospetterebbe un problema di causalità incerta. In altri termini, il diritto terrebbe ben distinti il problema dell' impossibilità scientifica di appurare se il fattore, di cui il convenuto è chiamato a rispondere, sia stato causa dell' evento lesivo dal problema dell' impossibilità scientifica di verificare se l' evento dannoso sofferto dall' attore si sarebbe o meno verificato anche in assenza della condotta del convenuto. Pertanto, se dal punto di vista epistemologico il giudizio sulla causalità dell' azione e il giudizio sulla causalità dell' omissione non presenterebbero differenze apprezzabili, l' interrogativo sulla loro impraticabilità porrebbe, invece, al sistema del risarcimento interrogativi differenti. In definitiva, la *c.d.* causalità incerta e la figura della *chance* esprimerebbero problemi *qualitativamente* distinti. Per contro, concepire la causalità in generale come scala discendente o come pendolo fra i due estremi della mera possibilità e della quasi certezza condurrebbe inevitabilmente a risultati insostenibili. Per il *Barcellona*, infatti, data una qualsiasi condotta illecita, un risarcimento non potrebbe essere negato a nessuno: nell' impossibilità di una prova certa del nesso di condizionamento si potrebbe, infatti, dar luogo a risarcimento accontentandosi di un mero nesso di probabilità; nell' impraticabilità anche di questa diversa indagine, la riparazione (seppur ridotta) del danno potrebbe comunque essere attuata mediante la categoria della *chance*.

⁴⁰ Alla sentenza della Corte meneghina dedica un' ampia sezione di commenti la rivista *Danno e resp.*, 2011, 11, 1059. In particolare è possibile leggere A. PALMIERI, *Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di chance alla logica del "più probabile che non"*; B. TASSONE, *Perdita di chances e nesso causale nel caso CIR-Fininvest*; L. VESQUES, *La certezza del diritto e fatti nuovi nel contenzioso e nella transazione CIR-Fininvest*; F. DI CIOMMO, *Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d' appello CIR-Fininvest*; R. SIMONE, *Appunti in margine alle ricadute del Lodo Mondadori: atto II*; P. G. MONATERI, *L' ingiustizia del danno di cui all' art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*; A. NICITA, *Scenario controfattuale e valutazione economica del danno: il caso CIR-Fininvest*; G. LENER, *Note minime intorno alla clausola di inscindibilità*; A. MASTRORILLI, *Domanda generica e infrazionabilità del credito*.

⁴¹ La lunga sentenza (146 pagine) del Giudice di prime cure può leggersi parzialmente in *Foro it.*, 2009, I, 3193 con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI. Tra i numerosi commenti, si rinvia a P. SANTORO, *Due casi di danno da perdita di chance: per sentenza ingiusta e per tardiva consegna di un telegramma*, in *Danno e resp.*, 2010, 76; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 611; F. 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. Famiglia*, 2009, 1886; M. TESCARO, *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia Cir-Fininvest*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 258; M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.*, 2009, 1181; C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 1. Per una breve sintesi dei fatti di causa e del contenuto della sentenza del giudice di primo grado, sia consentito il rinvio alla pagina 37 del presente elaborato.

civile in cui il nesso eziologico è sostanziato dalla mera possibilità che ad un'azione o ad un'omissione segua un determinato evento dannoso.

Invero, il giudizio di causalità si atteggierebbe sempre a giudizio di tipo probabilistico suscettibile però di una pluralità di gradazioni differenti. Pertanto, alla figura della *chance* potrebbe darsi correttamente ingresso soltanto quando nella ricostruzione del nesso causale non possa attingersi alla soglia della probabilità relativa, soglia, quest'ultima, che consentirebbe al giudice di trattare come certo il collegamento eziologico con la perdita del risultato sperato.

Il trattamento giuridico della *chance* non porrebbe, quindi, un problema diverso e distinto da quello attinente alla *c.d.* causalità giuridica.

In accoglimento del gravame incidentale proposto da CIR, la Corte d'Appello ritiene, dunque, di dover riformare la sentenza del giudice di prime cure nella parte in cui pur considerando *più probabile che no* che un giudice incorrotto avrebbe emesso una sentenza "giusta" (ovverosia di conferma del *Lodo Pratis*), aveva tuttavia ritenuto di dover risarcire in favore della società attrice il solo danno da perdita di *chances*.

Al contrario, per i Giudici del gravame era possibile affermare l'esistenza di un nesso eziologico immediato e diretto tra la corruzione dell'estensore e l'annullamento del lodo. Il canone civilistico del *più probabile che no* consentiva, invero, di ricollegare causalmente alla corruzione del giudice relatore il danno finale da sentenza ingiusta e non soltanto il minore pregiudizio da perdita di *chances*⁴².

⁴² La sentenza della Corte d'Appello di Milano è stata variamente criticata in dottrina. Taluni si sono concentrati sulla natura giuridica della responsabilità riconosciuta in capo a Fininvest S.p.A., mettendo in dubbio la ricostruzione della Corte e, quindi, la possibilità di ravvisare nella lesione del "*diritto a non subire l'annullamento del lodo*" il danno ingiusto richiesto per la nascita della responsabilità aquiliana (così, P. G. MONATERI, *L'ingiustizia del danno* ..., cit., 1094, secondo cui sarebbe preferibile qualificare l'illecito sofferto dall'attrice come illecito di dolo, e più precisamente come illecito da interferenza economica intenzionale recata *contra legem* o *contra bonos mores*, annoverabile in via diretta tra le ipotesi di ingiustizia di cui all'articolo 2043 cod. civ.). Altra parte della dottrina ha invece criticato l'utilizzo del canone del *più probabile che no* nell'accertamento del nesso eziologico, lamentando la tendenza giurisprudenziale ad accentuare la dimensione puramente processuale della causalità (R. SIMONE, *Appunti in margine* ..., cit., 1090). Ancora, sono stati indagati i rapporti tra la regola della preponderanza dell'evidenza, utilizzata dalla Corte d'Appello, e la figura della *chances*, invocata, invece, dal giudice di prime cure (così, A. PALMIERI, *Corruzione del giudice* ..., cit., 1060, secondo cui l'adozione della regola causale del *più probabile che no* potrebbe condurre ad un ridimensionamento del ruolo svolto dalla *chance*, senza tuttavia precludere ad un suo definitivo abbandono). Radicale, infine, la critica proposta da M. BARCELLONA, *Chance e causalità* ..., cit., 945. I passaggi salienti

6. *La figura della chance nelle prassi applicative: deviazioni (reali o soltanto apparenti) dalla ricostruzione giurisprudenziale prevalente.* Menzione separata meritano senz' altro quelle decisioni e quelle pronunce della giurisprudenza caratterizzate da un ossequio soltanto formale all' orientamento interpretativo sopra richiamato: si tratta di provvedimenti che, sotto il velo di formule note e tratte, si connotano in realtà per un' accentuata discordanza ovvero per un' incomprendenza profonda della costruzione della *chance* fin qui esposta.

Un primo caso è quello deciso recentemente da *Cass., sez. III, 7 ottobre 2010 n. 20808*⁴³.

Alpha, società cooperativa a responsabilità limitata, stipulava con il vettore *Beta* un contratto di trasporto per la consegna di un plico contenente la

possono così riassumersi: *a)* la strutturazione della *chance* quale categoria dotata di autonomo rilievo per l' ordinamento presuppone che tale figura sia indagata in connessione al tema delle condizioni di nascita della responsabilità e, in particolar modo, in funzione del requisito dell' ingiustizia; *b)* l' impiego del danno da perdita di *chance* deve limitarsi alle sole ipotesi in cui si dia un problema di *irrisolvibile incertezza empirica* ovvero sia soltanto ove risulti impossibile accertare, *ex ante* come *ex post*, se in assenza dell' altrui interferenza illecita il risultato atteso sarebbe stato o meno conseguito; *c)* in relazione alla responsabilità aquiliana, una siffatta condizione può dirsi integrata nel caso di aspettative lese dall' altrui condotta nell' ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi nei quali la decisione che chiude la procedura sia affidata a criteri di discrezionalità politica, a criteri di *c.d.* puro merito o a prove d' esame irripetibili; *d)* per contro, ove la decisione che conclude il procedimento sia assoggettata a parametri rigidi, criteri giuridici o di discrezionalità *c.d.* tecnica, del tutto impropriamente si evocerebbe la figura della *chance* rispetto alle aspettative coinvolte; *e)* in questa seconda classe di ipotesi, definibile di *risolvibile incertezza giuridica*, è sempre possibile appurare la spettanza del bene della vita anelato sicché ciò che l' attore potrà porre a fondamento della propria pretesa sarà non già la titolarità di una *chance* ma la spettanza del risultato dovuto; conseguentemente il risarcimento presupporrà che si verifichi, con giudizio prognostico *ex post*, la spettanza del bene della vita; *f)* proprio a questo secondo ordine di fattispecie dovrebbe essere ricondotta la controversia decisa dai giudici meneghini: pertanto del tutto erroneamente il Tribunale in primo grado avrebbe fatto uso della categoria della *chance*; altrettanto erroneamente, però, la Corte d' Appello del capoluogo lombardo avrebbe ritenuto il giudizio prognostico sulla spettanza del risultato (conferma del *c.d.* lodo *Pratis*) ammissibile senza limiti. Invero, ragioni imperative che attengono al principio di autoreponsabilità ed alla strutturazione alternativa delle tutele giuridiche imporrebbero di escludere l' ammissibilità della tutela risarcitoria ogni qual volta l' inoppugnabilità della decisione sia frutto della libera scelta della vittima di non gravarla nelle opportune sedi. Così proprio nel caso di specie, ove il *Barcellona* considera il pregiudizio sofferto da CIR riconducibile in via esclusiva alla scelta della società attrice di non impugnare la sentenza della Corte d' Appello di Roma e di transigere la lite. Le medesime ragioni, infine, imporrebbero di escludere che i vizi inficianti dall' esterno una sentenza possano essere assunti a fondamento della responsabilità del soggetto cui tali vizi risultano ascrivibili quando l' accertamento della responsabilità necessiti del riesame della sentenza e la simulazione in sede aquiliana del relativo giudizio sia preclusa per legge (formazione del giudicato) o per contratto (transazione). In altri termini, la domanda di risarcimento avanzata da CIR avrebbe preliminarmente imposto di procedere alla caducazione della sentenza oggetto di mercimonio e dell' accordo transattivo su tale pronuncia fondato.

⁴³ Pubblicata in *Giornale dir. amm.*, 2011, 2, 169; in *Resp. civ.*, 2010, 12, 861 e in *Urb. app.*, 2010, 12, 1426.

documentazione necessaria alla partecipazione della società ad un procedimento ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un appalto. Il plico, tuttavia, veniva recapitato da *Beta* con notevole ritardo e, comunque, dopo che il termine previsto dal bando era ormai spirato. *Alpha*, esclusa dalla gara, conveniva in giudizio *Beta* ottenendone, nei due gradi di merito, la condanna al risarcimento del pregiudizio sofferto, *sub specie* di danno da perdita di *chance* e da lesione dell'immagine imprenditoriale. In particolare, a fronte di un presumibile lucro cessante di centotrenta milioni di lire, la *chance* persa da *Alpha* veniva stimata equitativamente dai Giudici in cinquanta milioni, in considerazione dell'incertezza circa l'esito della procedura selettiva.

Ricorreva in Cassazione il vettore, rilevando (per quello che qui interessa) la violazione e falsa applicazione dell'articolo 1226 del Codice civile: Tribunale e Corte d'Appello avrebbero, infatti, omesso di considerare l'insussistenza nel caso *de quo* di una *chance* risarcibile, attesa l'impossibilità per *Alpha* di aggiudicarsi la gara d'appalto avendo la società presentato un'offerta, il cui prezzo era di gran lunga superiore a quello delle altre imprese concorrenti.

I giudici di legittimità ritengono tuttavia la censura di *Beta* priva di fondamento: pur subordinando nelle declamazioni di principio la risarcibilità dell'occasione perduta alla prova della sua effettiva sussistenza, la Suprema Corte configura poi la lesione della *chance* come "*danno futuro, consistente non nella perdita di un vantaggio economico, ma nella perdita della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione «ex ante» da ricondursi diacronicamente al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale*".

Risulta allora più che evidente l'equivoco di fondo in cui sembra essere caduta la Corte di Cassazione: la sentenza in commento confonde, infatti, sovrapponendoli, criteri di selezione dei danni risarcibili e criteri che presiedono, invece, la valutazione dei danni di cui sia stata già previamente accertata l'esistenza. A differenza dell'individuazione del valore di mercato della lesione, l'accertamento circa l'esistenza dei pregiudizi da riparare deve essere compiuto sulla base del complessivo materiale probatorio a disposizione, senza che ci si possa arrestare esclusivamente al momento di verifica dell'illecito. È

dunque irrilevante che al tempo dell' inadempimento del vettore potesse configurarsi in astratto una *chance* di aggiudicazione in favore di *Alpha* se successivamente, in sede di giudizio risarcitorio, sia dimostrata l' impossibilità della vittoria: ciò che appariva danno *ex ante*, cessa di esserlo se riguardato *ex post*.

Caduta ogni incertezza sulla concretizzazione della *chance* in assenza dell' altrui illecito, vengono meno le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza all' elaborazione ed all' impiego del danno da occasioni mancate.

Non a caso il risarcimento della *chance* è stato (quasi sempre) negato dai Giudici di legittimità ogni qual volta l' esame degli elementi di fatto e delle risultanze probatorie consentisse di affermare la sicura irrealizzabilità, a prescindere dall' illecito, del risultato utile preso di mira dal danneggiato/creditore.

Così, ad esempio, *Cass., sez. lav., 18 gennaio 2001 n. 682*, in materia di perdita delle *chances* di promozione determinata dalla condotta scorretta del datore di lavoro. Nel caso posto all' attenzione dei Giudici, il dipendente lamentava, infatti, la propria illegittima esclusione dalla frequenza del corso di idoneità necessario alla progressione in carriera; era tuttavia accertato che alla data di scadenza fissata dal bando per la presentazione delle domande il lavoratore fosse privo del requisito di anzianità all' uopo prescritto. Il rigetto della domanda di riparazione si fonda, dunque, sull' accertata impossibilità di rinvenire una qualsiasi *chance* per il dipendente di ottenere l' inquadramento nel profilo superiore: in difetto di prova del danno arrecato dall' inadempimento datoriale, nessun risarcimento è stato concesso.

Un' altra fattispecie senza dubbio interessante per i termini della questione (completamente rovesciati rispetto alla decisione n. 20808) è stata affrontata e decisa dalla Suprema Corte, sez. lav., con la *sentenza 5 settembre 2003 n. 13001*.

Trattasi, ancora una volta, di controversia originata da inadempimento datoriale: pomo della discordia, il mancato riconoscimento dell' indennità prevista dall' articolo 15 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro 2 marzo 1986. Invero, la norma *de qua*, dando atto dell' esistenza nelle aziende di posizioni lavorative in cui le mansioni, pur rientrando nel relativo gruppo di inquadramento,

si caratterizzavano per una "*specifica professionalità*" o per il "*possesso di conoscenze tecniche e pratiche di particolare significato*", impegnava i datori di lavoro ad attribuire rilevanza economica alla suddetta professionalità, attraverso il riconoscimento di specifiche maggiorazioni retributive. *Tizio*, assumendo quindi di essere in possesso dei requisiti prescritti dal CCNL, conveniva in giudizio l'impresa presso cui lavorava al fine di ottenere il riconoscimento della prevista indennità. La domanda veniva, tuttavia, rigettata in primo e in secondo grado: i giudici del merito, infatti, pur riconoscendo l'esercizio illegittimo del potere unilaterale di accertamento dei requisiti fissati dalla contrattazione nazionale per avere il datore di lavoro omesso di scrutinare il dipendente, erano però concordi nel ritenere tale inadempimento possibile fonte solo di un danno da perdita di *chances*, la cui riparazione non era stata tuttavia domandata da *Tizio* con conseguente preclusione al suo riconoscimento in via giudiziaria.

La Cassazione ritiene di dover confermare *in toto* la soluzione fatta propria da Pretore e Tribunale: il diritto all'indennità nascerebbe per il dipendente soltanto all'esito del positivo accertamento, da parte del datore di lavoro, della ricorrenza dei caratteri e dei requisiti prescritti: conclusasi positivamente questa fase, solo allora sorgerebbe in capo al lavoratore un vero e proprio diritto alla maggiorazione, tutelabile in via giurisdizionale. Per contro, qualora sia omessa ogni valutazione o apprezzamento, il lavoratore non potrebbe vantare diritto alcuno all'indennità di professionalità potendo dolersi, tutt'al più, della mera perdita delle *chances* di conseguirla.

La decisione, coerente con gli insegnamenti della giurisprudenza se riguardata sotto il profilo delle formule utilizzate, cessa di esserlo ove si considerino adeguatamente i seguenti dati di fatto: *a)* il riconoscimento del diritto all'indennità era subordinato dalla contrattazione collettiva alla ricorrenza di requisiti predeterminati a livello nazionale (ovverosia, alternativamente, "*facoltà di rappresentanza attribuita dall'Azienda in rapporto a terzi*", "*funzioni di sovrintendenza e/o di coordinamento di altri lavoratori*" o "*contenuto specialistico particolarmente elevato delle mansioni*"); *b)* alla discrezionalità datoriale le parti sociali non avevano quindi demandato il compito di riempire di contenuto la nozione di professionalità, ma soltanto quello di valutare la

sussistenza in concreto dei presupposti richiesti dall' articolo 15 CCNL; *c*) non a caso, i giudici ritengono il datore di lavoro titolare di un potere discrezionale (non già puro bensì) tecnico; *d*) non era, infine, previsto né un limite quantitativo all' attribuzione della professionalità né la sussistenza di una procedura concorsuale di tipo comparativo.

Può allora fondatamente dubitarsi dell' impossibilità, per il giudice, di accertare se il lavoratore estromesso avesse o meno diritto alla richiesta indennità: non si rinvenivano infatti ostacoli di sorta a questo tipo di accertamento⁴⁴. Se, dunque, nella *sentenza 7 ottobre 2010 n. 20808* si risarcisce la *chance* pur nella consapevolezza della sua irrealizzabilità a prescindere dall' altrui illecito, nella pronuncia ora in commento si finisce invece per ripiegare sul danno da occasioni perdute pur in assenza di preclusioni all' accertamento giudiziale sulla spettanza dell' utilità anelata.

Una certa incomprendenza del tema della *chance* si riscontra anche nella *sentenza 3 ottobre 2009 n. 11786*⁴⁵ resa dal Tribunale di Milano nell' ambito della complessa vicenda (arbitrale e giudiziaria) che ha visto contrapposti la *Compagnie Industriali Riunite S.p.A.* (CIR) di Carlo De Benedetti, da un lato, e la *Fininvest – Finanziaria di Investimento S.p.A.*, unitamente alla famiglia *Formenton*, dall' altro.

Il clamore mediatico suscitato e la notorietà dei protagonisti suggeriscono l' opportunità di dedicare qualche rapido cenno alla decisione citata ed alla contesa cui essa inerisce, relativa alla spartizione del Gruppo editoriale *L' Espresso Mondadori*.

Questi i fatti. Fra alcuni degli azionisti di maggioranza della *holding* controllante (*Arnoldo Mondadori Finanziaria S.p.A.*) insorgeva controversia circa la spettanza di un pacchetto di partecipazioni strategiche in grado di assicurare il controllo del Gruppo. La controversia era devoluta ad un collegio arbitrale che

⁴⁴ Ciò che, invece, rimane oscuro è se il lavoratore fosse realmente in possesso dei requisiti richiesti dall' art. 15 del CCNL ovvero se ne avesse fornito adeguata dimostrazione in corso di causa.

⁴⁵ La lunga sentenza (146 pagine) del Giudice di prime cure può leggersi parzialmente in *Foro it.*, 2009, I, 3193 con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI. Tra i numerosi commenti, si rinvia a P. SANTORO, *Due casi di danno da perdita di chance ...*, cit., 76; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno ...*, cit., 611; F. GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta ...*, cit., 1886; M. TESCARO, *Danni da perdita di chance ...*, cit., 258; M. FRANZONI, *La chance ...*, cit., 1181; C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo ...*, cit., 1.

con decisione a maggioranza si pronunciava in favore di CIR. Il lodo, *c.d.* di equità, veniva tuttavia riformato dalla Corte di Appello di Roma. Uscita sconfitta dal giudizio di impugnazione, CIR si decideva a concludere con l' altra società interessata alla *governance* del Gruppo (*Fininvest S.p.A.*) una transazione a sé sfavorevole. Accertato in sede penale il mercimonio da parte di *Fininvest S.p.A.* della sentenza di riforma del lodo, CIR conveniva in giudizio la società corruttrice chiedendone la condanna al risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) sofferti.

La domanda di CIR è accolta dal Tribunale meneghino, limitatamente però al profilo della lamentata perdita di *chance*.

Da un lato, infatti, il giudice di prime cure ritiene inquestionabilmente accertati la corruzione del giudice relatore della sentenza di riforma del lodo, l' influenza ed il sicuro condizionamento esercitati dal relatore sugli altri membri del collegio e la natura intrinsecamente ingiusta della sentenza della Corte d' Appello di Roma.

Dall' altro lato, tuttavia, il Tribunale rileva l' impossibilità di appurare quale sarebbe stata la decisione di un collegio nella sua totalità incorrotto, ben potendo una sentenza ingiusta essere resa anche da un siffatto, ideale, giudice. L' incertezza circa il contenuto della sentenza di impugnazione del lodo in difetto della corruzione di uno dei componenti del collegio induce, quindi, il giudice a limitare il risarcimento in favore di CIR al solo danno da perdita di *chance*. Conseguentemente le poste del danno patrimoniale riconosciute (danno da indebolimento della posizione contrattuale di CIR, danno inerente al pagamento delle spese legali, anche nella fase arbitrale, e danno da lesione dell' immagine imprenditoriale) vengono ridotte in misura inversamente proporzionale alla consistenza statistica (ottanta per cento) delle occasioni perdute.

La sentenza del Tribunale di Milano sul lodo *Mondadori* può, a buon titolo, collocarsi fra quelle decisioni che pur discorrendo di *chance* sembrano di fatto ignorare la ricostruzione della figura accolta dalla giurisprudenza prevalente. A fronte di una percentuale di avveramento talmente elevata (*ottanta per cento*), nella prospettiva in auge presso la Corte di Cassazione, nessun spazio potrebbe residuare per la categoria del danno da occasioni mancate: la regola causale del

più probabile che no consentirebbe, infatti, di ricollegare all' illecito direttamente il mancato ottenimento dell' utilità sperata⁴⁶.

Non a caso, e proprio nella direzione qui espressa, la sentenza in commento è stata oggetto di riforma da parte della Corte territoriale⁴⁷.

Se, dunque, la sentenza del Tribunale meneghino sembra rinnegare l' insegnamento della Suprema Corte limitando la tutela risarcitoria alla sola perdita di *chances* anche in presenza di soglie percentuali particolarmente elevate, tali da consentire al giudice di addossare sul convenuto l' intero costo del danno

⁴⁶ La sentenza del Tribunale di Milano è stata oggetto a più riprese dell' attenzione della dottrina. Ne ha passato in rassegna gli aspetti che più si prestano a censure M. TESCARO, *Danni da perdita di chance ...*, cit., 258: il bilancio definitivo è, tuttavia, quello di una pronuncia sostanzialmente in linea di continuità con la giurisprudenza prevalente (“una sentenza ... tutto sommato ... «normale», per un caso «anormale»”). Pur escludendo l' opportunità di procedere ad una rivisitazione complessiva della vicenda, critica la sentenza anche C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno ...*, cit., 611, che nega la possibilità di ricondurre il pregiudizio lamentato da CIR (danno da indebolimento della propria posizione negoziale) al paradigma aquiliano e, in particolare, alla categoria dell' ingiustizia: il danno di cui la società attrice ha chiesto in giudizio la riparazione si attergerebbe piuttosto a danno meramente patrimoniale la cui rilevanza in sede di risarcimento resterebbe affidata esclusivamente all' articolo 185 del codice penale. Per contro, la sentenza avrebbe fatto corretta applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in punto di danno da perdita di *chances*. Sul danno da occasioni mancate, perviene alla medesima conclusione dello *Scognamiglio* anche M. FRANZONI, *La chance ...*, cit., 1194. Ravvisata nella *chance* una categoria di danno dotata di un proprio statuto e salutata con favore il riconoscimento e l' impiego da parte dei giudici nazionali, l' *Autore* ritiene di poter condividere la soluzione del Tribunale lombardo: la *chance* perduta da CIR soddisferebbe infatti tutti i requisiti richiesti perché il danno conseguente alla sua perdita possa considerarsi risarcibile, prima fra tutti la sussistenza di un probabilità di realizzazione del risultato atteso quanto meno superiore al *cinquanta per cento*. Mette in evidenza “*i vistosi vuoti motivazionali*” della decisione, F. GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta ...*, cit., 1886. Tra le differenti anomalie riscontrate dall' *Autore* spicca senza dubbio il ricorso del Tribunale alla figura della *chance*: invero, il risarcimento del pregiudizio connesso alla privazione della mera *spes* postulerebbe sempre che la sua perdita risulti irrimediabile; per contro, nel caso deciso dal giudice meneghino, la non definitività della sentenza di annullamento del Lodo *Pratis* e la volontaria rinuncia di CIR a coltivare il ricorso per cassazione di una sentenza palesemente erranea osterebbero per il *Gazzoni* al riconoscimento del danno da perdita di *chance*. La figura della *chance*, intesa quale probabilità di un vantaggio che non ha potuto verificarsi, sembra invocata del tutto fuori luogo dal Tribunale meneghino anche per C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo ...*, cit., 33. Invero, rispetto al caso *de quo*, l' impiego del danno da occasioni perdute si appaleserebbe come una facile scorciatoia idonea a mettere tra parentesi le regole deputate ad una più appropriata risoluzione della controversia. Il ricorso alla *chance* si lascerebbe, quindi, inscrivere in quella ideale linea di tendenza che vede la responsabilità civile invadere sempre più spesso ambiti e settori che l' ordinamento mostra invece di aver demandato ad una diversa disciplina. In particolare, rileva l' *Autore*, presupposto necessario ed indispensabile per la rilevanza del danno sofferto da CIR e per la sua stessa risarcibilità dovrebbe considerarsi la dichiarazione di nullità della transazione conclusa con Fininvest e basata su di una sentenza “ingiusta” perché frutto di subornazione: pertanto, di quella sentenza CIR avrebbe dovuto chiedere la revocazione (*ex art. 395 c.p.c.*) e, ottenutala, avrebbe altresì dovuto agire per l' annullamento del contratto transattivo che su quella sentenza si basava. Solo così si sarebbe potuta porre una questione di risarcimento, ma evidentemente di un pregiudizio di natura contrattuale.

⁴⁷ Vedi *supra* pagina 31.

prodotto, non di rado la stessa Corte di Cassazione ha ugualmente contraddetto i propri precedenti, negando invece asilo alle *chances* di limitata o limitatissima consistenza.

Così, nel caso deciso da *Cass., sez. III, 21 luglio 2003 n. 11322*⁴⁸ ove le formule che tradizionalmente accompagnano il riconoscimento della *chance* si intrecciano peraltro con espressioni evocative del diverso tema dell'ingiustizia.

L'analisi della parte motiva della sentenza e dei profili più strettamente giuridici richiede, ancora una volta, un breve riepilogo dei fatti di causa. *Tizio*, valente calciatore dilettante, convocato anche dalla Nazionale Italiana Giovanile, veniva coinvolto in uno scontro tra autoveicoli, riportando gravi traumi e postumi invalidanti. Convenuti in giudizio i conducenti delle vetture coinvolte e le rispettive compagnie assicurative, il nostro atleta si vedeva riconosciuto dai giudici del merito un ingente risarcimento, comprensivo del danno biologico e morale e del pregiudizio da invalidità permanente. In particolare, nell'ambito del danno patrimoniale, venivano liquidati in favore dell'attore la diminuzione della propria capacità lavorativa, la perdita dell'ingaggio dal *club* di appartenenza e la perdita di *chance* calcistica (intesa quale perdita delle possibili progressioni in carriera all'interno delle serie dilettantistiche), mentre veniva esclusa la risarcibilità del danno da perdita della possibilità di divenire calciatore professionista.

La decisione d'appello veniva ricorsa da *Tizio*.

La Corte di Cassazione ritiene tuttavia di dover confermare la sentenza gravata: invero, l'esame degli elementi probatori offerti aveva indotto i giudici di secondo grado a negare "*la ragionevole probabilità dell'esistenza*" di *chances* per *Tizio* di divenire calciatore professionista. Questa valutazione in punto di fatto, sufficientemente motivata dai Giudici del merito, si sottraeva quindi ad ogni censura in sede di legittimità.

La sentenza *de qua* presenta ai nostri fini un duplice interesse: per le formule giustificative impiegate e, soprattutto, per la specifica fisionomia di *chance* accolta e fatta propria dalla Suprema Corte.

⁴⁸ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2004, 5, 567; in *Foro it.*, 2004, 1, 155; in *Arch. civ.*, 2004, 685 e in *Arch. giur. circolaz.*, 2004, 663.

Quanto al primo profilo, richiamato “*l' orientamento giurisprudenziale costante*” che vede nella perdita di *chances* “*un danno patrimoniale risarcibile*”, “*consistente non in un lucro cessante bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale*” e qualificata la *chance* stessa quale “*bene patrimoniale*”, come “*entità giuridicamente ed economicamente valutabile*”, la Cassazione ricorda come, a seguito delle Sezioni Unite 22 luglio 1999 n. 500, abbia perso rilevanza l' interrogativo circa la configurabilità del danno da occasioni mancate quale lesione di un diritto soggettivo (il *c.d.* diritto all' integrità patrimoniale). Ed infatti, avendo le Sezioni Unite “*ritenuto che il danno ingiusto sia quello lesivo di posizioni meritevoli di tutela da parte dell' ordinamento, indipendentemente dal punto se costituiscano diritti soggettivi, la perdita di chance rientra a pieno titolo tra queste posizioni*”.

Tenendo fede alle espressioni utilizzate, dovrebbe quindi instaurarsi una correlazione specifica tra la perdita di *chances* di guadagno ed il requisito dell' ingiustizia del danno. La problematicità della connessione così intessuta sarebbe poi venuta meno grazie all' intervento delle Sezioni Unite: abbandonata la lettura ristretta fino a quel momento proposta del requisito dell' ingiustizia ed annoverata la *chance* fra le “*posizioni meritevoli di tutela da parte dell' ordinamento*”, si sarebbero spalancate le porte alla tutelabilità aquiliana del danno da occasioni perdute.

Basta, tuttavia, mettere a confronto le declamazioni di principio e il tipo di problema affrontato e risolto dalla Cassazione, per osservare come nessuna attinenza abbiano le prime rispetto al secondo. Nel caso di specie, infatti, similmente a quanto avviene nella stragrande maggioranza delle fattispecie in cui la *chance* è invocata, ad apparire problematica era soltanto l' individuazione delle conseguenze dannose da collegare causalmente all' altrui illecito. In altri termini, a fronte di una responsabilità extracontrattuale già accertata in tutte le sue componenti, i Giudici erano stati chiamati a selezionare le poste di danno risarcibili. Né poteva porsi un qualche problema di ingiustizia del danno: ad integrare il danno ingiusto richiesto dall' articolo 2043 cod. civ. era infatti sufficiente il pregiudizio all' integrità fisica riportato dallo sfortunato calciatore all' esito del sinistro.

Quanto, invece, alle condizioni fissate per la rilevanza risarcitoria del danno da occasioni perdute, la sentenza n. 11322 sembra allontanarsi non poco dal modello di *chance* confezionato e messo a punto dalla giurisprudenza prevalente. Laddove, infatti, si subordina la tutela della *chance* alla *ragionevole probabilità* della sua esistenza, si finisce per respingere, e sia pure implicitamente, la tesi giurisprudenziale che vuole risarcibile la *chance* quale che sia la sua consistenza statistica, relegando ogni valutazione circa il tasso di probabilità che accompagna il conseguimento del risultato sperato alla diversa sede della determinazione del *quantum debeatur*.

Stante l' indicazione contenuta in sentenza, nessun rilievo risarcitorio dovrebbe assumere la *chance* di *Tizio* di divenire calciatore professionista ove una siffatta possibilità sia corredata da tassi probabilistici limitati, non potendo l' attore invocare in siffatte classi di ipotesi una *ragionevole probabilità* lesa dalla condotta indebita altrui.

La medesima discrepanza quanto al modello ricostruttivo di *chance* accolto prevalentemente dalle nostre Corti si rinviene, altresì, in *Cass., sez. lav., 14 giugno 2000 n. 8132*⁴⁹.

La tematica del danno da occasioni perdute intercetta una volta in più la materia delle promozioni a scelta nell' ambito del rapporto di lavoro. *Alpha*, dipendente di un noto istituto di credito, impugnava innanzi al Pretore la graduatoria definitiva del concorso per dirigente cui aveva preso parte, lamentando la propria illegittima esclusione dal novero dei promossi. In particolare, il lavoratore chiedeva l' attribuzione della superiore qualifica ovvero, in subordine, il rinnovo della selezione e la condanna di controparte al risarcimento del danno. Il giudice, dichiarata la nullità della procedura selettiva, condannava l' istituto alla rinnovazione delle operazioni di scrutinio. Nelle more del giudizio d' appello frattanto incardinato, il datore di lavoro dichiarava di avere già ottemperato alla condanna, disponendo il rinnovo del concorso con effetto retroattivo. Il giudice del gravame dichiarava quindi parzialmente cessata la materia del contendere e condannava l' istituto di credito al risarcimento del “*danno da illegittimo scrutinio*”.

⁴⁹ Pubblicata in *Orient. giur. lav.*, 2000, I e in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 463 con nota di O. BONARDI.

La decisione viene, tuttavia, cassata dalla Suprema Corte. Superate alcune eccezioni preliminari di rito e configurato il danno risarcito al lavoratore come perdita di *chances*, il Collegio ne esclude in concreto la sussistenza: il rinnovo delle operazioni concorsuali con efficacia retroattiva determinerebbe, infatti, il ripristino dello *status quo ante* sicché l' interesse del lavoratore al corretto svolgimento della selezione risulterebbe per ciò solo integralmente soddisfatto, salva la prova da parte del dipendente dell' esistenza di effetti pregiudizievoli non eliminati dal rinnovo.

A fronte della violazione, da parte del datore di lavoro, dei canoni di correttezza e buona fede nella scelta dei dipendenti da promuovere, la Suprema Corte riconosce, quindi, l' astratta configurabilità della perdita di *chance* ma ne nega in concreto la sussistenza in ragione dell' avvenuta ripetizione dello scrutinio.

Ciò che in questa sede giova rilevare è il tipo di giustificazione posto dalla Corte a fondamento della tutelabilità accordata in astratto alla *chance*. Secondo la Cassazione, il danno da occasioni mancate si distinguerebbe vuoi *“dal danno certo”* vuoi da *“quello semplicemente eventuale e per il quale non è ipotizzabile un risarcimento”*. *“Il nostro art. 1226 cod. civ.”*, infatti, *“permette la determinazione quantitativa secondo equità, così derogando agli artt. 2697 cod. civ. e 115, primo comma, cod. proc. civ., ma richiede che la pretesa risarcitoria sia pur sempre fondata su un danno affermato almeno come probabile, e non su mere ipotesi”*.

Per la sentenza in commento, dunque, la figura della *chance* differirebbe vuoi dal danno certo vuoi dal danno meramente eventuale, ovverosia dal pregiudizio derivante dalla lesione di possibilità corredate da percentuali di avveramento di scarsa o scarsissima entità. Ritagliata in tal modo la nozione di *chance* rilevante per l' ordinamento, il fondamento normativo della sua tutelabilità potrebbe senza grandi difficoltà rinvenirsi nell' applicazione puntuale dell' articolo 1226 del nostro Codice. E tuttavia, ancora una volta, siamo ben lontani dall' idea di *chance* coltivata in seno alla nostra giurisprudenza.

Su di un versante opposto si collocano quelle sentenze che presentano, sul piano delle formule e delle declamazioni di principio, elementi di novità o di

discordanza rispetto al modello di *chance* accolto dalla prevalente giurisprudenza; tuttavia, se riguardate dal punto di vista delle soluzioni messe in campo, queste decisioni devono, invece, considerarsi perfettamente coerenti con la costruzione della *chance* predicata dalla Corte di Cassazione.

Appartiene senz' altro al novero di questa tipologia di provvedimenti *Cass., sez. II, 27 maggio 2009 n. 12354*⁵⁰.

La materia è quella della responsabilità professionale: *Tizio*, avvocato, ometteva di comunicare tempestivamente a *Caio* e *Sempronio*, il deposito della sentenza che li aveva visti soccombenti, con conseguente preclusione di ogni impugnativa. I clienti convenivano, quindi, in giudizio il professionista, lamentando la perdita del “*potere di impugnare la decisione*” a sé sfavorevole e chiedendone la condanna al risarcimento. Nondimeno, l' azione di responsabilità si risolveva, in primo come in secondo grado, con un nulla di fatto: invero, i Giudici del merito, pur accertando l' inadempimento del legale e la sua astratta potenzialità lesiva, rilevavano, tuttavia, come nessuna prova gli attori avessero fornito circa la concreta esistenza del pregiudizio lamentato. I clienti, infatti, non avrebbero dimostrato l' erroneità della decisione non impugnata “*fornendo la ragionevole certezza o un grado elevato di probabilità che il gravame, se proposto, sarebbe stato accolto*”. Al contrario, *Caio* e *Sempronio* si sarebbero limitati a richiamare gli elementi già emersi nel giudizio chiusosi con la sentenza rimasta inappellata.

Avverso la decisione d' appello, *Caio* e *Sempronio* proponevano ricorso per cassazione: a detta dei ricorrenti, infatti, la perdita del potere di impugnare un provvedimento giudiziario sfavorevole (*c.d.* perdita di *chances*) avrebbe dovuto considerarsi risarcibile indipendentemente dalla prova circa la fondatezza del gravame non proposto, anche in ragione degli effetti benefici (sospensione dell' esecutività della sentenza appellata; possibilità di addivenire ad un accordo transattivo o di ottenere una riduzione della penale) che sarebbero potuti comunque derivare dall' impugnativa.

La sentenza ricorsa è, tuttavia, confermata dalla Suprema Corte.

⁵⁰ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2009, 8-9, 891, in *Giur. it.*, 2010, 2, 312 e in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4, 819 con nota di G. MUSOLINO, *Responsabilità dell' avvocato per perdita della chance di appellare la sentenza favorevole*.

Invero, i Giudici del merito avrebbero fatto corretta applicazione del consolidato principio che, in materia di responsabilità professionale, reputa necessaria la prova del “*sicuro e chiaro fondamento dell' azione, che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata, e, quindi, la certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista medesimo sarebbero stati più vantaggiosi*” sicché la perdita del diritto di impugnare la sentenza, non potrebbe configurarsi per sé sola come una conseguenza patrimoniale pregiudizievole. La *chance*, infatti, è sì “*entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*” ma la sua risarcibilità postulerebbe pur sempre la dimostrazione della sua sussistenza in concreto: i ricorrenti, quindi, avrebbero dovuto provare l' esistenza di concreti riflessi pregiudizievoli conseguenti alla perdita del potere di impugnativa, offrendo la prova dell' erroneità della decisione e della possibilità di essere riformata in appello. Per contro, *Caio* e *Sempronio* non avevano offerto alcun elemento che potesse indurre a ritenere, con ragionevole probabilità, che il gravame, se esperito, sarebbe stato accolto, ovvero potesse costituire base sufficiente ad indurre controparte, totalmente vittoriosa, ad una transazione.

Sul piano delle formule, la pronuncia in commento sembra allontanarsi non poco dagli insegnamenti della sentenza n. 15759: pur essendo richiesta in giudizio la sola riparazione del danno da perdita di *chances*, la Suprema Corte argomenta invece il proprio *decisum* attraverso espressioni e motivi che rinviano al diverso tema della addebitabilità al professionista negligente del mancato conseguimento del risultato utile sperato: si discorre infatti di sicuro fondamento dell' impugnazione, imponendo al cliente insoddisfatto di provare con certezza (addirittura morale) che, se coltivato, il gravame sarebbe stato accolto.

Queste formule sono ora impiegate dai giudici rispetto alla figura della *chance*: il ritorno al passato è reso ancor più evidente dai brani della sentenza in cui si nega persino l' idoneità della perdita di un' occasione a rappresentare, in sé e per sé sola considerata, conseguenza pregiudizievole dell' illecito, in stridente contrasto con la nota ricostruzione della *chance* quale entità patrimoniale autonoma pure richiamata dalla Corte.

L' apparente dissidio è però destinato a ricomporsi ove si abbandonino il piano della comunicazione formale e si analizzi, invece, il tipo di operazione in concreto realizzata. Così, nel caso che ci occupa, a determinare il rigetto della domanda di risarcimento del danno non è, a ben vedere, l' assenza di prova in ordine alla sicura (o altamente probabile) realizzabilità della *chance* vantata quanto, piuttosto, l' omessa allegazione, da parte dei clienti, di un qualsivoglia elemento idoneo a dimostrare *ab origine* l' esistenza stessa di una possibilità di riforma della sentenza non gravata.

Le medesime considerazioni possono poi svolgersi rispetto al caso deciso da *Cass., sez. III, 11 dicembre 2003 n. 18945*⁵¹.

Anche in questa sede, sembra perdere nettezza di contorni (almeno quanto alle formule impiegate) la distinzione tra il danno da perdita di *chances* e il danno da perdita del risultato finale richiedendosi, per il risarcimento del primo, la certezza o l' elevata probabilità di realizzazione, tipiche del secondo.

Sulla scorta di questi rilievi viene, dunque, confermata la decisione della Corte territoriale che aveva escluso la risarcibilità in favore di una vittima di incidente automobilistico del danno da perdita di *chances* lavorative e da ritardato inserimento nel mondo del lavoro⁵². Per la Cassazione, infatti, il risarcimento del danno lamentato dalla ricorrente postulerebbe pur sempre la dimostrazione dell' esistenza di concrete proposte lavorative indirizzate successivamente al sinistro e, soprattutto, la prova positiva del buon fine delle proposte medesime, una volta accettate.

Sembra, allora, negarsi la risarcibilità della *chance* che non sia accompagnata dalla dimostrazione della sua sicura realizzabilità in assenza dell' illecito. In realtà, e del tutto coerentemente con la ricostruzione della giurisprudenza, si esclude la riparazione dell' occasione perduta ogni qualvolta non ne risulti circostanziata la fisionomia e provata l' esistenza.

⁵¹ Pubblicata in *Arch. civ.*, 2004, 1344 e in *Arch. giur. circolaz.*, 2004, 510.

⁵² La danneggiata assumeva, infatti, di aver perduto a causa del sinistro e delle lesioni riportate sia la possibilità di essere assunta con contratto a termine da Poste Italiane S.p.A. sia l' ulteriore *chance* di entrare, in virtù del servizio prestato, nella riserva dei posti a tempo indeterminato predisposta dall' azienda.

7. *Impieghi sui generis*. Fin qui abbiamo avuto modo di osservare come la giurisprudenza abbia fatto frequentemente ricorso alla categoria della *chance* quale strumento di gestione dell'incertezza che connota, in determinate fattispecie, il collegamento tra il fatto fonte di responsabilità (inadempimento o illecito) e le conseguenze dannose sofferte dalla vittima. Abbiamo, altresì, rilevato come le formule impiegate possano talvolta mistificare l'identità del tipo di operazione in concreto realizzata e la sua coerenza con l'opzione ricostruttiva presa qui a modello di riferimento. È possibile adesso mettere in rilievo come nella prassi giudiziaria siano diffusi anche impieghi della *chance* con finalità del tutto differenti, non coincidenti con la gestione dell'incertezza in sede di causalità giuridica.

Talvolta il richiamo alla *chance* da parte della giurisprudenza risulta privo di qualsivoglia rilevanza applicativa: le fattispecie che volta per volta vengono in considerazione appaiono, infatti, risolvibili (e sono effettivamente risolte dagli stessi giudici) senza che nessuna valenza specifica sia attribuibile al danno da occasioni mancate. L'utilizzo della *chance* si esaurisce, quindi, sul piano delle argomentazioni formali.

Possono citarsi, fra le altre, *Cass., sez. I, 29 luglio 2009 n. 17677*⁵³; *Cass., sez. III, 19 febbraio 2009 n. 4052*; *S.U. 26 gennaio 2009 n. 1850*⁵⁴; *Cass., sez. III, 8 novembre 2007 n. 23304*⁵⁵.

Quest'impiego senz'altro discutibile della *chance* risulta particolarmente evidente in *Cass., sez. I, 29 luglio 2009 n. 17677*.

Sempronio, proprietario di un immobile lesionato dai lavori di ammodernamento di una limitrofa strada statale, conveniva in giudizio l'Amministrazione committente e la società appaltatrice per il risarcimento dei pregiudizi sofferti. Assumeva l'attore che il brillamento di mine per lo scavo di alcune gallerie lungo la statale avesse provocato lesioni strutturali all'edificio, determinandone la temporanea inagibilità e costringendo *Sempronio* e la sua

⁵³ Pubblicata in *Foro it.*, 2010, 7-8, 1, 2019 con nota di G. GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*.

⁵⁴ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1033 con nota di G. MARENA, *Perdita di chance in diritto amministrativo*.

⁵⁵ Pubblicata in *Giur. it.*, 2008, , 1388; in *Danno e resp.*, 2008, 2, 205; in *Obbl. e contr.*, 2008, 1, 5 con nota di L. RUBINO e in *Dir. internet*, 2008, 2, 141 con nota di A. STAZI e C. STAZI, *Il risarcimento dei danni da ingiustificato distacco della linea telefonica*.

famiglia ad abbandonare per alcuni anni l'abitazione. I giudici del merito accoglievano integralmente la domanda, condannando i convenuti in solido al risarcimento. In particolare, fra le poste suscettibili di riparazione veniva riconosciuto anche il pregiudizio derivante dalla mancata fruizione dell'immobile nel corso del triennio. Sulla scorta dei rilievi del consulente tecnico, il danno veniva poi liquidato equitativamente, tenendo conto del canone di mercato per la locazione di un alloggio con caratteristiche simili a quello originariamente occupato.

Proprio il riconoscimento di questa voce di danno era fatta oggetto di censura da parte della Pubblica Amministrazione: secondo la committente, infatti, i giudici di prime cure avrebbero risarcito il danno nonostante il difetto assoluto di prova circa la sua esistenza. *Sempronio*, invero, non avrebbe fornito dimostrazione alcuna in ordine al pregiudizio subito: in particolare, non avrebbe neppure allegato che l'allontanamento dall'immobile lo avesse costretto a prendere in locazione altro appartamento o, comunque, a ricorrere ad altra sistemazione, comportante spese indennizzabili.

Ai nostri fini, ciò che più interessa è il tipo di argomentazione utilizzato dalla Suprema Corte nel rigettare il ricorso.

Per la Cassazione, accertato l'allontanamento dall'edificio conseguente alla sua inagibilità, correttamente i Giudici di primo e secondo grado avrebbero ritenuto per ciò solo dimostrata anche l'esistenza del danno da mancato godimento dell'immobile. Provato l'*an* del pregiudizio, nessun impedimento potrebbe allora rinvenirsi alla sua liquidazione in via equitativa pur in assenza di una specifica domanda di parte: invero, sarebbe sufficiente che *“dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa, e che si traducano, in termini di lucro cessante o in perdita di chances, in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, che non sia meramente potenziale o possibile, ma che appaia invece - anche semplicemente in considerazione dell' id quod plerumque accidit - connesso all' illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità”*.

La *chance*, in endiadi con la figura del lucro cessante, è, in questa sede, nulla più che un rapido richiamo, privo di specifica rilevanza applicativa. Alla medesima conclusione può giungersi in relazione al caso deciso dalle *Sezioni Unite* 26 gennaio 2009 n. 1850.

Caio, imprenditore, volendo avviare un'attività di autoscuola, richiedeva i permessi necessari all'Amministrazione provinciale, che tuttavia negava ripetutamente il provvedimento autorizzativo richiesto. Ne derivava un lungo contenzioso che in appello vedeva soccombente l'Amministrazione, condannata dalla Corte al risarcimento del danno da ritardato rilascio delle autorizzazioni prescritte. Affermata l'illegittimità sia dei ripetuti dinieghi sia del regolamento provinciale che tali dinieghi aveva determinato, i giudici del gravame riconoscevano tuttavia la pretesa risarcitoria di *Caio* unicamente in relazione alle spese documentate, con esclusione, quindi, di quanto pagato dall'imprenditore per la sistemazione dei locali che avrebbero dovuto ospitare l'autoscuola e, soprattutto, del lucro cessante.

Della sentenza d'appello l'imprenditore chiedeva la cassazione innanzi alla Suprema Corte: invero, i Giudici del merito non avrebbero fatto corretta applicazione dell'articolo 1226 del Codice Civile omettendo di determinare secondo equità l'ammontare del danno cagionato dai continui dinieghi all'autorizzazione, danno che pure era stato provato nella sua esistenza e mai contestato da controparte. Né in senso contrario avrebbero potuto farsi valere il difetto o le carenze della documentazione offerta dal ricorrente.

Il ricorso era tuttavia rigettato: per i giudici di legittimità, infatti, la liquidazione equitativa del danno potrebbe ammettersi esclusivamente ove non sia possibile o riesca particolarmente difficoltosa la prova della sua effettiva consistenza sicché ad essa non potrebbe ricorrersi per ovviare all'inerzia della parte su cui l'onere della prova gravava.

La motivazione della Cassazione è quindi sul punto completa e coerente: dall'obbligo risarcitorio gravante sull'Amministrazione devono senz'altro espungersi le voci di danno rimaste, nel processo, prive di dimostrazione; nel caso di specie, il mancato guadagno lamentato da *Caio* e connesso al ritardato rilascio dell'autorizzazione prescritta non risultava supportato da alcun elemento di

riscontro; pur attenendo la mancata prova soltanto al *quantum* del pregiudizio sofferto, correttamente il Giudice del merito avrebbe escluso il ricorso al potere equitativo previsto dall' articolo 1226 cod. civ., il cui impiego presupporrebbe pur sempre l' impossibilità o l' estrema difficoltà della prova circa l' ammontare del danno da risarcire.

Nondimeno, la Suprema Corte ritiene comunque di dare abbrivio alla propria motivazione richiamando la figura della *chance* e quella giurisprudenza che in essa ravvisa una “*concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene*” ovvero “*un' entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*”, la cui rilevanza in sede risarcitoria resta subordinata alla prova della “*realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita*”.

Non è chiaro se la Corte ritenga davvero di dover assimilare *chance* e mancato guadagno, considerando la prima una sorta di *restyling*, quanto alle formule impiegate, del secondo. È però evidente come il richiamo in questa sede operato alla *chance* non soltanto non presenti connessione alcuna con la controversia decisa (in cui il privato non aveva mai assunto di vantare una qualche *chance*, poi perduta a causa dell' Ente territoriale) ma in ogni caso valga per lo più ad implementare sul piano comunicativo un' argomentazione in sé già conclusa e autosufficiente.

In alcuni casi, i nostri giudici si servono, invece, della *chance* alla stregua di un mero *obiter dictum*: il termine *chance* risulta, dunque, impiegato in modo fungibile e del tutto generico, in ogni caso privo di qualsiasi risvolto operativo.

L' attenzione dell' interprete è calamitata, ancora una volta, dalla giurisprudenza lavoristica e, in particolare, dalle decisioni rese in materia di demansionamento e dequalificazione professionale: vengono, così, in evidenza *Cass., sez. lav., 8 novembre 2008 n. 23744*⁵⁶; *Cass. pen., sez. IV, 14 luglio 2006 n. 24359*⁵⁷; *S.U. 24 marzo 2006 n. 6752*; *Cass., sez. lav., 10 giugno 2004 n. 11045*⁵⁸;

⁵⁶ Pubblicata in *Dir e pratica lav.*, 2009, 10, 665 e in *Argomenti*, 2009, 1, 131.

⁵⁷ Pubblicata in *Riv. pen.*, 2007, 5, 580.

⁵⁸ Pubblicata in *Gius.*, 2004, 3884.

*Cass., sez. III, 24 marzo 2004 n. 5840*⁵⁹; *Cass., sez. V, 17 febbraio 2004 n. 3082*⁶⁰; *Cass., sez. lav., 8 novembre 2003 n. 16792*⁶¹ e *Cass., sez. lav., 22 febbraio 2003 n. 2763*.

Sullo sfondo, l'interrogativo circa l'estensione dell'*onus probandi* gravante sul dipendente demansionato: in altri termini, ci si chiede se il diritto del lavoratore al risarcimento del danno da demansionamento o dequalificazione consegua *in re ipsa* alla prova dell'inadempimento datoriale oppure sia subordinato all'ulteriore dimostrazione, da parte del prestatore di lavoro, dell'esistenza del pregiudizio di cui si chiede la riparazione.

Nell'economia di queste decisioni la categoria del danno da occasioni perdute è utilizzata per descrivere, in astratto ed indipendentemente dalla fisionomia del caso da decidere, uno dei possibili modi d'essere del danno da dequalificazione, una, cioè, delle possibili voci di danno invocabili dal lavoratore a fronte dell'inadempimento datoriale.

Vi sono, infine, tutta una serie di controversie in cui la *chance* è impiegata in senso assolutamente atecnico: trattasi di fattispecie rispetto alle quali la figura in parola risulta sganciata dal tipo di problema e dai compiti che le sono generalmente propri nell'ambito dell'impostazione ben espressa dalla sentenza n. 15759.

In questo solco si colloca anzitutto *Cass., sez. III, 2 febbraio 2007 n. 2305*⁶² già nota alla dottrina nell'ambito del diverso tema della prescrizione del diritto al risarcimento per i danni *c.d.* lungolatenti. *Caio*, consumatore, stipulava con una compagnia assicurativa un contratto svantaggioso a seguito di un'intesa

⁵⁹ Pubblicata in *Gius.*, 2004, 3177; in *Arch. giur. circolaz.*, 2004, 9, 860 e in *Guida al diritto*, 2004, 19, 57.

⁶⁰ Pubblicata in *Dir. e prat. trib.*, 2004, 2, 1639 e in *Rass. Tributaria*, 2004, 5, 1836 con nota di G. GALLETTI, *Demansionamento del lavoratore e dequalificazione professionale: l'onere probatorio nel giudizio e nella qualificazione della natura del risarcimento del danno ai fini tributari*.

⁶¹ Pubblicata in *Arch. civ.*, 2004, 1091; in *Ambiente e sicur.*, 2004, 8, 86; in *Guida al diritto*, 2003, 49, 53 e in *Prat. lavoro*, 2008, 40, 1916.

⁶² Pubblicata in *Arch. giur. circolaz.*, 2008, 1, 74; in *Giornale dir. amm.*, 2007, 4, 399; in *Foro it.*, 2007, 4, 1, 1097 con nota di A. PALMIERI, *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagiata cammino dell'azione risarcitoria per il danno da illecito antitrust* e di P. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; in *Corriere giur.*, 2007, 5, 641 con nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"* e in *Danno e resp.*, 2007, 7, 755 con nota di G. AFFERNI e M. CARPAGNANO, *Il risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale*.

anticoncorrenziale posta in essere dalla propria controparte contrattuale e da un *pool* di imprenditori; riconosciuta in sede amministrativa la violazione della legislazione nazionale *antitrust*, *Caio* chiedeva in giudizio il risarcimento del danno subito. Limitandoci all' esame dei profili per noi più interessanti, deve rilevarsi come la Suprema Corte nel riconoscere il diritto del consumatore al risarcimento abbia qualificato espressamente il pregiudizio sofferto da *Caio* come perdita di *chances*, *sub specie* di perdita “*della possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza nel caso in cui il mercato assicurativo non fosse stato alterato dalla condotta anticoncorrenziale*”.

E tuttavia, è sufficiente sfogliare la sentenza qui commentata per rilevare come la Cassazione recida ogni collegamento fra il vocabolo impiegato e le conseguenze che sul piano giuridico gli sono proprie (risarcimento parziale del danno in presenza di incertezze sul nesso causale). Ed infatti: *a*) il danno sofferto da *Caio*, pur definito come perdita di *chances*, in concreto viene individuato nella differenza tra il corrispettivo contrattuale pattuito e il diverso corrispettivo che il consumatore avrebbe pagato ove il mercato dei prodotti assicurativi non fosse stato inquinato dall' intesa anticoncorrenziale: si tratta, quindi, di una posta di danno forse più correttamente assimilabile al danno emergente che non ad un' ipotesi di lucro cessante; *b*) la somma così individuata non viene poi assoggettata ad alcuna riduzione percentuale⁶³.

Per certi aspetti analoga anche *Cass., sez. lav., 21 febbraio 2007 n. 4003*⁶⁴. *Ottavia*, dipendente della società *Alpha*, veniva comandata dalla datrice di lavoro presso l' ente *Beta*. Accadeva, però, che in ragione della sua peculiare condizione, la lavoratrice fosse esclusa dallo scrutinio per l' attribuzione della PED (posizione economica differenziata). *Ottavia* conveniva quindi in giudizio *Alpha* chiedendo originariamente l' accertamento del proprio diritto all' emolumento e, in corso di causa, l' accertamento del solo diritto allo scrutinio. Confermando sul punto le

⁶³ La *chance* assume il significato generico che essa possiede nel linguaggio comune (come semplice occasione o possibilità di fatto) anche nella materia del danno da nascita in desiderata. Qui il lemma francese è utilizzato per indicare l' effetto dell' inadempimento del medico: la perdita per la donna della possibilità di procedere all' interruzione volontaria della gravidanza. Anche in questo caso, però, l' impiego della *chance* è del tutto privo di rilievo quanto alla regola *iuris* da applicare.

⁶⁴ Pubblicata in *Lav. nella giur.*, 2007, 11, 1141.

decisioni di Tribunale e Corte d' Appello, la Cassazione riconosce alla dipendente esclusa dalla selezione il diritto alla *chance*.

Anche in questo caso all' impiego del termine *chance* non corrisponde di certo l' applicazione al caso concreto della precisa regola operativa che sostanzia la figura del danno da occasioni perdute nella prevalente ricostruzione giurisprudenziale: la *chance* è quindi utilizzata quale sinonimo del diritto della dipendente ad essere scrutinata e di vedersi riconosciuto, in presenza di tutte le condizioni all' uopo richieste, il diritto all' emolumento.

8. *La chance nella giurisprudenza amministrativa.*

La figura del danno da perdita di *chances* ha riscosso larghi successi anche nel settore del diritto amministrativo⁶⁵. Sempre più spesso nelle controversie che vedono convenuta la Pubblica Amministrazione i privati invocano la tutela giudiziale della *chance*, costringendo i giudici di TAR e Consiglio di Stato a misurarsi con l' interrogativo circa la rilevanza giuridica del pregiudizio connesso alla perdita della possibilità di un risultato solo sperato.

Nondimeno, in seno al diritto amministrativo il tema della *chance* intercetta problemi e tematiche assolutamente peculiari, inerenti alla categoria (ed ai criteri per la costruzione della categoria) dell' interesse legittimo ed ai presupposti necessari per la sua tutela risarcitoria; i suddetti profili esulano dal nostro tema d' indagine sicchè si rende opportuno il rinvio ad apposita trattazione specialistica.

⁶⁵ Per una panoramica dell' argomento si vedano M. F. LO MORO, *Perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2011, 5, 485; V. BOSETTO, *La perdita di chance nel procedimento di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 10, 2080; M. BONOMI, *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.*, in *NGCC*, 2011, I, 307; A. MONDINI, *Considerazioni sulla chance di aggiudicazione di un contratto pubblico*, in *Urb. App.*, 2004, 12, 1429; F. TRIMARCHI BANFI, *L' ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 3, 632; F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 2, 174; A. M. DE LUCA, *Il danno da perdita di chance di aggiudicazione*, in *Corr. giur.*, 2007, 8, 1153; G. MARI, *Responsabilità per perdita di chance e domanda di risarcimento in forma specifica implicita nella domanda di annullamento dell' affidamento a trattativa privata di un servizio*, in *Giust. civ.*, 2002, 5, 1417.

Capitolo II

LA CHANCE NELLE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA

SOMMARIO: 1. La perdita di *chance* come ipotesi di danno emergente: *Calamandrei, De Cupis e Bocchiola*. - 2. Una tecnica risarcitoria in piena espansione. - 3. La *chance* come tecnica di quantificazione del danno: le critiche della dottrina. - 3.1. Segue: la posizione di *Pietro Trimarchi*. - 4. La via mediana: la *chance* come danno meramente patrimoniale. - 4.1. Segue: brevi notazioni critiche. 5. La perdita di una *chance* e il giudizio di ingiustizia del danno. - 5.1 Segue: possibili rilievi critici.

1. *La perdita di chance come ipotesi di danno emergente: Calamandrei, De Cupis e Bocchiola*. Esaminate le prassi giurisprudenziali occorre adesso dare conto delle posizioni espresse e delle soluzioni elaborate in seno alla dottrina. Due gli interrogativi che detteranno la rotta al nostro viaggio: è possibile dare fondatamente ingresso nel nostro ordinamento al danno da perdita di *chances*? Quale l' appropriata tecnica per la sua quantificazione?

In Italia la costruzione della *chance* come autonoma *figura iuris sub specie* di danno emergente si deve soprattutto all' opera della dottrina, in seguito ripresa e messa in pratica dalla giurisprudenza.

Fra i primi a prospettare l' autonoma rilevanza in sede risarcitoria delle possibilità di profitto perse a causa dell' altrui illecito, *Piero Calamandrei*⁶⁶ che negli anni Trenta del secolo scorso di è occupato del tema, assai spinoso, della responsabilità del legale negligente.

Occasione per l' intervento dell' illustre processualista, la pronuncia della Cassazione del Regno 10 febbraio 1931⁶⁷ con cui la Suprema Corte, in ossequio ad un consolidato orientamento⁶⁸, ebbe a limitare al rimborso delle spese e delle

⁶⁶ P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, 4, II, 260.

⁶⁷ Pubblicata in *Foro it.*, 1921, I, 628 con nota di A. PARRELLA, *Colpa del procuratore e stima preventiva della lite*, ed in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, 4, II, 260 con nota di P. CALAMANDREI, *op. cit.*. La sentenza *de qua* è stata commentata anche da G. PAOLI, *La responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, 17 e da F. CARNELUTTI, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, 57.

⁶⁸ Fra i precedenti, si veda *Appello Catania 1 ottobre 1883*, pubblicata in *Giur. it.*, 1884, II, 63. Anche in questo caso pur riconoscendo la colpa del legale per la perenzione del giudizio, i giudici limitarono la riparazione dovuta al rimborso delle sole spese anticipate, mentre esclusero la possibilità di condannare il professionista all' ulteriore risarcimento del danno, in ragione del carattere *incerto ed eventuale* del pregiudizio circa l' esito favorevole della lite. Ed infatti,

somme anticipate la responsabilità del procuratore, reo di aver lasciato colposamente spirare i termini per interporre appello, con l' esclusione, quindi, del danno derivante allo sfortunato cliente dalla mancata definizione giudiziaria della controversia.

Per la Cassazione l' antico motto *habent sua sidera lites* ben esprimerebbe l' incertezza che accompagna il processo, il cui esito è fortemente influenzato da un complesso di fattori (*morali e tecnici*) di difficile valutazione, quali l' opinione personale del giudice ed il suo apprezzamento in ordine alle prove, il regolare corso del giudizio, l' attività assertiva delle parti e le loro risorse difensive. L' impossibilità di realizzare una stima preventiva del prodotto del fenomeno giudiziale impedirebbe, quindi, al giudice del risarcimento di considerare il danno determinato dalla soccombenza come conseguenza diretta ed immediata dall' omissione colposa del professionista.

Dinanzi alla netta chiusura della Corte di Cassazione, il *Calamandrei* propone invece la costruzione di un meccanismo di risarcimento parziale del danno rapportato alla perdita di mere probabilità statistiche.

Non nega l' *Autore* che ogni sentenza sia il prodotto di tutta una serie di fattori imponderabili, molti dei quali irriproducibili fuori dall' ambiente in cui la sentenza è pronunciata⁶⁹, né ritiene di dover respingere la tesi tradizionale che vuole l' impossibilità giuridica (oltre che pratica) di procedere ad un nuovo esame di una vicenda chiusasi con sentenza passata in giudicato⁷⁰. Tuttavia, se risulta

“nessuno può accertare che, se il merito degli appelli fosse giunto a giudizio, a Corte avrebbe giudicato in conformità delle aspirazioni degli appellanti”. Invero, nelle liti “havvi sempre qualche cosa di aleatorio, di dubbio e d' incerto, e nessuno può con sicurezza preventivamente accertare il risultato di una lite”.

⁶⁹ “Solo chi vive estraneo alla pratica forense ed osserva il fenomeno giudiziario in vitro, può credere che i giudici siano automi forniti tutti dello stesso congegno, che fanno sempre di sì quando si tocca la stessa molla, in modo che la stessa causa, portata dinanzi a dieci giudici diversi, debba dar luogo necessariamente a dieci sentenze uguali, simili a dieci positive di una negativa sola. In realtà ogni processo ha la sua speciale atmosfera, risultante dalla combinazione dei più svariati elementi: l' abilità degli avvocati, l' intelligenza dei giudici, l' opinione pubblica, il clima ... Può accadere perfino che lo stesso giudice, posto in momenti diversi, magari in diverse ore della giornata, dinanzi alla stessa questione, sia disposto a deciderla in modo diverso, secondo la stato della sua salute o secondo il suo umore. Non per niente certi statuti medievali prescrivevano che i giudici dovessero sentenziare sempre nelle ore mattutine, prima di pranzo!”, P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità ...*, cit., 265.

⁷⁰ Invero, per molto tempo si è ritenuto che il passaggio in giudicato della sentenza conclusiva del giudizio al cui esito negativo abbia concorso la condotta negligente del professionista precludesse ogni ulteriore accertamento, anche ai soli fini del risarcimento, in merito ai fatti oggetto di decisione. L' opinione sembra condivisa dallo stesso *Calamandrei* laddove afferma che “col

impossibile appurare quale sarebbe stato il corso degli eventi in assenza dell' inadempimento (come avrebbe deciso il giudice dell' impugnazione se il gravame fosse stato proposto?) sarebbe, invero, sempre possibile calcolare quali siano le probabilità favorevoli che l' inadempimento del legale ha definitivamente compromesso ed a queste rapportare il risarcimento dovuto.

A tal fine, soccorrerebbe la statistica giudiziaria che, registrando, fra gli altri, i dati concernenti il numero delle sentenze riformate in appello in una data

passaggio in giudicato la sentenza del giudice si purifica da tutte le scorie lasciatevi dalla sua formazione, si libera da tutti i legami colle cause contingenti che hanno concorso alla sua nascita, e resta, quasi sub specie aeterni, distaccata dalle vicende concrete del processo. Ne è più lecito indagare se essa sentenza è effetto della corruzione del giudice o della negligenza del procuratore: la sentenza è così perché è sentenza; iudicatum quia iudicatum” (P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità ...*, cit., 264). Nondimeno, questo tipo di rilievo è stato da tempo superato da dottrina e giurisprudenza, concordi nel ritenere pienamente legittimo il riesame del merito di una controversia decisa con sentenza coperta da giudicato *per fini ulteriori e diversi* da quelli aventi ad oggetto la cosa giudicata. In questo senso, fra gli altri, si veda G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 189 e ss. nonché E. HEINITZ, *Ancora in tema di responsabilità del legale per errore professionale e per negligenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 156 secondo cui nessuna valida ragione potrebbe indurre l' interprete ad escludere *a priori* la possibilità di procedere alla stima preventiva dell' esito della lite ai fini del risarcimento. L' esistenza di un giudicato non determinerebbe, infatti, l' inammissibilità di una tale indagine giacché nessuna norma vieterebbe il riesame del merito di una controversia decisa con sentenza passata in giudicato per un fine diverso che non implichi il venir meno dell' autorità del giudicato. Né una tale stima potrebbe considerarsi impossibile: invero, ciò che il giudice del risarcimento dovrebbe accertare non è se il soccombente avrebbe effettivamente vinto ma se avrebbe *dovuto* vincere. *“E' verissimo che non sempre vince chi ha ragione; ma l' ordinamento giuridico ha fatto del tutto non solamente per rendere possibile di vincere a chi ha ragione, bensì per rendere questo il risultato normale. Il giudice può e deve quindi concludere: se il soccombente aveva ragione, avrebbe anche vinto”*. La possibilità di riconsiderare il merito di una controversia ancorché coperta da giudicato ai soli fini del risarcimento è oggi comunemente riconosciuta. Una siffatta conclusione è peraltro rafforzata da alcuni dati normativi che attestano l' ammissibilità di una doppia qualificazione giuridica del medesimo fatto. Anzitutto, l' articolo 2738 cod. civ., in materia di giuramento, laddove si prevede che la falsità del giuramento prestato (accertata dal giudice penale o da quello civile) non legittima il soccombente alla revocazione della sentenza ma dà titolo per l' azione di risarcimento del danno. In altri termini, l' ordinamento ricollega espressamente alla condotta illecita di chi abbia giurato il falso la nascita di un' obbligazione risarcitoria e non già l' eliminazione degli effetti giuridici favorevoli (vittoria della lite) da quella condotta prodotti. La norma succitata è estremamente significativa ma non risolutiva: diversamente del giudizio di responsabilità istaurato dal cliente avverso il legale imperito, il giudizio risarcitorio ex articolo 2738 cod. civ. vedrà contrapposti gli stessi soggetti coinvolti nel giudizio definito sulla base del giuramento falso. A questa prima disposizione normativa può, poi, associarsi l' articolo 1485 cod. civ. che prevede la perdita del diritto alla garanzia per evizione qualora *a)* il compratore, convenuto dal terzo, non abbia chiamato in giudizio il venditore e sia stato condannato con sentenza passata in giudicato; *b)* il venditore dimostri che esistevano ragioni sufficienti a far respingere la domanda. Da questa norma si ricava, quindi, l' ammissibilità di un riesame nel merito di una sentenza passata in giudicato quando un tale riesame sia finalizzato non già a rimettere in discussione l' autorità della cosa giudicata bensì a valutare se esistevano ragioni che, se introdotte nel giudizio di evizione tramite la chiamata del venditore, avrebbero consentito al compratore di evitare la soccombenza.

circoscrizione, consentirebbe di ricostruire, *in astratto*, le probabilità di accoglimento del gravame mai proposto.

Ed invero, se l' esito incerto di un giudizio non celebrato impedisce di affermare l' esistenza di un nesso di causalità immediata e diretta tra la colpa del professionista e la soccombenza, lo stesso non potrebbe dirsi per il nesso che lega inadempimento e perdita delle probabilità favorevoli all' accoglimento del gravame, che dovrebbe, invece, considerarsi sempre integrato.

Così, ove sulla scorta del mero dato statistico fosse possibile affermare che presso una data Corte d' Appello quaranta gravami su cento vengono mediamente accolti, dovrebbe concludersi che in astratto qualsiasi appellante avrebbe, in quella data circoscrizione, il quaranta per cento di probabilità di vedere riformata la sentenza gravata. Pertanto, il legale che omette negligenzemente di proporre l' impugnazione, priva il cliente quanto meno di quelle quaranta probabilità di vittoria. Ipotizzando che la causa, in cui si innesta l' inadempimento del professionista, abbia un valore € 100.000, dovrebbe affermarsi il diritto del cliente ad un risarcimento ragguagliato al quaranta per cento di un tale valore, ossia un risarcimento pari almeno a € 40.000⁷¹.

In tal modo, per il *Calamandrei*, sarebbero conciliate le ragioni del diritto, del buon senso e dell' equità che si ribellano tutte all' idea che il professionista veda limitata la propria responsabilità al mero rimborso delle somme ricevute; inoltre, si darebbe vita ad un valido strumento di pressione per l' innalzamento degli *standards* di diligenza esigibili in relazione all' attività professionale forense.

La soluzione prospettata dal *Calamandrei* ha dato vita, negli anni immediatamente successivi alla pubblicazione del suo intervento sulla *Rivista di diritto processuale*, ad un acceso dibattito⁷² in ordine all' utilizzabilità del dato statistico ai fini del risarcimento ed è stata per lo più respinta e messa al bando

⁷¹ Per l' *Autore* il calcolo proposto potrebbe ulteriormente perfezionarsi considerando anche le probabilità di accoglimento dei ricorsi per cassazione avverso le sentenze dei giudici di secondo grado.

⁷² L' interesse suscitato nella cultura giuridica dell' epoca - dalle aule universitarie ai corridoi dei palazzi di giustizia - dall' intervento del *Calamandrei* è attestato da A. C. JEMOLO, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, 50.

dalla maggior parte degli studiosi⁷³. Nondimeno, in tempi più recenti, lo scritto in commento è stato valorizzato da una parte della dottrina⁷⁴ che ha visto nel lavoro del *Calamandrei* sulla responsabilità del legale negligente un chiaro riferimento *ante litteram* alla moderna tecnica della *chance*.

Secondo questa lettura, il giurista fiorentino avrebbe intuito, già agli inizi del secolo scorso, la possibilità di collegare causalmente all' inadempimento del professionista un danno certo, consistente nella colposa privazione delle probabilità di accoglimento del gravame – la *chance*, appunto – nonché l' opportunità di parametrare ad esso (e ad esso soltanto) l' ammontare del risarcimento dovuto.

L' assunto può essere condiviso ma con talune precisazioni.

⁷³ La tesi del *Calamandrei* è stata sin da subito oggetto di serrata critica da una parte cospicua della dottrina. Su un primo versante si collocano quanti escludono in radice la possibilità di trasformare le probabilità di ottenere un risultato utile in oggetto di perdita risarcibile. Così, F. CARNELUTTI (*Rimedi contro la negligenza ...*, cit., 57). Nei casi di negligenza del legale per omessa impugnazione, l' esito del gravame appare per lo più aleatorio ed indimostrabile: l' incertezza circa l' esistenza del danno sofferto imporrebbe, quindi, il rigetto della domanda risarcitoria. La soluzione suggerita dal *Calamandrei* – ossia l' obbligo per il professionista di risarcire il danno proporzionalmente alle probabilità di vittoria perse dal cliente – sembra al *Carnelutti* in evidente contrasto con le norme di diritto positivo in materia di prova, in forza delle quali se il danno non è stato provato, il risarcimento quand' anche parziale, deve essere escluso. Certo, l' esistenza del danno può essere provata con qualsiasi mezzo e, quindi, “*anche con le presunzioni semplici*”, “*il che vuol dire, in fondo, con un giudizio di probabilità; ma altro è il giudizio di probabilità impiegato come mezzo di convincimento dell' esistenza del danno, altro come criterio per il suo risarcimento parziale cioè per la sua ripartizione*”. Su un secondo versante si collocano, invece, quegli *Autori* che concentrano le proprie critiche sulla tecnica di quantificazione proposta dal *Calamandrei*. Ritiene l' impostazione del giurista toscano censurabile dal punto di vista statistico, G. PAOLI, *La responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, II, 19. Secondo quest' *Autore*, infatti, perché dal calcolo effettuato sui grandi numeri possa correttamente inferirsi la probabilità relativa ad un fenomeno specifico sarebbe necessario che il calcolo venga realizzato su dati omogenei. Per contro, la statistica giudiziaria cui il *Calamandrei* vorrebbe riferirsi, sembra al *Paoli* poggiare su dati estremamente eterogenei giacché non ogni appello avrebbe, tipicamente, le medesime possibilità di essere accolto. Ove, quindi, si volesse procedere al calcolo statistico delle probabilità di successo di un appello, tale calcolo dovrebbe essere effettuato sempre *in concreto*, ossia tenendo conto delle caratteristiche specifiche della fattispecie esaminata. Questo tipo di indagine risulterebbe, però, irrimediabilmente precluso dal passaggio in giudicato della sentenza affermativa della soccombenza del cliente. Menzione separata meritano, infine, quanti ritengono di poter superare i problemi di accertamento legati all' incertezza ed all' aleatorietà dell' esito del gravame colposamente omesso imponendo al giudice del risarcimento di verificare non già se l' appello mancato sarebbe stato accolto dal giudice dell' impugnazione quanto, piuttosto, se un tale gravame doveva essere accolto *perché giuridicamente fondato*. A tal fine “*il magistrato che giudica sulle conseguenze della negligenza del legale, deve prima esaminare, come questione preliminare, come egli stesso avrebbe deciso la causa in cui è avvenuto il preteso errore o l' asserita negligenza. In quanto occorra, a tale scopo si ripete il primo processo, si interrogano i testimoni, si esaminano i documenti ecc.*”. Invero, per l' *Autore*, deve supporre che “*il magistrato nel primo processo avrebbe deciso come esso, secondo l' opinione del tribunale nel successivo processo, avrebbe dovuto decidere*” (E. HEINITZ, *Ancora in tema di responsabilità del legale ...*, cit., 166).

⁷⁴ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” ...*, cit., 91.

È certo che il *Calamandrei*, inoltrandosi in territori ancora inesplorati, tentò di formulare una soluzione soddisfacente per i casi di negligenza del professionista legale basandosi sulla possibilità di risarcire, quanto meno, le probabilità di accoglimento del gravame omissivo perdute a causa dell'inadempimento. Il meccanismo così inaugurato precede di più di mezzo secolo le prime applicazioni giurisprudenziali del danno da perdita di *chance*.

Sono, tuttavia, altrettanto evidenti le differenze che corrono tra il tipo di calcolo statistico proposto dall' *Autore* e quello che diverrà usuale, parecchi anni più tardi, in tema di danno da perdita di *chances* di impugnazione. Invero, per il *Calamandrei* il calcolo delle probabilità andrebbe effettuato sempre in astratto, ossia considerando il numero di appelli che in una data circoscrizione territoriale vengono mediamente accolti. Il dato statistico preso in considerazione esprime, dunque, la frequenza di errori di valutazione presso i giudici di prime cure ed indica, quindi, la qualità media delle sentenze di primo grado emesse in una data circoscrizione. Pertanto, ciò di cui l' *Autore* prospetta il risarcimento non sono, a bene vedere, le probabilità concrete che quel singolo appello aveva di essere accolto, quanto piuttosto le probabilità che una qualunque decisione di primo grado, indipendentemente da contenuto e merito, avrebbe avuto di essere riformata in sede di impugnazione.

L' autonomizzazione della *chance* dal risultato utile sperato e la configurazione della sua perdita come posta di danno emergente caratterizzano ancor più chiaramente l' opinione espressa da *Adriano De Cupis*⁷⁵.

Le ipotesi prese in considerazione sono quelle tipiche in materia di *chance*: il fantino che non arriva in tempo e manca di partecipare ad una gara ippica; il corriere che omette di consegnare un quadro destinato ad un' importante mostra pittorica con annessa premiazione; il legale negligente che lascia decorrere i termini per la presentazione di un ricorso per cassazione.

In tutte e tre le fattispecie esaminate l' *Autore* esclude la sussistenza di un lucro cessante risarcibile per la “*manca di un oggetto certo*” (rispettivamente, la vittoria della corsa ippica, della mostra pittorica ovvero della lite giudiziaria): la

⁷⁵ A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1946, 154 (non è stato possibile invece consultare l' edizione più recente dell' opera) e ID., *Il risarcimento della perdita di una “chance”*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1182.

mera eventualità dell' utilità sperata impedirebbe, quindi, la configurazione di un danno consistente nella mancata vittoria.

Nondimeno, in tutte e tre le ipotesi formulate la prestazione dedotta in contratto assicura al creditore una possibilità di vincere (la gara, la mostra o la causa) sicché l' esclusione di una tale possibilità a causa dell' inadempimento sembra al *De Cupis* possa assurgere a danno giuridicamente rilevante, da quantificarsi in via equitativa.

La perdita della *chance* di vincere integra, dunque, un danno *attuale* ed *emergente*, diverso ed inferiore rispetto al danno futuro avente ad oggetto la vittoria.

Ritiene di dover abbandonare l' impostazione tradizionale che risolveva la *chance* nel lucro cessante anche *Maurizio Bocchiola*⁷⁶. Il suo saggio su “*Perdita di una «chance» e certezza del danno*”, pubblicato nel 1976, contiene infatti *in nuce* tutte le soluzioni valorizzate e sviluppate in seguito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Anzitutto, il problema della risarcibilità della *chance* viene affrontato e risolto a partire dal suo inquadramento sistematico nel tema, più ampio e generale, dell' individuazione/delimitazione del danno risarcibile: posta la distinzione tra presupposti e oggetto della responsabilità (sia contrattuale che aquiliana), l' interrogativo circa la rilevanza della *chance* troverebbe la propria naturale *sedes materiae* sul terreno della compiuta determinazione del contenuto dell' obbligo risarcitorio. La possibile rilevanza giuridica della perdita di un' occasione di lucro presupporrebbe pertanto già risolto il problema delle condizioni di nascita della responsabilità.

Parimenti, rileva l' *Autore*, la *chance* nulla avrebbe a che vedere (e nessuna utilità potrebbe quindi giocare) rispetto ai casi in cui rimanga indimostrata l' esistenza di un collegamento eziologico certo tra azione (ad esempio, la condotta colposa del medico) ed evento (ad esempio, il decesso del paziente): i frequenti richiami dei giudici d' oltralpe alla *chance*, tipici della materia della responsabilità medica, dovrebbero quindi considerarsi nella maggior

⁷⁶ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” ...*, cit., 55.

parte dei casi impropri perché volti ad un uso scorretto della categoria, in violazione delle regole sul nesso causale e sul relativo onere probatorio⁷⁷.

Emergono ancora all' interno della trattazione connotati che diverranno tipici di un certo modo di ricostruire la figura della *chance*: il danno in parola viene infatti costruito come pregiudizio attuale, certo e risarcibile esclusivamente sotto la veste del danno emergente.

Il cuore del lavoro è, tuttavia, rappresentato dall' esame del rapporto tra *chance* e certezza del danno.

Il riconoscimento della rilevanza in sede risarcitoria della mera *chance* di profitto non contrasterebbe invero col principio che vuole riparabile il solo pregiudizio certo: nei casi interessati dalla figura della *chance*, ad essere eventuale ed indimostrabile è infatti soltanto il conseguimento del risultato utile sperato, non anche la perdita della possibilità di conseguirlo⁷⁸. Fa qui la propria comparsa la *summa divisio* che caratterizzerà le soluzioni contemporanee: la distinzione tra *danno da perdita di un risultato vantaggioso* e *danno da perdita della possibilità di conseguirlo*.

La *chance*, irrisarcibile come lucro cessante per difetto del requisito della certezza, diverrebbe tutelabile sotto le spoglie del danno emergente. Nondimeno, l' assimilazione alla "*perdita subita*" di cui all' articolo 1223 del Codice non

⁷⁷ Per il *Bocchiola* a fronte del vasto contenzioso in materia di responsabilità medica dovrebbero distinguersi due ipotesi differenti, accomunate erroneamente dalla giurisprudenza francese mediante il comune riferimento alla perdita di una *chance*. Da un lato, vi sarebbero i casi in cui il medico abbia colposamente privato il paziente della possibilità di vedere migliorato il proprio stato di salute (*chance* di guarigione): così, ad esempio, qualora il sanitario ometta di somministrare le cure imposte dall' *ars medica*, cure in base alle quali la malattia avrebbe avuto una certa probabilità di essere guarita. Su di un versante opposto, troverebbero, invece, spazio i casi in cui, nel dubbio sull' efficacia causale dell' errore medico rispetto alla morte del paziente, viene concesso dai giudici un risarcimento parziale per la perdita della *chance* di sopravvivenza. Per l' *Autore*, soltanto nella prima classe di ipotesi potrebbe correttamente parlarsi di danno da *chance* perduta: invero, il problema della perdita di una *chance* potrebbe porsi esclusivamente ove la *chance* preesista, senza certezza del risultato, all' errato intervento del medico e non anche laddove sia lo stesso comportamento negligente del sanitario a far "*contemporaneamente sorgere e venir meno la probabilità di guarire*". In questa seconda evenienza, la figura della *chance* verrebbe infatti impropriamente utilizzata per risolvere i casi di dubbio circa l' esistenza del nesso eziologico tra azione ed evento, casi nei quali nulla legittimerebbe una condanna al risarcimento del danno, anche se solo parziale.

⁷⁸ "Incorporando l' incertezza nella definizione del bene «chance», si risolve la contraddizione tra il carattere futuro e incerto dell' utilità perduta e il requisito dell' attualità e certezza che il danno deve possedere per essere risarcibile", così M. BONOMI, *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.*, in *NGCC*, 2011, I, 309.

sarebbe frutto di un mero espediente terminologico o qualificatorio: la distinzione *de qua* troverebbe, infatti, ragion d' essere nella diversità dei beni compromessi dall' illecito e, dunque, nella diversità dell' oggetto dell' obbligo risarcitorio sia da un punto di vista giuridico sia da un punto di vista esclusivamente patrimoniale.

Non solo, quindi, si distingue nettamente il danno da mancata realizzazione del vantaggio atteso dal pregiudizio connesso alla perdita della *chance* di conseguirlo, ma la stessa possibilità di lucro viene configurata, secondo un altro *leitmotiv* caro alle attuali formule giurisprudenziali, come bene autonomo e distinto dal risultato preso di mira e dotato di una propria, specifica, rilevanza patrimoniale

Dapprima, l' equiparazione della *chance* ad una sorta di “*proprietà anteriore*”⁷⁹, sottratta al titolare dall' altrui illecito, viene fatta discendere direttamente da un' indagine di tipo lessicale circa l' attuale significato giuridico del lemma francese (la *chance* come probabilità di ottenere un vantaggio o di evitare una perdita); in seguito, la patrimonialità della *chance* è desunta dalla sicura rilevanza economica del risultato utile atteso e definitivamente mancato; infine, si invoca il riconoscimento normativo accordato all' analoga figura dell' avviamento che per espressa previsione legislativa può divenire oggetto di specifica valutazione economica nonché di autonomi rapporti giuridici⁸⁰.

In ogni caso spetterebbe all' interprete il compito di accertare se la regola dell' autonoma rilevanza patrimoniale della *chance* subisca eccezioni o deroghe in ragione delle circostanze concrete che valgono a determinare ed a precisare la fattispecie di riferimento. Per l' *Autore*, infatti, possono darsi casi in cui nessun valore economico può essere attribuito alla *chance* di ottenere un certo vantaggio considerata in sé stessa ovvero per la natura del risultato atteso ovvero, ancora, perché la *chance* perduta è assolutamente inesistente.

⁷⁹ Così, M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” ...*, cit., 86.

⁸⁰ Che la possibilità di conseguire un determinato utile rappresenti un bene facente parte del patrimonio, come tale risarcibile in caso di lesione, troverebbe conferma nel trattamento riservato nel nostro ordinamento alla figura dell' avviamento. Per il *Bocchiola*, infatti, l' avviamento rappresenterebbe un fenomeno del tutto analogo a quello della *chance*. Invero, sia che lo si consideri un bene autonomo sia che si ravvisi in esso una mera qualità dell' azienda, l' avviamento rappresenterebbe pur sempre la speranza di particolari lucri futuri resi presumibili da una determinata organizzazione dell' azienda. Anche rispetto all' avviamento potrebbe, quindi, distinguersi tra lucri futuri e mera possibilità di conseguirli. In definitiva, l' avviamento non consisterebbe in un valore futuro, ma in un valore attuale già ricompreso nel patrimonio dell' imprenditore.

Appurata la risarcibilità nel nostro ordinamento del danno da perdita di *chances*, il *Bocchiola* si interroga sui possibili limiti di una tale rilevanza risarcitoria.

Anzitutto, non sembra all' *Autore* possa limitarsi il campo operativo della figura alla materia contrattuale e, all' interno di questa, alle sole ipotesi in cui, attraverso il vincolo obbligatorio, il creditore abbia voluto assicurarsi proprio la *chance* di conseguire un risultato utile, *chance* resa possibile dalla prestazione dedotta⁸¹. Invero, la rilevanza giuridica della *chance* quale bene patrimoniale, non potrebbe esaurirsi all' interno di un rapporto contrattuale godendo di una portata assai più vasta.

Piuttosto, in linea con le regole ordinarie sulla ripartizione del carico probatorio, è necessario che l' attore dia prova dell' esistenza di una *chance* da risarcire. A tal fine, il danneggiato dovrebbe, quindi, dimostrare che la possibilità di risultato positivo fosse quanto meno superiore al *cinquanta per cento*. In caso contrario, la prova dell' esistenza della *chance* dovrebbe ritenersi mancata sicché non resterebbe al giudice che rigettare la domanda di risarcimento. Ed infatti, “*in presenza di una percentuale sfavorevole, superiore a quella favorevole, non vi è alcuna ragione che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima e, quindi, la risarcibilità di un danno non dimostrato*”⁸².

Quanto alla tecnica di quantificazione, le indicazioni dell' *Autore* si fanno certamente più scarse: attribuito alla *chance* un preciso valore economico e riconosciutele una rilevanza patrimoniale autonoma rispetto al risultato sperato non si comprende, tuttavia, quale debba essere la strada da seguire per la determinazione del *quantum debeat*. Non si comprende, infatti, se in tema di danno da perdita di *chances* debba *tout court* trovare ingresso la peculiare regola sancita dall' articolo 1226 del Codice o se, piuttosto, debba ricorrersi alla tecnica dello sconto percentuale, tipicamente adottata dalla giurisprudenza francese⁸³.

In definitiva, per il *Bocchiola* a) la figura della *chance* evocherebbe soltanto la costruzione di una tecnica di quantificazione del danno; b) questa

⁸¹ In questo senso si era espresso A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 155; vedi *supra* pag. 47.

⁸² M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” ...*, cit., 101.

⁸³ Secondo questa tecnica di quantificazione il valore patrimoniale della *chance* perduta sarebbe pari all' ammontare dell' utilità sperata ma non conseguita a causa dell' illecito/inadempimento, scontata (ossia moltiplicata) per la sua probabilità di realizzazione.

prospettiva sarebbe pienamente giustificata dalla qualificazione della *chance* quale entità patrimoniale autonoma: l'impiego del danno da occasioni perdute non determinerebbe quindi alcuna discontinuità rispetto al sistema del diritto dato; per contro, dovrebbe considerarsi indebito ogni tentativo di trasporre la categoria della *chance* sul piano dell'accertamento e della prova del nesso causale; c) l'impiego del modello risarcitorio della *chance* sarebbe in ogni caso subordinato alla prova che le possibilità di risultato positivo, compromesse dall'altrui illecito, siano quanto meno superiori alla misura del *cinquanta per cento*.

2. *Una tecnica risarcitoria in piena espansione*. La tesi che ravvisa nella *chance* un bene giuridico in senso proprio e nella sua privazione un'ordinaria ipotesi di danno emergente ha riscosso larghi consensi nei lavori e negli studi della dottrina.

In breve tempo si sono moltiplicati gli scritti ed i contributi favorevoli alla risarcibilità della perdita di una *chance* e si è fatta certamente più folta la schiera di quanti hanno ritenuto di poter identificare la semplice possibilità di un utile o di un vantaggio con un'entità patrimoniale economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione⁸⁴.

Quello che in questa sede preme mettere in evidenza è come al successo della figura sia in molti casi corrisposta una sua decisiva *generalizzazione*.

Si è già avuto modo di osservare come il *Bocchiola* - il primo a formulare limpidamente i punti cardine della teoria della perdita di *chances* - ne avesse subordinato la risarcibilità alla ricorrenza di talune importanti condizioni, chiedendo, in particolar modo, ai fini del risarcimento, che le probabilità compromesse dall'illecito fossero quanto meno superiori alla misura del *cinquanta per cento*.

⁸⁴Così, fra gli altri, G. NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*, in *Giur. it.*, 1991, I, 639; P. CAPORALI, *Alla ricerca della "chance" perduta*, in *Corr. giur.*, 1992, 9, 1023; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 447; A. LAZZARI, *Perdita di chances in giudizio: la responsabilità del sindacato per omesso appello da parte del lavoratore*, in *Danno e resp.*, 1999, 111, 1124; M. VITI, *Responsabilità medica ...*, cit., 1022; D. CHINDEMI, *Danno non patrimoniale da perdita di chance, nesso causale e criteri risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 5, 1169; M. FRANZONI, *I concetti descrittivi misti, Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Milano, 2010.

Non è tuttavia necessario attendere molto tempo per vedere questo limite disatteso e definitivamente messo al bando nella costruzione della figura della *chance*.

Il motivo del rifiuto è costantemente indicato in un' esigenza di coerenza interna della stessa teoria del danno da occasioni perdute. Invero, attesa la configurabilità della mera possibilità di un risultato vantaggioso come autonomo bene giuridico, non si comprende perché mai la consistenza statistica della *chance*, ossia la sua misura, debba incidere sull' *an* del risarcimento. Nel nostro ordinamento, infatti, non esisterebbe alcun principio o regola che imponga di subordinare la riparazione del danno ad una sua consistenza minima: il danno, per quanto infinitesimale, rimane pur sempre danno.

La subordinazione del risarcimento al superamento di una soglia minima di rilevanza viene, quindi, considerato retaggio inaccettabile dell' impostazione tradizionale che ricostruiva la perdita di una *chance* come ipotesi di lucro cessante.

L' assenza di qualsiasi limite minimo dimensionale per la rilevanza della *chance* in sede di risarcimento si riscontra già in *Fulvio Mastropaolo*⁸⁵, che sotto la voce "danno" dell' *Enciclopedia giuridica Treccani*, affermava la necessità di traslare alla successiva fase della quantificazione ogni problema che attenga all' incertezza (ed alla misura dell' incertezza) del conseguimento dell' utile atteso.

Ancora, ritiene sufficiente che le *chances* di evitare un danno o di ottenere un vantaggio esistano in un numero superiore allo zero perché se ne possa disporre il risarcimento, *Maria Feola*⁸⁶.

3. *La chance come tecnica di quantificazione del danno: le critiche della dottrina.* Su di un versante opposto rispetto agli *Autori* che fondano nell' ordinamento positivo la figura del danno da occasioni mancate e ne generalizzano l' impiego negli ambiti e nei settori più disparati, si collocano i contributi di quanti ritengono di dover negare alla *chance* lo *status* di autonoma *figura iuris* e

⁸⁵ F. MASTROPAOLO, *Danno (Risarcimento del danno)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1988.

⁸⁶ M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004.

ne escludono, pertanto, l' utilizzabilità quale tecnica di quantificazione del danno emergente.

Già in tempi non sospetti, la nostra dottrina aveva sottoposto a vaglio critico i contenuti fondamentali di quella che (allora) appariva soltanto un' eccentrica creazione delle Corti francesi, concludendo per l' inaccogliabilità di una tale figura all' interno del ordinamento nazionale.

Questo il senso dell' opinione espressa, negli Quaranta del secolo scorso, da *Giovanni Pacchioni*⁸⁷.

L' orizzonte normativo entro cui si muove il nostro *Autore* è evidentemente rappresentato dalle disposizioni del Codice Civile del 1865: questa circostanza non consente, tuttavia, di circoscrivere la valenza delle riflessioni svolte ad una dimensione puramente storica; al contrario tali considerazioni si presentano tutt' oggi di un certo interesse rispetto al tema indagato.

In limine, deve valorizzarsi la *sedes materiae* prescelta per l' analisi della *chance*: di essa, infatti, si discorre in sede di illustrazione del contenuto dell' obbligazione risarcitoria e delle modalità di riparazione dei danni conseguenti all' illecito civile. L' indicazione che se ne trae non è di poco momento: la collocazione operata suggerisce, infatti, l' opportunità di ricondurre il problema della *chance* entro i confini della determinazione del *quantum debeatur*, sicché nulla avrebbe a che vedere la figura in esame con il diverso quesito circa l' *an* della responsabilità.

Richiamate alla mente le ipotesi classiche di perdita di *chances* tratte dalla ricca casistica francese⁸⁸, il *Pacchioni* si interroga, quindi, sulla possibile rilevanza in sede risarcitoria della privazione di una mera possibilità di guadagno.

La soluzione accolta è duplicemente negativa.

⁸⁷ G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti in Diritto Civile Italiano*, II, vol. IV, 107, Padova 1940. Prima del *Pacchioni*, si era già pronunciato, seppur laconicamente, in senso contrario alla risarcibilità della “*speranza di realizzare un guadagno*”, G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1914, 5.

⁸⁸ Tre le fattispecie prese in considerazione: il caso del fantino che, assunto per montare un cavallo da corsa in una competizione agonistica, arriva in ritardo privando il proprietario dell' animale delle *chances* di vittoria; il caso del vettore che omette di consegnare un quadro alla mostra pittorica cui era destinato privando l' artista della possibilità di aggiudicarsi il ricco premio messo in palio dagli organizzatori; infine, il caso dell' avvocato negligente che lascia spirare i termini per proporre appello danneggiando il cliente, privato dell' opportunità di vedere riformata dal giudice dell' impugnazione una sentenza a sé sfavorevole.

Nelle fattispecie ricondotte alla figura della *chance* difetterebbe, anzitutto, un danno certo da risarcire: riguardati dal punto di vista del conseguimento dell' utilità sperata, i casi esaminati dalla giurisprudenza d' Oltralpe si caratterizzerebbero, infatti, per l' incertezza della realizzazione della *c.d.* posta finale e, dunque, per l' incertezza circa l' esistenza stessa di un pregiudizio da riparare.

Né potrebbe condividersi (ed è questo, forse, il profilo di maggiore interesse) il tentativo, fatto proprio dalla dottrina e dai giudici francesi, di ricostruire la mera possibilità di lucro, in sé e per sé sola considerata, come entità autonoma e distinta dal risultato utile atteso: la *chance*, infatti, pur essendo dotata di un valore sociale notevole, sarebbe tuttavia priva di un proprio valore di mercato, non rappresenterebbe cioè un valore economico effettivo, certo e presente sicché la sua privazione non potrebbe integrare un pregiudizio riparabile per equivalente economico⁸⁹.

In definitiva, la figura del danno da occasioni perdute si fonderebbe su di un assioma indimostrato ed indimostrabile: l' idoneità della *chance* a rappresentare un bene giuridico autonomo, *ex se* suscettibile di valutazione patrimoniale. Questo tipo di argomentazione critica (come vedremo) sarà ripreso e valorizzato dalla letteratura scientifica successiva.

Escludono ogni assimilabilità tra perdita di una *chance* e perdita di un' entità patrimoniale autonoma, rilevante *sub specie* di danno emergente, quanti ravvisano nella figura in esame nulla più che un mero espediente destinato ad aggirare le difficoltà insite nell' indagine sull' esistenza del nesso eziologico.

La figura della *chance* evocherebbe soltanto una formula immaginifica priva di reale contenuto precettivo per *Marco Rossetti*⁹⁰.

Secondo quest' *Autore*, infatti, il danno da occasioni mancate sarebbe categoria giuridica priva di qualsivoglia utilità, risolvendosi il pregiudizio determinato dalla privazione di una *chance* in una peculiare forma di lucro cessante. Più precisamente, “*la perdita di chance non costituirebbe un danno*

⁸⁹ La *chance* risulterebbe dunque priva sia di un valore d' uso che di un proprio valore di scambio.

⁹⁰ M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2000, 662; ID., *Allargati ancora i confini della responsabilità del medico*, in *Dir. giust.*, 2004, 14, 35 e più recentemente ID., *Art. 2056 Valutazione dei danni*, in *Dei fatti illeciti* a cura di U. CARNEVALI, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, 2011, 585.

*diverso dalla perdita del risultato utile finale. La perdita di chance rappresenterebbe invece la perdita di un necessario antecedente causale indispensabile per conseguire il risultato utile*⁹¹.

La prospettiva che associa la privazione di una *chance* alla perdita di un vero e proprio bene giuridico è fatta pertanto oggetto di critica serrata.

Anzitutto, viene respinta con fermezza la qualificazione della *chance* come entità patrimoniale distinta dal risultato finale anelato: invero, la *chance* sarebbe bene assolutamente *sui generis* privo di mercato e di una propria intrinseca utilità, un bene, quindi, destinato ad assumere autonomo rilievo per l'ordinamento soltanto ove venga lesa dalla condotta illecita altrui⁹².

Evidente sarebbe, poi, la contraddittorietà insita nella ricostruzione della perdita di *chances* come danno emergente laddove, per un verso, si esalta l'autonomia economica e giuridica della *chance* e, per l'altro, si afferma la necessità di scriminare in qualche maniera le *chances* da annettere a risarcimento: non tutte le opportunità perdute sarebbero allora meritevoli di tutela, dovendosi per contro limitare la protezione dell'ordinamento a quelle che appaiano, volta per volta, *ragionevolmente fondate, statisticamente probabili o moralmente verosimili*. E tuttavia, rileva l'Autore, qualificata la *chance* come bene giuridico autonomo, in sé suscettibile di valutazione economica, coerenza vorrebbe che la sua perdita assuma rilievo per l'ordinamento indipendentemente da ogni indagine circa la sua misura o la sua consistenza.

Senza considerare che il discrimine tra *chances* meritevoli di tutela e *chances* irrisarcibili verrebbe in tal modo rintracciato nella maggiore o minore idoneità della *chance* a tradursi nel risultato sperato, ancora una volta in palese contraddizione con la premessa dell'autonomia economica e giuridica della possibilità in sé e per sé sola considerata⁹³.

⁹¹ Prima del Rossetti, l'idea era già stata espressa da A. M. PRINCIGALLI (*Perdita di chances* ..., cit., 315): "con l'espressione «perdita di una probabilità favorevole», infatti, non si fa riferimento a un danno distinto dal danno finale, si descrive solo una sequenza causale".

⁹² "La chance infatti non si acquista e non si vende, non si cede, non si dona. Affermare che essa costituisca un bene autonomo equivale a creare un bene che – paradossalmente – per il diritto rileva solo nel momento in cui viene lesa: il diritto si occuperebbe del bene «chance» soltanto quando si tratta di risarcirne la lesione", *Ibid.*, 670.

⁹³ Avverso la costruzione giurisprudenziale della *chance* muovono lo stesso ordine di critiche C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 2, 296 e A.

In definitiva, la locuzione del danno da occasioni mancate descriverebbe soltanto l' annullamento di uno dei presupposti causali necessari per il conseguimento del risultato sperato. Dinanzi alle innumerevoli fattispecie di perdita di *chances* individuate dalla giurisprudenza il giurista sarebbe quindi chiamato a stabilire non se la speranza di lucro possa considerarsi o meno bene patrimoniale quanto, piuttosto, se nel nostro ordinamento sia risarcibile il danno consistente nella perdita di un' utilità soltanto possibile. In altri termini, si tratterebbe di verificare se, in sede di risarcimento, possa darsi ingresso ad un regime probabilistico di imputazione causale del danno.

Così riformulato, l' interrogativo posto all' interprete dalla figura della *chance* non ammetterebbe che due soluzioni possibili: seguire la strada tracciata dalla giurisprudenza e configurare la *chance* come bene patrimoniale *ex se* suscettibile di riparazione ovvero, all' opposto, limitare la rilevanza risarcitoria del danno *de quo* alle sole ipotesi in cui la perdita dell' utilità futura raggiunga la soglia del lucro cessante e si traduca, quindi, in una “*perdita verosimilmente certa*”.

L' *Autore* non fa mistero della propria preferenza verso il secondo termine dell' alternativa: la perdita di una *chance* rappresenterebbe, dunque, un' ordinaria ipotesi di lucro cessante determinata dal venir meno di un fattore causale necessario al conseguimento del risultato sperato.

L' assimilazione proposta tra *chance* e lucro cessante determina, a ben vedere, notevoli ricadute operative sia in punto di onere della prova che in tema di quantificazione del danno.

Sotto il primo aspetto, il risarcimento della *chance* imporrebbe all' attore la prova di una duplice inferenza probabilistica: tra la condotta illecita e la perdita della possibilità e tra la privazione della *chance* e la perdita del risultato utile sperato.

Quanto, invece, al secondo profilo, la riconduzione della perdita di *chances* nell' alveo del lucro cessante fa sì che il suo risarcimento coincida *in toto* con il valore dell' utilità sperata e perduta, senza che si possa o si debba procedere alla pesatura della *chance* e alla sua (difficoltosa) trasformazione in denaro.

M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 6, 658.

Che la figura del danno da perdita di *chances* mal celi un problema di costruzione in termini probabilistici del nesso eziologico è posizione comune ad una parte della dottrina: accanto al *Rossetti*, l'idea si rintraccia nelle riflessioni dedicate al nostro tema da *Michele Taruffo*, *Alessio Maria Paces* e da *Roberto Pucella*. Le prospettive adottate da questi *Autori*, tutte assimilabili quanto al punto di partenza, si diversificano però notevolmente rispetto alle soluzioni messe in campo.

Della *chance* il *Taruffo*⁹⁴ si occupa in poche battute in un saggio dedicato alla prova del nesso causale. I passaggi fondamentali del ragionamento svolto possono così sintetizzarsi:

a) la correlazione tra eventi può esprimersi secondo categorie concettuali diverse: associazione, probabilità, causa;

b) ognuna di queste categorie offre interpretazioni differenti della realtà cui si riferisce: dire che l'evento A *si associa* all'evento B non equivale a dire che l'evento A *rende probabile* l'evento B ovvero ancora che l'evento A è *causa* dell'evento B; queste categorie non sono quindi sovrapponibili né liberamente interscambiabili;

c) per sapere quale categoria concettuale l'interprete debba utilizzare è necessario guardare alle norme cui spetta il compito di organizzare la fattispecie sostanziale volta per volta rilevante;

d) è sicuro che il nostro legislatore nel formulare l'articolo 2043 del Codice abbia voluto costruire la fattispecie sostanziale della responsabilità civile secondo la categoria della causa. Perché si produca l'effetto previsto (risarcimento del danno) è dunque necessario il verificarsi di una connessione tra eventi di tipo propriamente causale (è necessario, cioè, che il fatto doloso o colposo abbia *cagionato* ad altri un danno ingiusto): nell'applicare l'articolo 2043 cod. civ. nessuno spazio potrebbe quindi darsi ad un nesso fondato sulla diversa categoria della probabilità perché questo descriverebbe una realtà differente da quella supposta dalla norma.

Tramite l'impiego della *chance* l'interprete finirebbe, dunque, per riscrivere surrettiziamente la fattispecie della responsabilità aquiliana, sostituendo

⁹⁴ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101.

al nesso eziologico voluto dal legislatore un collegamento dalla natura soltanto probabilistica tra l' evento dannoso ed il pregiudizio da risarcire. Queste considerazioni non potrebbero che indurre l' interprete al definitivo abbandono della figura in esame⁹⁵.

Di segno opposto le conclusioni cui perviene il *Paccès*⁹⁶.

Non nega l' *Autore* che il danno da occasioni perdute sia categoria giurisprudenziale fondata *ictu oculi* su di un mero artificio: la pretesa autonomia economica e giuridica della *chance* e la configurabilità della sua perdita come ordinaria ipotesi di danno emergente. Invero, per definizione, la *chance* integrerebbe una situazione di utile potenziale la cui realizzazione si appalesa come evento aleatorio. La natura di mero *escamotage* riconosciuta alla figura, non consentirebbe tuttavia di espungere la *chance* dall' universo dei concetti in uso: esisterebbero, infatti, buone ragioni per mantenere alla categoria un certo *spatium operandi*.

Pur nella consapevolezza della sua artificiosità, dunque, la perdita di *chances* dovrebbe continuare a vivere nel discorso giuridico sotto i panni del danno emergente: questa costruzione, per quanto giuridicamente infondata, sarebbe infatti l' unica in grado di assicurare nel nostro ordinamento la risarcibilità della privazione di un' utilità soltanto possibile, ossia di una perdita non imputabile causalmente, con certezza, al fatto che vanifica la *chance*.

La scelta, suggerita dall' *Autore*, di mantenere in vita la figura della *chance* troverebbe una qualche giustificazione nella teoria economica della responsabilità civile: addossare sull' autore della condotta illecita il rischio correlato alla perdita delle *chances* di profitto, vantate dal danneggiato, significherebbe invero incentivare l' agente ad internalizzare tutti i costi (individuali e collettivi) collegabili alla propria condotta tramite l' adozione di opportuni *standards of care*. L' agente sarebbe in tal modo indotto a limitare l' incidenza causale della propria azione sul mancato conseguimento del risultato sperato, con conseguente efficientizzazione del sistema nel suo complesso.

⁹⁵ Suscita, tuttavia, non poche perplessità una prospettiva come quella adottata dal *Taruffo*, in cui l' interrogativo posto all' interprete dalla figura della *chance* è affrontato e risolto alla stregua del mero raffronto di dati di tipo letterale.

⁹⁶ A. M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute ...*, cit., 658.

Per l' *Autore*, quindi, la categoria della *chance*, oggetto di una costruzione giurisprudenziale senza dubbio claudicante, andrebbe conservata purché se ne precisino opportunamente le condizioni di utilizzo: ai fini del risarcimento, infatti, sarebbe necessario che la *chance* perduta possa dirsi *concreta* (o *concretamente avviata*) ovvero sia che essa si presenti come l' antecedente causale prossimo, ancorché di esito incerto, del risultato finale. Risponde, infatti, “*ad un elementare considerazione di buon senso la distinzione tra chance seriamente proiettata verso il risultato finale e le innumerevoli situazioni di potenziale utile (pur sempre qualificabili come chance) che caratterizzano l' esistenza di ciascuno, tutte astrattamente idonee a tradursi in atto ma nessuna concretamente avviata alla realizzazione*”. La tanto invocata concretezza della *chance* andrebbe, quindi, ricercata nell' esistenza di una relazione di causa-effetto che leghi l' occasione perduta al probabile conseguimento dell' utilità sperata.

In ultima analisi, sembra emergere nelle riflessioni del *Pacces* la consapevolezza di trovarsi innanzi ad un problema di riscrittura e rimaneggiamento delle regole sulla causalità: si invoca, dunque, la dottrina di *Law and Economics* allo scopo di meglio fondare l' ingresso nell' ordinamento di una regola nuova che, entro certi limiti, viene ritenuta razionale e coerente col nostro sistema giuridico.

Legge il dispositivo della *chance* attraverso le lenti della causalità anche *Roberto Pucella*⁹⁷.

Il profilo di maggiore ambiguità del danno da occasioni perdute viene rinvenuto dall' *Autore* nell' uso ambivalente e promiscuo fatto delle probabilità che assurgerebbero contemporaneamente ad oggetto della lesione e ad ingranaggio della valutazione sul nesso causale (affidata alla *preponderance of the evidence rule*).

Invero, la *chance* si appalesa da subito nella riflessione del *Pucella* come strumento elaborato per fronteggiare l' assenza di un nesso eziologico certo tra la lesione *c.d.* maggiore (identificabile col venir meno del risultato atteso) e la condotta colpevole altrui.

⁹⁷ R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Torino 2007; ID., *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 1, 2008, 57.

La *chance* si innesterebbe, dunque, in un contesto in cui appaiono certe negligenza dell' agente e verifica di un evento di danno (*c.d. final harm*) mentre rimane inevitabilmente indimostrata l' esistenza dell' ulteriore presupposto della relazione causa-effetto tra condotta e pregiudizio sofferto. La tutela delle *chances* perdute consentirebbe, allora, di ignorare la relazione causale tra condotta e perdita del risultato sperato, spostando l' indagine su di un' altra relazione eziologica - quella che corre tra la medesima condotta e la perdita di *chances* - di cui sembrerebbe più immediata la dimostrazione.

Gli scopi perseguiti tramite l' impiego della *chance* ne consentirebbero quindi l' accostamento a quegli espedienti, di varia foggia e natura, adottati con sempre maggiore frequenza nei sistemi di responsabilità civile (di *common* come di *civil law*) allo scopo di offrire maggior protezione agli interessi dei soggetti danneggiati. Non potrebbero, dunque, sfuggire le similitudini esistenti tra la figura della *chance* e le tecniche e gli strumenti da tempo noti alla giurisprudenza, come le semplificazioni o le inversioni dell' onere delle prova, la regola della *res ipsa loquitur*, i principi della nordamericana *market share liability* (responsabilità per quote di mercato), o la teorica dell' aumento del rischio. Del pari evidenti le ragioni di *policy* che comprensibilmente spingerebbero i giudici all' utilizzo di questi *escamotage*: evitare che l' incertezza causale avvantaggi indebitamente la parte che, versando in colpa, appare certamente meno meritevole di protezione.

Certo, il mondo del diritto ha per lungo tempo fatto a meno della figura della *chance*, assegnando il compito (tutt' altro che semplice) di risolvere le incertezze in ordine al nesso causale alla regola dell' *all or nothing*. E tuttavia, proprio i limiti operativi e le insoddisfazioni ingenerate dalla regola *de qua* avrebbero finito per preparare il terreno alla nascita e all' elaborazione di criteri di risoluzione alternativi, fra i quali il *Pucella* annovera anche il danno da occasione mancate. All' origine della grande diffusione giurisprudenziale della *chance* vi sarebbe, dunque, l' esigenza di superare l' iniquità insita nel sistema di accertamento del nesso eziologico fondato sulla *regola del tutto o niente* e, quindi, nella tanto criticata alternativa tra affermazione o negazione integrale della responsabilità del convenuto.

Unitamente a questa prima urgenza, l' *Autore* individua, poi, nella radicale trasformazione del concetto medico-legale di causalità un' ulteriore ragione della crescente copiosità di utilizzi della *chance*: il passaggio da una concezione deterministica e monocausale ad una concezione probabilistica e multifattoriale dei fenomeni fisici (primi fra tutti la malattia o la morte) avrebbe determinato, infatti, la fortuna della figura *de qua* utilizzata per gestire il *surplus* di incertezza derivante dall' evoluzione del pensiero scientifico.

Infine, la figura del danno da perdita di *chances* troverebbe conferma, seppur indiretta, nella teoria che fonda la responsabilità sulla creazione del rischio anziché sulla produzione del danno: aumentare il rischio di verificazione del pregiudizio null' altro significherebbe infatti che diminuire le *chances* di evitarlo.

Disvelata la natura di mero *escamotage* della *chance*, adoperata per far fronte alle incertezze insite nell' indagine causale, se ne rifiuta consequenzialmente ogni tentativo di reificazione: in dottrina e giurisprudenza, infatti, la probabilità verrebbe del tutto indebitamente trasformata da strumento di misura della frequenza statistica del verificarsi di un determinato evento in entità oggetto di misurazione. La configurazione della *chance* (e, quindi, della probabilità) come bene che può essere perso o acquistato, ridotto o aumentato, sarebbe pertanto frutto di quelle che vengono definite *illusioni cognitive*: evidente, in altri termini, il salto logico tra la probabilità intesa come strumento per conseguire la dimostrazione di un fatto e la probabilità come oggetto stesso della lesione⁹⁸.

Escluso che l' occasione perduta possa rappresentare una *res* la cui esistenza risulti compromessa dall' altrui illecito, l' *Autore* si interroga sulla compatibilità con i principi del nostro ordinamento della figura della *chance* intesa quale criterio equitativo di stima del danno in presenza di incertezze sul nesso causale.

⁹⁸ “Ciò appare di tutta evidenza, poiché lo strumento statistico non si presta a divenire mezzo di indagine per la posizione del singolo individuo. ... Il ricorso alle probabilità consente di inquadrare un fenomeno in un contesto; consente di dargli una dimensione; ma esse non fanno parte del meccanismo attraverso il quale si verificano gli eventi. ... Definiscono, piuttosto, la misura con cui ci si aspetta, in ragione dei dati a disposizione, che un evento accada; ma altro è la previsione in merito all' accadere degli eventi ed altro è il loro effettivo svolgersi. ... La conclusione appare chiara: le argomentazioni probabilistiche trovano il loro terreno di elezione come strumento di previsione o di spiegazione dei fatti ma mal si prestano a configurare un danno certo”, R. PUCELLA, *Causalità ...*, cit., 100.

Il meccanismo riparatorio in cui la *chance* si estrinseca sembra all' *Autore* incidere del tutto impropriamente sui complessi equilibri che sorreggono il sistema del risarcimento. Coerenza vorrebbe, infatti, che riconosciuta la bontà di tale tecnica risarcitoria essa trovi applicazione anche in presenza di soglie percentuali piuttosto elevate o, al contrario, di *chances* limitate o poco significative.

Per contro, a fronte di probabilità piuttosto consistenti la giurisprudenza è solita fare ricorso alla diversa tecnica del *più probabile che no* e ritenere dunque integrato il nesso causale tra condotta e *c.d. final harm* a prescindere dall' intermediazione della *chance*. I fautori della generale rilevanza risarcitoria della *chance* non si avvedrebbero, quindi, della intrinseca contraddittorietà di un' opzione che, da un lato, ricostruisce la *chance* come categoria generale del discorso giuridico ma, dall' altro, ne limita l' operatività in ragione delle variazioni quantitative del tasso probabilistico in cui la *chance* si sostanzia. Invero, una volta accolta la teoria del danno da occasioni mancate, questa andrebbe applicata ad ampio raggio e, dunque, anche in relazione ad ipotesi in cui il nesso causale tra condotta e *final harm* possa ricostruirsi con tassi di probabilità prossimi alla certezza.

In definitiva, la vocazione universale riconosciuta, almeno nelle declamazioni, alla tecnica della *chance* dovrebbe inevitabilmente tradursi nella sua configurazione come strumento ordinario di risarcimento del danno. Così opinando, rileva l' *Autore*, si finirebbe tuttavia per istituzionalizzare la rinuncia preventiva ad ogni tentativo di accertamento della causa del danno, in sicuro contrasto con le vigenti previsioni normative e i principi che regolano la responsabilità contrattuale ed aquiliana⁹⁹.

⁹⁹ L' inevitabile attrito del danno da occasioni perdute con i criteri che presidono l' accertamento del nesso causale (*preponderance of the evidence rule*) si fa per il *Pucella* certamente più evidente laddove si mettano a confronto *chance* e danno futuro (inteso come perdita dell' utilità sperata il cui conseguimento era destinato a concretarsi in un tempo successivo alla pronuncia giudiziale). In astratto l' affinità delle due figure è limitata al loro atteggiarsi a voci di danno il cui ammontare viene accertato *de relato*, in rapporto ad una situazione ipotetica e futura; per il resto *chance* e danno futuro rimarrebbero non sovrapponibili, rappresentando la prima un tipo di lesione ed il secondo un concetto idoneo unicamente ad evidenziare lo sfasamento temporale tra pretesa risarcitoria e verifica del pregiudizio. I confini tra le due figure perderebbero, tuttavia, nettezza di contorni a fronte di quell' orientamento giurisprudenziale che per il risarcimento dei danni futuri si accontenta della verosimiglianza, possibilità o semplice plausibilità del loro verificarsi: diviene allora evidente, per l' *Autore*, la problematica coesistenza tra i due sistemi

Perplessità non minori suscita poi il caso di *chances* di profitto corredate da probabilità di avveramento estremamente limitate. Ed invero, tanto più aumentino le probabilità contrarie tanto più dovrebbe decrescere la convinzione circa l' esistenza di vere probabilità favorevoli, a meno di non rifugiarsi in valutazioni meramente statistiche di probabilità.

Senza considerare che l' autonomia dal risultato sperato, tanto predicata per la *chance*, dovrebbe determinare la risarcibilità di quest' ultima a prescindere dalla perdita del risultato atteso: così le *chances* di guarigione o di sopravvivenza, compromesse dalla negligenza del medico, dovrebbero essere risarcite anche nel caso in cui il paziente superi la malattia o sopravviva; allo stesso modo, le *chances* di vincere un importante processo, inopinatamente lese dalla crassa sciatteria dell' avvocato, dovrebbero trovare ristoro anche qualora il processo, alla fine, fosse vinto.

L' utilizzo della *chance* quale tecnica (poco armonica) di riparazione del danno sconterebbe per l' *Autore* almeno altre due difficoltà.

Esisterebbe, infatti, un *gap* logico tra l' incertezza circa l' efficacia causale della condotta rispetto alla *c.d.* lesione maggiore (ostacolo, questo, che si vuole aggirare proprio attraverso la figura in esame) e il risarcimento della *chance*: in assenza della condotta colposa il destino del danneggiato si sarebbe, infatti, necessariamente risolto in una rigida alternativa tra esito sperato ed esito temuto. In altri termini, la naturale incertezza che avvolge il venir in essere di eventi ipotetici, pur giustificando il ricorso a previsioni probabilistiche, non potrebbe oscurare la necessità logica di sciogliere l' alternativa tra realizzazione o mancamento del risultato atteso in favore dell' una o dell' altro.

In secondo luogo, il preteso nesso di condizionamento tra condotta negligente e perdita delle occasioni vantate esprimerebbe, tutt' al più, una mera sequenza temporale senza che ciò implichi, invece, un legame di tipo eziologico.

Proprio la necessità di supplire alla carenza di una dimostrata relazione causale tra la condotta e il danno da occasioni perdute spingerebbe talvolta i giudici a limitare la risarcibilità alle sole *chances* dotate di una certa consistenza,

risarcitori nonché le difficoltà legate all' individuazione dei criteri per orientare la scelta verso l' una o l' altra categoria di danno.

tali quindi da collocarsi al di sopra di una determinata soglia percentuale (ad esempio, il *cinquanta per cento*).

L' *Autore*, quindi, pur associandosi alle note critiche che ravvisano in tale orientamento interpretativo un' indebita commistione tra *an* e *quantum* della responsabilità, rileva, tuttavia, come l' esigenza posta a base di una siffatta impostazione debba propriamente ravvisarsi nell' opportunità di dimostrare non già l' esistenza della *chance* da risarcire quanto piuttosto la derivazione causale della sua perdita dalla condotta altrui.

In altri termini, a fronte di *chance* di rilevante consistenza potrebbe legittimamente presumersi che l' elevata probabilità si sarebbe tramutata, in assenza dell' illecito, nell' avveramento dell' utile ipotizzato sicché la sua mancata realizzazione dovrebbe necessariamente ascrivere alla condotta altrui, che assurgerebbe, quindi, a *condicio sine qua non* della perdita di *chances*.

La prospettiva, pur costantemente adottata dalla giurisprudenza, non sembra al *Pucella* meritevole di seguito lasciando comunque inevasi i problemi che attengono, rispettivamente, alla determinazione della soglia di rilevanza della *chance* e al rinnovato collegamento con la perdita del risultato utile mancato, la cui derivazione causale dall' illecito rimarrebbe, ancora una volta, indimostrata.

Non meno problematica e fonte di perplessità risulterebbe d' altronde la tecnica utilizzata dai giudici per la stima della *chance*: la liquidazione del danno in una somma di denaro pari ad una percentuale del valore complessivo del risultato utile mancato scontrerebbe, da un lato, le difficoltà legate ai limiti nell' accertamento delle reali probabilità in gioco e, dunque, della consistenza della *chance* (limiti, peraltro, amplificati dal differente valore che il medesimo tasso probabilistico può assumere in ragione del contesto in cui è utilizzato) e, dall' altro, la poca valorizzazione della dimensione soggettiva del danno in parola, ovverosia il suo configurarsi in primo luogo e, soprattutto, come *perdita di una speranza*. Più a monte, si rileva come il riconoscimento di una dimensione economica propria della *chance*, in sé e per sé sola considerata, risenta e sia fortemente influenzato da incontrollabili giudizi di valore che attengono già alla determinazione e alla stima dei tassi probabilistici (ovverosia alla raccolta dei dati, alla loro semplificazione ai fini della costruzione di un modello operativo

efficiente, alla determinazione dei livelli di rilevanza della probabilità) oltre che al loro impiego nel caso concreto.

Per certi versi meno efficace si rivela la *pars costruens* del lavoro, ove il *Pucella*, nel contesto di brevi considerazioni conclusive, apre alla rilevanza in sede risarcitoria di forme di pregiudizio che la giurisprudenza ha tradizionalmente ricostruito in termini di danno da perdita di *chance*.

La premessa è quella dell' impossibilità di una valutazione unitaria delle fattispecie mentre l' indicazione di massima suggerita è nel senso di ammettere la risarcibilità della perdita di un' occasione vantaggiosa ogni qualvolta esito dell' altrui illecito sia non tanto (e non solo) la sottrazione di una quota percentuale di probabilità quanto, piuttosto, la perdita di un "diritto a battersi in vista di uno scopo lecito, che l' ordinamento comunque tutela indipendentemente dalla misura in cui si riveli fondato il grado di convincimento che il risultato utile sarà raggiunto".

La tutela di questo *diritto a battersi* viene fondata dall' *Autore* sul grado di vicinanza che l' attività resa vana dall' altrui illecito presenta rispetto allo scopo prefisso: proprio quest' aspetto valorizza e qualifica l' attività frustrata, donandole rilievo in sede risarcitoria. Così l' avvocato che ometta di proporre appello per conto del cliente dovrebbe considerarsi responsabile non soltanto quando questi riesca a provare che, se proposto, l' appello sarebbe andato certamente a buon fine: l' ordinamento, infatti, riconosce e garantisce il diritto alla tutela giurisdizionale (il *diritto a battersi*, appunto) a prescindere dalla fondatezza delle ragioni addotte e, dunque, anche quanto i motivi e le difese svolte si rivelino, al termine del giudizio, infondate. Alla medesima conclusione non potrebbe, invece, pervenirsi nel caso dell' aspirante ballerino che lamenti l' impossibilità di frequentare un prestigioso corso di danza: il difetto di *vis* attrattiva tra la frequentazione del corso e lo scopo designato (futura carriera professionale) non consentirebbe, infatti, di valorizzare economicamente la prima in funzione del secondo.

Entro questi stretti confini la categoria della *chance* potrebbe allora essere mantenuta, purché tale figura venga correttamente intesa come espressione di un criterio equitativo di stima del danno e non come oggetto diretto della lesione¹⁰⁰.

Le considerazioni espresse dal *Pucella* in seno alla sua *Causalità incerta* mettono ben in risalto il carattere essenzialmente artificiale della *chance*. Al pari degli altri concetti che popolano, animandole, le prassi giurisprudenziali o le riflessioni della dottrina anche il danno da occasioni mancate disvela la propria intima natura di costruito o, se si preferisce, di *categoria concettuale elaborata per*: la figura della *chance* può, quindi, essere adeguatamente compresa e valutata solo quando se ne individuino le finalità perseguite ovvero sia le classi o i tipi di problemi cui la stessa è chiamata a dare soluzione.

Parimenti condivisibile (almeno sotto un certo angolo visuale) risulta la parziale assimilazione tra la figura che ci occupa ed altri strumenti (la *c.d. market share liability*, la teorica dell' aumento del rischio, la regola della *res ipsa loquitur*), spesso nati o sviluppati in sistemi di *common law*, dalla natura spiccatamente rimediale, per tale intendendosi la loro evidente inclinazione a risolvere, per così dire, per vie brevi problemi di incertezza (soprattutto causale) altrimenti di difficile composizione.

Infine, di grande interesse l' interrogativo circa la compatibilità e la possibile coesistenza all' interno del nostro ordinamento della figura della *chance* con la regola del *più probabile che no*: accolta la *chance* come categoria generale del discorso giuridico si avverte, infatti, come improcrastinabile l' esigenza di un suo coordinamento con i criteri che presiedono l' accertamento del nesso causale.

Qualche perplessità solleva, invece, la chiusura dell' *Autore* all' impiego della *chance* come tecnica di gestione dell' incertezza causale¹⁰¹.

Oscure si rivelano, infine, le riflessioni svolte dal *Pucella* su quello che viene definito “*diritto a battersi*” e sulla sua idoneità a determinare una parziale rilevanza della perdita di *chance*.

¹⁰⁰ L' irrisarcibilità della violazione di questo diritto a battersi potrebbe giustificarsi per il *Pucella* soltanto laddove la condotta illecita si riveli fonte di pregiudizi ulteriori destinati comunque ad assumere rilievo in sede di risarcimento. Così nel caso succitato di responsabilità professionale dell' avvocato, il risarcimento del diritto a battersi dovrebbe essere escluso ogniqualvolta ricorrano i presupposti per addebitare al legale imperito il danno da perdita del processo.

¹⁰¹ Il tema verrà ripreso e affrontato nell' ultima parte del presente lavoro.

3.1. *Segue: la posizione di Pietro Trimarchi.* La nostra dottrina si è talvolta approssiata al tema del danno da perdita di *chances* in modo del tutto inappropriato. È stato così frainteso il senso profondo della figura, perché non si è colta o è passata pressoché inosservata la questione specifica che essa sottende (può in sede di risarcimento darsi rilievo a pregiudizi privi di collegamento causale certo col fatto fonte di responsabilità?) e si è quindi concluso ravvisando nella *chance* una tecnica di quantificazione del danno meramente riproduttiva di schemi e meccanismi operativi già noti al mercato e all'ordinamento.

Può così leggersi l'opinione recentemente espressa da *Pietro Trimarchi* nel suo scritto sull'inadempimento contrattuale e sui rimedi a difesa del contraente fedele¹⁰².

Nell'ambito di una trattazione dedicata all'analisi di alcune tipologie di pregiudizio considerate *borderline* – poste, cioè, al confine tra ciò che l'ordinamento considera risarcibile e ciò che, invece, è destinato a rimanere giuridicamente irrilevante – ampio spazio viene riservato alla figura giurisprudenziale del danno da occasioni perdute. In tale contesto, la valenza specifica della *chance* è rintracciata dall'*Autore* nella sua idoneità a fungere da criterio di quantificazione del danno alternativo rispetto allo schema risarcitorio ispirato alla logica dell'*all or nothing*.

Dinanzi all'impossibilità di dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico certo tra inadempimento e perdita della *c.d.* posta finale, l'interprete potrebbe fuggire l'insoddisfacente alternativa del negare o concedere per intero il risarcimento grazie allo strumento della *chance*: il suo impiego consentirebbe, infatti, di riparare il pregiudizio sofferto in misura proporzionale alle probabilità perdute. Le *chances* di guadagno potrebbero, quindi, utilmente inserirsi nella valutazione del risarcimento e, dunque, nella determinazione del *quantum debeat*, divenendo, per tale via, oggetto stesso di riparazione.

A prescindere da ogni valutazione in termini di opportunità, l'operazione descritta (al pari della logica che la ispira) viene considerata dal *Trimarchi* come meramente riproduttiva di schemi già noti all'ordinamento giuridico e con esso pienamente coerenti. La risarcibilità della *chance*, infatti, lungi dal potersi

¹⁰² P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimenti e rimedi*, Milano, 2010, 110.

considerare un grimaldello tramite cui scardinare il sistema della responsabilità, rappresenterebbe, piuttosto, l' esito necessitato della corretta applicazione di quelle regole e di quei principi su cui la tutela risarcitoria per violazione della *lex contractus* a ben vedere si fonda.

Il nostro ordinamento conoscerebbe, infatti, beni che in definitiva concretano mere *chances* di profitto. Il riferimento è, in primo luogo, agli strumenti finanziari, il cui valore è determinato dalla quotazione che i titoli (siano essi azioni o strumenti a reddito fisso) ricevono sui mercati, quotazione che esprime, appunto, l' attualizzazione del futuro flusso di cassa e di utilità che quegli strumenti *ex sé* incorporano. La perdita di un prodotto finanziario è quindi risarcibile con una somma corrispondente alla sua quotazione di mercato ovvero alla stima del profitto atteso che ad esso inerisce.

Secondo il *Trimarchi*, quindi, non vi sarebbe motivo di limitare l' operatività di un tale principio alle sole *chances* di lucro che siano trasfuse e veicolate da un titolo, dovendosi optare, invece, per una sua generalizzata applicazione: accertata la tutelabilità della *chance* (in via contrattuale o, se del caso, anche, in via aquiliana), il risarcimento del danno derivante dalla sua indebita compromissione dovrebbe essere sempre stimato nella somma di denaro che si sarebbe disposti ad accettare per la volontaria rinuncia alla *chance*.

D' altronde, la modulazione del risarcimento in funzione della stima di mercato delle *chances* di profitto connaturate al bene leso, rappresenterebbe una tecnica risarcitoria dalla vocazione certamente più generale, come dimostrato dal suo costante impiego rispetto a classi di beni tradizionali, diversi dagli strumenti finanziari. A tale logica sarebbe ispirata, ad esempio, la stessa determinazione del valore commerciale di un cavallo da corsa: il prezzo di mercato dell' animale - nella prospettiva suggerita dall' *Autore* - dipenderebbe non soltanto dalle sue caratteristiche fisiche e morfologiche (*pedigree*, razza, struttura, età, salute) ma anche dalle probabilità che il cavallo avrebbe avuto - anche alla luce della sua "carriera agonistica" - di risultare vincitore nelle gare previste per la sua categoria¹⁰³.

¹⁰³ Considera il valore della *chance* di future vittorie già contenuto nel valore commerciale del cavallo, M. FRANZONI, *La chance ...*, cit., 1190.

A mo' di chiosa, si rileva, infine, come non tutte le possibilità di lucro si caratterizzino per una loro intrinseca commerciabilità¹⁰⁴: tale evenienza, tuttavia, non ne impedirebbe la tutela in sede di risarcimento assumendo la loro perdita sicuro rilievo *sub specie* di danno patrimoniale, valutabile, quanto meno, nella somma che si sarebbe disposti ad accettare per la cessione volontaria della *chance* di profitto, poi compromessa dalla condotta altrui.

In definitiva, il danno da occasioni perdute si appaleserebbe come formula descrittiva di una tecnica di quantificazione del danno già nota all'ordinamento per determinate tipologie di *chances* e potenzialmente idonea ad assumere nel sistema una valenza più generale. Adeguando il risarcimento del danno alle probabilità di profitto perdute la risarcibilità della *chance* realizzerebbe, infatti, “la giusta pressione a fini di incentivo” e “la giusta ripartizione dei rischi” fra i contenti.

L'opzione interpretativa proposta si fonda tuttavia su una duplice, evidente, incompienza: per un verso, risulta parzialmente fraintesa la portata specifica della teoria della *chance* così come formulata da una parte della dottrina e poi praticata dalla giurisprudenza; per l'altro, sembrano invece obliolate le classi di ipotesi (e i tipi di problemi) rispetto ai quali può aver senso discorrere di perdita di *chance* come categoria giuridica autonoma, dotata di una qualche rilevanza sul piano applicativo.

Può allora essere utile mettere subito in evidenza l'equivoco di fondo su cui sembra poggiare l'esemplificazione proposta dal *Trimarchi*.

La determinazione del valore di un cavallo da corsa, ucciso colposamente da un terzo, per come prospettata dall'*Autore*, nulla ha a che vedere con la figura della *chance* accolta dalla prevalente giurisprudenza.

Il dato da cui partire è preciso. Il mercato ragiona ed opera sempre attraverso la logica della *chance*. È quindi da condividere l'idea che il valore di mercato di un bene dipenda in buona parte delle possibilità di profitto che ad esso si correlano: è vero, quindi, che il prezzo di mercato di un cavallo da corsa si presenta come la risultante di una serie di variabili, non ultima la considerazione

¹⁰⁴ Quali esempi di *chances* ordinariamente commerciabili si citano le *chances* incorporate in titoli o strumenti finanziari e quelle prive di incorporazione ma oggetto di compravendita (così, i crediti incerti).

delle *chances* di vittoria dell' animale. Pertanto, a parità di tutte le altre caratteristiche, fisiche o morfologiche, il valore di mercato di un cavallo da corsa sarà certamente differente dal valore assegnato ad un cavallo da tiro ovvero dal prezzo d' acquisto di un cavallo destinato al macello; la storia agonistica dell' animale, consentirà, poi, di differenziare il valore di commercio del cavallo da corsa *Poldo* rispetto al prezzo di mercato del pluricampione *Seabiscuit*.

Nondimeno, questo tipo di considerazioni (ed è quello di cui non sembra avvedersi il *Trimarchi*) non hanno nulla da dire sullo specifico ambito di problemi cui la figura della *chance* tenta di dare soluzione.

Invero, nell' ipotesi prospettata dall' *Autore* (colposa uccisione da parte di un terzo di un cavallo da corsa) può dirsi che:

a) in presenza di tutti i requisiti per la nascita della responsabilità, il proprietario dell' animale avrà diritto ad un risarcimento almeno pari al valore di mercato del cavallo al momento dell' illecito;

b) questo valore sarà determinato anche in funzione dei futuri (e solo possibili) successi agonistici dell' animale;

c) si potrà allora concludere che, corrisposto il valore di mercato del cavallo, sarà in tal modo risarcita anche la perdita delle sue *chances* di vittoria.

In casi di questo tipo, il risarcimento discenderà direttamente dall' impiego delle ordinarie tecniche di riparazione del danno che caratterizzano il nostro ordinamento; non si darà quindi mai ingresso alla peculiare tecnica di quantificazione in cui si sostanzia la figura giurisprudenziale della *chance*: se proprio lo si desidera, potrà continuarsi a discorrere di perdita di possibilità di lucro come oggetto del risarcimento, ma in un senso assolutamente differente da quello accolto in giurisprudenza¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Anche laddove il nostro sistema sembrerebbe aprirsi alla figura della *chance*, l' ordinamento, in realtà, non devierebbe in alcun modo dalle logiche e dai meccanismi che tradizionalmente lo governano. Così nel caso, citato anche dal *Trimarchi*, degli strumenti finanziari, l' elemento che consente, in qualche modo, di parametrare il risarcimento dovuto al flusso di cassa atteso che il titolo incorpora è rappresentato, appunto, dall' esistenza di un mercato di riferimento (in questo caso, reale) che esprime un' valutazione in termini di patrimonialità delle possibilità di profitto correlate allo strumento finanziario. Posta, quindi, l' esistenza di un mercato di riferimento, la distruzione di quelle che, solo descrittivamente, potremmo definire *chances* di guadagno costituirà secondo le tradizionali logiche dell' ordinamento danno patrimoniale senza dubbio risarcibile nelle forme ordinarie.

Per contro, il problema della costruzione della *chance* come autonoma *figura iuris* si porrà certamente innanzi a possibilità di lucro che siano prive di un mercato di riferimento (reale o ideale) e che non siano state neppure patrimonializzate mediante la deduzione in contratto. Da questo punto di vista, quindi, non risulta ulteriormente condivisibile la tesi formulata dal *Trimarchi* laddove, ai fini del risarcimento, nega ogni rilievo alla distinzione tra *chances* di profitto *c.d.* commerciabili e opportunità di guadagno prive di una qualsiasi (seppur astratta) commerciabilità. Il discrimine posto dall' esistenza di un mercato di riferimento per la *chance* di cui si lamenta la compromissione, o, quanto meno, dalla possibilità di una sua costruzione come modello operativo, segna, invece, l' orizzonte entro il quale la figura della *chance* perduta irrompe quale fattore innovativo del diritto dato.

A fronte di una *chance* priva di mercato (e non contrattualizzata) – e si pensi alla *chance* di essere assunti o di ottenere una promozione ovvero, ancora, alla *chance* di guarire o sopravvivere – due soltanto sono le strade che si aprono innanzi al giurista:

a) ritenere meritevole di seguito la tesi giurisprudenziale che individua in qualsiasi possibilità o *chances* di lucro un bene autonomo, sia dal punto di vista giuridico sia sotto il piano economico (ed allora si dirà che il medico negligente dovrà quanto meno risarcire la perdita delle *chances* di sopravvivenza comunque vantate dal paziente);

b) all' opposto, rilevata l' infondatezza di una tale costruzione, interrogarsi sull' ammissibilità nel nostro ordinamento di un nesso eziologico costruito in termini meramente probabilistici.

Nessuno di questi due delicati profili è stato però preso in considerazione ed analizzato dal *Trimarchi*.

4. *La via mediana: la chance come danno meramente patrimoniale.* Una posizione per così dire mediana è assunta da quella parte della dottrina che riconosce autonomia concettuale ed operativa alla figura della *chance* esclusivamente nell' ambito della responsabilità *ex contractu*. Si collocano in questo preciso filone argomentativo le considerazioni espresse nel saggio “*Il*

danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale” da Salvatore Mazzamuto¹⁰⁶.

La tesi giurisprudenziale della *chance* quale peculiare tecnica di quantificazione del danno emergente è accostata (e criticata) dall’ *Autore* alla luce della figura del *c.d. pure economic loss*: invero, il pregiudizio derivante dalla perdita di un’ occasione o di una semplice opportunità viene ricondotto all’ alveo dei danni *c.d.* meramente patrimoniali, pure perdite economiche svincolate dalla lesione di qualsivoglia situazione soggettiva giuridicamente tutelata, la cui rilevanza per l’ ordinamento risulterebbe confinata inevitabilmente alla sola materia della responsabilità contrattuale¹⁰⁷.

¹⁰⁶ S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 49.

¹⁰⁷ *Contra* M. Barcellona, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, *cit.*, 949. Per l’ *Autore*, infatti, è pur vero che il diritto al risarcimento in seno alla responsabilità contrattuale non postula un giudizio di ingiustizia del danno, avendo il legislatore affidato la selezione dei pregiudizi risarcibili direttamente agli articoli 1223 e seguenti del Codice. Da ciò, tuttavia, non potrebbe correttamente inferirsi una generale rilevanza risarcitoria della *chance* in sede di responsabilità *ex contractu* assumendo l’ indiscriminata risarcibilità in ambito contrattuale delle pure perdite economiche. Invero, “*che il danno contrattuale sia ridicibile a mero fatto non sembra così sicuro. Da un lato, infatti, il diritto di credito si dà (anche) come aspettativa di un valore d’ uso che include la destinazione economica della prestazione dovuta ... di guisa che il danno contrattuale si prospetta, sotto questo profilo, come l’ equivalente monetario dell’ aspettativa nella quale consiste il diritto di credito e che il suo inadempimento ha deluso. Dall’ altro, con l’ esecuzione della prestazione dovuta il creditore acquista il potere di sfruttarla economicamente: una volta prestatato, il bene/servizio incrementa il potere di fare del creditore, che non è un mero potere di fatto, bensì un fondamentale potere appropriativo conferito dal sistema giuridico; di guisa che il danno contrattuale si prospetta, sotto quest’ altro profilo, come l’ equivalente monetario del potere appropriativo, l’ esplicazione del quale è stata impedita dall’ inadempimento*”. E tuttavia, l’ infondatezza della tesi che vuole il danno meramente patrimoniale irrisarcibile in sede aquiliana e, all’ opposto, sempre rilevante in ambito contrattuale può, più semplicemente, mettersi in evidenza rilevando come: *a)* a prescindere dalla natura (delittuale o *ex contractu*) della responsabilità sia sempre necessario distinguere il danno inteso quale requisito della fattispecie della responsabilità (danno *c.d.* evento o intrinseco) dal danno quale elemento integrante il contenuto dell’ obbligazione risarcitoria (danno *c.d.* conseguenza o estrinseco); *b)* in presenza di un inadempimento imputabile al debitore (risolto, cioè, il problema dell’ *an* della responsabilità), il risarcimento dovuto comprenderà non soltanto il valore della prestazione rimasta inseguita, ma anche il pregiudizio correlato allo specifico assetto di interessi del creditore insoddisfatto: questi si vedrà, dunque, riconosciuto un ristoro anche per il danno subito in relazione ad interessi il cui soddisfacimento non era stato dedotto in obbligazione sicchè può ben dirsi che l’ articolo 1223 cod. civ. offre tutela anche ad interessi il cui soddisfacimento non è giuridicamente garantito dal diritto di credito; *c)* similmente, in sede aquiliana, accertata l’ esistenza dei presupposti fondanti la responsabilità (dolo o colpa; ingiustizia del danno; nesso di causalità tra condotta ed evento), l’ obbligo risarcitorio del danneggiante avrà ad oggetto non soltanto il valore obiettivo della situazione giuridica la cui lesione integra il requisito necessario dell’ ingiustizia, ma anche il pregiudizio cagionato ad interessi ulteriori, connessi a quello la cui lesione si configura come danno ingiusto ma da questo distinti. Per le opportune precisazioni, v. *infra*.

La bontà di una siffatta conclusione troverebbe conferma nelle difficoltà, talvolta insormontabili, incontrate da ogni tentativo di collocare la figura della *chance* nell' archetipo disegnato dall' articolo 2043 del Codice per la nascita della responsabilità da fatto illecito. L' inadeguatezza delle tesi classiche elaborate in materia di *chance* a conciliare struttura normativa della responsabilità aquiliana e caratteristiche palesi del danno da occasioni perdute sarebbe, quindi, più in radice, espressione dell' impossibilità stessa di attrarre all' area dell' illecito *ex delicto* il danno meramente patrimoniale.

Ad allargare le maglie del danno ingiusto non varrebbe, d' altronde, né la qualificazione della *chance* quale aspettativa (non già di mero fatto bensì) giuridicamente tutelata né la sua ricostruzione in termini di situazione soggettiva autonoma o, comunque, riconducibile al *c.d.* diritto all' integrità del patrimonio.

Da un lato, infatti, l' aspettativa, ancorché di diritto, appare al *Mazzamuto* intrinsecamente inidonea a determinare l' operatività dello strumento risarcitorio al di fuori “*di una relazione giuridicamente rilevante*” che fondi e dia corpo all' altrui affidamento, legittimando l' azione di responsabilità.

Parimenti impraticabile risulterebbe, d' altro canto, la strada della costruzione di una situazione soggettiva *ad hoc*, la cui lesione sostanzialmente l' *iniuria* presupposta dalla tutela aquiliana. Difatti, riconosciuta nella *chance* un' entità priva di autonomia e di un proprio valore di mercato, come tale insuscettibile di formare oggetto di negozi traslativi, ne risulterebbe impossibile, poi, ogni tentativo di reificazione.

Né miglior sorte avrebbe il riferimento ad un preteso diritto all' integrità patrimoniale che, in definitiva, non riuscirebbe a fugare i dubbi connessi al carattere del tutto fittizio di questa situazione giuridica, costruita al solo scopo di prestare formale ossequio al dettato dell' articolo 2043 cod. civ. ma priva di riferimenti normativi “forti” che ne legittimino l' esistenza.

La collocazione del danno meramente patrimoniale (e, quindi, del danno da perdita di *chances*) all' interno del raggio d' azione della tutela aquiliana non potrebbe, per l' *Autore*, adeguatamente motivarsi neppure tramite la proposta equiparazione tra ricchezza distrutta e privazione della mera possibilità di conseguirla ovvero mediante la costruzione (ricostruzione) del requisito dell'

iniuria quale conseguenza della violazione di regole di condotta e doveri di contegno. In entrambi i casi, infatti, si finirebbe per traslare l' attributo dell' ingiustizia, che il legislatore àncora saldamente all' elemento oggettivo del danno, al diverso requisito del fatto lesivo o, se si preferisce, della condotta illecita, accentuando il rischio di una deriva sanzionatoria della funzione svolta nel nostro ordinamento dalla responsabilità civile.

Attesa l' impossibilità di individuare alla base del *pure economic loss* un diritto soggettivo (o altra situazione comunque tutelata dall' ordinamento), per il *Mazzamuto* dovrebbe conseguentemente escludersi la riconducibilità del danno meramente patrimoniale alla responsabilità aquiliana, le cui lenti filtrano e selezionano il danno rilevante richiedendone una precisa connotazione in termini di ingiustizia.

Per contro, la pura e semplice perdita patrimoniale (al cui alveo è ricondotta anche la *chance*) troverebbe la propria naturale sede di tutela nella responsabilità contrattuale ove la selezione dei pregiudizi risarcibili è affidata *in primis* all' elemento obiettivo dell' inadempimento quale fattore idoneo a scriminare le perdite di cui il debitore debba rispondere da quelle destinate, invece, a restare irrimediabilmente a carico del creditore insoddisfatto¹⁰⁸.

¹⁰⁸ La conclusione è condivisa da C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 315 e, più di recente, *Vaga culpa in contrahendo ...*, cit., 1. Definito il danno meramente patrimoniale come danno allo stato puro, non correlato alla lesione di una posizione sostanziale tutelata, a tale categoria concettuale viene ricondotto dal *Castronovo* anche il danno da occasioni mancate. Se sul terreno della causalità la perdita di *chance* denoterebbe, infatti, per l' *Autore* un nesso insufficiente a fondare la responsabilità e, sul piano del danno, una perdita possibile (o talvolta probabile) ma, comunque, mai certa, sul diverso versante del requisito dell' ingiustizia del danno, la perdita di *chance* si caratterizzerebbe per l' assenza di collegamento con una situazione soggettiva giuridicamente rilevante lesa dalla condotta altrui. In altri termini la *chance*, rappresenterebbe un' ipotesi di lucro cessante ipotetico di cui occorrerebbe verificare la risarcibilità in via aquiliana a prescindere dall' esistenza di un danno emergente e, dunque, di una lesione ad un diritto soggettivo del danneggiato. La soluzione proposta è la stessa cui perviene anche il *Mazzamuto*: al pari di ogni altra ipotesi di *economic loss* anche la lesione della *chance* potrebbe assumere rilevanza soltanto nell' ambito della responsabilità contrattuale, ove a fondamento dell' obbligo risarcitorio si pone, in termini esclusivi, non già l' ingiustizia del danno bensì l' inadempimento. In definitiva, solo all' interno della responsabilità *ex contractu* troverebbe spazio il risarcimento del danno meramente patrimoniale purché esso costituisca conseguenza immediata e diretta dell' inadempimento. Per contro, dovrebbe senz' altro escludersi la tutelabilità in via extracontrattuale della *chance*: in questa sede, ai fini del risarcimento, il danno dovrebbe, infatti, poter essere sempre ricondotto al paradigma dell' ingiustizia, ovvero sia dovrebbe essere sempre qualificato dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva del danneggiato riconosciuta e tutelata dall' ordinamento, condizione, questa, che difetta certamente per il *Castronovo* nel

A fronte dell' inadempimento, infatti, troverebbero protezione, attraverso la nascita del diritto al risarcimento, non soltanto gli interessi incorporati alla prestazione mancata ma anche quegli interessi che, estranei all' oggetto dell' obbligazione, risultano comunque ad esso strettamente correlati. In altri termini, nella responsabilità *ex contractu* proprio la coerenza al programma obbligatorio consentirebbe di circoscrivere l' area delle perdite economiche rilevanti sicché in tanto potrebbe darsi luogo al risarcimento della *chance* in quanto la sua perdita appaia frutto della disfunzione di quel sistema di regole che le parti volontariamente si danno tramite il vincolo obbligatorio.

Il filtro della corrispondenza al programma d' azione pattizio difetterebbe, invece, nella responsabilità aquiliana: l' irrilevanza in sede risarcitoria della lesione della *chance* risulterebbe, quindi, conseguenza pressoché necessitata dell' impossibilità di selezionare le opportunità mancate della cui perdita possa farsi carico al danneggiante.

La collocazione del danno da *chances* perdute nell' alveo della responsabilità contrattuale troverebbe poi ulteriore conforto nella natura giuridica di questo pregiudizio, ricostruito dal *Mazzamuto* in termini di ipotesi (seppur *sui generis*) di lucro cessante.

Del mancato guadagno la *chance* condividerebbe, invero, peculiarità strutturali e difficoltà di accertamento. Nondimeno, l' autonoma previsione del danno da occasioni mancate si giustificerebbe alla luce della necessità, insita nella *chance* e sconosciuta invece per il lucro cessante, di subordinare la risarcibilità di questo pregiudizio al raggiungimento di una soglia di probabilità rilevante al di là della quale la perdita di un' occasione favorevole possa dirsi ammantata di quella certezza (pur soltanto relativa) che connota il mancato guadagno e che risulta imprescindibile ai fini del risarcimento.

L' alternativa costruzione della perdita di *chance* quale ipotesi di danno emergente come pure la costante equiparazione della possibilità di lucro ad un bene che preesiste nel patrimonio del creditore altro non sarebbero che riflessi sul piano delle poste risarcitorie del tentativo di configurare la *chance* come oggetto

pregiudizio da *chance*. Nello stesso senso anche E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un' ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, 11, 503.

di una posizione sostanziale tutelata dall'ordinamento e, dunque, rilevante in sede di ingiustizia del danno.

Ricondotta al lucro cessante, la perdita di mere occasioni di guadagno difficilmente potrebbe trovare tutela in sede di responsabilità civile. In quest'ambito, infatti, la risarcibilità del mancato guadagno, che pur è assoggettata ad una disciplina *ad hoc* dall'articolo 2056, comma 2, del Codice, presupporrebbe pur sempre una precedente perdita ingiusta che fondi il lucro cessante e giustifichi la nascita dell'obbligo risarcitorio. Una tale condizione non potrebbe, invece, dirsi integrata nel caso di perdita di *chances*¹⁰⁹.

Ammissa la risarcibilità in via contrattuale del danno da perdita di *chances*, l'*Autore* si impegna, infine, nella ricognizione dei limiti cui deve subordinarsi la riparazione del pregiudizio in parola. A corredo della *chance* (del danno da perdita di) vengono, infatti, individuate tutta una serie di rilevanti limitazioni che garantiscono compatibilità e coerenza della figura con la funzione (non già sanzionatoria bensì) propriamente conservativa della responsabilità *ex contractu*.

Campeggia, in primo luogo, il problema dell'individuazione di una soglia di probabilità superata la quale la mera possibilità di guadagno divenga aspettativa ragionevole, come tale meritevole di tutela; problema questo certamente acuito dal carattere necessariamente mobile che il *Mazzamuto* riconosce al tasso-soglia, la cui determinazione risulta inevitabilmente influenzata dalle peculiarità del caso concreto.

A ciò si aggiunge il considerevole *onus probandi* gravante sul creditore, tenuto a provare la congruità rispetto all'obbligo violato dell'aspettativa di cui chiede tutela: il collocarsi della *chance* nell'area di salvaguardia predisposta dall'obbligo ne assicurerebbe, infatti, quel tasso di oggettività necessario a non renderne del tutto arbitrario il riconoscimento, discriminando, in tal modo, le

¹⁰⁹ Più in generale, per il *Mazzamuto* la responsabilità aquiliana, che tutela l'assetto patrimoniale del danneggiato nella sua staticità, mal si presterebbe a dare rilevanza al lucro cessante che richiama, invece, il patrimonio nella sua dimensione propriamente dinamica. L'ontologica incapacità strutturale dell'art. 2043 cod. civ. a fornire adeguata protezione ai mancati guadagni risulterebbe però temperata per l'*Autore* da due dati di fatto, l'uno normativo e l'altro fenomenologico. Se da un lato l'opzione legislativa è stata nel senso di unificare la disciplina del risarcimento nelle due forme della responsabilità civile, dall'altro non manca di prendersi atto della sempre maggiore attitudine dei beni rientranti nel patrimonio "a superare il mero godimento per ricollocarsi nella sfera della produttività".

aspettative che possono considerarsi legittime (e, come tali, rilevanti in sede risarcitoria) da quelle che restano, invece, semplici desideri, giuridicamente irrilevanti.

A un anno circa dalla pubblicazione del suo saggio sulla perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale, *Salvatore Mazzamuto* è tornato ad occuparsi della controversa figura del danno da perdita di *chances*¹¹⁰. L'occasione, un intervento dedicato alla *responsabilità contrattuale in senso debole*, formula di recente conio utilizzata per indicare quella forma di responsabilità contrattuale che si vorrebbe originata dalla violazione di pure regole di condotta, ossia di obblighi non preordinati all'attribuzione in capo al creditore di una specifica utilità.

In tale contesto, alla riproposizione degli approdi ermeneutici caratterizzanti le prime riflessioni sulla *chance* - in particolare, l'assimilazione con il danno meramente patrimoniale e la limitazione di ogni rilievo risarcitorio alla sola materia della responsabilità da inadempimento - si accompagnano importanti elementi di novità, il cui impatto sull'impalcatura concettuale messa in campo dal *Mazzamuto* nel suo primo intervento resta, però, tutto da saggiare.

Anzitutto, aderendo ad una prospettiva anti-essenzialistica della *chance*, si esclude che questa, quantunque accostata in passato alla figura del lucro cessante, possa costituire realmente un'autonoma posta di danno: la *chance*, infatti, più che un mancato guadagno dovrebbe, considerarsi un criterio per la sua quantificazione secondo equità.

Il *restyling* suggerito consentirebbe, in secondo luogo, di aprire a una possibile rilevanza del danno da occasioni mancate anche in sede di responsabilità aquiliana a condizione che *“la situazione giuridica violata alla base del danno emergente abbia un contenuto tale da includere come possibile o meglio come probabile epilogo anche quel mancato incremento patrimoniale cui impropriamente si affibbia il nome di chance”*¹¹¹. Il rapporto di compatibilità (o di *“coerente derivazione”*) tra la situazione violata ed il mancato guadagno consentirebbe, infatti, di ricomprendere la possibilità perduta nell'ambito dell'

¹¹⁰ S. MAZZAMUTO, La responsabilità contrattuale in senso debole, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, 121.

¹¹¹ *Ibid.*, 155.

ingiustizia segnato dalla violazione della situazione soggettiva cui la *chance* si aggancia.

4.1. *Segue: brevi notazioni critiche.* La tesi che configura la perdita di una *chance* come danno meramente patrimoniale non soltanto presta il fianco a più di una critica ma lascia in gran parte inevasi i nodi problematici connessi all'impiego del danno da occasioni perdute nei giudizi di responsabilità: di questi profili di debolezza può essere utile dare sin d'ora rapido conto.

Come si è già avuto modo di rilevare, il *Mazzamuto* considera il pregiudizio cagionato dalla perdita di *chances* irrisarcibile nell'ambito della responsabilità aquiliana per difetto del requisito dell'ingiustizia. La natura di pura perdita economica riconosciuta al danno da occasioni perdute imporrebbe, quindi, di rintracciare nella materia contrattuale l'unica sede di possibile rilevanza per la figura in esame. Per contro, l'assenza in capo al titolare della *chance* di una qualsivoglia situazione soggettiva riconosciuta o rilevante per l'ordinamento, impedirebbe *ab origine* ogni tutela in sede aquiliana. In tal modo, tuttavia, l'*Autore* finisce per riempire il requisito dell'*iniuria* di contenuti che non gli sono propri e che non gli pertengono, segnatamente assegnando alla categoria dell'ingiustizia il compito di determinare, in uno con la nascita della responsabilità, anche il contenuto dell'obbligazione risarcitoria, compito, questo, invero, affidato dal legislatore esclusivamente agli articoli 2056 e seguenti del Codice civile.

Il *Mazzamuto* affronta, quindi, un problema di determinazione/estensione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria (risarcibilità o meno della perdita di un vantaggio solo possibile) secondo categorie inappropriate, ovverosia interrogando il requisito dell'ingiustizia che, invece, nessuna indicazione fornisce e resta muto rispetto a problemi che ineriscono non all'*an* ma al *quantum* della responsabilità.

Invero, l'*Autore* mostra di accogliere e mettere in pratica la distinzione tra danno evento e danno conseguenza¹¹² solo ed esclusivamente in sede contrattuale, ove opportunamente distingue il danno determinato dal venir meno in assoluto della prestazione dedotta (o dalla sua inesatta esecuzione) dal pregiudizio

¹¹² Può rinviarsi alle riflessioni già svolte a pagina 103 del presente lavoro.

conseguenziale correlato all' inadempimento. Per contro, in ambito aquiliano la predetta distinzione è resa del tutto inoperante e viene, invece, sostituita da un' omnicomprensiva valutazione del danno - quale elemento della fattispecie e quale contenuto dell' obbligo di riparazione - all' insegna del requisito dell' ingiustizia.

Ancora, di non poco interesse la peculiare fisionomia assunta dalla *chance* nella prospettiva suggerita ed accolta dal *Mazzamuto*.

Esclusa, invero, ogni rilevanza del danno da occasioni mancate in sede di responsabilità civile, solo apparentemente l' *Autore* riconoscerebbe, poi, alla figura *de qua* un autonomo campo di esistenza all' interno della materia contrattuale: laddove, infatti, si discorre di tasso-soglia e consistenza probabilistica, necessari perché il pregiudizio in parola possa dirsi certo alla stregua delle ordinarie ipotesi di lucro cessante, si fuoriuscirebbe, invero, dalla figura della *chance* per come questa viene generalmente ricostruita dalla prevalente giurisprudenza.

Rispetto alla ricostruzione offerta, restano peraltro inevasi almeno due nodi di rilievo centrale. Da un lato, infatti, nessuna indicazione puntuale viene fornita circa la costruzione del tasso-soglia o, meglio, dei tassi-soglia volta per volta rilevanti ai fini del giudizio di risarcibilità della *chance* perduta; dall' altro lato restano oscuri i criteri di quantificazione del danno ammesso al risarcimento.

Per quanto attiene al primo profilo, il *Mazzamuto* si limita a fornire alcune indicazioni di massima circa la funzione esplicita dai tassi-soglia senza, tuttavia, affrontare in alcun modo il problema dell' individuazione dei criteri preposti alla loro determinazione.

Respinta preliminarmente la tesi che fonda la distinzione tra perdita di *chance* e mancato guadagno proprio sulla diversa consistenza statistica della probabilità di realizzazione dell' evento futuro (più elevata, fino a sfiorare la certezza, nel lucro cessante, ben più limitata nel danno da occasioni mancate), l' *Autore* sembra, invero, attribuire alla soglia di probabilità rilevante il compito di delimitare il campo entro cui le *chances* di profitto lese dalla condotta altrui possano considerarsi “*serie*” ed assurgere, quindi, a vere e proprie poste del risarcimento. Oltrepassata tale soglia di rilevanza, la perdita dell' occasione favorevole diverrebbe, quindi, certa al pari delle ipotesi, per così dire, ordinarie di

lucro cessante. Il grande interrogativo circa la certezza o meno del danno da perdita di *chance* viene dunque velocemente liquidato attraverso il riferimento ai tassi-soglia di probabilità.

Il requisito della serietà della *chance* di cui si lamenta la perdita si assocerebbe poi all' ulteriore connotato della *ragionevolezza* ovvero della conformità dell' occasione mancata al sentire sociale: anche sotto questo profilo, però, nessun elemento viene fornito per attenuare la vaghezza e l' enigmaticità del riferimento. Per contro si esclude ogni corrispondenza biunivoca tra soglia di probabilità (giudicata) rilevante e quantificazione del pregiudizio subito.

Ciò posto, il *Mazzamuto* tace circa i parametri da tenere in considerazione nella costruzione dei tassi-soglia, tassi, appunto, intesi come necessariamente diversificati in ragione delle peculiarità del caso concreto. Quali elementi, dunque, potranno prendersi in considerazione per la costruzione della soglia di rilevanza della *chance*? Come sottrarre all' inevitabile arbitrio del singolo giudicante la declinazione concreta dell' attributo della serietà della *chance* perduta?

Per quanto riguarda, invece, il profilo della determinazione quantitativa del pregiudizio da riparare non si comprende se il meccanismo della *chance* determini per l' *Autore* un risarcimento integrale ovvero un risarcimento soltanto parziale, in qualche modo proporzionato alla consistenza statistica delle probabilità perdute. Se, infatti, si criticano quanti finiscono per commisurare la *chance* al risultato finale, poi non conseguito, non si chiarisce tuttavia quale debba essere allora la soluzione da privilegiare (riparazione integrale o parziale?) e quale sia il percorso argomentativo a tal fine seguito¹¹³.

5. *La perdita di una chance e il giudizio di ingiustizia del danno.* In tema di danno da perdita di *chances* può senz' altro elevarsi ad autonomo modello ricostruttivo la prospettiva d' indagine recentemente coltivata da *Mario Barcellona*¹¹⁴.

¹¹³ Pertanto l' ambiguità della scelta di assimilare *chance* e lucro cessante si riflette necessariamente anche in sede di quantificazione del danno: se, infatti, anche il mancato guadagno pone problemi di accertamento, tuttavia la sua liquidazione è pur sempre integrale e non dipende in alcun modo dal fattore probabilistico; per contro tra le specifiche della figura giurisprudenziale della *chance* vi è da sempre la parzialità della riparazione.

¹¹⁴ M. BARCELLONA, *Trattato ...*, cit. e ID., *Chance e causalità ...*, cit., 945.

Il fulcro attorno a cui si sviluppano le considerazioni dell' *Autore* è rappresentato dall' interrogativo circa la configurabilità della *chance* quale categoria *iuris* dotata di una propria autonomia (concettuale e operativa) nel sistema della responsabilità civile. Lo scopo, quindi, della trattazione è quello di individuare il possibile campo di esistenza della figura, ovvero sia il novero dei problemi rispetto ai quali può aver senso costruire la *chance* come categoria giuridica innovativa dell' esistente. Due le prospettive esaminate.

Anzitutto, la figura della *chance* è presa in considerazione e valutata come tecnica di quantificazione del danno. In questa prima angolazione, tuttavia, la categoria si rivelerebbe priva di reale interesse scientifico e di qualsivoglia rilevanza applicativa. Invero, il termine *de quo* risulterebbe impiegato (soprattutto dalla nostra giurisprudenza) per indicare sinteticamente situazioni e problematiche in qualche modo già note all' ordinamento, seppur sotto una diversa nomenclatura (lucro cessante, danno reddituale e conseguenze ulteriori), e, dunque, per tale via, già affrontate e risolte (o risolubili) tramite gli strumenti e le categorie tradizionali¹¹⁵.

Negata alla *chance* qualsiasi valenza specifica in ordine alla determinazione del contenuto e dell' estensione dell' obbligo risarcitorio, la figura del danno da perdita di *chances* è indagata dal *Barcellona* in riferimento al diverso tema delle condizioni di nascita della responsabilità e, più precisamente, in connessione al requisito dell' ingiustizia del danno. In questa seconda

¹¹⁵ Più precisamente, in sede di accertamento del *quantum debeatur* all' impiego della formula in esame corrisponderebbero due situazioni ben distinte: da un lato, si pone quello che il *Barcellona* definisce danno *indeterminabile* (è certo che in assenza dell' altrui illecito il risultato sperato sarebbe stato conseguito ma risulta impossibile accertare la misura in cui lo stesso si sarebbe verificato e il vantaggio che sarebbe stato possibile ricavarne); dall' altro lato si colloca, invece, il danno *c.d. ipotetico* (è certo che, se conseguito, il risultato sperato avrebbe prodotto un vantaggio misurabile, anche *ex post*, con precisione e, tuttavia, non è dato sapere se, in assenza dell' illecito altrui, un tale evento si sarebbe o no verificato). L' *Autore* suggerisce, quindi, l' opportunità di riservare la nozione di *chances* alle sole ipotesi in cui si faccia questione della risarcibilità di un danno ipotetico e, dunque, ai soli casi in cui ci si interroghi circa la surrogabilità, nella logica risarcitoria, della certezza del pregiudizio lamentato con una sua semplice frazione probabilistica. Diversamente, la disciplina delle ipotesi riconducibili alla fenomenologia del danno *c.d. indeterminabile* rimarrebbe integralmente affidata alla previsione dell' art. 1226 cod. civ. ed alla valutazione equitativa consentita al giudice. Pur così delimitata nel suo utilizzo, la *chance* rimarrebbe, tuttavia, categoria irrimediabilmente priva di quell' autonomia concettuale che sembrerebbero invece riconoscerle le declamazioni della giurisprudenza e che postulerebbero, invero, che si esamini la *chance* dalla diversa prospettiva dell' ingiustizia del danno.

prospettiva, la figura della *chance* godrebbe di una propria legittimazione scientifica soltanto se:

a) dalla sua perdita dipenda l' *an* della responsabilità e, dunque, la nascita stessa del diritto al risarcimento;

b) la sua privazione prospetti un' ipotesi di *c.d. "incertezza ontologica"*, ovvero sia una situazione nella quale rimane irrimediabilmente incerto se, in assenza dell' altrui illecito, il risultato utile atteso sarebbe stato o meno conseguito.

L' attrazione della *chance* nell' orbita dell' ingiustizia del danno si rivela, per il *Barcellona*, l' unica strada in grado di assicurare alla categoria in parola una certa autonomia concettuale e di giustificarne l' introduzione e l' impiego nel nostro ordinamento. Per l' *Autore*, quindi, l' utilizzo della *chance* andrebbe circoscritto ai soli casi in cui ci si interroghi sulla configurabilità di un' autonoma situazione soggettiva (rilevante *ex* articolo 2043 cod. civ.) che abbia ad oggetto non già la spettanza di un risultato vantaggioso bensì la spettanza della mera possibilità di poterlo eventualmente conseguire.

Invero, una tale condizione potrebbe dirsi integrata almeno in tre diverse classi di ipotesi. Anzitutto, nelle procedure concorsuali di diritto privato (ad esempio, concorso per l' assunzione di nuovo personale o per l' attribuzione della qualifica superiore), ogni qual volta il comportamento lesivo della *chance* provenga da chi non era contrattualmente tenuto all' osservanza del procedimento (così, per la condotta scorretta posta in essere da un altro partecipante). In secondo luogo, quando si verta in materia di impedita partecipazione ovvero di scorretto espletamento di procedimenti (tipicamente normati) di carattere giudiziario o amministrativo.

In simili fattispecie la nascita dell' obbligo risarcitorio postulerebbe, infatti, che il soggetto leso possa giovare della soggettivizzazione della normativa che regola il procedimento: si renderebbe, quindi, necessario risolvere positivamente il problema della spettanza in capo alla vittima di un' "*bene della vita*" che possa legittimarla alla tutela aquiliana.

Pertanto alla figura della *chance* dovrebbe farsi capo allo scopo precipuo di valutare la possibile sussistenza in capo alla vittima di un *quid* giuridico, *ex se*

valutabile, distinto ed autonomo dal risultato utile preso di mira la cui lesione si lasci inscrivere nella categoria del danno ingiusto. Alla figura della *chance* spetterebbe, quindi, il compito di sostanziare quel *damnum iniuria datum* richiesto dal legislatore per la nascita della responsabilità civile: in tanto si darebbe luogo alla tutela risarcitoria in quanto la *chance* possa esser costruita come *quid* giuridico, autonomo e distinto dal risultato finale, dotato di valore in sé e per sé solo considerato.

La possibilità di reificare la *chance* e di autonomizzarla dal risultato utile atteso, pure criticata da una parte della cultura giuridica, troverebbe invero sicura conferma nell' esistenza di beni – quali la ditta o gli altri segni distintivi – che privi in sé di valore, lo acquistano, per così dire, di riflesso in ragione delle possibilità di guadagno che essi garantiscono: si tratta di beni che valgono, quindi, per la clientela che riescono ad orientare e per le possibilità di guadagno che, in definitiva, accreditano. L' ordinamento conoscerebbe, dunque, beni il cui valore consiste appunto nella “*possibilità di appropriarsi di valore*”.

Non nega l' *Autore* che quando ciò si verifica, tale possibilità risulti generalmente ipostatizzata in una situazione giuridica soggettiva cui è attribuibile un preciso valore di mercato e, tuttavia, anche in assenza di tali presupposti, non potrebbe negarsi alla *chance*, intesa appunto come “*possibilità di appropriarsi di valore*”, autonomia in senso giuridico e valore dal punto di vista economico: la sua perdita integrerebbe quindi un danno risarcibile e darebbe luogo ad una riparazione determinabile grossomodo sulla base degli stessi meccanismi che presiedono la stima dei *c.d.* beni immateriali.

Ferma dunque l' idoneità della *chance* a formare oggetto autonomo del giudizio sull' ingiustizia, si tratterebbe allora di verificare quando la delusione di un' aspettativa nell' ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi possa correttamente ricondursi alla figura del danno da occasioni perdute.

Secondo il *Barcellona*, il giudizio circa la ricorrenza di un danno ingiusto assumerebbe ad oggetto precipuo la perdita di una *chance* soltanto se la decisione destinata a chiudere il procedimento sia affidata a parametri di discrezionalità pura, a criteri di puro merito ovvero a prove d' esame irripetibili, ovvero ancora quando essa dipenda da variabili materiali scientificamente incontrollabili. In casi

di questo tipo risulterebbe infatti impossibile accertare l' esito ipotetico della procedura sicché ciò che la vittima potrebbe dedurre a fondamento dell' altrui responsabilità sarebbe la sola spettanza attuale della mera possibilità di conseguire il risultato sperato e non anche la spettanza della *c.d.* posta finale.

Per contro, l' uso della *chance* risulterebbe largamente inappropriato in relazione a quelle procedure in cui la decisione che chiude il procedimento sia affidata a parametri rigidi, a criteri giuridici o di discrezionalità *c.d.* tecnica: l' incertezza che ammantava *ex ante* l' esito della procedura sarebbe invero un' incertezza sempre risolubile, potendosi senz' altro verificare *ex post* la spettanza del risultato mancato.

A questa seconda fenomenologia (definita di “*risolubile incertezza giuridica*”) dovrebbero, ad esempio, ricondursi le ipotesi di dubbio circa l' esito del procedimento giudiziario mai istauratosi o la cui conclusione sia stata indebitamente influenzata dall' attività corruttiva di una delle parti. Solo apparentemente in questi casi si darebbe, infatti, per l' *Autore*, un problema di rilevanza aquiliana della *chance*: invero ciò che potrebbe risultare incerto da un punto di vista propriamente sociologico (chi mai può dire come si sarebbe svolto il giudizio ed a quali conclusioni sarebbe pervenuto il giudice in assenza dell' illecito?) cesserebbe immediatamente di esserlo se osservato dal punto di vista del diritto e dell' ordinamento giuridico.

L' incertezza che accompagna l' esito della lite concerne, infatti, un problema squisitamente giuridico: non si darebbero, quindi, complicati calcoli statistici da effettuare (quante probabilità aveva il soggetto leso di ottenere una pronuncia favorevole?) ma sarebbe necessario, piuttosto, procedere ad un mero giudizio prognostico che consenta di individuare, sulla base della normativa che si sarebbe dovuta applicare se il giudizio avesse avuto luogo e della sua interpretazione giurisprudenziale prevalente, chi avesse torto e chi ragione¹¹⁶.

¹¹⁶ A titolo esemplificativo il *Barcellona* richiama la complessa vicenda che ha visto contrapposti CIR e gruppo Fininvest e decisa da Tribunale Milano 3 ottobre 2009 n. 11786. Secondo l' *Autore*, nel valutare quale sarebbe stato l' esito del giudizio di appello sulla validità del lodo *c.d.* Mondadori se il giudice M. non fosse stato corrotto, il Tribunale avrebbe dovuto tenere in debito conto che, al tempo della sentenza delle Corte d' Appello, la magistratura era del tutto pacifica nel ritenere l' invalidità dei patti parasociali. Per definizione, quindi, il giudice di merito avrebbe dovuto escludere l' esistenza di una *chance* risarcibile. A ben vedere, tuttavia, la soluzione proposta sconta una duplice difficoltà. Da un lato, infatti, può fondatamente dubitarsi della

La tutela aquiliana in queste classi di ipotesi si fonderebbe, quindi, soltanto sulla spettanza del risultato atteso sicché nessuno spazio sembrerebbe residuare per un autonomo giudizio di ingiustizia che assuma ad oggetto la *chance* di vittoria.

In definitiva, il *Barcellona* ritiene opportuno limitare l' uso della *chance*, quale oggetto distinto del giudizio di ingiustizia, alle sole ipotesi di “*irresolubile incertezza empirica*” del conseguimento della *c.d.* posta finale¹¹⁷.

5.1 *Segue: possibili rilievi critici.* Le riflessioni svolte dal *Barcellona* sul tema del danno da perdita di *chances* si reggono, a bene vedere, su di una duplice premessa: l' inutilità della *chance* se riferita a problemi di determinazione del *quantum* risarcitorio e l' assoluta necessità di far confluire la figura nel requisito dell' ingiustizia per poterne garantire, in un certo qual modo, l' autonomia.

Entrambe le indicazioni non mi sembrano, tuttavia, realmente condivisibili.

Anzitutto, mi pare possa dubitarsi dell' idea che la *chance*, se utilizzata per la quantificazione del risarcimento, si traduca davvero in un vuoto contenitore al cui interno stipare tematiche vecchie, già note e prive di qualsiasi criticità.

Invero, l' esame delle fattispecie concrete decise dai giudici induce a ritenere che:

possibilità di considerare pacifico, al tempo della sentenza “comprata”, l' orientamento interpretativo che voleva l' invalidità dei patti parasociali (dà atto dell' esistenza di contrapposte valutazioni sulla validità/invalidità dei patti parasociali G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1975; esclude che il giudizio sulla validità/invalidità possa prescindere dalle peculiarità del singolo patto, R. TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000; ripercorre l' evoluzione giurisprudenziale in materia A. MAFFEI ALBERTI, *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005; infine, si sono pronunciati a favore della validità dei patti parasociali L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987; G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 525; P. G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, *Giur. comm.*, 1989, 226; G. VIDIRI, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinali e giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1325; F. FERRARA e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 1987). Dall' altro lato, e più in generale, la posizione espressa nel testo circa l' irrilevanza, ai fini risarcitori, delle *chances* di vincere un processo finisce per negare la storia stessa del problema. Esistono, invero, nel nostro ordinamento una pluralità di temi in cui è dato riscontrare accesi ed irrisolti contrasti interpretativi e rispetto ai quali non è dato quindi individuare una interpretazione prevalente.

¹¹⁷ Non mi è compiutamente chiaro se, ed in che misura, la prospettiva espressa dal *Barcellona* nel *Trattato della responsabilità civile* sia stata mantenuta ferma anche nel successivo scritto *Chance e causalità ...*, cit., 945.

a) ciò che si risarcisce mediante la tecnica della *chance* è un tipo di pregiudizio *irrisarcibile* sulla base dell' applicazione puntuale delle norme dettate in tema di risarcimento: attraverso la *chance*, infatti, viene ad essere risarcita, e sia pure non integralmente, una posta di danno (la privazione di un risultato utile solo possibile) di cui rimane irrimediabilmente incerta la derivazione causale dal fatto fonte di responsabilità;

b) le formule frequentemente adoperate dalla giurisprudenza (la *chance* come “*entità patrimoniale a sé stante, suscettibile di autonoma valutazione giuridica ed economica*”, come “*probabilità effettiva e congrua di conseguire un certo risultato, economicamente valutabile e giuridicamente rilevante*”, ovvero, ancora, come “*entità patrimoniale, giuridicamente ed economicamente suscettibile d' autonoma valutazione*”) esprimono tutte il tentativo di *bypassare* l' incertezza insita nella figura della *chance* attraverso la reificazione della possibilità, in sé e per sé sola considerata, e non valgono, invece, a strutturare una nuova situazione soggettiva da vagliare poi alla stregua del canone dell' ingiustizia.

Quanto, poi, alla configurabilità della perdita di un' occasione come pregiudizio connotato dal carattere dell' *iniuria*, non è superfluo rilevare come già in passato la dottrina avesse tentato di attribuire rilevanza alle *chances* perdute in sede di ingiustizia del danno e, dunque, nell' ambito di una valutazione incentrata sulla meritevolezza dell' interesse leso e sulla sua idoneità ad attivare (per il caso di lesione) il meccanismo risarcitorio. La peculiare fisionomia della figura in parola è stata, quindi, utilizzata ora al fine di relegare la posizione di chi lamenta la perdita di una *chance* al rango di interesse di mero fatto, irrilevante per il diritto, ora allo scopo di ammetterne *tout court* la risarcibilità.

L' analisi della *chance sub specie* di danno ingiusto ha generato nel tempo una pluralità di posizioni differenti, di cui può esser utile dare in questa sede una rapida indicazione.

Parte della dottrina ha escluso con fermezza la rilevanza aquiliana della *chance* in ragione dell' impossibilità di configurare, in capo alla vittima, qualsiasi diritto al conseguimento del risultato sperato: la realizzazione della *c.d.* posta finale, frutto del caso o di scelte incoercibili di terzi, sarebbe oggetto di una mera

spes la cui lesione non potrebbe che risultare giuridicamente irrilevante. Il requisito dell'ingiustizia del danno costituirebbe, dunque, un argine invalicabile al risarcimento delle *chances* perdute.

La tesi in parola, subito sposata dai primi commenti italiani alle pronunce francesi in tema di *chance*, ha continuato a riscuotere nel nostro ordinamento larghi consensi così da divenire ben presto presupposto (più o meno dichiarato) di una buona parte delle elaborazioni della dottrina. Risolto il problema della risarcibilità della *chance* in quello della sussistenza di un danno ingiusto, si concludeva, quindi, almeno fino alla metà degli anni Ottanta, per l'inapplicabilità dell'articolo 2043 cod. civ. alla perdita di un'occasione favorevole, non potendosi ravvisare, nelle fattispecie interessate dalla *chance*, l'esistenza di un diritto soggettivo leso dalla condotta colpevole altrui.

In questo solco si colloca, almeno parzialmente, la riflessione di *Francesco Donato Busnelli*¹¹⁸.

Il tema generale che si affaccia tra le pagine del suo commento ad un caso giurisprudenziale quanto meno *sui generis*¹¹⁹ è quello della compatibilità con l'ordinamento nazionale dell'indirizzo, da tempo consolidatosi nelle Corti francesi, favorevole alla risarcibilità del danno da occasioni perdute.

La soluzione accolta è tuttavia radicalmente negativa: l'equivalenza segnata tra perdita di un'opportunità di guadagno e lesione di un interesse di mero fatto determinerebbe, per l'*Autore*, l'impossibilità di istaurare nel nostro sistema qualsiasi correlazione specifica tra la figura della *chance* ed il requisito dell'ingiustizia del danno. La risarcibilità del pregiudizio in parola rappresenterebbe infatti un'inammissibile deroga al comune modo di intendere e ricostruire il requisito dell'*iniuria* fissato dall'articolo 2043 del Codice Civile.

¹¹⁸ F. D. BUSNELLI, *Perdita di una "chance" ...*, cit., 47. Le indicazioni contenute nello scritto citato saranno riprese e confermate dall'*Autore* circa dodici anni più tardi nell'ambito di una più ampia riflessione dedicata alla tutelabilità aquiliana degli interessi legittimi (*Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 3, 269).

¹¹⁹ Il caso deciso da Corte d'Appello di Parigi 6 marzo 1964 può così riassumersi: un istituto bancario paga a terzi un assegno "a vuoto" emesso da un cliente; prima di poter ricostituire la provvista necessaria, il correntista viene tuttavia ucciso in un incidente addebitabile alla condotta colposa di un terzo. La banca trattaria cita quindi il terzo in giudizio per ottenere, a titolo di risarcimento, la restituzione della somma pagata sulla base dell'assegno scoperto.

In sede di risarcimento del danno, la rilevanza della privazione colposa delle *chances* di profitto vantate dal danneggiato risulterebbe, dunque, *ab origine* preclusa dall' assenza di un diritto soggettivo (o di altra situazione giuridicamente tutelata) della vittima al conseguimento del risultato utile sperato. Per contro, una medesima limitazione non potrebbe rinvenirsi nell' ordinamento francese che sconosce il requisito dell' ingiustizia quale attributo necessario del danno e dove, quindi, il pregiudizio derivante dalla perdita di *chances* gode di grande diffusione e utilizzo: in assenza del filtro dell' *iniuria* (almeno nell' accezione ristretta prevalentemente accolta in Italia alla fine degli anni Sessanta) il danno da privazione di un' occasione di guadagno risulta, nel sistema d' Oltralpe, ordinariamente risarcibile tanto più che esso si presenta agli occhi del *Busnelli* come un danno che talvolta può risultare di difficile valutazione ma che, nondimeno, deve pur sempre considerarsi "*certo ed effettivo*".

Alla meritevolezza dell' interesse leso si è richiamata, specularmente, anche quella parte della dottrina favorevole alla risarcibilità del danno da occasioni mancate, quale pregiudizio contraddistinto dal requisito dell' ingiustizia. L' assimilabilità della privazione colposa di una *chance* ad un danno qualificabile come ingiusto alla stregua dell' ordinamento è stata variamente argomentata.

Taluni hanno fatto leva su di preteso diritto soggettivo all' integrità del patrimonio¹²⁰. Tuttavia, non è difficile intravedere in questa opzione ricostruttiva la volontà di conciliare la risarcibilità del danno da *chances* perdute con il vecchio orientamento interpretativo che identificava l' ingiustizia del danno con la lesione di un diritto soggettivo perfetto e che, conseguentemente, limitava solo a tali classi di ipotesi l' operatività della misura risarcitoria. Elevate al rango di diritto soggettivo situazioni obiettivamente prive di una tale consistenza, si riusciva quindi ad estendere surrettiziamente il raggio di azione dell' articolo 2043 cod.

¹²⁰ La lesione del diritto all' integrità del patrimonio consentirebbe, ad esempio, di dare rilevanza in sede di applicazione dell' art. 2043 cod. civ. (e, dunque, in sede di valutazione dell' ingiustizia del danno) al pregiudizio derivante dalla perdita della possibilità di ottenere un avanzamento di carriera. Così, individuata alla base della pretesa fatta valere dall' aspirante alla promozione la lesione di un diritto soggettivo (*sub specie* di diritto all' integrità patrimoniale) "*non [sarebbe] necessario prendere posizione sulla dibattuta questione se l' ingiustizia del danno, che determina l' obbligo di risarcimento, debba risiedere, appunto, nella lesione di un diritto, ovvero se basti la lesione di un interesse giuridicamente qualificato*". In questi termini, Cassazione 19 dicembre 1985 n. 6506, pubblicata in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207 con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita di una utilità futura*.

civ. oltre i confini segnati dall' equivalenza tra danno ingiusto e lesione di un interesse tutelato sotto forma di diritto soggettivo.

Altri, invece, hanno affidato al filtro della ricorrenza di un affidamento incolpevole il compito di selezionare i pregiudizi risarcibili.

Infine non è mancato chi¹²¹ abbia considerato l' assimilazione tra *chance* e situazione soggettiva rilevante per l' ordinamento non un postulato indiscutibile del ragionamento giuridico, bensì il frutto, l' esito dell' analisi che l' interprete è chiamato a svolgere sui tratti caratterizzanti la fattispecie concreta in cui la *chance* si colloca. A ben vedere, nella prospettiva illustrata, il problema della valutazione, in termini di ingiustizia, del danno derivante dalla lesione della *chance* non riceverebbe una soluzione positiva, astratta e sempre valida, ma necessiterebbe sempre e comunque di una verifica caso per caso. A fronte di un dato univoco e costante in tutte le ipotesi interessate dal danno *de quo* - l' assoluta incertezza in ordine al conseguimento del risultato sperato - spetterebbe all' interprete valutare volta per volta se l' aspettativa vantata possa o meno considerarsi legittima. E tuttavia, il criterio in forza del quale discriminare fra aspettative legittime (tutelabili) e aspettative di mero fatto (prive di tutela) viene individuato pur sempre nell' essere la posizione giuridica di chi spera nella *chance* protetta dall' ordinamento nella forma del diritto soggettivo¹²².

¹²¹ Questa la prospettiva seguita da F. GHISGLIERI, *Risarcimento del danno e perdita di chance*, in *NGCC*, 1991, II, 141.

¹²² L' indagine circa la sussistenza di un' aspettativa legittima può rivelarsi abbastanza difficoltosa e può dar luogo a risultati non sempre condivisibili. Queste difficoltà appaiono accentuate tutte le volte in cui il criterio discretivo prescelto appaia intrinsecamente inadatto a fondare la distinzione tra situazioni soggettive destinate a ricevere tutela dall' ordinamento e situazioni soggettive destinate, invece, a rimanere prive di protezione. In particolare, adottata per ipotesi la prospettiva sopra illustrata, non può non rilevarsi come essa giunga a risultati per lo meno incongrui. Ed infatti, ove il danneggiato possa vantare un diritto soggettivo al conseguimento dell' utilità poi non conseguita, non si potrebbe per definizione discorrere di perdita di *chance*, la quale postula, invece, che la realizzazione dell' opportunità favorevole non sia *ab origine* assicurata e garantita dall' ordinamento. Per contro, ove un diritto soggettivo non sia configurabile, si corre il rischio che l' interprete fondi in concreto la tutela dell' aspettativa sulla "scoperta" di un diritto soggettivo in realtà ignoto all' ordinamento. Non convince, quindi, la soluzione suggerita da F. GHISGLIERI (*Risarcimento del danno ...*, cit., 149) a commento della controversia decisa da Appello Trieste 25 novembre 1987. Questo il caso: uno studente di scuola media superiore, coinvolto in un incidente stradale, agiva in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla privazione della duplice *chance* di sostenere l' esame per il conseguimento della maturità e di fare ingresso quanto prima nel mercato del lavoro. Al di là della soluzione in concreto adottata dal giudice di merito, ritiene l' Autore che la tutela offerta dalla nostra Carta Costituzionale al diritto all' istruzione ed all' esercizio di un' attività lavorativa, possa consentire all' interprete di affermare l' esistenza, nel caso *de quo*, di un' aspettativa legittima, tutelabile in via aquiliana. Invero, anche nel caso commentato dall' Autore (come si rileverà *infra* nel testo) la figura della *chance* non ha nulla

La posizione espressa dal *Barcelona* si colloca quindi in un preciso filone interpretativo. Non pochi, tuttavia, sembrano essere i punti di rottura che accompagnano il pensiero dell' *Autore* siciliano.

Invero, molte delle riflessioni sui rapporti tra perdita di *chances* e ingiustizia del danno appaiono viziate da un equivoco di fondo: una cosa, infatti, è il danno quale requisito necessario per il perfezionamento della fattispecie della responsabilità aquiliana, un' altra, invece, il danno inteso quale parametro per la determinazione del contenuto dell' obbligazione risarcitoria.

In materia di responsabilità contrattuale può discorrersi, in ossequio ad una dizione risalente nel tempo, di un *danno intrinseco* contrapposto ad un *danno estrinseco* ma in sede aquiliana sembra più appropriato l' utilizzo di altra terminologia: tra le condizioni di nascita della responsabilità civile deve, infatti, annoverarsi il *danno c.d. evento*, ovvero sia il danno correlato alla lesione di una posizione giuridica in sé e per sé sola considerata; accertato l' *an* della responsabilità, il termine danno verrà utilizzato, invece, per tracciare limiti e confini dell' obbligo risarcitorio sicché esso indicherà (non solo il danno evento ma anche) il *danno c.d. conseguenza*, quest' ultimo inteso quale pregiudizio arrecato al complesso degli interessi e delle situazioni soggettive facenti capo al danneggiato¹²³.

La distinzione, ignorata o, comunque, non recepita da parte della dottrina, trova precisa eco, in materia di responsabilità extracontrattuale, nell' articolo 2043 cod. civ.: al duplice utilizzo del termine *danno* corrisponde, infatti, una sua duplice significazione, quale elemento costitutivo della fattispecie e quale contenuto dell' obbligazione risarcitoria¹²⁴.

a che vedere con la sussistenza di un danno ingiusto ma designa esclusivamente un problema di estensione di una responsabilità già accertata (e si pensi allora che nell' incidente lo sfortunato studente abbia visto innanzitutto compromessa la propria integrità psico-fisica).

¹²³ Sulla distinzione tra danno evento e danno conseguenza è fondamentale la trattazione di G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 405. Per alcune indicazioni vedi Corte Costituzionale 27 ottobre 1994 n. 372 e, di recente, A. CES., *Alla riscoperta del danno evento*, in *Resp. civ.*, 2006, 57-58

¹²⁴ Va, tuttavia, attentamente considerato che danno evento e danno conseguenza non sono tali in virtù di loro pretese caratteristiche estrinseche o naturali. Le nozioni in parola rappresentano, piuttosto, concetti o costruzioni mentali (e, dunque, artificiali) di cui l' intelletto si serve per isolare e unificare eventi naturalistici in vista di uno specifico e ben determinato interesse. Va da sé, allora, che la bontà della distinzione proposta non va certo ricercata nella sua corrispondenza a dati empirici o di fatto quanto, piuttosto, nella sua idoneità a soddisfare l' interesse in vista del quale si è ritenuto opportuno costruirla.

L'importanza della distinzione può cogliersi agevolmente riflettendo sulle condizioni di rilevanza (e, quindi, di risarcibilità) che presiedono danno evento e danno conseguenza.

Le condizioni di rilevanza del danno evento coincidono, infatti, con le condizioni che determinano l'insorgere dell'obbligo risarcitorio.

Per contro, le condizioni di rilevanza del danno conseguenza concernono non già la nascita bensì il contenuto e l'estensione della responsabilità e, dunque, il contenuto e l'estensione del risarcimento. Ne consegue che, una volta accertata la ricorrenza di tutti i requisiti previsti dall'articolo 2043 cod. civ. per la rilevanza del danno evento (ingiustizia, dolo o colpa, nesso causale tra condotta ed evento), la risarcibilità del danno conseguenza sarà affidata esclusivamente ai criteri previsti dagli articoli 2056 e seguenti senza che possa darsi spazio ad un autonomo ed ulteriore giudizio né circa la colpa del danneggiante¹²⁵ né circa l'ingiustizia del danno lamentato¹²⁶.

Una tale confusione concettuale fra *an* e *quantum* della responsabilità non sembra, invece, trovare riscontro nelle riflessioni del *Barcellona*, che, distinti preliminarmente i due piani d'indagine, ritiene invece di ravvisare lo *specificum* della costruzione della *chance* nella sua idoneità a sostanziare il requisito dell'*iniuria* e, quindi, a fondare la nascita della responsabilità e del diritto al risarcimento. Ciò nonostante, resta dubbio che la strutturazione della *chance* quale categoria autonoma del discorso giuridico implichi necessariamente la sua disamina sotto il profilo dell'ingiustizia. Si oppongono ad una tale conclusione alcune osservazioni di ordine generale ed almeno due notazioni di carattere specifico, legate alle esemplificazioni proposte.

Anzitutto, una tale impostazione del problema finisce per privare la figura della *chance* di qualsiasi interesse scientifico.

Ed infatti, i problemi legati alla qualificazione giuridica della *chance* ed alla sua tutelabilità in sede aquiliana si sovrappongono, fino a confondersi, con i problemi interpretativi connessi alla nozione di danno ingiusto: l'interrogativo circa la risarcibilità del danno da *chance* perduta risulta, quindi, spogliato di ogni

¹²⁵ Sicché, pur essendo l'illecito colposo, il danno conseguenza rileverà anche se imprevedibile.

¹²⁶ Ed allora, come danno conseguenza potranno rilevare anche aspettative di mero fatto, ossia aspettative il cui soddisfacimento non è garantito.

profilo di specificità e la stessa figura della *chance* vede fortemente compromessa la propria autonomia concettuale. Non a caso, superata la lettura tradizionale dell'articolo 2043 cod. civ., le tesi elaborate per giustificare la collocazione sistematica della *chance* tra le posizioni ricollegabili, più o meno forzatamente, al diritto soggettivo hanno progressivamente perso vigore e *appeal*: estesa la nozione di danno ingiusto fino a ricomprendervi ogni lesione inferta a un interesse giuridicamente rilevante, nessun ostacolo si è più frapposto alla tutelabilità aquiliana della *chance*.

D'altro canto, assorbita la figura *de qua* nel requisito dell'ingiustizia del danno, si finisce per negarle a priori qualsiasi valenza autonoma nel diverso settore della responsabilità contrattuale - indicato dalla prassi applicativa quale terreno d'elezione del danno da occasioni mancate - ove la nascita della responsabilità è per definizione collegata all'inadempimento dell'obbligazione ovvero alla lesione di un interesse giuridicamente rilevante sotto forma del diritto di credito.

Queste poche notazioni di carattere generale consentono, dunque, di dissentire dalla tesi che subordina l'autonoma rilevanza giuridica della *chance* alla sua utilizzabilità in seno al giudizio di ingiustizia del danno.

Ma vi è di più. Invero, non poche perplessità suscita anche l'individuazione delle fattispecie e delle classi di ipotesi in cui la figura della *chance* rilevarebbe quale *bene delle vita* leso dalla condotta colpevole altrui. Può senz'altro essere utile richiamare alla mente le ipotesi in cui, secondo l'*Autore*, dovrebbe darsi rilievo alla figura della *chance* allo scopo di valutare la configurabilità di un danno ingiusto.

Il riferimento (come si è visto) è principalmente ai procedimenti giudiziari ed amministrativi: in tali ambiti, la nascita delle responsabilità civili implicherebbe sempre la necessità di giustificare la "soggettivizzazione della tutela normativa" attraverso l'individuazione di un *quid* giuridico autonomo (la *chance*, appunto) la cui lesione possa abilitare il danneggiato all'azione risarcitoria.

Il *Barcellona*, quindi, finisce per limitare la rilevanza della *chance* (del danno da perdita di) quale forma *sui generis* di danno ingiusto, a fattispecie del

tutto peculiari che solo difficilmente potrebbero farsi rientrare nel paradigma applicativo dell' articolo 2043 cod. civ.. Le ipotesi esaminate e nelle quali si ravvisa quella che l' *Autore* sinteticamente definisce come “*irrisolubile incertezza empirica*” possono, infatti, essere annoverate tra gli illeciti di mera condotta, ove ad apparire incerta è la stessa configurabilità di un illecito nel senso codicistico del termine.

L' assunto può essere chiarito partendo proprio da un' esemplificazione: si faccia il caso di una procedura selettiva indetta dalla Pubblica Amministrazione (ad esempio, un gara d' appalto o altro concorso pubblico) il cui svolgimento sia stato viziato da anomalie e scorrettezze in misura tale da inficiarne irrimediabilmente la regolarità. Così costruita l' ipotesi, è legittimo domandarsi se l' aspirante integerrimo abbia, per ciò solo, diritto al risarcimento del danno e possa quanto meno ottenere il rimborso delle spese sostenute per vitto e alloggio nella sede di svolgimento della selezione.

È di tutta evidenza come nel caso appena formulato la domanda di riparazione abbia ad oggetto un danno patrimoniale, per così dire, tradizionale, che nulla ha a che vedere con il danno da occasione mancata. La scelta, tuttavia, non è casuale: sgombrato (almeno per il momento) il campo dalle problematiche che ineriscono alla figura della *chance* può risultare più semplice verificare come ad essere dubbia negli illeciti di condotta sia la stessa sussumibilità della fattispecie all' interno dello schema operativo fissato dal legislatore all' articolo 2043 cod. civ..

Gli illeciti di mera condotta, fra cui è certamente possibile annoverare il recesso ingiustificato dalle trattative (articolo 1337 cod. civ.), gli atti emulativi (articolo 833 cod. civ.) ovvero ancora la responsabilità fissata dall' articolo 96 del Codice di rito, presentano, infatti, una struttura profondamente diversa da quella attorno a cui risultano organizzati i tradizionali illeciti di evento: invero, i requisiti dell' ingiustizia del danno e del criterio di imputazione della responsabilità perdono, in questa sede, quell' autonomia (concettuale e di accertamento) di cui essi godono nel sistema della responsabilità aquiliana.

Così, ad esempio, ove *Tizio* distrugga un bene di *Caio*, nessuno potrebbe negare l' esistenza di un danno ingiusto e tuttavia questo non giustificerebbe

ancora la nascita di un diritto al risarcimento, essendo necessario, invece, accertare l' esistenza in capo a *Tizio* del criterio di imputazione della responsabilità. Per contro, il recesso dalle trattative intraprese è di per sé esercizio del diritto alla libertà negoziale ed è quindi un fatto che, in sé e per sé solo considerato, è produttivo di un danno non etichettabile come ingiusto. Il danno diverrà tale, con conseguente ingresso del diritto al risarcimento, soltanto ove il recesso si configuri come condotta contraria al dovere di buona fede.

Allo stesso modo, può pensarsi all' articolo 96 c.p.c. secondo cui “*se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice ... la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni ...*”. Com' è noto, la succitata previsione normativa codifica all' interno del Codice di rito un illecito di condotta fondato sul comportamento processuale delle parti: l' agire e il contraddire costituiscono, invero, attività senz' altro legittime, espressioni del diritto costituzionalmente garantito alla difesa (articolo 24 Cost.) sicché il danno che da tali attività discenda non può in alcun modo considerarsi ingiusto; il pregiudizio subito si colorerà, invece, dei toni dell' ingiustizia ogni qual volta l' agire o il contraddire si configurino come condotte contrarie a buona fede o dipendenti da colpa grave. In altri termini, perché il danno possa considerarsi ingiusto e, dunque, risultare risarcibile sarà necessario che esso sia ulteriormente aggettivato dalla sussistenza del criterio di imputazione della responsabilità.

Per contro negli illeciti di evento, cui, soli, si riferisce l' articolo 2043 cod. civ., il danno sarà ingiusto a prescindere da ogni considerazione sulla sua imputabilità all' agente: mancato il criterio di imputazione, il danno continuerà a qualificarsi come ingiusto ma, per ciò solo, non sarà fonte di responsabilità.

La peculiare struttura degli illeciti di condotta suggerisce dunque l' opportunità di espungere queste fattispecie dal campo applicativo dell' articolo 2043 cod. civ.; non sarebbe, allora, casuale la scelta del legislatore italiano di dedicare a questo tipo di illeciti norme specifiche e puntuali¹²⁷.

¹²⁷ Sui rapporti tra perdita di una *chance* e illeciti di condotta, si veda la parte conclusiva del presente lavoro.

A questa prima osservazione se ne può poi aggiungere una seconda circa il merito delle ipotesi, enucleate dall' *Autore*, di possibile rilevanza della *chance* quale oggetto precipuo del giudizio di ingiustizia.

Si immagini, quindi, un concorso pubblico (ad esempio, una gara d' appalto) il cui bando rimetta alla discrezionalità *c.d.* pura dell' Amministrazione la scelta dell' impresa aggiudicataria. Ritenere, in caso di indebita esclusione ovvero di illegittima aggiudicazione del contratto, l' impresa esclusa o posposta legittimata ad agire *ex* articolo 2043 cod. civ. per la tutela della propria *chance* di vittoria, significherebbe:

a) attribuire all' impresa attrice, oltre al rimborso delle spese e degli oneri sostenuti, una quota parte dell' utile complessivamente traibile dall' esecuzione dell' appalto bandito;

b) riconoscere, sotto forma di risarcimento della *chance*, e seppur solo parzialmente, l' utilità assicurata dall' aggiudicazione della gara e dalla stipula del contratto e, dunque, estendere e dilatare la sfera giuridica persistente dell' impresa esclusa o non assegnataria.

E tuttavia, così opinando, lo strumento della responsabilità *ex delicto* finirebbe per essere piegato a scopi del tutto estranei alla propria tradizionale funzione conservativa di una sfera giuridica preesistente.

Come è noto, alla tutela offerta dall' articolo 2043 cod. civ. spetta il compito di sanzionare l' inosservanza del principio generale del *c.d. neminem laedere* e, dunque, la lesione di un interesse giuridicamente rilevante in via generale nella vita di relazione.

Pertanto, diversamente dalla materia contrattuale in cui la responsabilità deriva dall' inosservanza e dalla disfuzione di un vincolo cooperativo cercato e voluto da entrambe le parti allo scopo di potenziare ed espandere ciascuno la propria sfera giuridica, la tutela aquiliana si correla a pretese di tipo (non già acquisitivo, bensì) meramente conservativo: la responsabilità extracontrattuale (anche detta "del passante") trae, quindi, origine dalla mera invasione della sfera giuridica altrui ed è pertanto finalizzata a preservare e garantire l' integrità delle posizioni giuridiche facenti capo a qualsiasi terzo¹²⁸.

¹²⁸ L' indicazione è tratta da A. BELFIORE, *Materiali del corso di Diritto Civile*, 2011-2012, 211.

Per contro, ove nelle classi di ipotesi evocate dal *Barcellona* si desse ingresso alla tutela aquiliana, costruendo a tal fine il danno ingiusto come perdita di una *chance*, si finirebbe per tutelare pretese di tipo acquisitivo, estranee alla struttura e alla funzione della responsabilità extracontrattuale.

Questa incompatibilità tra la funzione espletata dalla responsabilità nelle ipotesi esemplificate dal *Barcellona* e la generale funzione conservativa propria della responsabilità aquiliana suggerisce, quindi, l'opportunità di ripensare nei casi esaminati la fonte della responsabilità della Pubblica Amministrazione e la sua natura giuridica.

Capitolo III

IL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE* E LA RISCrittURA DELLE REGOLE CAUSALI

SOMMARIO: 1. Danno da perdita di *chances*: prospettive a confronto. - 1.1. Segue: *chance* e danno ingiusto. - 1.2. Segue: la *chance* come autonomo bene giuridico. - 2. Valutazione equitativa del danno e problemi di causalità. - 3. La figura della *chance* e la riscrittura delle regole causali. - 4. Il danno da perdita di *chances*: ragioni di forza e limiti di impiego.

1. *Danno da perdita di chances: prospettive a confronto*. Fin qui l'analisi della figura della *chance* è stata condotta avendo riguardo principalmente alle costruzioni della giurisprudenza ed alle riflessioni sviluppate sul tema dalla dottrina. Si sono, quindi, esaminate le pratiche giurisprudenziali ed i contributi scientifici più interessanti allo scopo di fornire una panoramica quanto più ricca e completa delle idee che circolano attualmente sull'argomento.

Si tratta adesso di raccogliere le fila (ingarbugliate) del nostro discorso.

Abbiamo già avuto modo di rilevare come la figura della *chance* sia stata talvolta indagata sotto la lente dell'ingiustizia del danno: si è dunque tentato di istaurare una correlazione specifica tra il danno da occasioni mancate ed uno dei requisiti di nascita della responsabilità aquiliana. All'opposto, si è osservato come la giurisprudenza senza dubbio prevalente presenti la categoria della *chance* come mera tecnica di quantificazione del danno, in sé inadatta a introdurre cesure o discontinuità nell'ordinamento.

È necessario, allora domandarsi:

a) se la prospettiva che valorizza la *chance* in sede di giudizio di ingiustizia sia o meno da accogliere;

b) se, al contrario, possa darsi credito alla prospettiva giurisprudenziale che vede nella perdita di *chances* un'ordinaria ipotesi di danno emergente e nella possibilità di lucro, in sé e per sé sola considerata, un'entità patrimoniale suscettibile di autonoma valutazione in sede di risarcimento;

c) se, esclusa la bontà di entrambe le opzioni succitate, esistano comunque buone ragioni per dare spazio nel nostro sistema alla figura del danno da occasioni mancate.

1.1. *Segue: chance e danno ingiusto.* La lettura della *chance* alla luce della categoria del danno ingiusto non può, a mio avviso, essere condivisa, scontando difficoltà pressoché insormontabili.

Quanti ritengono la figura in esame espressione di un problema di ingiustizia del danno sembrano infatti ignorare (o, comunque, non mettere adeguatamente all'opera) la distinzione fondamentale che corre tra condizioni di nascita della responsabilità e contenuto ed estensione dell'obbligo risarcitorio.

Ancora. La sovrapposizione tra *chance* e danno ingiusto non trova conforto alcuno nelle pratiche giurisprudenziali, ove, al di là delle formule adoperate, la figura della *chance* non è mai costruita ai fini dell'ingiustizia; né il collegamento così istaurato è in grado di dare ragione delle formule e delle declamazioni che pure si rinvergono nelle sentenze. Nelle pronunce dei nostri giudici, infatti, la categoria del danno da occasioni perdute risponde a problemi, estranei all'ingiustizia, che afferiscono invece al diverso tema della *c.d.* causalità giuridica e, dunque, alle problematiche connesse all'estensione di una responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) già accertata. Tramite la *chance* e la sua costruzione come danno emergente si è invero tentato di sopperire alla mancanza di un collegamento causale certo tra il fatto fonte di responsabilità e la perdita di un risultato utile. Salvo valutare fra non molto la divisibilità o meno di questo tipo di operazione, è però certo che la categoria della *chance*, nella lettura della giurisprudenza, rimanga muta rispetto all'interrogativo circa l'esistenza di un danno ingiusto.

Infine, ancorata alla categoria dell'ingiustizia, la figura della *chance* viene di fatto privata di ogni profilo di specificità e di qualsiasi interesse scientifico ed operativo: se la *chance* evoca davvero un problema di ingiustizia del danno, è alle difficoltà connesse alla ricostruzione del contenuto e dei confini di questa nozione che occorrerà più che altro porre mente¹²⁹.

Non manca certo chi si mostra consapevole della necessità di distinguere i due momenti in cui si snoda l'accertamento della responsabilità e, ciononostante, ritiene comunque di dover istaurare una correlazione specifica tra *chance* e danno ingiusto: il collegamento, tuttavia, non mi pare necessitato e le ragioni offerte mi

¹²⁹ Alle valutazioni critiche qui brevemente richiamate sono dedicate le pagine 103 e ss. del presente elaborato, cui si rinvia.

sembrano in ogni caso poco convincenti. Ed infatti, sia che si utilizzi la categoria della *chance*, l' accattivante dizione dei conflitti modali o la più tradizionale formula degli illeciti di condotta, resta evidente come la figura di illecito così costruita presenti un profilo strutturale del tutto *sui generis*, tale da rendere discutibile il suo inquadramento nella fattispecie disciplinata dall' articolo 2043 del Codice.

Rispetto a queste classi di illecito, dunque, ciò che rileva non è l' idoneità della perdita di *chances* ad assurgere a *damnum iniuria datum*; piuttosto l' attenzione dell' interprete e la sua indagine dovrebbero appuntarsi sui caratteri e sulle funzioni degli illeciti di condotta sì da comprendere se esista, oppure no, nel nostro ordinamento un principio di tipicità degli illeciti modali normativamente previsti e quale sia l' eventuale forza espansiva delle norme che quelle ipotesi prevedono e regolamentano. Ma si tratta di tematiche che esulano dall' oggetto del nostro studio e che non possono qui essere adeguatamente affrontate.

1.2. *Segue: la chance come autonomo bene giuridico.* Esclusa l' opportunità di collegare la figura della *chance* al requisito dell' ingiustizia previsto dall' articolo 2043 cod. civ., occorre chiedersi se il danno da occasioni mancate possa davvero considerarsi mera tecnica di quantificazione del danno emergente.

Nella prospettiva coltivata dalla giurisprudenza la rilevanza in sede risarcitoria delle opportunità perdute si fonda a ben vedere sulla possibilità di qualificare la *chance* come entità patrimoniale, economicamente e giuridicamente autonoma. Si tratta adesso di verificare se questo tipo di indicazione possa dirsi realmente meritevole di seguito.

In limine, si impongono alcune notazioni preliminari.

La nozione di patrimonialità rilevante per l' ordinamento può trarsi in via generale dall' articolo 1174 del Codice Civile che, sotto la rubrica "*carattere patrimoniale della prestazione*", prescrive che l' oggetto del vincolo obbligatorio sia suscettibile di valutazione economica. Il confronto tra la rubrica ed il disposto normativo mostra, dunque, con chiarezza come i compilatori del Codice abbiano ritenuto le espressioni "*patrimoniale*" e "*suscettibile di valutazione economica*"

fra loro equipollenti ed abbiano, quindi, considerato patrimoniale la prestazione che possa essere espressa o tradotta in una somma denaro¹³⁰.

Nel momento in cui richiede che l' oggetto dell' *obligatio* sia valutabile economicamente, il legislatore tralascia, però, di indicare quando, in concreto, una tale condizione possa dirsi integrata. La determinazione di ciò che *concretamente* ha carattere patrimoniale non può dunque che essere rimessa al mercato, quale sistema generalizzato di soddisfazione dei bisogni individuali mediante lo scambio.

Da questo punto di vista, quindi, l' articolo 1174 cod. civ. opera una sorta di *rinvio mobile* al mercato, consentendo di raccordare il diritto delle obbligazioni (e la relativa disciplina) alla realtà dei rapporti di scambio¹³¹: tanto più numerosi saranno i campi dell' esistenza umana assoggettati alla legge della domanda e dell' offerta (e, dunque, monetizzabili) tanto più vasta risulterà la nozione di patrimonialità rilevante per l' ordinamento.

Il giudizio sulla patrimonialità della prestazione è quindi destinato a variare in ragione delle trasformazioni che investono la società. Emblematica, da questo punto di vista, la vicenda di talune professioni liberali la cui esplicazione, in passato, era considerata insuscettibile di valutazione economica¹³².

La prestazione dedotta può, anzitutto, considerarsi patrimoniale ogni qual volta essa presenti un valore di scambio obiettivamente accertabile (*c.d.* patrimonialità in senso oggettivo). L' esistenza di un mercato di riferimento può quindi considerarsi indice sicuro del carattere patrimoniale della prestazione: invero, la circostanza che in un dato contesto giuridico-sociale i consociati sarebbero disposti ad un sacrificio economico per godere i vantaggi di una data prestazione (senza con ciò offendere i principi della morale o del costume sociale)

¹³⁰ Così G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell' art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 228.

¹³¹ In questi termini, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. GALGANO, Libro IV – Delle obbligazioni, 1988, 89 e ss..

¹³² L' indicazione si rinviene in G. CIAN, *Interesse del creditore ...*, cit., 243, che a conforto dell' esemplificazione suggerita cita C. AUBRY e C. RAU, *Droit civil français*, IV, Parigi, 1942, § 344, 456.

consente di discorrere, con una certa sicurezza, di patrimonialità dell' oggetto dell' obbligazione¹³³.

Pur in assenza di un valore di mercato, la prestazione può comunque considerarsi suscettiva di valutazione economica quando sia tale nella considerazione fattane dalle parti del rapporto obbligatorio (*c.d.* patrimonialità in senso soggettivo¹³⁴).

Perché, dunque, la prestazione, priva in sé di valore economico, possa comunque considerarsi patrimoniale, seppur in senso solo *pattizio*¹³⁵, è sufficiente che ad essa le parti abbiano convenzionalmente attribuito un *prezzo* (o altro corrispettivo suscettibile di valutazione economica) ovvero che abbiano previamente fissato in denaro l' ammontare del danno da risarcire in caso di inadempimento, tramite l' inserzione di una clausola penale. Così facendo, le parti mostrano, infatti, di assegnare rilevanza patrimoniale (e valore di scambio) a beni o utilità che *ex se* ne risulterebbero privi: in qualche modo, quindi, si potrebbe dire che creditore e debitore (nei limiti in cui ciò sia consentito dall' ordinamento)

¹³³ Il mercato è, infatti, “*la sede di misurazione del valore economico*” dei beni per C. SALVI, *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 286. L' esistenza di un mercato è indice sicuro di patrimonialità per F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, Napoli, 564, e A. DI MAJO, *Delle obbligazioni ...*, cit., 253.

¹³⁴ La tesi di una patrimonialità sia oggettiva che soggettiva è accolta da una parte della dottrina: così, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni ...*, cit., 257 e 261; G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all' attività di culto e di assistenza spirituale svolta dal religioso per contratto in casa di cura privata*, in *Quadr.*, 1986, 176; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1960, 485. Escludono, invece, possa darsi spazio nel giudizio di patrimonialità della prestazione alla volontà dei contraenti, M. GIORGIANNI, *L' obbligazione*, Milano, 1968, 29; G. B. FERRI, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazione di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 338 e F. GAZZONI, *Manuale ...*, cit., 564. Interpreta il richiamo alla patrimonialità di cui all' art. 1174 del Codice in senso sia oggettivo che soggettivo, la prevalente giurisprudenza. Così, *Cass. 10 aprile 1964 n. 835* (pubblicata in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 333) per il caso di contratto di lavoro domestico, il cui corrispettivo era stato fissato dalle parti nel diritto al mantenimento e nella promessa dei datori di lavoro di adottare la dipendente e di istituirla loro erede: invero, secondo i giudici della Suprema Corte “*le prestazioni non aventi di per sé carattere economico acquistano tale carattere ogni qual volta siano dedotte in contratto quale corrispettivo di prestazioni con contenuto patrimoniale. In tali casi, infatti, la possibilità di valutazione economica della prestazione di per sé non patrimoniale, è data dalla controprestazione, di carattere patrimoniale, per essa convenuta, in quanto convenendo tale controprestazione, le parti hanno dimostrato di attribuire all' altra un valore economico equivalente*”. Ancora, *Cass. 20 ottobre 1984 n. 5324* (pubblicata in *Quadr.*, 1986, 176) che ha riconosciuto contenuto patrimoniale all' impegno assunto da un cappellano di espletare funzioni religiose presso una clinica privata, e *Cass. 10 febbraio 1961 n. 265* (pubblicata in *Giust. civ.*, 1961, I, 585), in relazione all' obbligo assunto da un' impresa, a fronte di un cospicuo finanziamento pubblico per la costruzione di una fabbrica, di impiegarvi il *novanta per cento* di mano d' opera locale.

¹³⁵ Di patrimonialità pattizia discorre A. DI MAJO, *Delle obbligazioni ...*, cit., 261.

creano per quei beni o per quelle utilità un *micro-mercato*: l' accordo pattizio sopperisce alla mancanza di una prassi generalizzata di scambio.

L' opportunità di dare ingresso a questa nozione allargata di patrimonialità trova conferma nelle parole della Relazione al Re (n. 557): “*la possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceve di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale*”.

Ciò posto, deve chiedersi se la *chance* possa davvero considerarsi entità patrimoniale giuridicamente autonoma.

In questa sede non sembra opportuno procedere alla costruzione di una teoria generale del bene giuridico: una riflessione di questo tipo ci condurrebbe, infatti, ben lontano dall' interrogativo di partenza (la *chance* è davvero un' entità dotata di autonomia economica e giuridica?) ed allargherebbe eccessivamente il tema di indagine, imponendo la ricognizione dei rapporti di osmosi e scambio tra l' ordinamento giuridico e la complessiva realtà socio-economica.

Un dato, tuttavia, mi sembra di particolare rilievo: un bene può essere considerato tale dall' ordinamento soltanto se giuridicamente garantito mediante il riconoscimento al suo titolare “*di un particolare mezzo o strumento di garanzia*”, di “*una così detta situazione soggettiva, che assume assai spesso le caratteristiche del diritto soggettivo*¹³⁶”. La giuridicizzazione è certa quando esiste un mercato di riferimento: in tal caso, infatti, la sussistenza di una prassi generalizzata di scambio consente di assegnare un obiettivo valore economico alla *res* e di considerarla astrattamente suscettibile di essere oggetto di diritti soggettivi. Anche in assenza di un valore di mercato, può tuttavia aversi giuridicizzazione mediante deduzione in contratto: la valutazione del mercato è in tal caso sostituita dall' accordo dei privati che, assegnando alla *res* un prezzo, la rendono oggetto del rapporto obbligatorio.

Guardiamo adesso alla figura della *chance*. Non sembra inutile richiamare alla mente alcune delle ipotesi più frequenti elaborate dalla giurisprudenza: si pensi, allora, alla possibilità di guarire o di sopravvivere ad una malattia

¹³⁶ Così, S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, 17.

potenzialmente letale ovvero alla *chance* di essere assunti da un' azienda o di ottenere la promozione tanto agognata.

Se si parte dall' analisi del dato concreto e, quindi, dal contenuto volta per volta assegnato alla figura della *chance* nella prassi, risulta *ictu oculi* evidente l' infondatezza della prospettiva giurisprudenziale che equipara la mera possibilità ad un bene giuridico in senso proprio, di cui il titolare possa, in astratto, godere e disporre: in che senso, infatti, potrebbe sensatamente discorrersi della *chance* di essere assunti come bene giuridicamente tutelato? Come sarebbe possibile ravvisarvi un interesse in atto garantito dall' ordinamento che possa, ad esempio, essere ceduto o alienato a terzi?

E lo stesso discorso potrebbe facilmente ripetersi circa l' altra ipotesi citata: non esiste, certo, un mercato delle possibilità di guarigione o sopravvivenza né chi vanti una tale *chance* potrebbe decidere di privarsene dietro compenso, cedendola a terzi.

Rispetto alle *chances* sopra richiamate deve, quindi, escludersi l' esistenza di un mercato di riferimento: siamo, infatti, nell' ambito di interessi che hanno a che fare specificamente con il modo d' essere della persona e per i quali, dunque, non è immaginabile una prassi generalizzata di scambio. Ma deve altresì negarsi ai soggetti che vantino la *chance* (di guarire o di sopravvivere, di ottenere un lavoro o una promozione) la possibilità di disporne mediante contratto.

Certo, è possibile formulare classi d' ipotesi in cui alla *chance* sembra potersi riconoscere autonomia (giuridica o soltanto patrimoniale) e, tuttavia, in fattispecie di questo tipo nessuno spazio residua per la peculiare figura di *chance* elaborata dalla prevalente giurisprudenza.

L' assunto può essere chiarito dalla seguente esemplificazione. *Tizio*, allevatore di cavalli da corsa, iscrive il purosangue *Ribot* alla gara dell' Arco di Trionfo; alla vigilia della competizione parigina i *bookmakers* quotano la vittoria dell' animale al 25%. Immaginiamo adesso che il cavallo si ammali per colpa di *Caio* e guarisca solo dopo che la prestigiosa corsa si è ormai disputata. Seguendo le indicazioni della giurisprudenza dovremmo concludere per la sussistenza di un danno emergente, *sub specie* di perdita di *chances*: il proprietario del cavallo ha, infatti, perduto la possibilità di vedere *Ribot* vincitore, possibilità che si vorrebbe

dotata di autonomia economica e giuridica e, come tale, risarcibile. Così, ipotizzando per il vincitore della competizione l' esistenza di un premio in denaro di cinquecentomila euro, il proprietario di *Ribot* avrebbe diritto al 25% di una tale somma.

E tuttavia, la *chance* di cui lo sfortunato proprietario lamenta la perdita può assumere realmente autonomo rilievo in sede risarcitoria solo in due evenienze ben precise.

Anzitutto, ove il proprietario dell' animale riesca a provare in giudizio l' esistenza di un preliminare di contratto aleatorio in forza del quale il proprietario di *Ribot* avrebbe ricevuto una certa somma di denaro e controparte, in caso di vittoria del cavallo, si sarebbe visto attribuire vuoi il **diritto alla riscossione del premio** vuoi il **diritto a ricevere una somma corrispondente all' aumento del valore di mercato** di *Ribot*.

In secondo luogo, ove il proprietario dimostri nel corso del processo l' esistenza di un contratto preliminare per il **trasferimento tout court della proprietà** del purosangue, risultando la determinazione del corrispettivo fortemente influenzata dal valore di mercato del cavallo e da tutte le variabili che concorrono a determinarlo (*pedigree*, razza, struttura, età, salute ma anche carriera agonistica dell' animale e *chances* di vittoria).

Nel primo caso - preliminare di contratto aleatorio avente a oggetto i guadagni connessi alla vittoria del cavallo - la *chance* si presenta effettivamente come entità autonoma dotata di una propria rilevanza **economica e giuridica**; nel secondo, invece, la *chance* godrà **soltanto di rilevanza economica**, quale elemento idoneo a determinare, in concorso con altri, il prezzo di mercato di una (diversa e distinta) entità dotata di autonomia giuridica (il bene-cavallo).

Quello appena tratteggiato è evidentemente un caso di scuola che tuttavia consente di verificare in maniera agevole l' infondatezza della prospettiva giurisprudenziale. Le limitate fattispecie in cui la *chance* può realmente considerarsi entità autonoma dotata di rilevanza (economica o anche giuridica) finiscono, difatti, per smentire la costruzione del danno da occasioni perdute cavalcata dalla giurisprudenza. Invero, l' ammontare del risarcimento dovuto, negli esempi fatti, prescinde del tutto dall' individuazione del grado di probabilità

di avveramento del risultato sperato: non si discorre, quindi, di consistenza statistica della *chance*, di soglie percentuali o di coefficienti di riduzione della riparazione disposta. Alle ipotesi in parola non si applicherà quindi la precisa regola operativa confezionata dalla nostra giurisprudenza in tema di danno da occasioni mancate.

In particolare, dimostrata l' esistenza di un contratto preliminare per la vendita a terzi di *Ribot* prima della gara non disputata, il *quantum* del risarcimento dovuto al proprietario dovrebbe essere almeno pari alla differenza tra il prezzo pattuito in sede di trattative e l' attuale valore di mercato di *Ribot*. Questo *minus*-valore indicherà, infatti, il peso attribuito dal mercato alle *chances* di vittoria nella determinazione del prezzo complessivo del cavallo.

Similmente, data prova dell' esistenza di un preliminare di contratto aleatorio avente ad oggetto la cessione dei guadagni connessi alla vittoria di *Ribot*, la determinazione del risarcimento da corrispondere dovrebbe parametrarsi al corrispettivo pattuito in sede di contratto preliminare: il prezzo fissato dai contraenti rappresenta, infatti, la somma che il proprietario del cavallo avrebbe accettato per la cessione delle possibilità di vittoria del purosangue e, conseguentemente, rappresenta il valore da questi attribuito alle suddette *chances*.

2. *Valutazione equitativa del danno e problemi di causalità*. Respinto l' assunto che vuole la *chance* autonomo bene giuridico, risulta evidente l' infondatezza della tesi che configura la perdita di un' occasione come ordinaria ipotesi di danno emergente e che, quindi, finisce per approcciarsi alla *chance* come ad una tecnica di quantificazione del danno. Appare, altresì, chiara la natura di mero *escamotage* della figura, la cui funzione precipua si risolve nel consentire al giudice di attribuire rilevanza in sede risarcitoria ad un pregiudizio (se si vuole, ad un lucro cessante) di cui rimane incerta e irrimediabilmente indimostrata la derivazione causale dalla condotta fonte di responsabilità.

La figura della *chance* si appalesa, quindi, a ben vedere come una vera e propria riscrittura delle regole consegnateci dalla tradizione circa l' accertamento e la ricostruzione del nesso causale.

Esclusa ogni sequela al tipo di operazione messa in campo dalla giurisprudenza, si tratta allora di appurare se l' assenza di un danno certo o, *rectius*, di un danno causalmente riconducibile in termini di certezza all' altrui condotta illecita possa dirsi in assoluto ostativa al riconoscimento della tutela risarcitoria. Passaggio obbligato della nostra indagine, la ricognizione dell' ordinamento positivo allo scopo di verificare se esistano norme che disciplinino in via puntuale e diretta il tipo di problema testé individuato.

La mente corre subito all' articolo 1226 del nostro Codice¹³⁷ che, come è noto, attribuisce al giudice, sia in ambito contrattuale che in sede aquiliana (giusto il rinvio dell' articolo 2056.1 cod. civ.), il potere di liquidare equitativamente il danno ogni qualvolta risulti impossibile per la parte provarne in giudizio l' ammontare. È necessario, quindi, chiedersi quale sia il campo di applicazione della norma e se questa disposizione possa essere utilmente impiegata per fondare *direttamente* la figura della *chance*¹³⁸.

L' interpretazione tradizionale dell' articolo 1226 cod. civ. collega l' intervento equitativo del giudice alla ricorrenza di tre diversi presupposti: la dimostrazione dell' esistenza di un pregiudizio da risarcire, l' impossibilità della prova, l' appuntarsi di una tale impossibilità sul profilo specifico dell' ammontare del danno. In presenza di tutte e tre queste condizioni, l' ordinamento consente,

¹³⁷ Per una bibliografia essenziale vedi: *Codice civile commentato* a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, 2009, 240; *Commentario al Codice civile* a cura di P. CENDON, Milano 2009, 1005; V. CARBONE, *La giurisprudenza sul Codice civile*, a cura di C. RUPERTO, Milano 2009, 152; C. M. BIANCA, *Commentario al Codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, 1970, 320; M. FRANZONI, in Trattato della responsabilità civile, Il danno risarcibile, 2010, 176; G. VISINTINI, *La valutazione equitativa del danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, Il risarcimento del danno contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, 2009, 449; G. GRISI, *La valutazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, 2029. Per un' indicazione di massima circa i possibili impieghi dell' articolo 1226 rispetto alla quantificazione del danno patrimoniale, M. BONA, *Quantum del danno patrimoniale e liquidazione equitativa*, in *Danno e resp.*, 11, 2006, 1073.

¹³⁸ Si impone una notazione preliminare. Al fine di ricostruire contenuto precettivo ed estensione della norma è necessario che l' indagine sul significato proprio delle parole si combini e si completi con l' esame dei problemi (o delle classi di problemi) la cui risoluzione è affidata dal legislatore all' articolo 1226 cod. civ.. In tale prospettiva, risultano, quindi, largamente inutilizzabili gran parte delle elaborazioni scientifiche in materia di equità dove la disamina dei compiti e della specifica portata applicativa dell' articolo 1226 cod. civ. lascia il posto al tentativo di costruire un concetto unitario e metagiuridico di equità, una costante del discorso giuridico da Aristotile ad oggi, a partire da una valutazione omnicomprensiva (e talvolta, superficiale) delle singole disposizioni normative in cui l' equità è richiamata. Sul concetto di equità, si vedano comunque F. CALASSO, in *Enc. del dir.*, voce *Equità (storia)*, 65; V. FROSINI, in *Enc. del dir.*, voce *Equità (nozione)*, 69; S. ROMANO, in *Enc. del dir.*, voce *Equità (diritto privato)*, 83 e, più recentemente, G. CRISCI, *Equità*, in *Giurisdz. amm.*, 2010, IV, 237.

quindi, al giudice di determinare l' entità del risarcimento prescindendo, almeno per talune voci, da una prova precisa e puntuale circa il *quantum* del pregiudizio sofferto¹³⁹.

L' operatività della norma in commento è generalmente¹⁴⁰ subordinata alla dimostrazione della sicura esistenza di un danno da risarcire: pertanto, ove una tale prova manchi o difetti, dovrebbe necessariamente concludersi per il rigetto della domanda risarcitoria, in forza del principio *actore non probante reus absolvitur*.

Con formule, spesso tratte e raramente motivate, dottrina e giurisprudenza equiparano, poi, all' impossibilità assoluta della prova l' estrema o notevole difficoltà di dimostrare in corso di causa il *quantum* del pregiudizio da riparare: anche la prova gravemente difficoltosa legittimerebbe, quindi, al pari della prova impossibile, l' intervento giudiziale¹⁴¹. In ogni caso, l' impossibilità (sia essa assoluta oppure soltanto relativa) dovrebbe essere apprezzata dal giudice in relazione ai mezzi probatori di cui la parte dispone o di cui questa avrebbe potuto ragionevolmente disporre con l' ordinaria diligenza.

Qualche oscillazione interpretativa si registra, invece, in ordine all' inciso che apre l' articolo 1226 cod. civ. limitandone la portata applicativa alle sole

¹³⁹ In questa sede ritengo opportuno tralasciare l' esame e la trattazione di altri aspetti problematici della norma, pur indagati dalla dottrina. Mi riferisco, in particolare, ai rapporti esistenti tra art. 1226 cod. civ. e attività istruttoria di parte, da un lato, e tra art. 1226 cod. civ. e principio della domanda, dall' altro; al discrimine tra valutazione equitativa e giudizio secondo equità di cui all' art. 114 c.p.c.; al contenuto e all' estensione dell' obbligo motivazionale gravante sul giudice che proceda alla valutazione equitativa; ai poteri di controllo spettanti alla Corte di Cassazione sul giudizio *ex art.* 1226 cod. civ..

¹⁴⁰ In questo senso, pressoché tutta la dottrina; per la giurisprudenza si guardi Cass., sez. I, 15 febbraio 2008 n. 3794 (pubblicata in *Foro it.*, 11, 1, 3284), Cass., sez. I, 17 aprile 2007 n. 9144 (pubblicata in *Giur. It.*, 2007, 11, 2439) e Cass., sez. III, 12 aprile 2006 n. 8615. Ritiene possibile la prova per presunzioni dell' esistenza del danno da risarcire in via equitativa Cass., sez. lav., 2 settembre 2008 n. 22061.

¹⁴¹ Meno condivisibile, almeno nei termini in cui risulta espressa (*Commentario al Codice civile* a cura di P. CENDON, Milano, 2009, 1015), è l' idea che l' art. 1226 cod. civ. possa trovare applicazione anche quando nel processo siano stati introdotti semplici elementi probatori, insufficienti in quanto tali a fondare il libero convincimento del giudice. Piuttosto dovrà dirsi che l' intervento equitativo del giudicante, in presenza di prova piena impossibile o difficoltosa, sarà ammesso anche laddove la parte abbia comunque fornito taluni elementi probatori o indiziari (ancorché inidonei a fondare la decisione sulla prova) sicché di essi il giudice dovrà in ogni caso tener conto nell' applicazione del 1226. Non manca, infine, chi ritiene di dover estendere il campo di operatività della norma in commento alle ipotesi di prova eccessivamente onerosa: così M. FRANZONI, in *Trattato della responsabilità* ..., cit., 176. Per quanto attiene alla giurisprudenza, si leggano Cass., sez. III, 16 maggio 2006 n. 11370 (pubblicata in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2007, 2, 165), Cass., sez. II, 24 ottobre 2006 n. 22836 (pubblicata in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2007, 9, 950) e Cass., sez. II, 10 aprile 2000 n. 4487.

ipotesi in cui appaia indimostrabile l' ammontare del danno (“*se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare*”): invero, di questa parte della disposizione sono state proposte almeno due interpretazioni differenti. Secondo una prima lettura¹⁴², minoritaria in dottrina, nella determinazione del risarcimento potrebbe darsi spazio al potere equitativo del giudice soltanto in presenza di danni *inestimabili*, ovverosia di pregiudizi privi di parametri obiettivi di riferimento sulla cui base procedere alla loro monetizzazione¹⁴³. Secondo una diversa e più fortunata ricostruzione¹⁴⁴, l' articolo 1226 cod. civ. troverebbe invece applicazione non soltanto a fronte di danni inestimabili ma anche quando, pur esistendo parametri di mercato adeguati, rimanga dubbia la misura concreta del pregiudizio da risarcire¹⁴⁵ ovverosia restino indimostrate identità e qualità delle singole poste che concorrono a determinarlo.

¹⁴² È questa l' opinione espressa da F. CARNELUTTI, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1942, I, 53 secondo cui l' art. 1226 riguarda soltanto “... *la stima o valutazione del danno in denaro, cioè la determinazione della somma di denaro equivalente alla perdita o al mancato guadagno ... o meglio al bene perduto o non acquistato. ... Ora la ragione della norma, chiaramente espressa con la parola « valutazione », non sta, a mio avviso, nell' ammettere l' accertamento di un danno non provato, sibbene il risarcimento di un danno non estimabile*”. In giurisprudenza, limitano la funzione dell' apprezzamento equitativo del giudice all' integrazione dell' iter di determinazione dell' equivalente pecuniario del danno che risulti lacunoso, *Cass. 18 novembre 2002 n. 16202* e *Cass. 7 luglio 2007 n. 13288*, per le quali spetta alla parte provare non solo l' esistenza ma anche l' entità materiale del danno sofferto.

¹⁴³ Si pensi, ad esempio, ad un incendio doloso che distrugga la sacra Sindone: invero, tramite l' art. 1226 cod. civ. si darà ingresso alla costruzione fittizia di un mercato ideale di riferimento per il bene Sindone allo scopo di individuarne l' equivalente monetario da assegnare per la sua illecita distruzione.

¹⁴⁴ Così, *Cass. 11 luglio 2007 n. 15585*.

¹⁴⁵ E si pensi al caso di un artigiano che, coinvolto in un incidente automobilistico addebitabile alla condotta negligente di terzi, perda ambedue gli arti superiori e chieda, quindi, il risarcimento del danno da cessazione della propria attività lavorativa. *Borderline* è, invece, il caso deciso da *Cass. civ., sez. III, 6 marzo 1995 n. 2605*, pubblicata in *Giust. civ.*, 1995, I, 1462. Un negozio di filatelia subiva ingenti danni da allegamento a causa di talune perdite nell' impianto di scarico condominiale. Il titolare dell' esercizio commerciale conveniva in giudizio il proprietario dei locali chiedendo il risarcimento per i danni riportati dagli arredi e dai suppellettili e per la perdita del materiale filatelico custodito nel negozio; in particolare, il conduttore assumeva la perdita (fra gli altri) di rari francobolli da collezione, contenuti in un sacchetto e deteriorati a tal punto dall' acqua da renderne impossibile l' identificazione. Accertato in giudizio il contenuto del sacchetto (francobolli rari) senza, tuttavia, che fosse possibile procedere ad una loro identificazione a causa dello stato di degrado, la Corte di Cassazione ritiene possa farsi applicazione dell' articolo 1226 cod. civ. “*Invero, una volta assodato che il sacchetto era pieno di francobolli da collezione, non potuti identificare e conseguentemente valutare dal consulente a causa del loro deterioramento, l' esistenza di un danno di incerta misura doveva ritenersi accertata, di tal che il giudice di appello avrebbe dovuto porsi la questione se la prova dell' identità dei singoli francobolli fosse notevolmente difficoltosa e verificare, sulla base degli elementi di fatto acquisiti, la ricorrenza sotto tale profilo dei presupposti per una valutazione equitativa del danno*”. Il potere valutativo riconosciuto dall' art. 1226 cod. civ. sembrerebbe anche qui, come nel caso dell' artigiano, avere lo scopo di determinare la misura di un danno (perdita di materiale filatelico) di cui in astratto è

In definitiva, la lettura corrente data dalla nostra cultura giuridica dell' articolo 1226 cod. civ. e delle sue condizioni di utilizzo porta ad escludere che questa disposizione possa essere legittimamente impiegata per dare rilevanza ad un danno incerto.

L' assunto può essere condiviso, trovando conforto vuoi nel tenore letterale della disposizione vuoi nell' analisi delle classi di problemi che la norma è deputata a risolvere.

Quanto al dato letterale, va detto che lo stesso legislatore sembra aver circoscritto il campo di operatività della norma ai soli casi in cui sia già stata dimostrata l' esistenza del pregiudizio da riparare attraverso l' espresso riferimento all' *ammontare* del danno quale oggetto precipuo dell' impossibilità probatoria, e, dunque, mediante il richiamo ad un elemento che sottende valutazioni di tipo quantitativo, connesse alla determinazione ed alla misura del danno (di già) accertato.

Una siffatta conclusione trova conferma nella Relazione al Re (n. 572): *“... il creditore deve provare l' esistenza e l' ammontare del danno. Quanto all' ammontare, in relazione alle varie situazioni che in pratica possono verificarsi, la difficoltà di una prova specifica del danno di cui è sicura l' esistenza è superabile dal giudice con una valutazione concreta equitativa (art. 1226) ...”*.

A ciò si aggiunga che nelle limitate ipotesi in cui il nostro Codice ha inteso esonerare l' attore dalla prova dell' esistenza del danno, lo ha fatto sempre tramite un' indicazione esplicita. E si pensi all' articolo 1382.2 cod. civ., ove si prevede che *“la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”*, e, ancor più, alla previsione contenuta nell' articolo 1224.1 cod. civ. in materia di obbligazioni pecuniarie, secondo cui gli interessi sono dovuti dal giorno della mora *“anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno”*¹⁴⁶.

La valutazione equitativa prevista dall' articolo 1226 cod. civ. non determina, quindi, per la parte, una *relevatio ab onere probandi* in ordine all'

ben possibile individuare la stima di mercato (ovverosia il valore di ciascun francobollo raro sul mercato dei francobolli da collezione) ma di cui, invece, appare impossibile per la parte provare l' entità o l' estensione (quali francobolli erano contenuti nel sacchetto?).

¹⁴⁶ Il primo comma dell' articolo 1224 cod. civ. va posto in correlazione col successivo comma ove, in ossequio alle regole ordinarie, si richiede al creditore di dimostrare *“di aver subito un danno maggiore”* per poterne ottenere l' ulteriore riparazione.

esistenza del pregiudizio da risarcire: la norma in parola disciplina, infatti, un rimedio sussidiario con funzione integratrice esclusivamente in relazione a danni certi.

Alla medesima conclusione conduce, invero, anche l'analisi dello specifico conflitto di interessi alla base della previsione normativa in commento. In particolare, deve considerarsi che:

a) l'articolo 1226 cod. civ. solleva l'attore dal rischio della mancata prova circa il *quantum* del danno sofferto limitatamente ai casi in cui la deficienza probatoria non sia dovuta a inerzia o negligenza della parte ma, al contrario, sia dipesa dall'impossibilità ovvero (secondo l'impostazione prevalente) dall'estrema difficoltà della prova;

b) questa previsione si spiega con l'esigenza di assicurare effettività al diritto sostanziale evitando che, provate responsabilità del convenuto ed esistenza del pregiudizio, non sia dia comunque luogo a risarcimento per carenza di prova sul contenuto e sulla misura del danno;

c) attraverso l'articolo 1226 cod. civ. si manovra, quindi, la disciplina dell'onere della prova e, in deroga alle regole ordinarie, si prevede che il difetto di prova non determini il rigetto della domanda risarcitoria quanto, piuttosto, l'intervento equitativo del giudice;

d) il ricorso all'equità consentirà, dunque, di distribuire il costo dell'incertezza circa la reale misura del danno su ambedue le parti in causa: invero, sull'attore graverà il rischio (il costo del rischio) che l'ammontare del danno determinato in via equitativa risulti inferiore alla misura del pregiudizio effettivamente patito; il convenuto sopporterà, invece, il rischio (il costo del rischio) che tale ammontare si riveli superiore al danno in realtà inflitto.

Conseguentemente la valutazione equitativa del danno prevista dal nostro Codice si appalesa come tecnica legislativa deputata a dare spazio nel diritto sostanziale alle istanze che agitano (ed alle logiche che ispirano) le discipline sull'onere della prova, assicurandone al contempo coerenza e razionalità. L'introduzione dell'articolo 1226 nel sistema codicistico traduce, infatti, la necessità di coordinare e contemperare, in sede di risarcimento, due contrapposte urgenze: da un lato, che sia disincentivata la proposizione di domande infondate

(con conseguente riduzione dei costi – individuali e collettivi – connessi ad un uso improprio degli apparati giudiziari), dall’ altro lato, che sia garantita l’effettività al diritto sostanziale evitando ripartizioni del carico probatorio che lo rendano insopportabile o eccessivamente gravoso e che finiscano per determinare la non giustiziabilità della pretesa che il diritto sostanziale, pur in astratto, riconosce.

Al fine di chiarire in che modo operi la previsione in esame, immaginiamo per un momento di espungere questa norma dal sistema del Codice e chiediamoci quali conseguenze avrebbe questo tipo di operazione. In forza dei principi che presiedono la ripartizione della prova continuerebbe a gravare sull’ attore l’ onere di dimostrare l’ esistenza di un danno risarcibile, le singole poste di cui questo si compone e la loro espressione monetaria. La mancata prova anche di uno soltanto di questi fatti determinerebbe, dunque, il rigetto della domanda. Tuttavia, è ben possibile (ed anzi, accade frequentemente) che, provata l’ esistenza del danno e nonostante lo sforzo profuso dalla parte, rimangano incerti entità e valore del pregiudizio lamentato, soprattutto quando questi elementi siano obiettivamente di difficile accertamento: negare in questi casi il diritto alla riparazione significherebbe, allora, rendere non giustiziabile in concreto la pretesa che il diritto sostanziale pur accorda ad una delle parti.

In definitiva, può assegnarsi all’ articolo 1226 cod. civ. il limitato compito di consentire al giudice di porre rimedio, tramite il ricorso all’ equità, al difetto di prova che attenga unicamente alla misura del danno sofferto e non anche al diverso profilo della dimostrazione della sua esistenza. L’ attore (creditore o danneggiato che sia) viene, dunque, sollevato esclusivamente dal rischio dell’ impossibilità della prova circa l’ ammontare del danno lamentato. A tale potere equitativo il giudice potrà ricorrere, anche d’ ufficio, soltanto ove la mancata prova sia conseguenza dell’ obiettiva impossibilità della parte di assolvere all’ *onus* su questa gravante, mentre dovrà senz’ altro escludersi l’ impiego della norma per supplire la carenza di prova cui la parte interessata avrebbe ben potuto porre rimedio con la propria attività istruttoria.

La lettura proposta trova un preciso riscontro nella storia della norma¹⁴⁷.

¹⁴⁷ L’ unico fra gli *Autori* letti a valorizzare la storia della norma ai fini della corretta ricostruzione del suo contenuto è A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 247.

Nel Codice civile del 1865 non esisteva una disposizione analoga all'attuale articolo 1226. Pur in difetto di espressa previsione legislativa, la giurisprudenza della Corte di Cassazione riteneva, tuttavia, possibile procedere alla valutazione equitativa del danno, in funzione di supplenza, ogni qual volta ad apparire incerta fosse esclusivamente la misura del pregiudizio da risarcire. Invero, *“sebbene l' equità per sé stessa e per sé sola non sia una fonte di diritto alla quale il giudice possa fare riferimento”*, nulla vieterebbe di ricorrervi *“non solo quando la legge ne faccia espresso richiamo, ma anche tutte le volte che riesca impossibile un preciso accertamento, come avviene in materia di danno presumibile nella sua entità ed incerto nel «quantum» del suo ammontare¹⁴⁸”*. Pertanto, *“la valutazione del danno con criteri equitativi è sempre ammissibile quando, essendone certa l' esistenza, ne riesca impossibile, o quanto meno molto difficile la determinazione con mezzi ordinari¹⁴⁹”*.

La soluzione, costantemente praticata dalla giurisprudenza, non era però pacifica, soprattutto in dottrina¹⁵⁰: il motivo di dissidio non riguardava, tuttavia, l' estensione del rimedio quanto, piuttosto, la possibilità stessa di fare ricorso ad una valutazione secondo equità in assenza di una specifica norma autorizzatoria.

Può quindi ritenersi che il legislatore del 1942 con l' introduzione dell' articolo 1226 abbia inteso positivizzare uno strumento già in uso nella prassi giudiziale, superando le difficoltà connesse alla mancanza di un rinvio esplicito al potere equitativo del giudice, ma non anche ampliarne l' oggetto e l' ambito di applicazione.

¹⁴⁸ Così si esprime *Cassazione del Regno, sez. II, 11 marzo 1940*, pubblicata in *Mass. giur. lav.* 1940, 215. In particolare, nel caso di specie la Suprema Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento avanzata dal dipendente a tempo determinato licenziato illegittimamente *“ante tempus”* dal datore di lavoro.

¹⁴⁹ Si tratta di *Cassazione del Regno 29 aprile 1938 n. 1474*, pubblicata in *Resp. civ. prev.*, 1938, 484. Analogamente, *Cassazione del Regno 25 novembre 1938*, pubblicata in *Rep. Foro it.*, 1938, 1675 e *Appello Bologna 30 maggio 1938*, pubblicata in *Rep. Foro it.*, 1938, 1675, secondo cui *“quando sia provata l' esistenza di un danno, il giudice può valutare con criterio equitativo il suo ammontare se una prova esatta sia impossibile o difficile. Ma il potere del giudice è limitato alla valutazione dell' ammontare del danno, onde non potrebbe tenersi conto di una voce la cui esistenza non fosse stata preventivamente dimostrata”*.

¹⁵⁰ Una buon parte della dottrina escludeva potesse procedersi ad una valutazione secondo equità in assenza di una specifica norma autorizzatoria. In questo senso, fra gli altri, G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1914, 214, secondo cui nel silenzio del legislatore sarebbe precluso al giudice liquidare il danno patrimoniale *arbitratu boni viri*.

Infine, la storia sull'elaborazione della norma porta ad escludere, nell'impiego dell'articolo 1226 cod. civ., ogni distinzione tra danno (certo ed inestimabile e danno (certo ma qualitativamente e/o quantitativamente) indeterminato: nessuno elemento né di tipo letterale né legato alla funzione della norma sembra giustificare una divaricazione nel trattamento giuridico di queste due ipotesi.

Il complesso delle considerazioni sopra esposte induce a ritenere possibile l'applicazione dell'articolo 1226 cod. civ. soltanto per i danni di cui sia stata previamente accertata l'esistenza. Deve, quindi, fermamente respingersi l'idea che, mediante la disposizione in parola, possa darsi fondamento *in via diretta* alla figura del danno da occasioni perdute. La norma in commento, nella sua applicazione puntuale, mi sembra, infatti, prendere in considerazione e disciplinare un tipo di problema assolutamente diverso da quello sotteso alla figura della *chance*: ed infatti, mentre l'articolo 1226 cod. civ. riguarda esclusivamente un danno certo nella sua esistenza ed incerto nel suo ammontare (perché privo di una valutazione di mercato o per l'incertezza che ammantava identità e/o qualità delle poste da valutare), la *chance* designa, invece, un danno certo di cui, però, resta dubbia la riconducibilità causale al fatto illecito fonte di responsabilità.

Ciò posto, è necessario tuttavia chiedersi se il silenzio dell'articolo 1226 cod. civ. in ordine al profilo che qui interessa, traduca una scelta precisa del nostro legislatore e debba, quindi, essere inteso come netta chiusura dell'ordinamento rispetto alla regola operativa racchiusa nel danno da perdita di *chances*.

La risposta mi sembra debba essere negativa: invero, la circostanza che l'articolo 1226 cod. civ. taccia in ordine al problema della regolamentazione giuridica cui sottoporre il danno incerto (o, in altra prospettiva, il danno non imputabile con certezza all'illecito) non è di per sé decisiva. Invero, ogni qual volta sia necessario attribuire un significato preciso all'atteggiamento silente del legislatore occorre mettere in correlazione l'oggetto della norma con il suo contesto specifico e valutare quale fra le due contrapposte alternative – il silenzio

come lacuna ovvero il silenzio come tecnica di disciplina – garantisca meglio la coerenza e la razionalità dell'ordinamento¹⁵¹.

Nel nostro caso, valore decisivo assume il tempo storico in cui la norma in esame è stata emanata: è, infatti, plausibile ritenere che l'ordine di problemi espresso e risolto tramite il ricorso alla figura della *chance* fuoriuscisse dal campo di problemi presi in considerazione dal legislatore nel formulare la regola di cui all'articolo 1226 del Codice.

Nondimeno, rispetto al problema del danno da perdita di *chances* la norma esaminata non è del tutto fuori gioco. In particolare, la peculiare composizione di interessi realizzata dall'articolo 1226 cod. civ. ed il tipo di regola ivi espressa (ripartizione fra ambedue i soggetti coinvolti del costo del rischio dell'incerta misura del danno da risarcire) potranno essere utilizzate dall'interprete per la costruzione di un principio da estendere in via analogica al caso di danni non imputabili con certezza all'illecito, laddove in esso si ravvisi una lacuna del diritto scritto.

3. *La figura della chance e la riscrittura delle regole causali*. Delimitato il campo di operatività dell'articolo 1226 cod. civ. ai soli casi in cui il danno sia certo (anche se di difficile determinazione), subentra nell'interprete la consapevolezza di misurarsi con **l'assenza di norme puntualmente applicabili**.

Dinanzi all'interrogativo suscitato dalla figura della *chance* (può, in sede di risarcimento, darsi rilievo ad un danno di cui appaia incerta la derivazione causale dal fatto fonte di responsabilità?) occorre, invero, mettersi alla ricerca delle ragioni (se esistono) che possono legittimare la riscrittura delle idee e delle regole che la tradizione ci ha consegnato in materia di nesso causale¹⁵².

Due i dati dai quali mi sembra possibile prendere le mosse.

¹⁵¹ A. BELFIORE, *Materiali ...*, cit., 239.

¹⁵² Coglie, quindi, nel segno il Taruffo (*La prova del ...*, cit., 101) quando considera il tipo di correlazione tra eventi espresso dalla formula della probabilità privo di connessione o attinenza con quello evocato dalla categoria normativa della causa. Gli articoli 2043 del Codice civile e 40 del Codice penale costruendo la fattispecie sostanziale secondo il modello della causalità non consentirebbero quindi all'interprete di sostituirvi surrettiziamente (attraverso la figura della *chance*) una correlazione fondata in termini meramente probabilistici. La riflessione dell'*Autore* cessa invece di essere condivisibile laddove, affermata l'irriducibilità della probabilità al linguaggio della causa, si esclude unicamente sulla base del dato letterale la possibilità di una riscrittura in senso probabilistico delle regole sul nesso causale.

Anzitutto, deve rilevarsi come la nostra giurisprudenza già riscriva, e senza argomentazione alcuna, le regole della causalità laddove tratta come certo un danno causalmente imputabile all' altrui illecito soltanto nella misura del 51% (la *c.d.* regola del *più probabile che no*).

Dal debutto nelle decisioni della Corte di Cassazione¹⁵³ il canone del *più probabile che no* ha riscosso, infatti, un considerevole successo, guadagnando dapprima il consenso delle Sezioni unite¹⁵⁴ e trovando poi fortuna, sulla spinta degli autorevoli precedenti, anche presso le Sezioni semplici della Corte¹⁵⁵ dove la regola della *preponderance of the evidence* è considerata ormai “*consolidato criterio*” per l' accertamento del nesso causale¹⁵⁶.

Quale sia, però, la logica profonda di questa riscrittura è questione che al momento rimane irrisolta: non ho infatti rintracciato pronunce o sentenze che si misurino apertamente con questo interrogativo e che lo risolvano in maniera persuasiva e convincente.

Generalmente dottrina e giurisprudenza si limitano a far leva sulla necessità logica¹⁵⁷, prima ancora che giuridica, dell' abbandono, in sede di accertamento del nesso causale, della regola della certezza in favore di criteri basati su logiche di tipo essenzialmente probabilistico. L' approdo è considerato pacifico: quale che sia il modello di gestione prescelto, al nesso causale sarebbero

¹⁵³ Si tratta di Cass. 16 ottobre 2007 n. 21619 pubblicata in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43 con nota di R. PUCCELLA, *Causalità civile* ..., cit., ed in *Corr. Giur.*, 2008, 1, 35 con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo* ..., cit.. Individua nella decisione succitata la prima pronuncia in cui *expressis verbis* i giudici ricorrono alla regola del *più probabile che no* A. PALMIERI, *Corruzione del giudice* ..., cit., 1060.

¹⁵⁴ Il riferimento è a S.U. 22 gennaio 2008 n. 576, in *Cass. pen.*, 2009, 69; S.U. 11 gennaio 2008 n. 581, in *Danno e resp.*, 2009, 667; S.U. 11 gennaio 2008 n. 582, in *La responsabilità civile*, 2008, 688 e S.U. 11 gennaio 2008 n. 584, in *Foro it.*, 2008, I, 452. L' indicazione è tratta ancora da A. PALMIERI, *Corruzione del giudice* ..., cit., 1060.

¹⁵⁵ Senza pretesa di esaustività si vedano: Cass. 13 giugno 2008 n. 15986, in *Giudice di Pace*, 2009, 27; Cass. 15 settembre 2008 n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36; Cass. 16 gennaio 2009 n. 975, in *Danno e resp.*, 2010, 372; Cass. 5 maggio 2009 n. 10285, in *Danno e resp.*, 2009, 959; Cass. 11 maggio 2009 n. 10741, in *Danno e resp.*, 2009, 1167; Cass. 11 maggio 2009 n. 10743, in *NGCC*, 2009, I, 1276; Cass. 11 giugno 2009 n. 13530, in *Resp. civ.*, 2009, 1779; Cass. 2 febbraio 2010 n. 2354; Cass. 8 luglio 2010 n. 16123; Cass. ord. 29 luglio 2010 n. 17694; Cass. 10 novembre 2010 n. 22837; Cass. 13 dicembre 2010 n. 25116.

¹⁵⁶ Così Cass. 10 novembre 2010 n. 22837.

¹⁵⁷ Del giudizio probabilistico come necessità logica parla Cass., sez. III, 4 marzo 2004 n. 4400, pubblicata in *Danno e resp.*, 2005, 45 con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita* ..., cit., e di L. NOCCO, *La “probabilità logica”* ..., cit.; in *Foro it.*, 2004, I, 1403; in *Contratti*, 12, 2004, 1091 con nota di P. LISI, *Il danno da perdita* ..., cit.; in *Corr. giur.*, 2004, 8, 1018 con nota di M. VITI, *Responsabilità medica* ..., cit..

sempre connaturati margini ineliminabili di incertezza sì da indurre a descrivere la causalità come *il regno dei dubbi e delle mezze verità*¹⁵⁸.

Ancora, si invocano le differenze strutturali e funzionali tra processo civile e processo penale per giustificare l'adozione in sede civile di una differente regola probatoria (quella della *preponderance of the evidence*) ben lontana dall'*oltre ogni ragionevole dubbio* utilizzato nell'accertamento della responsabilità delittuale.

Le indicazioni fornite terminano, tuttavia, qui.

Ci muoviamo, dunque, su un terreno le cui novità non state ancora adeguatamente concettualizzate.

A calamitare l'attenzione dell'osservatore è poi un'altra recente tendenza giurisprudenziale in tema di causalità: le nostre Corti stanno, infatti, innovando la prassi creando, un sistema di regole intrinsecamente irrazionale e comunque privo di un apparato motivazionale coerente. Invero, è *ictu oculi* privo di razionalità un sistema come quello avviato a consolidarsi in diritto civile e nel quale alla regola del *più probabile che no* è accoppiato l'impiego della diversa figura del danno da perdita di *chances*. Gli esiti di questo innesto sono più che evidenti: il giudice, infatti, ritiene il nesso causale certo (*rectius*, tratta giuridicamente il nesso causale

¹⁵⁸ Così, M. BONA, *Causalità civile: il decalogo ...*, cit., 44. Prendendo le mosse dall'esistenza di inevitabili soglie di incertezza nel giudizio causale e dall'antistoricità di ogni prospettiva differente, l'*Autore* ritiene di individuare il fondamento della scelta delle nostre Corti verso quel livello di probabilità espresso dalla regola del *più probabile che no* nella natura di "*ragionamento probatorio*" del giudizio probabilistico. L'essenza e la giustificazione dell'adozione del canone del *più probabile che no* risiederebbero, dunque, nei principi, anche di diritto positivo, che regolano la prova nel diritto, sostanziale e processuale, civile. In altri termini, "*il bilanciamento effettuato attraverso le categorie concettuali del modello probabilistico, tra certezze ed incertezze*" altro non sarebbe "*che la diretta espressione della gestione/valutazione delle prove secondo le regole probatorie tipiche dell'ordinamento, che ammettono ampiamente la prova presuntiva*". In senso contrario può, tuttavia, osservarsi come le presunzioni, quale che sia la natura giuridica che ad esse voglia riconoscersi - veri e propri strumenti istruttori in grado di orientare il convincimento del giudice ovvero semplici fonti di prova - siano funzionalizzate all'accertamento di un fatto. Stante la definizione legislativa (artt. 2727 e ss. cod. civ.), la presunzione è la conseguenza che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto: la presunzione consiste, quindi, nel procedimento logico induttivo che consente di risalire, secondo l'*id quod plerumque accidit*, dal fatto noto al fatto ignoto, affermando vero ciò che realmente può essere soltanto possibile o probabile (C.G. SILIPO, *Le presunzioni come mezzo di prova*, Milano, 1977, 7). Anche a voler ritenere che la prova presuntiva consenta al giudice di considerare vero (la sussistenza del fatto ignoto) ciò che tutt'al più risulta probabile, resta indubbio il collegamento funzionale delle presunzioni all'accertamento di un fatto. Per contro, il nesso causale non rappresenta un fatto esistente *in rerum naturam*, quanto piuttosto un giudizio circa i rapporti esistenti tra due fatti, entrambi oggetto di prova.

come se fosse certo) ogni qual volta esso appaia più probabile che no, così addossando esclusivamente sull' autore della condotta illecita l' intero costo dell'evento dannoso, mentre poi distribuisce tale costo su ambedue le parti in conflitto ogni qual volta l' esistenza del nesso causale sia più improbabile che probabile, facendo a tal fine ricorso alla *chance* che, presentata come strumento indispensabile per un' appropriata quantificazione del danno emergente, si appalesa, in realtà, come tecnica di ripartizione del rischio (e, quindi, del costo) dell' incertezza del nesso eziologico.

Preso atto delle soluzioni messe in campo dalla giurisprudenza, si tratta allora di verificare se esistano indici forti che possano suggerire all' interprete l' opportunità di innovare l' ordinamento attraverso la costruzione di una regola ignota al diritto scritto e, ove la ricerca abbia esito positivo, quale debba essere il contenuto di tale regola perché sia comunque assicurata la coerenza e la razionalità del sistema normativo.

Dovrà quindi appurarsi se l' emersione della categoria concettuale della *chance* si colleghi a precise trasformazioni socio-economiche che abbiano reso non più soddisfacente il punto di equilibrio in precedenza raggiunto dal sistema in ordine alla gestione dell' (del costo dell') incertezza sul nesso causale. Dovrà altresì interrogarsi l' ordinamento al fine di individuare gli elementi di giudizio complessivamente traibili dal sistema normativo e dalle logiche secondo cui questo si struttura.

Il dato da cui partire è ovvio, forse fin troppo banale: comprendere il proprio tempo, tracciare linee di progressione e sviluppo di processi e trasformazioni (sociali, economiche e politico-ideologiche) ancora in atto nella società in cui si vive è operazione estremamente difficoltosa. È ben possibile, quindi, che l' indagine che mi avvio a svolgere risulti a tratti lacunosa o per certi versi insufficiente e non ancora compiuta.

4. *Il danno da perdita di chances: ragioni di forza e limiti di impiego.*
Vediamo adesso quali elementi possono invocarsi a sostegno della riscrittura delle regole causali nel senso suggerito dalla figura della *chance*.

a) Il nostro sistema sociale è sempre meno disposto a tollerare che il danno rimanga sul soggetto che lo ha subito e non venga, invece, traslato su chi lo ha prodotto.

È abbrivio comune di buona parte dei lavori scientifici in materia di risarcimento l'idea che compito precipuo della tecnica risarcitoria sia quello di amministrare (efficientemente) i costi determinati dall'illecito. Risarcire un danno non significa, infatti, eliminare dalla società il fatto lesivo e le sue conseguenze pregiudizievoli; significa, piuttosto, traslarne il costo dal soggetto che lo ha subito ad altro soggetto, individuato come responsabile in base ai criteri normativi all'uopo predisposti¹⁵⁹.

Se la reintegrazione del patrimonio del danneggiato, che si attua mediante il risarcimento, vale, quindi, ad eliminare il danno per il soggetto leso, lo stesso non può, però, dirsi per la società nel suo complesso: invero, non soltanto la tutela risarcitoria si limita a trasferire l'incidenza del danno da un soggetto ad un altro, ma tale trasferimento non è certamente privo di costi (i costi del funzionamento dell'apparato giudiziario o i costi connessi alla composizione stragiudiziale della controversia).

Partendo da queste premesse, può allora apparire sensato ammettere il risarcimento soltanto ove la traslazione del costo dei danni da danneggiato a danneggiante risulti giustificabile, ossia solo ove esistano buone ragioni per consentire lo spostamento patrimoniale in cui il risarcimento si risolve.

Tuttavia, un siffatto punto di vista, apparentemente non revocabile in dubbio, potrebbe razionalmente operare soltanto in una società di stampo collettivistico, nella quale sia lo Stato a provvedere, con criteri tendenzialmente egualitari, ai bisogni dei cittadini. Per contro, nelle società strutturate sul principio della proprietà individuale e sull'impresa privata, la "vivibilità" dell'esistenza è, in larga parte, funzione della quantità e della qualità di risorse di cui ciascuno individualmente dispone, sicché verificatosi un evento dannoso, ciò che andrebbe giustificato, in via di principio, è (non già l'attribuzione, bensì) l'esenzione da responsabilità dei soggetti cui la condotta dannosa sia naturalisticamente o

¹⁵⁹ Così, F. MASTROPAOLO, *Danno (Risarcimento del danno)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1988, 1; C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1983, 148; ID., *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1089.

economicamente imputabile¹⁶⁰. Pertanto, verificatosi un evento di danno ciò che in via di principio andrebbe giustificato non è il trasferimento di ricchezza dal danneggiante al danneggiato, bensì l' assenza di un tale trasferimento.

b) L' indicazione appena fornita trova un appoggio generale-generico in quelle disposizioni che hanno allargato le condizioni cui tradizionalmente era subordinata la risarcibilità del danno (e si pensi, ad esempio, alle norme del Codice del consumo sulla responsabilità del produttore¹⁶¹ o, ancora, ai nuovi principi operanti in materia di danno non patrimoniale¹⁶²). Il problema dell' accertamento del nesso causale in termini probabilistici si colloca, quindi, lungo una precisa linea di sviluppo, un *trend* di generalizzato ampliamento dei confini della responsabilità e del risarcimento. I tasselli di questo mosaico sono molteplici: si va dalla rilevanza assunta in sede aquiliana dalla lesione di interessi legittimi all' interpretazione in termini di responsabilità oggettiva degli articoli 2051 e 2052 del Codice Civile (rispettivamente sul danno da cose in custodia e sul danno da animali), ovvero ancora all' adozione del *più probabile che no* quale regola per l' accertamento del nesso causale.

c) La riscrittura da parte della cultura giuridica delle regole consegnate dalla tradizione in tema di nesso eziologico non è poi circostanza nuova al nostro ordinamento trovando, al contrario, preciso riscontro nella storia dell' articolo 1226 e nelle vicende che portarono alla sua introduzione nel Codice Civile del 1942.

Come si è visto, il riconoscimento normativo della possibilità di valutare equitativamente il danno affonda le proprie radici nella prassi sviluppatasi sotto la vigenza del vecchio Codice e, quindi, in una regola (quella della distribuzione fra i contendenti del rischio di una stima incerta del pregiudizio da risarcire) già costruita e praticata da tempo dalla cultura giuridica. Non deve allora considerarsi strano che un' operazione per certi versi analoga venga oggi compiuta con riferimento al diverso profilo della distribuzione del rischio connesso all'

¹⁶⁰ Così, A. BELFIORE, *Materiali* ..., cit., 139.

¹⁶¹ Si tratta degli articoli da 114 a 127 del d.lgs. 22 luglio 2005 n. 206.

¹⁶² Di recente le regole ed i principi cui improntare nel nostro ordinamento la risarcibilità del danno non patrimoniale sono stati sintetizzati (ed in parte riformulati) da *Cass. Sezioni Unite 11 novembre 2008 n. 26972*, consultabile in *NGCC*, 2009, I, 102.

incertezza del nesso causale tra condotta illecita ed evento dannoso (causalità materiale) e/o tra fatto illecito e danno conseguenza (causalità giuridica).

Le esigenze di coerenza e razionalità dell'ordinamento impongono in ogni caso di precisare le condizioni in presenza delle quali può avere senso rimodulare in termini probabilistici l'accertamento del nesso causale.

Anzitutto deve rammentarsi come l'opera di riscrittura proposta attenga unicamente al requisito del nesso eziologico ed investa, quindi, esclusivamente quella relazione giuridicamente rilevante che deve sussistere tra condotta ed evento dannoso (o inadempimento) ovvero tra illecito (contrattuale o aquiliano) e conseguenze pregiudizievoli. Ciò significa dunque che la nascita dell'obbligazione risarcitoria e la determinazione del suo esatto contenuto presupporranno pur sempre l'adeguata dimostrazione, secondo criteri e regole tradizionali, dei fatti inanellati dal nesso di causalità. Dovrà, quindi, essere pienamente provata l'esistenza della condotta e dell'evento dannoso (o inadempimento), per la causalità materiale, e la sussistenza dell'illecito e del danno conseguenza, in relazione alla causalità giuridica.

Ancora, devono essere oggetto di attenta valutazione gli effetti negativi che pure possono correlarsi alla nuova regola sulla causalità costruita dall'interprete.

Sottrarre l'attore dal rischio dell'incertezza causale potrebbe invero comportare l'aumento esponenziale, e del tutto incontrollato, delle domande di risarcimento: l'impiego della *chance* da parte della giurisprudenza potrebbe, infatti, indurre i privati ad incardinare giudizi risarcitori per danni che si sappiano essere cagionati solo probabilmente (ed anche con tassi di probabilità piuttosto bassi) dalla condotta altrui. Si pensi, allora, al negligente intervento chirurgico che abbia determinato l'invalidità permanente del paziente con una probabilità del *dieci* o del *venti* per cento: in un caso siffatto, il medico, anziché andare esente da responsabilità, come in passato, si vedrebbe comunque condannato al risarcimento, seppur in una misura estremamente ridotta.

A fronte, poi, di percentuali piuttosto limitate (e si pensi a soglie percentuali dell'*uno*, del *due* o del *tre* per cento), i costi collettivi correlati al funzionamento dell'apparato giudiziario e/o i costi necessari per la formazione

della prova circa il nesso causale (come la consulenza tecnica) potrebbero non trovare adeguata contropartita nel risarcimento eventualmente disposto al termine del processo. Dal punto di vista sociale, quindi, l'interesse del privato al risarcimento potrebbe non essere in grado di giustificare la quantità di ricchezza complessivamente distrutta.

Questi i dati a disposizione, è adesso possibile indicare quali siano le opzioni ricostruttive razionalmente adottabili in sede di riformulazione in senso probabilistico del nesso causale.

Le indicazioni che precedono, unitamente alla (già rilevata) intrinseca irrazionalità della costruzione giurisprudenziale che coniuga e accoppia l'impiego del canone del *più probabile che no* a quello della figura della *chance*, inducono a ritenere realmente praticabili dall'interprete due (e soltanto due) soluzioni alternative.

In via di ipotesi, può anzitutto prospettarsi l'abbandono della regola della *preponderance of the evidence* e la contestuale adozione della tecnica della *chance* e del canone dell' *oltre ogni ragionevole dubbio* come nuovi principi cardine nella gestione dell'incertezza in sede di accertamento del nesso eziologico.

Rinnegata, quindi, la via maestra del più probabile che no, costantemente adottata dalla giurisprudenza pur in assenza di un apparato giustificativo completo e coerente, può apparire razionale organizzare le regole sul nesso di causalità combinando fra loro la regola della certezza morale di derivazione penalistica e la categoria della *chance*.

Pertanto, in una siffatta prospettiva al creditore/danneggiato dovrebbe riconoscersi l'integrale riparazione del pregiudizio sofferto ogni qual volta il collegamento eziologico del danno al fatto fonte di responsabilità appaia certo *oltre ogni ragionevole dubbio* e dunque si attesti su soglie probabilistiche prossime al 100 (del *novantotto* o *novantanove* per cento). Per contro, ove il richiesto nesso di condizionamento risulti integrato con tassi di probabilità di gran lunga inferiori, il giudice potrebbe ricorrere alla figura del danno da occasioni perdute e disporre un risarcimento proporzionato alla consistenza statistica della *chance*.

L'adozione di questo primo modello impone, tuttavia, l'individuazione di una soglia minima di rilevanza oltrepassata la quale la figura del danno da perdita di *chance* possa consentire una riformulazione in termini probabilistici del nesso eziologico: ove l'esistenza del nesso causale appaia probabile almeno nella misura convenzionalmente fissata, potrà disporsi il risarcimento mettendo in campo quella peculiare tecnica di gestione dell'incertezza che va sotto il nome di *chance*. Nondimeno, la determinazione della soglia minima di rilevanza può rivelarsi operazione particolarmente difficoltosa.

Da un lato, infatti, l'esigenza di controbilanciare i costi collettivi del processo e, in particolare, i costi legati alla formazione della prova impone di negare rilievo a soglie percentuali talmente contenute da risultare pressoché inesistenti¹⁶³.

Dall'altro lato, l'esigenza di assicurare razionalità e coerenza al sistema sconsiglia la costruzione di un tasso-soglia fisso, valido per qualsiasi fattispecie. Invero, la riscrittura delle regole causali attuata mediante la figura della *chance* può riguardare ambiti e settori nei quali l'esigenza di giustificare i costi sociali dell'illecito risulta soddisfatta anche in presenza di tassi probabilistici estremamente limitati o perché la *chance*, quantunque corredata da un coefficiente statistico basso (ad esempio, del *dieci* per cento) presenta un valore patrimoniale considerevole ovvero perché i pregiudizi della cui riconducibilità causale all'illecito si discute sono sottratti alle regole del mercato ed alle logiche dell'economico (così, per la perdita di un arto o di un organo o per la privazione di un miglioramento qualitativamente significativo delle proprie condizioni di salute e di vita)¹⁶⁴.

¹⁶³ Un'indicazione estremamente generica nel senso dell'opportunità di introdurre soglie minime per la rilevanza del danno si riscontra, ad esempio, nell'art. 123.2 del Codice del Consumo (d.lgs. 22 luglio 2005 n. 206) che in materia di responsabilità per danni da prodotti difettosi limita la risarcibilità ai solo pregiudizi arrecati a cose (diverse dal prodotto viziato e di tipo normalmente destinato all'uso o al consumo privato) la cui misura ecceda la somma di euro trecentottantasette.

¹⁶⁴ D'altra parte, determinata in maniera rigida la soglia minima richiesta resta certamente poco agevole giustificare una disparità di trattamento fra danneggiati in ragione della diversa consistenza della *chance* vantata, soprattutto quando a tassi probabilistici che rientrano di un soffio nell'intervallo statistico rilevante si contrappongano tassi che si avvicinano significativamente alla soglia minima convenzionalmente fissata senza, tuttavia, oltrepassarla. E si pensi ad un caso di questo tipo: *Tizio* dipendente della ditta di *Caio* conviene in giudizio il proprio datore di lavoro assumendo di essere stato illegittimamente escluso dalla procedura selettiva per l'accesso alla qualifica superiore; la formazione della graduatoria era affidata al concorso di punteggi fissi e punteggi variabili, quest'ultimi attribuiti discrezionalmente dal datore di lavoro; esaminati i titoli e

Il secondo modello razionale in astratto adottabile dall' interprete in sede di riscrittura delle regole sulla causalità prevede, al contrario, la valorizzazione del canone del *più probabile che no e*, correlativamente, l' abbandono della regola del risarcimento proporzionale consacrata dalla figura della *chance*.

Pertanto, qualora l' esistenza del nesso causale appaia più probabile che improbabile il giudice (in presenza di tutti gli altri presupposti necessari) dovrebbe accordare al creditore/danneggiato un risarcimento integrale del pregiudizio subito; ove, invece, la riconducibilità eziologica del danno all' illecito risulti più improbabile che probabile il giudice, diversamente dal tipo di soluzione attualmente praticata dalla giurisprudenza, dovrebbe negare qualsiasi forma di riparazione.

I due modelli sopra descritti sono gli unici in grado di assicurare coerenza e razionalità all' ordinamento e di garantire un' adeguata ripartizione dei costi e dei benefici fra tutti i soggetti coinvolti. Per comprendere appieno il diverso modo di operare e le diverse soluzioni cui conducono questi schemi può essere utile ricorrere ancora una volta all' esemplificazione.

Si pensi, allora, ad un caso di questo tipo: *Tizio*, imprenditore del settore manifatturiero, dà mandato al proprio legale di appellare la sentenza che lo ha visto soccombente nel giudizio istaurato nei confronti di un fornitore; il professionista, tuttavia, omette di proporre il gravame nei termini previsti sicché la pronuncia del giudice di prime cure diventa inappellabile. *Tizio* conviene quindi in giudizio l' avvocato chiedendo, oltre al rimborso di spese e parcelle, la condanna al risarcimento. A questo punto possono formularsi due ipotesi differenti:

a) può immaginarsi che l' imprenditore riesca a provare che, se tempestivamente proposto, l' appello sarebbe stato accolto con una probabilità del *venti per cento*;

i punteggi assegnati agli altri concorrenti, *Tizio* riusciva a provare in giudizio che, in assenza dell' inadempimento datoriale, avrebbe avuto una probabilità del diciannove per cento (19%) di conseguire la promozione. Ove si fissasse nel venti per cento (20%) la soglia di rilevanza minima della *chance*, il giudice dovrebbe concludere per il rigetto della domanda di *Tizio*. Per contro, il giudice dovrebbe accogliere la domanda di *Sempronio*, qualora questi, a differenza di *Tizio*, riuscisse a provare una probabilità di vittoria del ventuno per cento (21%).

b) può all' opposto ipotizzarsi che il nostro imprenditore riesca a dimostrare in giudizio che il gravame omesso avesse il *settanta per cento* di probabilità di essere accolto.

Mettendo all' opera il primo dei due modelli prospettati, tanto nell' ipotesi *sub a)* quanto nell' ipotesi *sub b)* dovrebbe procedersi mediante la tecnica della *chance*: esclusa, infatti, la ricorrenza di un tasso probabilistico talmente elevato da far ritenere il nesso causale certo (secondo il canone dell' *oltre ogni ragionevole dubbio*), il risarcimento dovuto dovrebbe essere rapportato ad una quota parte del danno complessivamente subito da *Tizio* (rispettivamente al *venti* e del *settanta per cento*).

Per contro, accogliendo la seconda opzione ricostruttiva, il nostro sfortunato imprenditore potrebbe avere diritto al risarcimento del danno unicamente nella seconda delle ipotesi sopra formulate (probabilità del *settanta per cento* di esito positivo dell' appello), giacchè unicamente in tale circostanza l' esistenza di un adeguato nesso causale tra l' inadempimento del professionista e la mancata riforma della sentenza gravata potrebbe dirsi più probabile che no. Disposto il risarcimento, questo sarebbe tuttavia integrale, senza che possa procedersi ad alcuna forma di riduzione proporzionale.

La scelta dell' interprete è dunque limitata ai suddetti modelli alternativi mentre nessun seguito può darsi alla soluzione giurisprudenziale di combinare insieme la figura della *chance* con la regola della *preponderance of the evidence*, riconoscendo al creditore/danneggiato un ristoro integrale ogni qual volta il nesso di condizionamento sia più probabile che no e accordando, invece, una riparazione parziale mediante l' impiego della *chance*, ogni qual volta la sussistenza del nesso causale si collochi al di sotto della soglia della ragionevole probabilità.

BIBLIOGRAFIA

G. AFFERNI e M. CARPAGNANO, *Il risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 7, 755.

G. ALPA e V. MARICONDA, *Codice civile commentato*, 2009.

V. AMENDOLAGINE, *Omissione di diagnosi e perdita di chance*, in *Corr. giur.*, 2009, 6, 809.

B. ARCIDIACONO, *Obbligo di buona fede del datore di lavoro e perdita di chance*, in *Lav. giur.*, 2009, n. 10, 1034.

C. AUBRY e C. RAU, *Droit civil français*, IV, Parigi, 1942, § 344, 456.

M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul "concetto" di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 211.

M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.

M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 4, 945.

S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenti"*, in *Corr. giur.*, 2007, 5, 641.

A. BELFIORE, *Materiali del corso di Diritto Civile*, 2011-2012.

C. M. BIANCA, *Commentario al Codice civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, 1970.

A. L. BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle "regole"*, in *Danno e resp.*, 2002, 393.

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

M. BONA, *Quantum del danno patrimoniale e liquidazione equitativa*, in *Danno e resp.*, 2006, 11, 1073.

M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 42.

O. BONARDI, *Concorsi invalidi: risarcimento della perdita di chance o ripetizione del concorso ora per allora?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 463.

M. BONOMI, *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.*, in *NGCC*, 2011, I, 307.

V. BOSETTO, *La perdita di chance nel procedimento di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 10, 2080.

F. D. BUSNELLI, *Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 47.

F. D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 3, 269.

S. CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione di innocenza nell'accertamento del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2003, 195.

P. CAGGIAGRANO, *Diminuzione ingiustificata del voto di laurea e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 451.

G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Pol. dir.*, 1978, 665.

G. CALABRESI, *Scelte tragiche*, Milano, 2006.

P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 4, II, 1931, 260.

F. CALASSO, in *Enc. del dir.*, voce *Equità (storia)*, 65.

N. CALCAGNO, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di chance e nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2009, 2, 155.

M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances dalle Sezioni Unite penali alle Sezioni Unite civili*, in *NGCC*, II, 2008, 143.

P. CAPORALI, *Alla ricerca della "chance" perduta*, in *Corr. giur.*, 1992, 9, 1023.

E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1841.

V. CARBONE, *La seduzione con promessa di matrimonio non è perdita di chance*, in *Danno e resp.*, 1998, 12, 1142.

V. CARBONE, *La giurisprudenza sul Codice civile*, a cura di C. RUPERTO, Milano 2009.

F. CARNELUTTI, *Rimedi contro la diligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, 57.

F. CARNELUTTI, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 53.

F. CASO, "De bello Segratense": *gli arbitrati, patti parasociali ed altro ancora*, in *Foro it.*, 1991, I, 1861.

C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 315.

C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1.

G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

P. CENDON, *Commentario al Codice civile*, Milano, 2009.

A. CES, *Alla riscoperta del danno evento*, in *Resp. civ.*, 2006, 57.

G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1914.

F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 231.

D. CHINDEMI, *Danno da perdita di chance*, Milano, 2007.

D. CHINDEMI, *Danno da perdita di chance*, Milano, 2010.

D. CHINDEMI, *Danno non patrimoniale da perdita di chance, nesso causale e criteri risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 5, 1169.

G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell' art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 228.

M. CINELLI, *Inadempimento dell' obbligo di versamento della contribuzione previdenziale e criteri di selezione dei danni risarcibili*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, 527.

G. CITARELLA, *Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1045.

A. CONTINISIO, *Chi perde una chance perde un tesoro*, in *Resp. civ.*, 2012, 5, 339.

F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 2, 174.

G. CRISCI, *Equità*, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, IV, 237.

A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1946.

A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una "chance"*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1182.

A. M. DE LUCA, *Il danno da perdita di chance di aggiudicazione*, in *Corr. giur.*, 2007, 8, 1153.

F. DI CIOMMO, *Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d' appello CIR/Fininvest*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1083.

A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, a cura di F. GALGANO, Libro IV – Delle obbligazioni, 1988, 89.

DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra possibilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 50.

B. DI VITO, *Le Sezioni Unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità medica*, in *Corr. giur.*, 2003, 3, 348.

L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987.

M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno e resp.*, n. 1, 2005, 45.

M. FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di "chances" nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 1, 151.

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

F. FERRARA e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 1987.

G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1975.

G. B. FERRI, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazione di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 338.

M. FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *Resp. civ.*, 2005, 446.

M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.*, 2009, 1181.

M. FRANZONI, *I concetti descrittivi misti, Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Milano, 2010.

V. FROSINI, in *Enc. del dir.*, voce *Equità (nozione)*, 69.

G. FURGIUELE, *Il problema della patrimonialità della prestazione con riferimento all' attività di culto e di assistenza spirituale svolta dal religioso per contratto in casa di cura privata*, in *Quadr.*, 1986, 176.

E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un' ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, 11, 503.

G. GALLETTI, *Demansionamento del lavoratore e dequalificazione professionale: l' onere probatorio nel giudizio e nella qualificazione della natura del risarcimento del danno ai fini tributari*, in *Rass. Tributaria*, 2004, 5, 1836.

F. 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. Famiglia*, 2009, 1886.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.

F. GHISGLIERI, *Risarcimento del danno e perdita di chance*, in *NGCC*, 1991, II, 141.

F. GIAZZI, *Aspettative "legittime" dei congiunti e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2006, 7, 754.

M. GIORGIANNI, *L' obbligazione*, Milano, 1968.

M. GORGONI, *La lesione di un interesse di mero fatto non è risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, n. 2, 367.

G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 405.

G. GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, 2029.

P. G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, *Giur. comm.*, 1989, 226.

A. C. JEMOLO, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, 50.

S. LANDINI, *Responsabilità del medico per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 461.

A. LAZZARI, *Perdita di chances in giudizio: la responsabilità del sindacato per omesso appello da parte del lavoratore*, in *Danno e resp.*, 1999, 111, 1124.

G. LENER, *Note minime intorno alla clausola di inscindibilità*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1104.

P. LISI, *Diagnosi e chances perdute*, in *Contratti*, 2004, 12, 1096.

M. F. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata: un itinerario incrementale*, Napoli, 2006.

M. F. LO MORO, *Perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2011, 5, 485.

M. MACRI, *Responsabilità medica: unico criterio metodologico processuale di accertamento della sussistenza del nesso causale per i reati omissivi e commissivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 105.

A. MAFFEI ALBERTI, *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005.

F. MALZANI, *La natura e la prova del danno da perdita di chance*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 777.

G. MARENA, *Perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 11, 1033.

G. MARI, *Responsabilità per perdita di chance e domanda di risarcimento in forma specifica implicita nella domanda di annullamento dell' affidamento a trattativa privata di un servizio*, in *Giust. civ.*, 2002, 5, 1417.

F. MASTROPAOLO, *Danno (Risarcimento del danno)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1988.

A. MASTRORILLI, *Domanda generica e infrazionabilità del credito*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1110.

S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 49.

S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, 121.

I. MILIANTI, *Sui criteri di risarcimento dei danni conseguenti all' esclusione del lavoratore dal novero dei candidati a una promozione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 706.

G. MIOTTO, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della "possibilità" (o "probabilità") dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 10, 2046.

P. G. MONATERI, *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, 456.

P. G. MONATERI, *L' ingiustizia del danno di cui all' art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1094.

A. MONDINI, *Considerazioni sulla chance di aggiudicazione di un contratto pubblico*, in *Urb. App.*, 2004, 12, 1429.

N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione invisibile*, in *NGCC*, 2003, I, 873.

N. MONTICELLI, *Responsabilità civile e perdita di chance: alcune considerazioni a margine dell'esperienza italiana e francese*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 295.

A. M. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una chances*, in *Giur. it.*, 1994, I, 234.

A. M. MUSY, *Taglio di cavi elettrici: il danno meramente patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2000, 2, 168.

G. MUSOLINO, *Responsabilità dell'avvocato per perdita della chance di appellare la sentenza favorevole*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4, 819.

G. NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*, in *Giur. it.*, 1991, I, 639.

A. NICITA, *Scenario controfattuale e valutazione economica del danno: il caso CIR/Fininvest*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1098.

D. NICOTRA e B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, in *Danno e resp.*, 2007, 3, 325.

L. NOCCO, *La "probabilità logica" del nesso causale approda in sede civile*, in *Danno e resp.*, 2005, 45.

G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 525.

A. M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 6, 658.

G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti in Diritto Civile Italiano*, II, vol. IV, Padova, 1940.

A. PALMIERI, *Corruzione del giudice, sentenza sfavorevole e indebolimento della posizione negoziale: dalla perdita di chance alla logica del "più probabile che non"*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1060.

A. PALMIERI e R. PARDOLESI, in *Foro it.*, 2009, I, 3193.

A. PALMIERI, *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagevole cammino dell' azione risarcitoria per il danno da illecito antitrust*, in *Foro it.*, 2007, 4, 1, 1097.

G. PAOLI, *La responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, 17.

P. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, in *Foro it.*, 2007, 4, 1, 1097.

P. PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento d' immagine e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2011, 2, 1, 234.

A. PARRELLA, *Colpa del procuratore e stima preventiva della legge*, in *Foro It.*, 931, I, 62.

M. PERFETTI, *Brevi note sul nesso causale e la prevedibilità del danno*, in *Giur. It.*, 1983, I, 1, 424.

V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998.

A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 447.

G. PONZANELLI, *La quantificazione del danno da perdita di chance per telegramma spedito, ma non consegnato*, in *Danno e resp.*, 2005, 2, 165.

A. M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 2, 322.

R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007.

R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, 1, 58.

A. RIGANO', *Promozione a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcimento del danno da perdita di "chance"*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 792.

S. ROMANO, in *Enc. del dir.*, voce *Equità (diritto privato)*, 83.

E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso causale e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetto medico-legali*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 840.

M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2000, 662.

M. ROSSETTI, *Allargati ancora i confini della responsabilità del medico*, in *Dir. giust.*, 2004, 14, 35.

M. ROSSETTI, *Art. 2056 Valutazione del danno*, in *Dei fatti illeciti*, a cura di U. CARNEVALI, in *Commentario del Codice Civile* diretta da E. GABRIELLI, 2011.

L. RUBINO, in *Obbl. e contr.*, 2008, 1, 5.

C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1983, 123.

C. SALVI, *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Napoli 1985.

C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1084.

P. SANTORO, *Due casi di danno da perdita di chance: per sentenza ingiusta e per tardiva consegna di un telegramma*, in *Danno e resp.*, 2010, 76.

C. SCOGNAMIGLIO, *Le perdite di chances*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, Il risarcimento del danno contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, 2009, 219.

C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ.*, 2010, 611.

C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 2, 296.

C. SEVERI, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 11, 2209.

C. G. SILIPO, *Le presunzioni come mezzo di prova*, Milano, 1977.

R. SIMONE, *Appunti in margine alle ricadute del Lodo Mondadori: atto II*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1090.

A. STAZI e C. STAZI, *Il risarcimento dei danni da ingiustificato distacco della linea telefonica*, in *Dir. internet*, 2008, 2, 141.

M. P. SUPPA, *Danno da perdita di chance ed onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2003, 1783.

M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101.

B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 5, 538.

B. TASSONE, *Note minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di chances e protezione della vittima*, in *Danno e resp.*, 2011, 4, 2011.

B. TASSONE, *Perdita di chances e nesso causale nel caso CIR-Fininvest*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1059.

M. TESCARO, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ.*, 2006, 6, 528.

M. TESCARO, *Onere della prova e quantificazione del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ.*, 2007, 151.

M. TESCARO, *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia Cir-Fininvest*, in *La responsabilità civile*, 2010, 258.

R. TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000.

T. TORRESI, *Il “danno da perdita di chance” tra contratto e torto: diritto all’ integrità patrimoniale? Danno meramente patrimoniale?*, in *Giur. it.*, 1999, II, 2074.

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1960.

P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimenti e rimedi*, Milano, 2010.

F. TRIMARCHI BANFI, *L’ ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 3, 632.

L. VASQUES, *La certezza del diritto e fatti nuovi nel contenzioso e nella transazione CIR-Fininvest*, in *Danno e resp.*, 2011, 11, 1077.

G. VIDIRI, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinali e giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1325.

U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell’ aspirante ballerino)*, in *Danno e resp.*, 1999, 5, 534.

G. VISINTINI, *La valutazione equitativa del danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, Il risarcimento del danno contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, 2009.

M. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. Giur.*, 2004, 8, 1022.

P. VITTORIA, *Responsabilità medica e perdita di chances. Un itinerario giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, 64, 581.

V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 213.