

Scienze  
giuridiche

# LA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLE *CHANCES* ILLEGITTIMAMENTE PERDUTE

Sara Barone

Copia non commerciabile, solo per uso copyleft. Tutti i diritti riservati



Collana Scienze Giuridiche 6

*Copia non commerciabile, solo per uso concorsuale - Tutti i diritti riservati*



# La tutela giurisdizionale delle *chances* illegittimamente perdute

*Sara Barone*



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ EDITRICE

2023

Copia non commerciabile, solo per uso concorsuale - Tutti i diritti riservati

Copyright © 2023

**Sapienza Università Editrice**

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

[editrice.sapienza@uniroma1.it](mailto:editrice.sapienza@uniroma1.it)

ISBN 978-88-9377-285-3

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

*Registry of Communication Workers registration n. 11420*

Finito di stampare nel mese di luglio 2023 presso Sapienza Università Editrice

*Printed in July 2023 by Sapienza Università Editrice*

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi microfilm, film, fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi. L'editore è a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per eventuali involontarie omissioni o inesattezze nella citazione delle fonti e/o delle foto.

*All Rights Reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopy, recording or any other information storage and retrieval system, without prior permission in writing from the publisher. All eligible parties, if not previously approached, can contact the publisher directly in case of unintentional omissions or incorrect quotes of sources and/or photos.*

# Indice

Prefazione	11
Premessa: la perdita di <i>chances</i> nel prisma del processo civile	15
PARTE I - LA PERDITA DI <i>CHANCES</i> : LESIONE DI UNA SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA O MERO CANONE DI VALUTAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE?	
CAPITOLO I	
L'origine del danno da perdita di <i>chances</i> : un problema di prova del nesso causale	21
1. La <i>perte de chance</i> nell'ordinamento francese: dall'origine pretoria al riconoscimento legislativo nell'ultimo progetto di riforma del codice civile	21
2. Uno sguardo alla perdita di <i>chance</i> nell'ordinamento inglese	28
3. La perdita di <i>chance</i> negli Stati Uniti, tra decisioni delle Corti e proposte legislative	34
4. Il problema della prova del nesso causale nel processo civile italiano: la perdita di <i>chance</i> come rimedio alla causalità incerta e, in concreto, alla <i>defaillance</i> della prova scientifica consulenziale	37
4.1. La perdita di <i>chance</i> come regola di causalità e le sue traduzioni (complementari piuttosto che antagoniste) nelle teorie ontologica ed eziologica	47
5. Gli usi alternativi della perdita di <i>chance</i> come strumento di mitigazione del principio " <i>all or nothing</i> "	51
5.1. (segue) gli usi alternativi della perdita di <i>chance</i> in chiave redistributiva o punitiva (anche eventualmente nella sede della <i>class action</i> recentemente rinnovata)	56

- |      |  |    |
|------|--|----|
| 6.   | La perdita di <i>chance</i> come tecnica di quantificazione del danno                        | 61 |
| 6.1. | (Segue) Critica alla concezione della perdita di <i>chance</i> come tecnica di liquidazione  | 66 |
| 7.   | La perdita di <i>chances</i> nella riflessione dottrinale: una sintesi delle varie posizioni | 70 |

## CAPITOLO II

- Il ruolo della giurisprudenza di legittimità nell'elaborazione degli statuti risarcitori del danno da perdita di *chances*, tra la questione del nesso causale e la ricerca di una situazione giuridica soggettiva tutelabile
- |      |   |     |
|------|---|-----|
| 1.   | I tentativi di definizione del danno da perdita di <i>chances</i> da parte della giurisprudenza di legittimità: la <i>chance</i> come «entità economicamente e giuridicamente valutabile»   | 77  |
| 1.1. | (Segue) L'irriducibile dualismo tra <i>chance</i> come bene oggetto di tutela e <i>chance</i> quale "diminutivo causale"  | 79  |
| 2.   | La decisione della S.C. nella vicenda Cir-Fininvest: l'avanzamento della riflessione sul danno da perdita di <i>chance</i>  | 83  |
| 3.   | Lo statuto del danno da perdita di <i>chance</i> in campo sanitario: i punti fermi segnati dalla S.C. nel 2018  | 92  |
| 3.1. | (Segue) la ammissione della risarcibilità della perdita di <i>chance</i> non può giustificare una riduzione della soglia necessaria a provare la relazione di causalità   | 96  |
| 4.   | La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla <i>chance</i> medica in una delle dieci pronunce di San Martino 2019, con un'altra sentenza-decalogo che consolida il precedente arresto  | 101 |
| 4.1. | Il confine tra <i>chances</i> terapeutiche e diritto all'autodeterminazione nel rapporto di cure sanitarie  | 104 |
| 5.   | L'esigenza di radicare la <i>chance</i> in una situazione giuridica soggettiva: lo <i>escamotage</i> del diritto all'integrità del patrimonio e le pronunce della Sezione lavoro della Corte di Cassazione sulla perdita di <i>chance</i> | 114 |
| 6.   | Breve digressione sulla <i>chance</i> nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione (e sull'utilizzo della perdita di <i>chance</i> come tecnica di liquidazione del danno da parte della giurisprudenza amministrativa)            | 124 |



7. Il danno da perdita di <i>chance</i> nella responsabilità professionale dell'avvocato: rinvio	135
--	-----

PARTE II - LA PERDITA DI *CHANCES* NELLA DINAMICA DEL PROCESSO CIVILE

CAPITOLO III

La <i>chance</i> quale bene della vita oggetto di tutela giurisdizionale. Il diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di <i>chance</i> e i suoi fatti costitutivi	139
--	-----

1. Le forme di tutela della perdita di *chances*. La dubbia ammissibilità di una domanda di mero accertamento dei fatti identificativi della *chance* (in una prospettiva di affermazione giudiziale della *chance* come interesse autonomamente protetto) 139
  - 1.1. (Segue) la domanda di condanna generica (previo accertamento dell'illecito e sua potenzialità dannosa) al risarcimento del danno da perdita di *chance* 150
2. Sulla individuazione di un distinto diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di *chance* 154
3. Il danno da perdita di *chance* e il frazionamento della pretesa risarcitoria (nascente da crediti distinti ovvero da un credito unitario): una riflessione in dialogo con la giurisprudenza della S.C. 164
4. I fatti costitutivi del diritto di credito risarcitorio da perdita di *chances*. 173

CAPITOLO IV

La domanda di risarcimento del danno da perdita di <i>chances</i> terapeutiche: il rapporto con la domanda di risarcimento del danno "principale" e il cumulo di cause	185
1. Il rapporto tra diritto risarcitorio "principale" e diritto al risarcimento del danno da perdita di <i>chances</i>	185
1.1. (Segue) sulla possibilità di spiegare il rapporto tra credito risarcitorio "principale" e credito risarcitorio da perdita di <i>chances</i> come ipotesi peculiare di continenza qualitativa	190
1.2. (Segue) l'ipotesi del concorso fra diritti, "semplice" o "alternativo"	194
2. Il rapporto tra le due azioni risarcitorie sul piano del processo: la possibilità del cumulo alternativo di domande (a cui non corrisponde necessariamente, sul piano sostanziale, un concorso alternativo fra i diritti sottesi)	198

- |      |   |     |
|------|---|-----|
| 3.   | La più opportuna soluzione del cumulo condizionale tra la domanda di risarcimento del danno “principale” alla salute e quella di risarcimento del danno da perdita di <i>chance</i>                             | 201 |
| 3.1. | I limiti di ammissibilità del cumulo condizionale e i margini di riproponibilità della domanda condizionata di risarcimento del danno da perdita di <i>chance</i> che sia rimasta assorbita                     | 207 |
| 4.   | La possibilità del cumulo sopravvenuto (subordinato o necessariamente alternativo?): la domanda di risarcimento del danno da perdita di <i>chance</i> come domanda “complanare”, anche dopo la Riforma Cartabia | 212 |
| 5.   | La (dubbia) possibilità di proporre per la prima volta in appello la domanda complanare di risarcimento del danno da perdita di <i>chances</i> terapeutiche   | 222 |
| 6.   | La compatibilità del cumulo subordinato, anche eventualmente sopravvenuto per complanarità, con il rito sommario di cognizione (oggi “semplificato di cognizione”)  | 228 |
| 7.   | Lo svolgimento della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi della legge Bianco-Gelli nel caso di cumulo condizionale   | 233 |

#### CAPITOLO V

- |      |  |     |
|------|--|-----|
|      | Le aspettative disattese e le <i>chances</i> perdute nello svolgimento del processo civile. La fallibilità dell’algoritmo e la imprevedibilità della decisione (tutt’altro che robotica)                 | 243 |
| 1.   | Premessa. La prevedibilità della decisione e il ruolo del precedente quali variabili incidenti sul giudizio di responsabilità dell’avvocato, anche eventualmente in termini di perdita di <i>chances</i> | 243 |
| 2.   | Il giudizio di responsabilità professionale dell’avvocato tra prova del nesso di causa e perdita di <i>chances</i>   | 255 |
| 2.1. | (Segue) gli errori e le omissioni dell’avvocato che possono pregiudicare le <i>chances</i> dell’assistito  | 260 |
| 2.2. | Il dovere professionale dell’avvocato di conoscere la giurisprudenza e le sue evoluzioni: l’affidamento (incolpevole?) sull’orientamento giurisprudenziale poi mutato                                    | 264 |

2.3.	(Segue) ancora sugli oneri di diligenza dell'avvocato rispetto alla conoscenza dei precedenti: la formulazione del ricorso per cassazione secondo il canone dell'art. 360- <i>bis</i> , co. 1, n. 1), c.p.c.	271
2.4.	Una sintesi dei casi in cui il danno da perdita di <i>chances</i> può venire in rilievo in relazione alla responsabilità professionale dell'avvocato	275
2.5.	La giurisprudenza di legittimità in materia: le <i>chances</i> perdute di vittoria della lite come metro del giudizio (necessariamente) probabilistico di responsabilità dell'avvocato	280
3.	Le <i>chances</i> perdute in ragione del normale svolgimento della funzione giurisdizionale, che solo a talune condizioni può sfociare in una ipotesi di responsabilità del magistrato	284
4.	La perdita della <i>chance</i> di compiere attività processuali: il principio del c.d. pregiudizio effettivo e regime delle nullità processuali	297
Conclusioni		307
Bibliografia		313

Copia non commerciabile, solo per uso personale. Tutti i diritti riservati



## Prefazione

L'opera di Sara Barone si propone di esaminare i profili di maggiore interesse tecnico e scientifico dell'inverarsi nel giudizio civile di quelle situazioni sostanziali di vantaggio la cui consistenza si correla ad un'attualizzazione.

La complessità del problema discende anzitutto dall'interazione di due rilevantissime e assai differenti valutazioni probabilistiche: per un verso quella intorno alla verifica di un evento futuro ormai sicuramente mancato e quindi con prognosi controfattuale; per altro verso quella retrospettiva relativa alla causazione di un evento passato o futuro, o della sua mancata verifica.

Ogniqualevolta infatti si discute della causazione di un evento futuro, o di uno scenario controfattuale, l'ascrizione della responsabilità giuridica esige criteri di allocazione del rischio dell'incertezza sui fatti che siano congrui rispetto ai criteri ispiratori della disciplina sostanziale di riferimento.

In questa chiave, si spiega perché questi criteri tendono a somigliare a quelli relativi alla prova della effettiva verifica di un evento passato, ma presentano un problema peculiare, di cui il libro rende avvertiti: mentre in quest'ultimo caso è in linea di massima accettabile che lo spazio applicativo della disciplina dell'onere della prova possa ricomprendere una sfera di ipotesi assai vasta, rispetto alla prova della causazione della verifica o mancata verifica dell'evento futuro in base a prognosi controfattuale, si è avvertita l'esigenza di ridurre considerevolmente l'incidenza dell'incertezza sugli incentivi alla minimizzazione del danno.

Nell'esperienza pratica, questo fenomeno si è reso particolarmente vivido in alcuni settori del contenzioso sui quali di conseguenza

si concentra, nel volume, l'attenzione: in particolare nel campo della responsabilità sanitaria si è ritenuto necessario assicurare che la diligenza professionale venisse garantita anche ai casi ardui e financo disperati (parametrando tuttavia correlativamente la quantificazione del risarcimento, e innescando anche reazioni legislative avverse), ma il ragionamento che fonda siffatta evoluzione si presta ad essere applicato in via ben più generale.

Si rinvengono quindi nell'opera qui presentata, appropriatamente interdisciplinare, anzitutto un esame di sviluppi negli ordinamenti stranieri, ed un'analitica disamina del dibattito della dottrina civilistica nazionale, in cui si prende posizione in senso favorevole alla riconoscibilità della *chance* come autonoma situazione soggettiva sostanziale, distinguibile come tale sia dall'interesse immediatamente leso dall'inadempimento (o dall'illecito) di cui si predichi la risarcibilità anche ove non sia soddisfatto lo standard di prova del nesso di causalità, sia dalle componenti del danno risarcibile qualificabili come conseguenza della lesione: benché la vittima possa chiedere il ristoro del pregiudizio subito come posta ulteriore di un danno di cui sia provato il nesso causale secondo le regole ordinarie, non si esclude quindi che la perdita della *chance* sia risarcibile anche in assenza di questo, fermo restando lo standard di prova del nesso causale (la cui alterazione può giustificarsi nei particolari contesti della tutela aggregata delle lesioni seriali, e che non concerne la probabilità di concretizzazione della *chance* perduta), ed allentandosi piuttosto il requisito della diretta e immediata consequenzialità dal fatto lesivo.

A questo orizzonte, il volume fa seguire un'attenta ricostruzione degli approdi a cui è pervenuta la giurisprudenza italiana in vari contesti, osservandosi come ancora manchi uniformità di vedute sulla soglia minima di probabilità *ex ante* di concretizzazione della *chance* richiesta affinché la sua lesione, di cui sia ordinariamente accertata la causazione, risulti risarcibile, e possa trovare spazio l'idea della duplice tutelabilità della perdita di *chance*, sia come posta ulteriore di danno (o attraverso la tecnica di liquidazione dello stesso), sia come pregiudizio ad un'autonoma situazione soggettiva di vantaggio.

In tale prospettiva, occorre principalmente individuare le implicazioni che l'affermazione di siffatta duplice tutelabilità produce nella dinamica del contenzioso. Una volta individuato il contenuto sostanziale della protezione conseguibile dall'autorità giurisdizionale, il lavoro è volto infatti a discernere quali siano gli elementi costitutivi da indicare

nella domanda giudiziale, o al più nella prima memoria integrativa (quale che ne sia il termine) affinché si costituisca validamente il dovere decisorio del giudice e in che misura l'esercizio dell'azione debba coordinarsi con il concorso con virtuali possibilità di tutela di altre situazioni di vantaggio.

Sotto il primo profilo, l'A. illustra come la teoria della individuazione della domanda e dell'oggetto del giudizio conduca a ritenere identificabile la situazione di vantaggio consistente nella *chance*, intesa la sua perdita come *causa petendi*, attraverso l'enunciazione della sequenza controfattuale caratterizzata dall'assenza dell'inadempimento (o dell'illecito), indipendentemente dalla natura commissiva od omisiva di tale fatto: attiene piuttosto al *petitum*, ossia alla identificazione del rimedio, la qualificazione del danno risarcibile come patrimoniale o non patrimoniale, in vista poi delle appropriate quantificazioni; costituiscono allegazioni funzionali alla prova del danno, invece, i tratti della sequenza controfattuale cronologicamente successivi all'inadempimento (o all'illecito).

Intorno al secondo aspetto, l'Autrice si sofferma sulle implicazioni del divieto di frazionamento, e del cumulo alternativo o condizionato di domande che tale divieto può già rendere necessario, e in particolare sull'uso di domande subordinate come modalità di massimizzazione dell'efficienza della tutela: pur tenendo fede all'idea che il condizionamento, oltre che in sede decisoria, possa operare anche ai fini della trattazione, il volume soppesa la difficoltà pratica di applicarla quanto meno là dove ciò possa comportare addirittura una moltiplicazione di accertamenti tecnici preventivi in ragione della loro previsione legislativa come condizione di procedibilità.

La parte conclusiva dell'opera si concentra sulle manifestazioni del fenomeno della perdita di *chance* risarcibile nei contesti maggiormente familiari al processualista e di grande risalto nella realtà economico sociale forense, ossia tutti i casi in cui siffatto genere di danno è ascrivibile a colpa del difensore o del giudice o dei consulenti: la rilevanza che anche in tali occasioni possono assumere i risultati scientifici conseguiti nell'analisi della tutela in tema di responsabilità sanitaria conferma l'ampiezza delle dimensioni del tema trattato e l'importanza del lavoro che si presenta, il primo in assoluto – a quanto consta anche nella letteratura degli altri ordinamenti europei ed iberoamericani – ad inquadrare questo scottante tema nell'ottica delle modalità della tutela giurisdizionale.

Solo questo metodo, infatti, nel concentrarsi sui nessi tra diritto sostanziale e processo, anche alla luce del dibattito straniero, coltiva quella prospettiva metodologica che permette di conseguire una visione ampia delle questioni poste dalla perenne evoluzione del diritto vivente, senza restringere gli sguardi dei processualisti ai soli risvolti endo-proceduristi e talora quasi agli anfratti minori o ai temi larghissimamente arati.

ANDREA GIUSSANI

*Copia non commerciabile, solo per uso concorsuale - Tutti i diritti riservati*



## Premessa: la perdita di *chances* nel prisma del processo civile

La presente trattazione si prefigge l'obiettivo di analizzare la figura del danno da perdita di *chances* nella prospettiva del processo, a partire dalla necessaria disamina delle questioni di carattere sostanziale, le uniche davvero emerse e sondate sino ad ora nel dibattito dottrinale, su impulso della giurisprudenza che ha dettato il passo e scandito le tappe del percorso che ha condotto al riconoscimento ormai pacifico della tutela risarcitoria della lesione delle *chances* di ottenere un risultato vantaggioso.

Se la tutelabilità in astratto può dirsi ormai acquisita – la giurisprudenza, infatti, da tempo attribuisce una qualche rilevanza giuridica alla *chance*: ma v. *infra* quanto si dirà in particolare nel cap. II che dà conto dei passaggi, e così delle pronunce fondamentali, che hanno condotto a tale riconoscimento –, molti sono gli aspetti ancora poco indagati, che solo *nel processo* possono essere meglio messi a fuoco.

La insoddisfacente dicotomia fra teorie ontologica ed eziologica (sul punto v. il cap. I), su cui troppo si è indugiato nell'intento di sciogliere il dubbio sulla possibilità di elevare la *chance* ad interesse suscettibile di specifica tutela, ha distolto l'attenzione degli interpreti dalla esigenza di interrogarsi su alcuni quesiti di fondo.

In particolare, non è ancora chiaro se la perdita di una *chance* possa configurare lesione di una situazione giuridica protetta tale da giustificare l'insorgenza di un autonomo e distinto diritto di credito risarcitorio. Infatti, specie con riguardo alle cause di responsabilità sanitaria, nelle quali la riflessione sulla risarcibilità delle *chances* perdute ha raggiunto gli esiti più compiuti, la giurisprudenza di legittimità afferma che la perdita di *chances* consiste in un evento di danno, seppur caratterizzato da «insanabile incertezza» (incertezza che, talvolta, neppure

la consulenza tecnica è in grado di dissipare); e da questa riconosciuta autonomia fa discendere altresì il corollario, l'unico che risponde agli interrogativi del processualcivilista, per cui il risarcimento della perdita di una *chance* possa essere accordato solo in risposta ad una apposita domanda di parte (così espressamente Cass. 29.11.2012, n. 21245, su cui v. *infra* nel cap. II). Eppure non se ne ricava altrettanto chiaramente l'idea che la lesione della *chance* quale interesse meritevole di tutela (o quantomeno «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione» come preferisce dire la S.C. con espressione ormai nota) configuri la fattispecie costitutiva di un certo diritto di credito.

Il tema si presenta complesso, specialmente perché a monte vi è l'interrogativo sulla unicità del diritto risarcitorio in generale e cioè se si possano individuare tanti diritti al risarcimento del danno quante sono le "voci di danno" relative al medesimo fatto lesivo ovvero se proprio l'unicità del fatto lesivo individui un unico diritto di credito comprensivo di tutte le possibili voci di danno corrispondenti ai singoli pregiudizi patiti.

L'una impostazione non esclude l'altra. Così, si potrà individuare un autonomo diritto di credito risarcitorio ogni qualvolta il pregiudizio subito sia l'effetto immediato e diretto della lesione di un distinto interesse giuridicamente tutelato. In altri termini, là dove si riconosce un interesse protetto dall'ordinamento, la domanda di condanna al risarcimento del danno è retta da una distinta *causa petendi*, solo in parte coincidente con quella fondante una distinta domanda per il ristoro di un distinto pregiudizio, in virtù della eventuale identità del fatto storico.

Poste tali premesse, la riflessione prosegue con l'intento di definire il complesso di fatti costitutivi del diritto di credito al risarcimento della *chance* (quando è interesse giuridicamente tutelato, e così nell'ambito del rapporto di cure sanitarie, che si è assunto a modello di tali fattispecie). Oltre alla condotta illecita da cui è dipeso il pregiudizio, l'attore dovrà allegare la sequenza controfattuale alternativa data dall'insieme di circostanze atte a indicare la realizzabilità della *chance* in assenza di illecito; non potendo ritenersi sufficiente ai fini dell'individuazione dell'oggetto della domanda la semplice affermazione della lesione e della esistenza di una opportunità di conseguire un vantaggio prima dell'intervento della condotta lesiva.

È nel processo, e in particolare nell'opera di identificazione del diritto fatto valere, che la *chance* assume la consistenza di un interesse tu-

telabile. E sempre nel processo si recupera il tema della causalità quale tratto distintivo della *chance*, non già per affermare l'utilizzabilità di una regola di accertamento del nesso alternativa a quella ormai invalsa nel giudizio civile, basata sul canone del "più probabile che no", bensì per calare nella dinamica concreta del processo una situazione soggettiva altrimenti destinata a restare ipotetica e astratta in quanto irrealizzata e non più realizzabile.

Proprio la dimensione ipotetica e astratta in cui la *chance* esiste per definizione sollecita l'ulteriore interrogativo intorno alla possibilità di avvalersi del processo per conferire concretezza ad un interesse altrimenti privo di consistenza materiale. In quest'ottica – e cioè in una prospettiva di affermazione giudiziale della *chance* come interesse autonomamente protetto – può essere utile ragionare sulla ammissibilità di una domanda di mero accertamento dei fatti identificativi della *chance* stessa; e ancora sulla utilità di una domanda di condanna generica che non si limiti a ricostruire la *chance* nel processo (attraverso la catena di fatti ed eventi che si sarebbero verificati ove non fosse intervenuto l'illecito), ma sia volta ad ottenere l'accertamento quantomeno della potenzialità dannosa della condotta illecita in termini di perdita di *chance* (sul punto v. in particolare i par. 1 e 1.1. del cap. III).

Una volta identificato uno specifico diritto al risarcimento della *chance* perduta (dove possibile), si passa ad approfondire il rapporto di connessione esistente tra la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* e la domanda di risarcimento del danno subito per il sacrificio del bene "finale", identificabile nel risultato cui il soggetto aspirava per il tramite della *chance*.

Il cap. IV si occupa infatti del rapporto tra questo credito e quello nascente dalla lesione dell'interesse "principale" o "finale" (con aggettivi che rievocano la strumentalità della *chance*, ma che rispondono ad una esigenza qui puramente descrittiva), prendendo a modello le liti da responsabilità sanitaria, nelle quali è ragionevole immaginare che il soggetto danneggiato possa (quantomeno in astratto) pretendere il ristoro del danno alla salute e, in via subordinata, del danno da perdita di *chances* di guarigione o di una più lunga sopravvivenza. Il giudizio potrà allora essere incardinato secondo la struttura del cumulo condizionale subordinato, immaginando che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances*, quale domanda "complanare", possa essere introdotta nel corso del giudizio e non oltre la prima memoria ex art. 183, co. 6, c.p.c. (e, nel nuovo rito di cognizione in vigore dal

28 febbraio 2023 di cui al d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, adottato in attuazione della legge delega n. 206 del 26 novembre 2021 recante la riforma del processo civile, non oltre la prima memoria integrativa *ex art. 171-ter*, da depositare almeno quaranta giorni prima dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.). Anche dal punto di vista strategico, poste le difficoltà di prova del nesso causale che spesso si riscontrano nella prassi delle liti sanitarie, tale assetto processuale, in cui la decidibilità nel merito della domanda subordinata di risarcimento del danno da perdita di *chances* è condizionata al rigetto della domanda proposta in via principale – ovvero al rigetto della stessa per una ragione in particolare, come ad esempio il mancato riscontro del nesso causale, ove si voglia delimitare la portata dell'evento condizionante – appare più idoneo a garantire la tutela complessiva del paziente danneggiato.

A questo punto la disamina delle questioni relative alla tutela processuale della *chance* quale interesse giuridicamente tutelabile avrebbe potuto concludersi, ma, ad ulteriore conferma delle molteplici prospettive da cui è possibile riguardare il tema, la trattazione prosegue, nel cap. V, con una riflessione sulle *chances* di tutela disattese proprio nell'ambito del processo civile, e non sempre tali da giustificare l'insorgenza di un'obbligazione risarcitoria. Infatti, mentre gli errori e le omissioni dell'avvocato più facilmente potranno essere fonte di responsabilità del professionista per lesione della *chance* di raggiungere un accordo transattivo lite pendente (dove la prosecuzione del giudizio venga impedita dalla colpevole mancata o tardiva proposizione dell'impugnazione da parte del difensore) ovvero di ottenere un esame nel merito delle doglianze fatte valere con il ricorso per cassazione, dichiarato invece inammissibile, ad esempio, per difetto di autosufficienza; più rare saranno le occasioni per affermare la responsabilità civile del magistrato, pur potendosi rintracciare talune situazioni sintomatiche di una perdita di *chance* dettata dall'ordinario svolgimento dell'attività decisoria, pur non sfociato nell'illecito. Emblematico è, a tal proposito, il caso della mancata rimessione alle sezioni unite da parte della sezione semplice, che si discosti dall'art. 374, co. 3, c.p.c. e così non intenda uniformarsi al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, ma decida in spregio allo stesso senza sollecitare un nuovo arresto del supremo consesso.

**PARTE I**

**LA PERDITA DI CHANCES:  
LESIONE DI UNA SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA  
O MERO CANONE DI VALUTAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE?**

*Copia non commerciabile, solo per uso concorsuale - Tutti i diritti riservati*



# I. L'origine del danno da perdita di *chances*: un problema di prova del nesso causale

## 1. La *perte de chance* nell'ordinamento francese: dall'origine pretoria al riconoscimento legislativo nell'ultimo progetto di riforma del codice civile

Com'è risaputo, è all'elaborazione dei giuristi francesi che si devono i primi tentativi di sistemazione della figura del danno da perdita di *chances*<sup>1</sup>.

L'ampia riflessione di un Autore francese, pubblicata qualche lustro fa sulla Rivista *Responsabilità Civile e Previdenza* – in un'epoca in cui il danno da perdita di *chance* aveva già fatto la sua prima comparsa nella giurisprudenza italiana, sebbene non ancora nell'ambito in cui avrebbe poi trovato più seguito, cioè quello della responsabilità sanitaria – richiamava l'attenzione degli interpreti sul problema causale come elemento essenziale del dibattito sulla *chance*<sup>2</sup>.

Anche in Francia la consacrazione di quello che apparentemente si mostrava come «*dommage simplement hypothétique*»<sup>3</sup> è seguita all'opera interpretativa della giurisprudenza. La letteratura francese fa risalire il

<sup>1</sup> Per una prima bibliografia essenziale sulla riflessione della dottrina francese in materia, v., per tutti, H.L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, VI ed., 1965, 268 ss.; G. VINEY e P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin (diretto da), *Traité de droit civil*, Paris, II éd., 1998, spec. 72 ss.

<sup>2</sup> Il riferimento è a F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.* 1996, 227 ss., secondo cui, tuttavia, è improprio chiamare in causa la perdita di *chance* solo per far fronte alla irrisolvibile indeterminazione della relazione eziologica, con ciò denunciando il problema cruciale del risarcimento del danno da perdita di *chances*.

<sup>3</sup> Come lo definì uno dei primi commentatori: H. LALOU, *La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques*, Parigi, 1928, spec. 43-44.

primo caso di risarcimento delle *chances* perdute ad una decisione della *Cour de Cassation* del 17 luglio 1889, relativa alla responsabilità dell'ufficiale giudiziario per aver impedito la prosecuzione del giudizio, in cui si affermava – con una logica che si vedrà essere tipica dei nostri giudizi di responsabilità professionale (v. in particolare il cap. V) – che il diritto risarcitorio poteva dirsi sussistente solo nel caso in cui il giudizio perentorio o l'impugnazione perduta si fosse rivelata fondata<sup>4</sup>.

Oggi le incertezze intorno alla risarcibilità delle *chances* perdute dovrebbero considerarsi in via di risoluzione in Francia, stante il nuovo art. 1238 *code civil*, ricompreso nel progetto di riforma – avviato nel 2017 e ancora in fase di discussione – della disciplina in materia di responsabilità civile<sup>5</sup>, che espressamente contempla come danno ri-

<sup>4</sup> La soluzione fu reiterata dalla *Cour de Cassation* in un *arrêt* del 30 giugno 1902, sempre in una vicenda di asserita responsabilità dell'ufficiale giudiziario. Entrambi i casi sono recentemente richiamati e discussi da A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014, 4, la cui opera significativamente indaga il prestito della figura del danno da perdita di *chance* dal diritto civile al diritto amministrativo; sul tema v. anche AA.Vv., *La perte de chance devant les juridictions administratives, Actes du colloque de Lyon du 19 novembre 2018, Cour administrative d'appel de Lyon*, 2019.

<sup>5</sup> Il progetto è stato presentato il 13 marzo 2017 per la sottoposizione all'esame parlamentare, allo stato non ancora culminato nell'approvazione definitiva: per un aggiornamento sull'avanzamento dei lavori, v. *Le Sénat veut avancer sur la réforme de la responsabilité civile*, in *dalloz.actualité.fr*, 22 luglio 2020. A prescindere da quale sarà la sorte del progetto, merita sottolineare che in questa occasione, a differenza della precedente riforma della disciplina dei contratti tramite *ordonnance*, si è optato per la via della legge ordinaria che, indubbiamente, dilata l'iter di approvazione (sulla ricodificazione in materia contrattuale con *ordonnance* n. 2016-131 del 10.2.2016, entrata in vigore il 1.10.2016 e ratificata con l. n. 2018-28 del 20.4.2018, v., fra i numerosi commenti degli Autori italiani, AA. Vv., nel numero monografico di *Persona e Mercato* 1/2018, 1 ss.; G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 185 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'efficacia del contratto nei confronti dei terzi (a proposito dei recenti progetti di riforma del code civil)*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, Napoli, 2013, 2057 ss.). I tratti più significativi della riforma si rinvergono nella codificazione del principio tradizionale nell'ordinamento francese del "non-cumul" tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; nella previsione espressa della funzione anche preventivo-punitiva della responsabilità civile (il nuovo art. 1266 vorrebbe introdurre una "amende civile" da comminare nel caso in cui il danno sia stato cagionato con colpa allo scopo di trarre un vantaggio o un risparmio); nel potere del giudice di aumentare il *quantum* della clausola penale e nella eccezionalità del ristoro in forma specifica. Per approfondire v., fra gli altri, G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. Impr.* 1/2018, 1 ss.; A. CARRATTA, *Il progetto francese di riforma della responsabilità civile: profili processuali*, in *Eur. dir. priv.* 1/2020, 139 ss.; S. MAZZAMUTO, *Osservazioni sui poteri del giudice francese e di quello italiano*, *ivi*, 173 ss.; T. PELLEGRINI, *Il principio di riparazione integrale del danno*, *ivi*, 183 ss.; *Id.*, *I costi di riparazione come risarcimento per equivalente. Note a margine del progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 3/2019, 445 ss.; E. RAJNERI, *Il progetto di riforma della responsabilità civile in Francia*, *ibidem*, 463 ss.



sarcibile, in aggiunta a quello derivante dalla «lesione di un interesse lecito, patrimoniale o extrapatrimoniale» (art. 1235 del progetto), anche quello consistente nella perdita di *chances*, condizionandone la risarcibilità alla verifica che «la scomparsa dell'evento favorevole sia attuale e certa» (*recte*, che sia attuale e certo il nesso di causalità tra l'illecito e l'evento di danno, consistente – parrebbe – non nella perdita della possibilità in quanto tale, ma proprio nella definitiva «scomparsa dell'evento favorevole»)<sup>6</sup>.

Difatti la formula proposta nel disegno riformatore ricalca fedelmente quella ricorrente nell'uso giurisprudenziale, di perdita di *chances* come «*la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable*»<sup>7</sup>.

È chiaro, dunque, che, tramite il riferimento ai parametri di attualità e certezza, il legislatore abbia voluto recepire la solida elaborazione della giurisprudenza della Cassazione, che ha sempre, tendenzialmente, ancorato il risarcimento del danno da perdita di *chances* ad un parametro di ragionevolezza (della aspirazione al risultato vantaggioso finale), al fine di impedire che il presunto sacrificio di qualunque, pur minima o addirittura trascurabile, aspettativa di ottenere un vantaggio potesse giustificare una condanna al risarcimento del danno<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Parla di positivizzazione del danno da perdita di *chance*, nell'ambito del progetto di riforma del codice civile belga, S. GAREFFA, *Uno sguardo al progetto di riforma del codice civile belga: interessanti prospettive in materia di nesso causale e danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.* 4/2022, 1319 ss., con la precisazione che tale progetto di riforma – stando alla relazione illustrativa richiamata dall'A. – intende piuttosto introdurre un nuovo modello di ricostruzione del nesso causale, alternativo allo schema classico del “tutto o niente”, che assicurando un risarcimento del danno anche in ipotesi di incertezza sul nesso, evoca i ragionamenti tipici della perdita di *chance*.

<sup>7</sup> Come riporta più recentemente A. MURE, *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, Grenoble, 2019, spec. 246 ss. e le pronunce della *Cour de cassation* citate in nt. 797.

<sup>8</sup> Sebbene in alcune occasioni la Corte di cassazione abbia svincolato il risarcimento della perdita di *chance* dalla valutazione delle concrete possibilità di realizzazione del risultato finale, ritenendo meritevole di tutela anche una *chance* irrisoria. Sul tema v. J.S. BORGHETTI, *Réparation de la perte de chance: la Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue*, in *La Semaine Juridique – Edition générale*, 14 luglio 2014, in nt. a due pronunce della Corte di cassazione francese del 30.4.2014 (in decisione dei ricorsi nn. 12-22.567 e 13-16.380) con cui il giudice di legittimità ha inteso smentire il principio di risarcibilità della lesione di qualunque *chance*, a prescindere dalla sua consistenza, sancito da un precedente arresto del 2013 (Cass. 16.1.2013, n. 12-14.439), in cui si statuiva chiaramente che «*la perte certaine d'une chance même faible, est indemnisable*», e che aveva raccolto numerose critiche in dottrina (nello stesso senso anche la pronuncia di Cass. 12.10.2016, n. 15-23.230, in *Rev. des contrats* 1/2017, con nt. di J.S. BORGHETTI): v., ad es., P. JOURDAIN, *La perte d'une chance même faible, est indemnisable!*, in *RTD civ.* 2013, 380 ss., secondo cui tale approccio equitativo, e favorevole al risarcimento “a qualunque costo”, realizza

L'apprezzabilità in concreto di una *chance* viene, infatti, reputato quale elemento necessario alla valutazione (e quantificazione) del danno ove ritenuto sussistente.

Eppure le formule invalse nella giurisprudenza, sulla serietà e attualità della perdita del risultato vantaggioso, poi evidentemente riprese dai *conditores* della riforma, non sono fino in fondo dirimenti rispetto alla questione dell'inquadramento della perdita di *chance* tra fattispecie autonoma di danno, regola causale alternativa ovvero tecnica di liquidazione del danno. In realtà, scorrendo le pagine di dottrina e giurisprudenza, si ha l'impressione che il problema qualificatorio non sia così pressante, né ritenuto decisivo al punto da incidere sulla regola operativa applicata.

In effetti, a prescindere da come si intenda definire la perdita di *chance*, non v'è dubbio che l'apprezzamento in concreto della occasione perduta sia pur sempre teso alla verifica della sussistenza di una *chance* seria e apprezzabile, perché si possa accogliere la domanda di condanna al risarcimento del danno lamentato. E di questa "irrelevanza della classificazione" – tra danno emergente, lucro cessante, regola causale "proporzionale", tecnica di liquidazione: tutte opzioni su cui la dottrina e la giurisprudenza italiane, come si vedrà *infra* in questo stesso capitolo, si sono poi a lungo divise, senza peraltro giungere a soluzioni univoche – gli interpreti francesi sembrano essersi avveduti ben presto, nella misura in cui hanno concentrato l'analisi della figura sugli unici profili forse davvero cruciali: il nesso di causalità e le condizioni di risarcibilità in concreto del preteso danno.

La focalizzazione del dibattito sulla *perte de chance* intorno al problema della ricostruzione del nesso eziologico non ha comunque impedito – come era naturale – lo sviluppo di percorsi definitivi differenziati. Così, secondo una certa prospettiva, l'attribuzione di valore giuridico alla perdita di *chances* passerebbe necessariamente per la via del riconoscimento di un danno "intermedio", ma autonomo rispetto al danno c.d. "finale", e che, tuttavia, ha ragione di esistere solo in quanto non esista o meglio non possa provarsi il danno finale.

---

l'effetto controproducente di favorire il contenzioso. Ancor più recentemente v. Cass. 11.3.2020, n. 18-25.994, in *actu.dalloz-etudiant.fr*, che ha ribadito come «*toute disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable constitue une perte de chance réparable*», con la opportuna precisazione per cui la perdita della occasione vantaggiosa non è risarcibile se dipesa dalla condotta dell'asserito danneggiato.

Una impostazione alternativa è quella che considera lo stesso illecito su due livelli di causalità, ai quali il giudice possa alternativamente riferirsi a seconda che l'attore sia o meno in grado di provare il nesso eziologico tra l'illecito e il danno finale<sup>9</sup>: in quest'ultimo ordine di idee, la perdita di *chance* non individua un diverso illecito, bensì una diversa sequenza causale in quanto risulti impossibile la prova (ma non esclusa la sussistenza possibile) del danno "principale".

Le due prospettive divergono senz'altro: l'una valorizza la perdita di *chance* quale autonomo evento di danno (e così come autonomo *petitum* mediato), l'altra come regola causale. Nondimeno, nei risvolti pratici, un elemento sembra accomunarle, e cioè in nessun caso la perdita di *chance* può essere risarcita se si realizzano, e cioè sono allegare e provate in giudizio, le condizioni per il ristoro del danno "finale"<sup>10</sup>. Tale conclusione è coerente con l'assunto di base – vera e propria costante del discorso sulla *chance* – secondo cui il pregiudizio patito per la perdita di *chances* rappresenta una quota del danno finale; e infatti, secondo quello che pare il non controverso avviso della *Cour de Cassation*, «la compensazione per la perdita di una *chance* deve essere misurata in base all'opportunità persa e non può essere uguale al beneficio che sarebbe derivato dalla realizzazione della stessa *chance*»<sup>11</sup>.

Ad ogni modo, quale che sia la ricostruzione prediletta, è emersa via via da parte della giurisprudenza francese, la tendenza ad attribui-

---

<sup>9</sup> Come riporta efficacemente C. SINTEZ, *La perte de chance, une notion en quête d'unité*, in *Les Petite Affiches*, 2013, 1 ss., la riflessione sul danno da perdita di *chances* si divide tra quanti lo concepiscono come danno intermedio distinto da quello finale; e quanti, invece, ritengono che il danno da perdita di *chances* ponga un problema squisitamente causale.

<sup>10</sup> In sostanza dove c'è la (possibilità di provare la) certezza del danno finale non v'è ragione per chiamare in soccorso il danno da perdita di *chance*: in tal senso – sulla base di considerazioni molto vicine a quelle che si affacciano nel dibattito sulla perdita di *chance* in Italia – v. F. LEDUC, *La perte de chance: rapport de synthèse*, in *Les Petite Affiches*, 2013, cit., 51. Sembra dissentire A. BASCOULERGUE, *Réparation d'un préjudice de perte de chance et condamnation in solidum*, in *La Semaine Juridique*, 2017, in nt. alla pronuncia di Cass. 8.2.2017, n. 15-21.528, relativa ad una condanna al risarcimento del danno in solido della struttura sanitaria e del medico, ove quest'ultimo, però, era stato ritenuto responsabile solo per il danno da perdita di *chances* e non anche del danno finale (imputato solo alla struttura). Secondo l'A. il danno da perdita di *chances* è autonomo e può anche affiancare il danno principale, non dovendo necessariamente porsi in alternativa (subordinata) a questo.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. 16.7.1998, n. 96-15.380; Cass., 26.9.2012, n. 11-19.464; Cass., 27.2.2013, n. 12-15.483; Cass., 11.12.2013, n. 12-23.068; Cass., 11.9.2014, n. 13-10.414, tutte citate nel *Bulletin d'information. Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications* della *Cour de Cassation*, n. 834/2016, spec. 15.

re un qualche rilievo anche a quei pregiudizi normalmente destinati a dissolversi dinanzi al principio della integralità del risarcimento, e che hanno trovato, invece, uno spiraglio nella messa a punto della riflessione sulla perdita di *chances*, suscettibile di essere fatta valere ogni qualvolta la vittima sia stata privata della occasione di realizzare un risultato favorevole o evitare un evento sfavorevole. In entrambi i casi, infatti, indifferentemente, «l'evento lesivo ha compromesso la posizione della vittima, ma l'impatto esatto di questo danno, che dipende in parte dal caso o da circostanze sconosciute, non può essere misurato»<sup>12</sup>.

Anche in Francia, dunque, non diversamente da quanto registrato nel nostro ordinamento, come si vedrà nel prosieguo, la giurisprudenza ha reagito al problema della incertezza della prova del nesso di causa, generalmente elevando la perdita di *chance* a pregiudizio specifico, meritevole di tutela risarcitoria, ma comunque correlato alla probabilità *ex ante* di verificazione del mancato evento favorevole, e talvolta avvalendosi della *chance* per attenuare l'onere della prova del nesso causale, e liquidare così una somma "proporzionata" alla quota di danno provato, al fine di non lasciare il danneggiato privo di qualunque ristoro a fronte di una condotta chiaramente colposa<sup>13</sup>.

Una fattispecie rispetto alla quale la perdita di *chance* è stata largamente invocata dalla giurisprudenza francese è quella della responsabilità per violazione degli obblighi di informazione, ad esempio con riguardo allo svolgimento delle prestazioni sanitarie, dove addirittura la perdita di *chance* – consistente nella «*perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé*» – è stato considerato «*le seul préjudice indemnisable*»<sup>14</sup>. È interessante notare, poi, che la *Cour de Cassation* ha

<sup>12</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN e S. CARVAL, in J. Ghestin (diretto da), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, IV ed., 2013, 278.

<sup>13</sup> Cfr., per un esempio di tale indirizzo "causale", Cass. 28.1.2010, n. 08-20.755 e 08-21.962, commentata criticamente da S. HOCQUET-BERG, *La perte d'une chance pour fixer la réparation à la mesure statistique du lien causal entre les fautes et le dommage*, in *La Semaine Juridique*, 2010, 878 ss., che, in un caso di responsabilità sanitaria, ammetteva il risarcimento del danno da perdita di *chances*, ritenendo che gli errori medici riscontrati fossero stati "almeno in parte" la causa del danno, in una misura fissata al 75%, ma che per il restante 25% il danno dovesse ritenersi congenito e non causato dall'intervento dei sanitari. Per tale ragione la vittima non poteva ricevere il risarcimento dell'intero danno, ma solo del danno da perdita di *chances*. Per altri riferimenti v. pure A. GASPARINI, *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. impr. eur.*, 4/2008, 338.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 6.12.2007, n. 06-19.301, *Bull.* 2007, I, n. 380.

anche sancito l'indipendenza di tale pregiudizio, individuabile nella perdita dell'occasione di rifiutare il trattamento sanitario, statuendo che «l'inadempimento dell'obbligo informativo da parte di un operatore sanitario provoca alla persona cui era dovuta l'informazione, al verificarsi di tale rischio, un danno derivante dalla perdita della opportunità di prepararsi alle conseguenze di tale rischio, che non si può tollerare resti privo di tutela»<sup>15</sup>.

Sulla stessa scia, sempre in materia di obblighi di informazione, la giurisprudenza ammette costantemente il risarcimento del danno da perdita di *chances* cagionato dalle omesse (inesatte o incomplete) informazioni da parte della banca o dell'intermediario finanziario, là dove il danno sussiste nella perdita della opportunità di non stipulare il contratto che poi si è rivelato pregiudizievole per il soggetto investitore male consigliato<sup>16</sup>.

L'osservazione degli arresti del giudice di legittimità francese indurrebbe a concludere che lo spazio riservato alla perdita di *chance* sia tutto sommato ben definito e libero da zone d'ombra.

In realtà non poche sono le voci critiche registrate in dottrina<sup>17</sup>, in denuncia del ricorso improprio alla perdita di *chance* come palliativo dell'incertezza causale. Così si è ritenuto che «la perdita di *chance* sia la creazione artificiale di un danno astratto, destinata ad aiutare i soggetti che incontrano difficoltà nella prova del nesso di causalità»<sup>18</sup>. Proprio la responsabilità nascente dalla omissione degli obblighi informativi ha offerto la sponda per le contestazioni più severe all'uso largheggiante del danno da perdita di *chance*: poiché, a fronte di una siffatta

<sup>15</sup> Così Cass. 23.1.2014, n. 12-22.123, *Bull.* 2014, I, n. 13. Sul punto v. anche O. SABARD, *Précisions sur le préjudice né du défaut d'information du médecin*, in *Les Petite Affiches*, 2014, 11 ss.; A. GUÉGAN-LÉCUYER, *Le préjudice d'impréparation ou comment subordonner la sanction du défaut d'information médicale à l'atteinte corporelle résultant de l'acte médical*, in *Rev. des contrats* 3/2014, 368 ss.

<sup>16</sup> In merito v. R. BONHOMME, *Responsabilité et gestion du risque financier*, in *RD banc. et fin.* 6/2010, étude 31, 41 ss.

<sup>17</sup> Per una più completa rassegna delle riflessioni dottrinali v. il *Bulletin d'information*, cit., spec. 21 ss., ove si evidenzia altresì che le contrapposizioni sono emerse con maggiore vigore rispetto alla fattispecie, sempre relativa all'inadempimento degli obblighi informativi, del pregiudizio lamentato dall'acquirente di un bene immobile in ragione delle informazioni errate ricevute da un tecnico prima dell'acquisto: qui il ristoro della sola perdita di *chances*, invece del danno "vero e proprio", sarebbe giustificata in base al fatto che non è dato sapere con certezza se, correttamente informato, il soggetto avrebbe rinunciato all'acquisto.

<sup>18</sup> In questi termini M. BACACHE, *La réparation de la perte de chance : quelles limites ?*, nt. a Cass. 16.1.2013, n. 12-14.439, *Bull.* 2013, I, n. 2.

omissione non pare sempre possibile per il giudice stabilire come il soggetto danneggiato avrebbe agito (a meno che l'attore non riesca a dimostrare che, se informato, avrebbe potuto far meglio e indichi anche come), si tende ad utilizzare «la perdita di *chance* come una sorta di giudizio d'equità, quasi salomonico»<sup>19</sup>.

In tale scenario il giudice è costretto ad affidarsi, *in extremis*, alla perdita di *chances* come regola equitativa di giudizio pur di non negare una anche solo minima tutela in vicende connotate da una irrimediata incertezza circa il decorso causale ipotetico che si sarebbe potuto sviluppare in luogo di quello effettivo.

Sembra di poter affermare, in ultima analisi, che i contenuti e gli approdi della riflessione nell'ordinamento di origine del danno da perdita di *chance* non siano molto distanti da quelli che, sino ad ora, hanno caratterizzato il dibattito in Italia. Un primo punto fermo può già essere fissato: l'urgenza di riconoscere uno *status* al danno da perdita di *chance* sorge nel momento stesso in cui si affaccia il problema della prova del nesso di causa tra l'illecito e l'evento di danno.

## 2. Uno sguardo alla perdita di *chance* nell'ordinamento inglese

Nel rivolgere l'attenzione all'ordinamento inglese, si può subito osservare che il problema applicativo maggiormente avvertito è di nuovo quello inerente alla prova del nesso causale. Ciò posto, è bene far subito presente che gli Autori di *common law* si sono occupati della *loss of chance* specialmente in ambito di responsabilità sanitaria, discutendo, in particolare, quella impostazione – tendenzialmente rifiutata dalla giurisprudenza – che valorizza la *chance* per attuare una riduzione proporzionale del risarcimento in ragione della preesistenza di concause estranee alla condotta imputabile al presunto danneggiante<sup>20</sup>.

Il tema, sviluppatosi pure in Italia, riguarda le difficoltà operative derivanti dall'applicazione rigorosa della formula “*all or nothing*”, e del-

<sup>19</sup> L'espressione è di J.S. BORGHETTI, *La perte de chance de ne pas contracter*, in *Rev. des contrats*, 2/2010, 610 ss.

<sup>20</sup> Per più ampi riferimenti sul principio della c.d. *thin skull rule* espresso nella regola “*take your plaintiff as you find him*” sulla tendenziale irrilevanza degli stati preesistenti di vulnerabilità della vittima, v. da noi la recentissima opera di B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, II ed., Torino, 2020, spec. 231 ss., il quale ragiona pure sull'adattamento di tali principi da parte della nostra giurisprudenza di legittimità.

la correlata inanità della c.d. prova scientifica. La pregnanza del diritto alla prova mostra un vistoso limite in quelle vicende contraddistinte da una insuperabilità istruttoria talora scontata dall'attore già in partenza, per cui l'impossibilità di accertare la ricorrenza del rapporto causa-effetto rischia di determinare una sostanziale rinuncia alla funzione compensativa della responsabilità civile<sup>21</sup> e di impedire, di fatto, la dovuta considerazione di tutti i fattori che concorrono a cagionare il danno.

È a partire da queste premesse che, dall'osservazione di alcuni casi decisi dalla giurisprudenza inglese, si evince il tentativo di correggere la regola "*all or nothing*" tramite il riferimento alla perdita di *chance*. Così fu, ad esempio, nel celebre caso *Hotson v. East Berkshire Health Authority*<sup>22</sup>, in cui, tuttavia, a fronte delle aperture tracciate dai giudici di prime cure, la *House of Lords* preferì conservare l'impostazione tradizionale<sup>23</sup>, trincerandosi dietro il rischio che la disapplicazione del criterio risarcitorio "*all or nothing*" avrebbe ingenerato «*many complications in the search for mathematical or statistical exactitude*»<sup>24</sup>, e rigettando così la domanda in ragione della mancata prova della sussistenza del nesso causale<sup>25</sup>. Proprio in questa vicenda, peraltro, la novità rispetto a pre-

---

<sup>21</sup> Sul tema v. M. STAUCH, *Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Malpractice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, 2/1997, 205 ss., spec. 222-223; nonché W. SCOTT, *Causation in Medico-legal Practice: a Doctor's Approach to the «Lost Opportunities» Cases*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 55, 4/1992, 521 ss., spec. 523, anche per una rassegna delle sentenze che hanno tracciato l'evoluzione delle corti inglesi nell'uso della *loss of chance doctrine*.

<sup>22</sup> In breve la vicenda traeva origine da una frattura del femore conseguente alla caduta da un albero; nella prospettazione del danneggiato la mancanza di diagnosi e intervento tempestivi da parte della struttura sanitaria di primo ricovero aveva determinato l'insorgenza di una necrosi vascolare e una conseguente invalidità permanente.

<sup>23</sup> Il giudice di ultima istanza, infatti, riformò le decisioni assunte in primo grado e dalla *Court of Appeal*, la quale aveva ritenuto ammissibile il "*proportionate approach*" (utilizzato nelle *actions in contract*, a partire dalla risalente decisione resa nel 1911, nel caso *Chaplin v. Hicks* [1911, 2 KB 786], relativo ad un caso di perdita di *chance* di partecipare ad un concorso di bellezza, e a cui tradizionalmente si fa risalire l'inaugurazione della *loss of chance doctrine*, che non ha mai posto particolari interrogativi nel campo della responsabilità contrattuale, ove la relazione esistente tra le parti consente di attribuire un valore economico alla *chance* che si assume perduta): così, poiché residuava il 25% di probabilità che il danno fosse stato cagionato dalla condotta del medico, il *defendant* era stato condannato al risarcimento del *quantum* corrispondente alla quota di responsabilità accertata.

<sup>24</sup> Come riporta W. SCOTT, *Causation in Medico-legal Practice*, cit., 522.

<sup>25</sup> La circostanza che la domanda fosse formulata proprio con riferimento al bene *chance* non fu dirimente: come osserva J. STAPLETON, *The gist of negligence*, in *Law Quarterly Rev.*, 1988, parte I, 212 ss. e parte II, 389 ss., spec., 396-397, gli argomenti

cedenti casi analoghi consisteva nella formulazione della domanda risarcitoria da parte dell'attore proprio con riferimento alla "lost chance of recovery" invece che alla "necrosis outcome", imponendo così ai giudici di interrogarsi sulla individuazione del «*minimum actionable damage in negligence claims*»<sup>26</sup>: tema tipicamente processuale non sufficientemente indagato in Italia con riferimento alla *chance* perduta, come si spiegherà nel corso della trattazione (v. più diffusamente nella parte II).

Nonostante la soluzione del caso *Hotson* abbia dato prova di una certa tendenza conservatrice, in talune peculiari fattispecie di danno (come quella da esposizione alla polvere di amianto), le corti inglesi non hanno esitato di fronte alla possibilità di dare spazio ad un risarcimento proporzionale; anche nell'intento di garantire più efficacemente la funzione di *deterrence*, nonché di completare quella di *corrective justice* e onorare le imprescindibili ragioni di giustizia sociale, nel senso di ammettere – perlomeno in tali vicende di danno che potremmo definire "seriale" tanto nella condotta quanto nella platea di soggetti colpiti – che il *quantum* complessivamente pagato dal danneggiante corrisponda ai danni dallo stesso cagionati a più individui, nell'ottica di attuare una forma di redistribuzione non (o, comunque, solo in minima parte) sovra-compensativa o punitiva.

Qui preme evidenziare come lo "scivolamento" della responsabilità verso forme di ristoro proporzionale è stato ammesso dai giudici inglesi ponendo ad oggetto di prova – comunque fosse concepito lo *statement of claim* – l' "aumento del rischio" (di causazione del danno), piuttosto che la perdita di *chances* – non solo in senso patrimoniale – del soggetto leso<sup>27</sup>.

Peraltro l'approccio del riparto proporzionale è stato possibile grazie alla (anche se solo astratta) riconducibilità del danno a diversi soggetti. Così, ad esempio nei casi *Holtby*, *Allen* e *Fairchild*<sup>28</sup> – in cui si trattava appunto del danno da esposizione all'amianto – i giudici della *Court of Appeal* (nei primi due casi) e della *House of Lords* (nel

---

ostativi all'accoglimento della pretesa di risarcimento del danno da perdita di *chance* erano fallaci e basati sul fraintendimento che il ristoro della perduta *chance of recovery* corrispondesse ad una porzione del risarcimento del danno interamente inteso.

<sup>26</sup> Questo l'interrogativo secondo J. STAPLETON, *The gist of negligence*, cit., parte I, 213.

<sup>27</sup> Sul rapporto tra perdita di *chance* e aumento del rischio, v. N. JANSEN, *The idea of lost chance*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 2/ 1999, 271 ss.

<sup>28</sup> *Holtby v Brigham & Cowan (Hull) Ltd*, [2000] 3 All ER 421 at 423 (CA); *Allen v British Rail Engineering Ltd*, [2001] EWCA Civ. 242; *Fairchild et al v Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] 3 WLR 89 (HL).



terzo) hanno optato per un risarcimento proporzionalmente ripartito tra più soggetti danneggianti (“*apportionment of liability*”), tuttavia non concorrenti fra loro in senso tecnico, e dunque non litisconsorti passivi tenuti in solido.

In queste ipotesi di totale incertezza causale sulla imputabilità del danno subito dal singolo lavoratore ad uno dei “*concurrent tortfeasors*” – dettata, ad esempio, dal fatto che il dipendente esposto alla polvere d’amianto avesse prestato servizio presso diversi datori di lavoro, tutti potenzialmente colpevoli di averlo fatto entrare in contatto con la sostanza nociva –, in cui, tuttavia, era provato che la condotta del danneggiante avesse sicuramente cagionato un danno “diffuso”, le corti si sono rese conto che l’applicazione della regola “*all or nothing*” avrebbe comportato sistematicamente il rigetto delle domande di risarcimento e così la legittimazione di condotte senza dubbio illecite<sup>29</sup>.

Va comunque sottolineato che l’ammissione di certe forme di attribuzione proporzionata della responsabilità non ha infine convinto i giudici d’oltremarica a riconoscere la risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

Infatti, nell’altro celebre caso successivo a *Hotson* in cui i giudici inglesi hanno avuto l’occasione di ridiscutere la *loss of chance doctrine*, *Gregg v. Scott*<sup>30</sup>, l’idea di riconoscere uno spazio autonomo alla *loss of chance* è stata di nuovo respinta.

In quella vicenda, relativa al colpevole ritardo nella diagnosi di un cancro, il *petitum* del paziente danneggiato si sostanziava in un cumulo oggettivo di domande: una relativa al danno da «*physical injury*», per avere il ritardo del medico cagionato la diffusione della malattia, e una seconda, che tentava di valorizzare proprio la perdita di *chance* come autonoma *cause of action*, di risarcimento del danno per «*reduced prospects of a complete recovery [which were] a consequence of the physical injury [spread of the cancer] caused by the delay*»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Per una disamina delle pronunce in questione e per una riflessione più generale sulla diversificazione degli approcci risarcitori da parte delle corti inglesi, a partire dal principio fondamentale del “*all or nothing*”, v. A. PORAT e A. STEIN, *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen, and Fairchild*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 4/2003, 667 ss.; e pure J. MORGAN, *Lost Causes in the House of Lords: Fairchild v Glenhaven Funeral Services*, in *The Modern Law Review*, vol. 66, 2/2003, 277 ss.

<sup>30</sup> La sentenza definitiva è discussa, tra gli altri, da J. STAPLETON, *Loss of the Chance of Cure from Cancer*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 68, 6/2005, 996 ss.

<sup>31</sup> Come riportato da C. MILLER, *Gregg v. Scott: loss of chance revisited*, in *Law, Probability*

Dopo che la *Court of Appeal*<sup>32</sup> aveva rigettato entrambe le prospettazioni<sup>33</sup>, la *House of Lords* ha infine confermato la infondatezza della domanda e sottesa pretesa attorea<sup>34</sup>, ragionando ancora una volta in termini di (mancata prova del nesso di) causalità. Si trattava di capire non tanto se il paziente, ancora in vita al momento della instaurazione del giudizio, sarebbe sopravvissuto e per quanto altro tempo, «*but whether his likely premature death would be attributable to the wrongful act of the defendant*»<sup>35</sup>: in sostanza, non si richiedeva all'attore di provare «*on the balance of probabilities*» di possedere una *chance* di guarigione nella fase precedente all'errore medico, bensì che l'anticipazione della morte sarebbe stata riconducibile all'errore medico.

Sebbene il caso prestasse il fianco ad una riconsiderazione della *loss of chance* alla stregua di «*actionable damage*», al di là delle più tradizionali *actions in tort*, in cui all'illecito si attribuisce il ruolo di causa materiale di un *physical damage*<sup>36</sup>, hanno infine prevalso gli argomenti a sostegno dell'impossibilità di risarcire la *lost chance of avoiding the physical injury*: dal rischio di intaccare la coerenza del sistema di *common law*, alla considerazione delle conseguenze che sarebbero derivate dal ristoro del danno in un «*unresolved case*» e, cioè, in un caso in cui la

---

*and Risk*, 4/2005, 227 ss.

<sup>32</sup> EWCA Civ. 1471, 2002; v. il commento di E. PEEL, 'Loss of a Chance' Revisited: *Gregg v. Scott*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 66, 4/2003, 623 ss.

<sup>33</sup> Anche se uno dei tre giudici aveva ritenuto che la diagnosi tardiva avesse cagionato la metastasi del tumore, il che consentiva di concludere per il riconoscimento di un "completed tort", la cui quantificazione, al più, avrebbe dovuto tener conto della possibilità di una riduzione delle aspettative di vita.

<sup>34</sup> [2005] 2 WLR 268. La Soluzione è stata apprezzata da G. TURTON, *Defining damage in the House of Lords*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 71, 6/2008, 1009-1014, che plaude all'approccio della *House of Lords*, per aver evitato di avallare soluzioni che consentano ai danneggiati di rifugiarsi nel danno da *lost chance* per giustificare la punizione della negligenza medica (in quel caso); per l'A., il medesimo argomento vale anche nel caso di danno da esposizione all'amianto, ove la presenza di "pleural plaques" non può di per sé costituire "actionable damage", se non aggregata al rischio della futura insorgenza di una malattia astrattamente riconducibile al contatto con l'amianto.

<sup>35</sup> Così la sentenza della *Court of Appeal*, al par. 68.

<sup>36</sup> Sulla interpretazione della nozione di *physical damage* bisognerebbe intendersi: si pensi alla somministrazione di una dose letale di raggi X o alla manifestazione di placche pleuriche, nel caso di esposizione all'amianto, e al rilievo che potrebbero assumere in una pretesa di risarcimento del danno per la perdita *chance* di non contrarre in futuro una malattia potenzialmente letale: v., sul punto, J. STAPLETON, *op. ult. cit.*, 1003 e poi 1005-1006.

terapia era ancora in corso e gli effetti, da valutarsi nel lungo periodo, non erano definibili con certezza al momento del giudizio<sup>37</sup>.

I tentativi di sistemazione della *loss of chance doctrine* sono pur sempre condotti sul piano della rilevanza causale<sup>38</sup>, con risultati che non mettono in discussione il canone del *balance of probabilities*, neppure a partire da quei casi (di responsabilità per esposizione all'amianto) in cui si è dato spazio a forme di responsabilità proporzionale, là dove la diversa soluzione infine sposata è stata giustificata in base ai principi della *several liability* e in considerazione della pluralità di convenuti<sup>39</sup>.

Della attenzione alla esigenza di complessiva tenuta del sistema si è anche più recentemente avuto prova in un caso di *professional negligence* dell'avvocato<sup>40</sup>, dove il giudice inglese è tornato ad occuparsi di perdita di *chance*, riaffermando il primato della regola tradizionale basata sul *balance of probabilities*; per cui, in ipotesi del genere, il cliente ha l'onere di provare le circostanze atte a dimostrare che, ove correttamente assistito dall'avvocato, avrebbe proposto una domanda verosimilmente fondata («*could have brought an honest claim if competently advised*», scrive la UK Supreme Court).

<sup>37</sup> Così riassume J. STAPLETON, *Loss of the Chance from the Cure of Cancer*, cit., 999 ss., che nel riportare le conclusioni dei singoli giudici, fa notare che la differenza fondamentale con la vicenda *Hotsion* consisteva nel fatto che in quel caso il rischio (e quindi la perdita di *chance* di guarigione) aveva già fatto il suo corso prima del giudizio, apparteneva già al passato e poteva così essere osservato ed eventualmente risarcito.

<sup>38</sup> Come osserva B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 243-244, «la House of Lords [è] di fatto incline a riassorbire la *chance* nell'applicazione degli ordinari criteri che sovrintendono all'accertamento del nesso a dispetto di quanto affermato in alcune autorevoli *dissenting opinion* provenienti dai suoi componenti. La posizione tradizionale vuole infatti che solo una *pre-tort chance* di suo superiore al 50% possa consentire che la domanda sia accolta [...] La conclusione è coerente quanto definitiva: la *chance* non ha cittadinanza, perché traduce in uno "sconto" quello che, in fondo, è un residuo di dubbio ancora non fugato dalla mente del giudice, per cui la semplice possibilità di aver subito un danno non è risarcibile».

<sup>39</sup> Così B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 245 ss., nonché ID., *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, 393 ss. e *passim*.

<sup>40</sup> *Perry v Raleys Solicitors* ([2019] UKSC 5), il cui testo integrale è reperibile sul sito della UK Supreme Court. Brevemente, il caso riguardava l'azione intentata da un ex minatore nei confronti del suo difensore per non aver formulato in giudizio la domanda di risarcimento di alcune poste di danno pur sussistendone i presupposti. Infatti il Department for Trade and Industry, in virtù delle responsabilità del British Coal Board, aveva messo a punto nel 1999 una Tabella (diremmo noi) che prevedeva due principali modi di compensare il danno subito dai minatori che avevano sviluppato la c.d. "*vibration white finger*", corrispondenti in linea di massima al riscontro di "*general*" and "*special damages*"; e per ottenere il ristoro di questi ultimi *special damages*, la parte doveva dimostrare di non essere più in grado di svolgere autonomamente una serie di attività della vita quotidiana.

### 3. La perdita di *chance* negli Stati Uniti, tra decisioni delle Corti e proposte legislative

I richiami alla considerazione che alla perdita di *chance* viene riconosciuta nell'ordinamento inglese vanno completati con qualche cenno anche all'ordinamento statunitense. In quella sede il tema del risarcimento del danno da responsabilità medica è estremamente delicato per le ovvie ragioni legate alle problematiche del *medical care system*; ed è proprio (e di nuovo) in quell'ambito che il danno da perdita di *chance* ha ricevuto maggiori attenzioni<sup>41</sup>.

Già negli anni '80 le corti statunitensi avevano iniziato a discostarsi dall'approccio tradizionale basato sulla rigorosa applicazione della regola di *preponderance of the evidence*, giustificando – nelle controversie sanitarie e, più in generale, nelle azioni risarcitorie da *mass torts*, rispetto alle quali giocano peraltro e apertamente un ruolo determinante ragioni di *policy* – il risarcimento sulla base della *proportionality rule*<sup>42</sup>, secondo un *modus operandi* che si tradurrà più avanti anche nella legittimazione della *loss of chance doctrine*<sup>43</sup> (diversamente da quanto accaduto, come visto, nell'ordinamento inglese).

<sup>41</sup> Negli USA il dibattito sul risarcimento del danno da perdita di *chance* è focalizzato sulle controversie in materia di responsabilità sanitaria, sebbene non manchi il riferimento anche ad altre fattispecie. Ad esempio, K. HUDDLESTON, *Federal Sentencing Error as Loss of Chance*, in *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, 2663 ss., ritiene che l'errata interpretazione o applicazione delle *Federal Sentencing Guidelines* possa giustificare il risarcimento di un danno consistente nella perdita della *chance* di ottenere una sentenza più favorevole, anche se le Corti non si esprimono in termini di *loss of chance* e «*the role of probabilistic reasoning has not yet been recognized in the sentencing context*» (2670). Peraltro, secondo l'A., l'ammissione del concetto di *chance* perduta in questi casi potrebbe avere un effetto positivo in termini di rafforzamento della efficacia persuasiva delle linee guida e di conseguente uniformità delle decisioni. V. pure, sul punto, D.A. FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, in *Wake Forest Law Rev.*, vol. 36, 2001, 605 ss., il quale, pensando al rapporto di protezione esistente tra medico e paziente, evidenzia le similitudini con i *legal malpractice cases*, ove l'avvocato assume il dovere di proteggere gli interessi del cliente e di fare tutto quanto possibile ad ottenere una sentenza favorevole.

<sup>42</sup> Sul tema v. in generale, e per tutti, D. ROSENBERG, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, in *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, 849 ss.

<sup>43</sup> V. S.R. KOCH, *Whose Loss is It Anyway – Effects of the Lost-Chance Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance*, in *N.C. Law Rev.*, vol. 88, 2010, 595 ss., nonché J.H. KING JR., *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, in *Yale Law Journal* vol. 90, 1981, 1353 ss.

I casi *Hamil v. Bashline*<sup>44</sup> e *Herskowitz v. Group Health Cooperative of Puget Sound*<sup>45</sup> sono generalmente riportati come le prime decisioni in cui, circa quaranta anni or sono, un giudice americano – le *Supreme Courts* rispettivamente degli stati della Pennsylvania e di Washington – si è servito del concetto di *lost chance*, in buona sostanza al fine di accogliere la pretesa risarcitoria, nonostante il mancato raggiungimento della prova del nesso causale tra la negligenza del medico e il pregiudizio subito, secondo il canone del “*more likely than not*”.

I commentatori osservano, infatti, che il primo approccio delle corti è stato nel senso – che al lettore sembrerà già familiare – di adoperare il concetto di *lost chance* in vista dell'applicazione di una “*relaxed causation*”, nell'ambito di un'azione avente pur sempre ad oggetto il risarcimento della lesione del bene “finale” (salute), rispetto al quale la condotta del medico – se non poteva dirsi causa del pregiudizio – aveva quantomeno aumentato il rischio di determinarlo<sup>46</sup>. Ma il settore della responsabilità sanitaria sembra essere sostanzialmente l'unico in cui i giudici nordamericani ammettono un'azione espressamente basata sul titolo della *loss of chance*, per via delle oggettive difficoltà nell'accertamento della causalità<sup>47</sup>.

Lo mostrano due sentenze che hanno avuto grande risonanza: quella relativa al caso *Matsuyama v. Birnbaum* del 2008<sup>48</sup>, in cui la *Supreme Judicial Court of Massachusetts* si è espressa in punto di *lost-chance doctrine*, riconoscendo che la «*loss of a chance in the limited domain of medical negligence advances the fundamental goals and principles of [american] tort law*»; e la decisione, resa sempre nel 2008, in cui la Corte suprema del Kentucky, nel caso *Kemper v. Gordon*<sup>49</sup>, ha, invece, negato la risarcibilità della *chance* perduta, proprio sulla scorta di ragioni di politica economica, per i costi spropositati che un tale riconoscimento

<sup>44</sup> 392 A.2d 1280 (Pa. 1978).

<sup>45</sup> 664 P.2d 474 (Wash. 1983), su cui v. il recente contributo di M. WURDEMAN, *Comment: loss-of-chance doctrine in Washington from Herskowitz to Mohr and the need for clarification*, in *Wash. Law Rev.*, 2014, 603 ss.

<sup>46</sup> V. R.S. BRUER, *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri Law Rev.* vol. 59, 1994, 969 ss., di cui si segnala la ricca bibliografia sulla *loss of chance doctrine* in generale (spec. in nota n. 32) e i molti riferimenti nel testo alle sentenze delle corti supreme dei vari Stati che hanno fatto applicazione della prima espressione della *loss of chance doctrine* nei termini di applicazione della “*relaxed causation*”.

<sup>47</sup> V. quanto riportato da B. TASSONE, *Causalità e perdita di chance*, cit., 248 ss., e i riferimenti in nt. 71.

<sup>48</sup> 890 N.E. 2d 819.

<sup>49</sup> 272 S.W.3d 146.

avrebbe comportato, in pregiudizio alla efficienza di gestione del sistema sanitario<sup>50</sup>.

Allo stato attuale risulta che le corti supreme di ventidue<sup>51</sup> stati avrebbero ammesso la risarcibilità della perdita di *chance*<sup>52</sup>, ma soltanto in pochi si è registrato un dibattito anche a livello legislativo, non sempre con risultati positivi e, anzi, spesso con l'effetto di smentire gli approdi giurisprudenziali più possibilisti, come è accaduto, ad esempio, in New Hampshire e South Dakota<sup>53</sup>; in Ohio e Massachusetts (quest'ultimo uno degli Stati più favorevoli al riconoscimento della *lost chance doctrine*), invece, sono state avanzate delle proposte legislative per negare cittadinanza alla perdita di *chance*<sup>54</sup>; in Michigan e Wyoming le chiusure da parte del legislatore, mosso molto probabilmente dal timore di assistere ad una crescita esponenziale delle azioni per *medical malpractice*, sono falliti<sup>55</sup>. L'unico Stato ad aver approvato,

<sup>50</sup> Così riferisce S.R. KOCH, *Whose Loss is It Anyway – Effects of the Lost-Chance Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance*, in *N.C. Law Rev.*, vol. 88, 2010, 595 ss., spec. 600 ss., in cui si trovano tutti i riferimenti alle sentenze citate; per un'analisi delle pronunce v. anche B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 252 ss.

<sup>51</sup> B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 252, nt. 82, richiama R. PARDOLESI, *Perdita di "chance": quando il dottore gioca con la vita del paziente*, in *Foro it.* 7-8/2014, 2152 ss., nonché B. CASACELI, *Losing a chance to survive: an examination of the loss of chance doctrine within the context of wrongful death action*, in *Journal of Health & Biomedical Law*, 2014, 521 ss., secondo cui gli Stati che hanno dato ingresso alla *lost chance doctrine* sarebbero 23, a fronte dei 20, guidati dalla California e dal District of Columbia, sempre orientati in senso negativo.

<sup>52</sup> Secondo il principio guida del c.d. "*proportional approach*", come riporta M. WURDEMAN, *Comment: loss-of-chance doctrine*, cit., 610 (si veda l'elenco dei ventidue stati in nota n. 57). Risulta poi che cinque Stati ammettano la teoria della "*relaxed causation*" e altri diciotto, invece, non si sono discostati dal modello "*all or nothing*" che non riconosce la perdita di *chance* come *actionable damage*, ma ne adopera il concetto sottostante di probabilità per la prova del nesso causale.

<sup>53</sup> È interessante osservare – grazie alla lettura di F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla Law of Torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, spec. 106 ss. – che proprio il New Hampshire e il South Dakota, ad esempio, riservano un trattamento restrittivo al risarcimento dei *punitive damages*, ritenendoli ammissibili solo in quanto disposti da una legge. Non è detto, però, che tra ammissione dei danni punitivi e riconoscimento del risarcimento del danno da perdita di *chance* vi sia una necessaria corrispondenza (ad esempio la legislazione del Missouri ha, da un lato, posto dei limiti al risarcimento dei danni punitivi, ma dall'altro ha ammesso il ristoro della perdita di *chance*), se non che – in linea di massima – in entrambi i casi si tratta di accordare una certa flessibilità ai limiti della responsabilità civile.

<sup>54</sup> Così secondo M. WURDEMAN, *op. ult.*, cit., 611.

<sup>55</sup> In verità, come fa presente S.R. KOCH, *Whose Loss is It Anyway*, cit., 611-613, si tratta di un timore infondato, se si considera che la *civil litigation* copre solo il 16,9% del carico giudiziario distribuito tra i cinquanta Stati; e di questo valore, i *medical malpractice cases* costituirebbero addirittura solo il 3%.

a livello legislativo, la *lost-chance doctrine* sarebbe, ad oggi, il Missouri che, nel 1993 ha recepito una decisione di poco precedente della corte suprema<sup>56</sup>, novellando gli *statutes* in materia nel senso di concepire ed ammettere la proponibilità di un'autonoma *lost-chance cause of action* (alla stringente condizione, si noti, che il soggetto danneggiato sia deceduto al momento della domanda e cioè che la *chance of recovery* sia irrimediabilmente perduta<sup>57</sup>).

#### **4. Il problema della prova del nesso causale nel processo civile italiano: la perdita di *chance* come rimedio alla causalità incerta e, in concreto, alla *défaillance* della prova scientifica consenziale**

Dai brevi cenni introduttivi sullo stato del dibattito in materia fuori dai confini nazionali si evince come il problema causale sia la chiave di volta del ragionamento sul danno da perdita di *chance*. Non diversamente dagli altri ordinamenti di cui si è sinteticamente dato conto, infatti, anche in Italia l'esigenza di risarcire le *chances* perdute sorge in ragione delle difficoltà del soggetto danneggiato di soddisfare il diritto-onere di provare il nesso causale tra la condotta illecita e il pregiudizio subito.

In numerose altre sedi<sup>58</sup> il tema del nesso causale e della sua prova nel processo civile è stato ampiamente indagato, all'insegna del costante ed irrinunciabile raffronto con lo standard probatorio accolto nel processo penale<sup>59</sup>. Specie in seguito alla pronuncia della storica

<sup>56</sup> *Wallen v. DePaul Health Center* (828 S.W. 2d 681, Mo. 1992): si trattava di un caso di mancata diagnosi di un cancro, in cui era stato stimato che il tempestivo riconoscimento della malattia avrebbe determinato la guarigione del paziente con una probabilità del 30%.

<sup>57</sup> Così riporta S.R. KOCH, *op. ult. cit.*, 617.

<sup>58</sup> Da ultimo, e proprio in relazione alla perdita di *chances*, v. B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., sul punto spec. 23 ss.; v. pure tutti gli altri riferimenti *infra* nella nt. che segue.

<sup>59</sup> Si può tentare un rinvio ai contributi essenziali in materia, senza alcuna pretesa di esaustività. V. H.L.A. HART e A.M. HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1959, *passim*; F. STELLA, dapprima in *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001 (la cui terza edizione aveva suscitato le stimolanti riflessioni C. CONSOLO, *Al «cuore» dell'esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2004, 1535 ss., sull'opportunità di avvicinare i termini del discorso causale nel processo penale e nel processo civile, in cui è ormai dubitabile che l'incisione del provvedimento giudiziale sulla situazione giuridica soggettiva sia meno intensa che in seguito all'accoglimento dell'azione penale: si

pensi alle dichiarazioni di fallimento, di interdizione, o di privazione della potestà genitoriale); e poi più avanti in *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005; v. pure Id. (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio. Saggi di F. Stella, R.W. Right, L.H. Tribe*, Milano, 2004. La concezione corpuscolariana della causalità (su cui v. *Il giudice corpuscolariano*, cit., 56 ss.) altro non è che un'eredità della fisica newtoniana, «la quale limitava la causalità a contatti meccanici tra oggetti, che venivano espressi mediante adeguate leggi di copertura» capaci di spiegare le catene causa-effetto (a loro volta descrittive delle “collisioni” tra le varie particelle componenti la materia – a struttura, appunto, corpuscolare – ciascuna delle quali in grado di produrre cambiamenti sugli altri corpuscoli). Il ragionamento logico-deduttivo che deve compiere il “giudice corpuscolariano” parte da una legge di copertura che è l'*explanans* da cui dedurre l'*explanandum*, secondo un *iter* che è l'esatto contrario di quello che contraddistingue la causalità probabilistica, che si basa sulle prove statistiche, e non dipende dalla comprensione meccanicistica della causalità. La riflessione scientifica di Stella è stata a dir poco fondamentale per l'elaborazione dello storico principio di diritto della Cass. SU *Franzese*, 11.9.2002, n. 30328 (su cui v., per tutti, F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3/2003, 767 ss.). In quell'occasione, tuttavia, la S.C. penale non ha prestatato totale adesione al pensiero dell'illustre A., il quale infatti ha aspramente criticato l'affermazione dell'idea (espressa in dottrina altrettanto autorevolmente da M. DONINI, *La causalità omissiva e "l'imputazione per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1999, 32 ss.) secondo cui l'imputazione causale possa avvenire anche sulla base del riferimento a frequenze medio-basse. Sempre in *Il giudice corpuscolariano*, cit., 102, Stella sosteneva che le sezioni unite avessero così avallato un «modo di intendere le prove di diritto penale grossolanamente sbagliato [che,] poiché sono in gioco attese di giustizia legate ad esigenze di tutela di beni fondamentali, quali la vita e la salute, [non si cura della] corrispondenza delle proposizioni giurisdizionali con gli accadimenti del mondo reale e con la costruzione sociale del mondo operata dalla scienza, ma [piuttosto del] l'appagamento di quelle attese attraverso l'autorità del giudice». Da questi brevi cenni si coglie immediatamente che lo studio della causalità nelle controversie di responsabilità civile non possa prescindere dall'elaborazione penalistica: v., *ex multis*, C. DE MAGLIE e S. SEMINARA, *Scienza e causalità*, Padova, 2006; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decori causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 4/2009, 1679 ss. e ID., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Diritto penale contemporaneo* 3/2013, 380 ss.; M.F. CARRIERO, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 3/2017, 1087 ss. Nella dottrina civilistica, si vedano, oltre alla già citata opera di B. TASSONE, *Causalità*, cit., le trattazioni monografiche di M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005, spec. 275 ss.; R. PUCCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007; L. NOCCO, *Il sincretismo causale e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, 209 ss.; M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2012.

È essenziale, poi, per affrontare lo studio del regime probatorio dei fatti e del nesso causale, con riferimento al processo civile, la lettura di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, spec. 143 ss. relativamente alle accezioni, poi riprese dalla giurisprudenza di legittimità, del concetto di probabilità, nella concezione



sentenza resa dalle Sezioni Unite penali nel caso *Franzese*<sup>60</sup>, che riguardava una fattispecie di responsabilità sanitaria, ambito in cui la questione del nesso eziologico è sempre determinante e, non a caso, la perdita di *chances* ha trovato terreno fertile. Com'è noto, quella sentenza fu decisiva perché risolse un contrasto insorto all'interno della Quarta sezione penale, nel senso della insufficienza, ai fini della prova del nesso causale, del riscontro del grado di probabilità sul piano della causalità generale secondo le leggi statistiche, prescrivendo invece la necessaria verifica della validità delle suddette leggi nel caso concreto, sul piano della causalità individuale<sup>61</sup>.

Con il consolidarsi, poi, della tesi della differenziazione dei criteri di accertamento della causalità tra processo penale e processo civile<sup>62</sup> – l'uno orientato alla ricerca di una verità (quasi) *assoluta* e l'altro teso al perseguimento di una verità solo alquanto *relativa* – la Cassazione civile iniziò a dare una maggiore importanza alla spiegazione del concetto di probabilità ai fini dello svolgimento dell'istruttoria civile, elaborando una regola valida per il solo giudizio civile – pur restando invariate le norme di riferimento: gli artt. 40 e 41 del codice penale<sup>63</sup> – e sintetiz-

---

quantitativa o pascaliana come «misura dell'incertezza di un fenomeno del quale non si possa predicare né la falsità (o inesistenza) né la verità assoluta (o esistenza)»; e in quella logica o baconiana, che ha la caratteristica di «non ricercare la determinazione quantitativa delle frequenze relative di classi di eventi, ma di razionalizzare l'incertezza relativa all'ipotesi su un fatto riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (o di prova) disponibili in relazione a quell'ipotesi». V. pure recentemente AA.VV., *Onere della prova*, in *Giur. it.*, 11/2018, 2516 ss., e ivi spec., per quanto qui di interesse, il contributo di R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, 2517 ss.

<sup>60</sup> V. i riferimenti nella nt. precedente.

<sup>61</sup> Per maggiore chiarezza si riporta la massima della sentenza da *Foro it.* 2002, 601: «[n]on 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 omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con 'alto o elevato grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica'».

<sup>62</sup> A partire, in particolare, dalla pronuncia di Cass. SU 11.1.2008, n. 576, in *Corr. mer.* 2008, 694 ss., con nt. di G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*.

<sup>63</sup> Sul punto G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, oggi in G. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 177 ss., spec. 188, e nt. 36, osserva che «diviene inevitabile l'interrogativo "perché muta *sic et simpliciter* la regola probatoria a parità di regole causali di struttura?"»; in modo consonante, F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.* 2/2018, 399 ss., non ha

zata nel principio (*recte: standard* valutativo)<sup>64</sup> del “più probabile che no” o della probabilità prevalente<sup>65</sup>, in grado di condurre il giudice verso la tesi dotata di maggiore plausibilità razionale<sup>66</sup>.

Non diversamente dal tipo di valutazione comparativa fra tesi, argomenti e prove di attore e convenuto, che il giudice è chiamato a svolgere in generale (e così non solo con riguardo all'accertamento del nesso causale) nell'esercizio di quel prudente apprezzamento prescritto dall'art. 116, co. 1, c.p.c., che tuttavia non fornisce davvero il criterio di valutazione delle prove, limitandosi a tracciare il confine con le prove legali<sup>67</sup>. Anzi pare corretto sostenere che il principio del libero apprezzamento trovi una definizione in concreto proprio nel canone operativo della probabilità preponderante, espressione di un metodo razionale derivante dai modelli «delle scienze empiriche e dai canoni della logica e della metodologia delle scienze»<sup>68</sup>.

---

dubbi sulla unicità delle regole causali: «queste ultime, perlomeno con riguardo alla causalità materiale, istituiscono una valutazione di ordine naturalistico-fattuale, che sarebbe incomprensibile e illogico immaginare diverse a seconda del sistema di responsabilità in cui tale apprezzamento è destinato ad essere inserito», richiamando il pensiero di P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Milano, 2006, spec. 186-187.

<sup>64</sup> Potrebbe dirsi che il criterio della probabilità prevalente sia uno standard valutativo creato dalla interpretazione giurisprudenziale ad integrazione delle norme di causalità, sebbene esso non sia dettato da queste stesse norme, come accade normalmente per gli standard-clausole generali quali la buona fede o la diligenza: sul punto v. M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in AA.Vv., *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, 1989, 311 ss.

<sup>65</sup> Si segnala, tra i più completi e recenti contributi in materia, R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, cit., spec. 2524 ss. sulla causalità civile, dopo un'ampia disamina pure delle regole di causalità penale.

<sup>66</sup> La spiegazione della relazione causale in termini probabilistici è una convenzione che è andata poco alla volta affermandosi. Ciò non impedisce di osservare che, a rigore, «esiste una netta differenza *qualitativa*, non riducibile a questioni di sfumature e di flessibilità dei concetti, tra la configurazione di un nesso causale in senso proprio e l'ipotesi probabilistica della connessione tra eventi. In sostanza: se la fattispecie sostanziale si incardina su un nesso causale, esso non è adeguatamente descritto da un enunciato che esprime una correlazione probabilistica»: così M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1/2006, 101 ss., spec. 106; è chiaro, tuttavia, che la verità processuale è perseguibile solo attraverso meccanismi e criteri probabilistici, come osserva G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, cit., spec. 182.

<sup>67</sup> Sulla interpretazione del principio del libero convincimento del giudice, v. F. ROTA, *sub art. 116 c.p.c.*, in F. Carpi-M. Taruffo, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Milano, 2018, 488 ss., sottolineando che la dottrina si è limitata a riconoscere che “prudente apprezzamento” non significa arbitrio soggettivo del giudice, e ad aggiungere formule generiche riferite al buon senso o alla ragionevolezza; v. pure V. BARONCINI-M. MONTANARI, *sub art. 116*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile*, tomo I, VI ed., Milano, 2018, 1379 ss.

<sup>68</sup> M. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.,

Così – per tornare agli sviluppi della giurisprudenza di legittimità – nel momento esatto in cui la nozione di probabilità, nelle sue declinazioni di probabilità “statistica” e “logica”, diventa via via più familiare alla giurisprudenza e al dibattito dottrinale, si aprono i primi spazi per dare rilievo alla figura della perdita di *chance* come “correttivo” della regola causale probabilistica (quantomeno in materia di responsabilità sanitaria, per la evidente continuità in questa materia tra diritto penale e civile: ma si ricorderà più avanti che già negli anni '80 la S.C., sez. Lavoro, aveva cominciato a parlare di danno da perdita di *chances* nei termini che si approfondiranno *infra* nel cap. II, spec. nel par. 5).

Fu proprio in un caso di omissione da parte di un sanitario, simile a quello che sfociò nella pronuncia delle sezioni unite *Franzese*, che la Cassazione – con sentenza del 4.3.2004, n. 4400, su cui v. meglio *infra* nel cap. II –, pur in ossequio formale al *dictum* delle sezioni unite penali sul rifiuto della probabilità statistica, giunse ad ammettere la responsabilità del medico per perdita di *chances* di guarigione o di sopravvivenza, valorizzando le *chances* che “statisticamente” si potevano attribuire al paziente<sup>69</sup>.

A condizione che fosse stata proposta apposita domanda dalla parte attrice: il che non pare davvero coerente con la premessa, posta dalla suddetta pronuncia, secondo cui la perdita di *chance* non configurerebbe un autonomo credito risarcitorio, e così una autonoma domanda, ma solo un criterio di misurazione della causalità. Su questi ultimi profili, di carattere tipicamente processuale, si avrà modo di tornare più diffusamente nella parte II della trattazione.

In definitiva è proprio nelle liti sanitarie che il problema della prova del nesso di causa si presenta in tutta la sua complessità, in ragione

---

spec. 3; adesivamente E. FABIANI, *Scienze cognitive e processo civile*, in *Riv. dir. civ.* 4/2016, 953 ss., spec. 1006.

<sup>69</sup> Come osserva B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 33-34, ritenendo che il ricorso alla figura del danno da perdita di *chance* da parte di Cass. n. 4400/2004 (cfr. par. 4.1., p. 13) – su cui ci si soffermerà più avanti nel cap. II – sia la testimonianza del tentativo di risolvere le contraddizioni insite all'accertamento del nesso di causalità “ordinario”, sebbene secondo un percorso argomentativo non del tutto convincente perché fondato sulla soluzione di onerare l'attore, sul piano processuale, della necessità di formulare una apposita domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* (soluzione della apposita domanda, per titolo e per oggetto, secondo noi più che condivisibile, come si vedrà nella seconda parte della presente trattazione, non tanto per adesione alla teoria “ontologica”, quanto piuttosto per la convinzione, che giustificheremo, della riconoscibilità di un diritto di credito risarcitorio da perdita di *chances* autonomo e distinto dal diritto di credito al risarcimento del danno “principale”, perlomeno in ambito di responsabilità sanitaria).

della forte caratterizzazione tecnico-scientifica dei fatti da accertare, che si traduce, dunque, nel carattere altrettanto scientifico della prova da assumere<sup>70</sup>.

Si individua così lo snodo cruciale di tale tipologia di contenzioso, in cui si fa indispensabile (*recte*: doveroso<sup>71</sup>) il ricorso alla consulenza

<sup>70</sup> In questi casi si impone necessariamente l'uso della prova scientifica, su cui v., per tutti, V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, 414 ss. e M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2005, i quali pongono in evidenza il delicato ruolo critico assegnato al giudice nella verifica di attendibilità della stessa prova scientifica; più recentemente E. FABIANI, *Scienze cognitive e processo civile*, cit., spec. 965 ss., con particolare riguardo all'ingresso nel processo delle neuroscienze; v. anche il recente contributo di A. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.* 1/2022, 24 ss., che riflette sul ruolo del giudice nella (inevitabile) valutazione relativa alla utilizzabilità del ragionamento presuntivo, anche quando basato su leggi scientifiche.

<sup>71</sup> La giurisprudenza di legittimità è solita affermare la discrezionalità del giudice in ordine alla decisione di nominare il consulente tecnico d'ufficio, financo nei casi in cui si presentano talune questioni di carattere tecnico-scientifico, poiché il giudice potrebbe ritenere di avere sufficienti conoscenze personali in materia e, dunque, di non avere bisogno dell'ausilio di un esperto: in questo senso, v., fra le altre, Cass. 5.7.2007, n. 15219, e Cass. 21.4.2010, n. 9461. Tuttavia il giudice è tenuto a motivare adeguatamente (se del caso, anche implicitamente, purché la motivazione del diniego sia desumibile dal «contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato», secondo Cass. 13.1.2020, n. 326) il rigetto della istanza di ammissione della consulenza proveniente da una delle parti, dimostrando di poter risolvere, sulla base di corretti criteri, i problemi tecnici connessi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione, non potendo poi rigettare la domanda per difetto di prova di quei fatti rispetto ai quali la istanza di consulenza era stata proposta: così Cass. 1.9.2015, n. 17399. In dottrina si è espresso a favore della doverosità della disposizione della consulenza tecnica, M. BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 6/2011, 1431 ss., spec. 1437, secondo cui, tuttavia, il giudice potrebbe evitare di ricorrere alla consulenza tecnica, e dunque non sarebbe obbligato a disporla, ove sia provvisto egli stesso delle competenze scientifiche necessarie a decidere; così anche Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, VII ed., 2013, 97, secondo cui il contraddittorio sui profili tecnici può essere recuperato dalla nomina dei consulenti di parte; nello stesso senso DITTRICH, *La consulenza tecnica e l'esame contabile*, in *Id.* (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 1790, ritiene che il giudice non abbia l'obbligo di disporre la consulenza tecnica, ma piuttosto il dovere, *ex artt.* 183, co. 4, e 101, co. 2, c.p.c., di invitare le parti ad interloquire sulle questioni tecniche venute in rilievo, invitandole alla produzione di apposite memorie tecniche; diversamente secondo G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2016, 120, l'obbligo di disporre la consulenza non sussiste in alcun caso; ancora M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, II ed., Milano, 2017, spec. 438, ha sostenuto che quando la c.t.u. costituisce l'unico strumento possibile, il giudice ha un vero e proprio obbligo di disporre la consulenza, e sarebbe pertanto viziata la decisione nella quale, dopo il rigetto della istanza di c.t.u. sul presupposto che sarebbe onere della parte provare i fatti al cui accertamento mirava la consulenza, si rigetti la domanda per difetto di prova (v. anche i precedenti di legittimità richiamati adesivamente dall'A. in nt. 131).

tecnica<sup>72</sup> in chiave non solo deducente ma anche percipiente<sup>73</sup>, al fine di consentire la valutazione consapevole di fatti che esorbitano dal sapere dell'uomo medio (e quindi dello stesso giudice)<sup>74</sup>, e che le parti non

<sup>72</sup> Tanto che il legislatore della ultima riforma in materia di responsabilità sanitaria ha ritenuto di valorizzare molto lo strumento dell'accertamento tecnico anche in una fase preliminare al giudizio con finalità di prevenzione e conciliazione, sul modello dell'art. 696-bis c.p.c.: sul punto v. *infra* nel cap. IV. Bisogna pure considerare che il carattere scientifico della prova non è elemento estraneo al processo civile, come se questo non fosse attrezzato a ricevere ed utilizzare la prova scientifica (e come se la prova scientifica dovesse intendersi alla stregua di una categoria autonoma e peculiare rispetto alle altre prove); anzi proprio nello sviluppo del contraddittorio il processo trova espressione come «peculiare metodo scientifico di falsificazione delle affermazioni dei fatti che rende razionale e normalmente accettabile la decisione che si fonda sopra le prove [financo scientifiche] che ne abbiano superato il vaglio». E la consulenza tecnica rappresenta il punto d'incontro tra metodo (scientifico) processuale e scienza: «il riconosciuto valore in sé dell'iter d'ingresso in giudizio delle conoscenze esperte, in funzione della massima estensione del contraddittorio quale *proprium* del processo e perciò criterio di controllo dell'attendibilità delle affermazioni utilizzabili per la decisione, determina che al sub-procedimento di consulenza tecnica – prototipo degli strumenti di concludente acquisizione della prova scientifica – vada attribuito il rango di *essenziale processus*, [...] fino a rivelare le ascendenze costituzionali del procedimento di cui trattasi». I passaggi riportati sono di F. AULETTA, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2016, 461 ss., la cui riflessione in materia si trovava già in Id., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, *passim*.

<sup>73</sup> Tradizionalmente si distingue tra la consulenza avente ad oggetto la percezione immediata e l'accertamento dei fatti (c. percipiente), da quella in cui il consulente è chiamato a dedurre da fatti secondari già percepiti, dal consulente stesso o dal giudice, fatti principali ignoti (c. deducente); con la possibilità che il giudice dimandi al consulente solo la indicazione delle regole tecniche necessarie alla valutazione delle prove: sul punto v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, VI ed., Napoli, 2012, 434 ss.; nonché V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, spec. 213 ss. Secondo M. BOVE, *op. loc. ult. cit.*, la distinzione tra i due tipi di consulenza, di cui solo la prima sarebbe vero e proprio mezzo di prova, è chiara, ma non altrettanto chiara è la scelta terminologica, poiché parrebbe che solo nel caso della consulenza deducente sarebbe necessaria una valutazione da parte del giudice, là dove siffatta valutazione è necessaria in ogni caso; in proposito già F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 74 ss., osservava la difficoltà di distinguere nitidamente nella pratica tra consulenza *accertativa*, quale mezzo di prova, e consulenza *valutativa*, quale mezzo di mero ausilio del giudice; e ancora – spec. 93 ss. – notando che possono esservi casi in cui le due funzioni coesistono: «i dati costituenti l'oggetto della prova invocata non [sono] percepibili, per la loro intrinseca natura, dal profano o dall'uomo di normale diligenza e [debbono] perciò essere rilevati, con l'ausilio di particolari strumentazioni e/o di particolari cognizioni, dal consulente tecnico [il quale] in tal caso adempie la duplice funzione d'individuare e valutare l'oggetto della prova» (così la pronuncia, richiamata da Auletta, di Cass. 26.8.1985, n. 4533).

<sup>74</sup> Il c.d. "senso comune" di una certa cultura in una certa epoca, come spiega, per tutti, M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2001, 665 ss., con l'avvertenza che «si può convenire su una concezione generale, [...] per cui il senso comune è un insieme di cognizioni e di

sono in grado di dimostrare in modo parimenti efficace con altri mezzi di prova<sup>75</sup>. In pratica sono questi i casi in cui la consulenza dell'esperto risulta l'unico mezzo di prova<sup>76</sup> davvero fruibile e producente.

Tuttavia non è da escludere che persino il ricorso alle competenze specialistiche del consulente possa talvolta non condurre il giudizio verso l' (unico sperabile) esito della almeno verosimile ricostruzione del nesso di causa tra l'illecito sanitario e il danno preteso dal paziente: bisogna ammettere che neppure la scienza e il suo metodo possono in ogni caso assicurare al processo la soluzione che più si avvicina alla "verità"<sup>77</sup>. Il che, concretamente, comporta l'inevitabile applicazione

---

criteri di giudizio, di ragionamento e di interpretazione, che si presumono essere generalmente o prevalentemente condivisi in un dato ambiente sociale in un certo momento storico, ma ciò non toglie che questo insieme abbia caratteri intrinseci di variabilità, incoerenza e indeterminatezza».

<sup>75</sup> Scientificità a cui si può far fronte tramite l'apporto degli *expert witnesses*, figure sconosciute al nostro processo, la cui affidabilità, sul piano sia soggettivo che oggettivo, deve essere valutata dal giudice, il quale ha il non facile compito di evitare che giungano all'attenzione della giuria informazioni fuorvianti o non attendibili (la c.d. *junk science*): sul tema v., per tutti, M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/1996, 219 ss.; A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come «expert witness testimony» nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2001, 1133 ss.; Id., *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*, Torino, 2005, 843 ss.; più recentemente V. ANSANELLI, *L'utilizzazione della prova scientifica nel processo civile – cenni di diritto comparato*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2019, 1251 ss. Vale la pena notare che il teste esperto è individuato direttamente dalla parte già in fase di *pretrial*, con la conseguenza che il risultato sarà più vicino ad una posizione di parte rispondente ad una certa opzione strategica che ad un responso obiettivo sui fatti bisognosi di accertamento; del resto che tale prova provenga in ultima analisi dalla parte – per quanto il giudice abbia poteri di controllo – è caratteristica in linea con la connotazione di una tradizione processuale, quella di *common law*, in cui l'utilizzazione del sapere privato a scopo di prova è ammessa tramite la testimonianza della parte, su cui non si può che rinviare all'analisi storico-comparatistica di M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, spec. parte II, 421 ss. per lo studio delle origini del processo civile inglese e nordamericano per come attualmente conosciuti.

<sup>76</sup> In simili fattispecie, non è errata la qualificazione della consulenza alla stregua di un mezzo di prova, poiché lo specialista non si limita a valutare le risultanze probatorie, ma le acquisisce direttamente, da cui la definizione di consulenza c.d. percipiente.

<sup>77</sup> Posto che persino la scienza non è in grado di assicurare il perseguimento di una verità assoluta e non falsificabile. Come ci ha insegnato K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1995, con evidenti conseguenze, discusse da A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, spec. 572 ss., sul discorso del giurista. Difatti una certa valorizzazione della prova scientifica sarebbe funzionale ad una precisa concezione epistemica del processo (di cui M. TARUFFO – di cui si veda, sul tema, spec. *Considerazioni su prova e verità*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 277 ss. – è stato senza dubbio il

dell'art. 2697 c.c., atta a scongiurare il *non liquet*, in tutti quei casi in cui anche dopo lo svolgimento della consulenza tecnica non si riesca a sciogliere l'incertezza in ordine all'esistenza o meno di un fatto principale. Tanto può accadere sostanzialmente per due ragioni: sia perché la conoscenza della comunità scientifica può essere ancora non sufficientemente progredita e consolidata; sia perché, pur potendo ricostruire il nesso sul piano della causalità generale, si rivela impossibile calare il dato statistico nella relazione eziologica concreta del caso di specie, e cioè verificare la «persuasività in concreto dell'ipotesi esplicativa offerta dalla legge di copertura<sup>78</sup> alla luce delle conferme ricavate sul piano probatorio e della maggiore credibilità logica di tale ipotesi rispetto a quelle alternative ipotizzabili»<sup>79</sup>.

---

più autorevole interprete; per una recente confutazione, attraverso ben 15 argomenti contro-epistemici, della tensione del processo verso la ricerca della verità, v. A. MANIACI, *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive*, in N. DONADIO-A. MANIACI (a cura di), *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano, 2020, 183 ss.), in quanto tendente alla scoperta della verità piuttosto che alla composizione del conflitto. Come ricorda, tra gli altri e più recentemente, A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 551 ss., proprio la funzione attribuita alla prova si riflette sulla concezione della finalità del processo, tra soluzione del conflitto – dove la prova si dice *argomentativa* – e ricerca della verità – dove la prova è invece *dimostrativa* (invero, secondo Gentili, la prova dimostrativa è pur sempre, in una qualche misura, anche “argomentativa”). Sul tema della ricerca della verità nel processo civile, v. oggi l'ampia trattazione di M. GRADI, *L'obbligo di verità*, Torino, 2018, *passim*; non si può omettere almeno un richiamo alle pagine di S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 90 ss., sulla distinzione (“artificiosa” a suo dire) tra verità formale e verità materiale; (e proprio negli ordinamenti di *common law* «il maggiore approfondimento della ricerca dei fatti, e soprattutto dell'esame dei testimoni, [...] si spiega con una diversità di concezione religiosa, in quanto “nel protestante il senso della tutela dell'intimità della persona è assai meno vivo che nell'europeo latino-cattolico”», come osservava V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, 68, ricordando le parole di P. SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, 108).

<sup>78</sup> Bisogna intendersi, peraltro, sul significato da attribuire alla c.d. legge di copertura, e cioè su quale sarebbe la misura di probabilità sufficiente e necessaria a ritenere la legge statistica utilizzabile nel caso concreto: sul punto è nota la autorevole opinione di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 346 ss., ripresa e condivisa da M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., spec. 117 ss., nel senso di ammettere solo leggi “quasi-generalì”, cioè caratterizzate da una elevatissima frequenza statistica; molto opportunamente F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.* 2/2018, 399 ss., suggerisce di abbandonare il proposito di misurare il livello necessario di probabilità con una percentuale, poiché, in ultima analisi, si tratta di capire «se, nella comunità scientifica di riferimento, sia stata raggiunta una condivisione sufficientemente ampia sull'attendibilità di quell'ipotesi esplicativa». Ciò che proprio non può accadere è che si ritenga provato il nesso di causalità sul piano individuale, senza che si riscontrino, sul piano generale, una legge di copertura sufficientemente adeguata.

<sup>79</sup> Sono le parole di F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 432.

E se neppure la prova scientifica consulenziale riesce a ricostruire il decorso causale, ecco che la perdita di *chance* si mostra come strumento ragionevolmente utile a compensare, in via equitativa, il soggetto danneggiato per la lesione subita; se non che tale conclusione finirebbe per svilire la portata generale della prova scientifica nel processo civile (tralasciando qui ogni discorso relativo al processo penale), ammettendo che le sue risultanze “incerte” possano essere messe da parte per fare spazio all’applicazione di «standard arbitrari»<sup>80</sup> dalla natura e operatività altrettanto incerte. Come è stato ricordato in dottrina, «l’abbandono della certezza della causalità naturalistica intesa nel senso del positivismo scientifico e l’irruzione della probabilità come statuto gnoseologico degli asserti scientifici non determinano il tramonto dell’oggettività dal firmamento della responsabilità giuridica, ma la sua rifondazione»<sup>81</sup>.

E non si tratta dell’unico rischio di incongruenza. Vi è pure da considerare che tale potenzialmente arbitraria applicazione di una non meglio precisata regola causale fondata sulla valutazione delle *chances* perdute realizzerebbe, del tutto a scapito del convenuto, l’effetto di forzare l’applicazione della regola di giudizio di cui all’art. 2697 c.c. (che normalmente dovrebbe condurre al rigetto della domanda i cui fatti costitutivi sono rimasti indimostrati) in senso necessariamente favorevole all’attore<sup>82</sup>. La pretesa risarcitoria sarebbe così suscettibile di accoglimento sulla base di uno standard valutativo del nesso meno rigoroso, che salva le carenze probatorie dell’attore assertito danneggiato e addebita al convenuto le conseguenze di una condotta in qualche modo

<sup>80</sup> Non va accolto il tentativo di «imbrigliare» il libero convincimento del giudice nell’uso di criteri più che discrezionali, dovendo, invece, fare ricorso alla conoscenza scientifica il più possibile, secondo C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. privo.* 4/2008, 787 ss., spec. 822.

<sup>81</sup> Così sempre F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, spec. 427.

<sup>82</sup> Sulla «regola di giudizio [di cui all’art. 2697 c.c.] in virtù della quale il giudice è posto nella condizione di pronunciare in ogni caso, anche quando egli non sia in grado di formarsi il proprio convincimento circa l’esistenza di fatti rilevanti», v., per tutti, G.A. MICHELI, *L’onere della prova*, Padova, 1966, *passim*, e 177 per il passaggio qui riportato; e G. VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, spec. 27 (su cui v. anche la recente rilettura di B. SASSANI, *L’onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Riv. dir. proc.* 2/2022, 424 ss., con postilla dello stesso G. Verde), sulla esigenza della regola di giudizio in parola in virtù non tanto del «bisogno di autorizzare il giudice a decidere nel merito anche in caso di incertezza» quanto piuttosto della esigenza di «rendere possibile al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati», evidenziando – 112 ss. – la funzione dell’art. 2697 c.c. quale regola volta a parificare la mancata o insufficiente prova del fatto alla inesistenza del medesimo.



rimproverabile, con effetti neppure troppo velatamente sanzionatori, svuotando di significato, in ultima analisi, l'imposizione dell'onere della prova della sussistenza del nesso causale in capo all'attore (recentemente affermata – non senza dare adito a più di qualche critica – anche con riguardo alle cause risarcitorie per responsabilità da inadempimento di un obbligo di *facere* professionale<sup>83</sup>).

#### 4.1. La perdita di *chance* come regola di causalità e le sue traduzioni (complementari piuttosto che antagoniste) nelle teorie ontologica ed eziologica

A questo punto appare già chiaro come il principale impedimento ad una ricognizione univoca e lineare dello statuto risarcitorio delle *chances* perdute<sup>84</sup> sia dovuto al ruolo svolto dalla probabilità, che è, ad un tempo, oggetto della lesione (che si traduce nell'azzeramento o nella riduzione della possibilità) e così della domanda di tutela giurisdizionale, e all'occorrenza misura della valutazione del nesso causale tra fatto illecito ed evento di danno<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Infatti, stante il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità inaugurato dalla pronuncia di Cass. 26.7.2017, n. 18392, (v. la ancor più recente Cass. 29.3.2022, n. 10050), il rischio della mancata prova del nesso causale materiale è addossato all'attore pure nelle fattispecie di responsabilità contrattuale da inadempimento di obbligazioni di un *facere* professionale, quale è quella della struttura sanitaria e, nel caso in cui possa dirsi sussistente un contratto con il paziente, anche del medico. Tale orientamento, su cui si tornerà *amplius* nel cap. III., spec. nel par. 4 relativo alla individuazione dei fatti costitutivi del diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di *chances*, ha inteso affermare l'esistenza di un duplice ciclo causale, con effetti notevoli in punto di riparto dell'onere probatorio: infatti, mentre la prova della c.d. causalità "costitutiva" spetterebbe all'attore, il convenuto dovrebbe offrire prova della c.d. causalità "estintiva" e cioè (almeno secondo questa impostazione, invero criticata in dottrina: v. F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.* 3/2019, 709 ss., spec. 715, che esclude nettamente che la causa di esonero della responsabilità attenga ad un problema di causalità) dimostrare l'esistenza di una causa di esonero dalla responsabilità in quanto l'impossibilità della prestazione sarebbe dipesa da causa non imputabile. Per evidenti ragioni di simmetria tra le parti, ad un'attenuazione del rigore sotteso alla prova del nesso dal lato dell'attore dovrebbe corrispondere un analogo affievolimento dal lato del convenuto, il tutto nel nome della perdita di *chances*.

<sup>84</sup> Su cui v., in generale, G. FACCI, *Chance (danno da perdita di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009, 1 ss.; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004; M.F. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata*, Napoli, 2006; S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, Milano, 2016; G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019; G.E. NAPOLI-M. SEPE (a cura di), *La perdita di chance in Italia e in Europa*, Bologna, 2019.

<sup>85</sup> È la giusta osservazione di R. PUCCELLA, *La causalità incerta*, Milano, 2007, 85 ss.: «ferma

Da tale ambiguità è conseguita, quasi intuitivamente, la proposta di legittimare una causalità “ridotta”, non sufficiente a dimostrare la relazione tra il fatto dannoso e la perdita del risultato finale, eppure bastante a consentire almeno il ristoro della possibilità di ottenere quel risultato profittevole<sup>86</sup>.

A nostro modo di vedere, la ricostruzione della perdita di *chance* in chiave causale<sup>87</sup> è la premessa comune ad entrambe le impostazioni intorno alle quali si è sviluppata la discussione sulla perdita di *chance*: la teoria ontologica non meno di quella eziologica. Mentre la prima, muovendo dalla questione causale, per superarne gli ostacoli, riferisce (o meglio, dovrebbe riferire) il nesso ad un bene della vita – e così ad un *petitum* mediato – diverso da quello principale relativo alla perdita del risultato finale, l'altra prospettiva non compie un analogo “salto di qualità” e predilige un’impostazione più conservativa, nel senso di concepire la *chance* come una porzione del bene finale – e cioè non un mutamento ma solo una moderazione quantitativa del *petitum* – piuttosto che come bene a sé stante, determinando un arretramento della soglia di accertamento della relazione causale tra illecito e danno evento/conseguenza integralmente considerato.

---

restando la distinzione concettuale tra probabilità come strumento probatorio o come “interesse” lesa, è evidente che i due piani finiscono per confondersi e sovrapporsi laddove l’oggetto della lesione si identifica con la ridotta possibilità che un evento accada. Tanto più aumentano le probabilità contrarie, infatti, tanto più decresce la convinzione circa l’esistenza di vere probabilità favorevoli».

<sup>86</sup> R. PUCCELLA, *op. ult. cit.*, 90, condivide il rilievo sulla *chance* come strumento di semplificazione dell’onere probatorio, che è una finalità perseguita, peraltro, attraverso varie regole e prassi giurisprudenziali: dal danno *in re ipsa* ai principi della *market share liability*. In ogni caso, secondo l’A., pure l’adesione alla teoria della *chance* strumentale alla prova del nesso causale non può esimere dal verificare se essa sia «oggettivamente configurabil[e] come interesse risarcibile».

<sup>87</sup> Si tratta di una interpretazione della funzione del danno da perdita di *chance* rispondente al tentativo di superare il principio del “più probabile che no” e, specialmente, della soglia numerica del 50% + 1 che impropriamente e per consuetudine vi si associa. L’espressione vuole ricalcare quella in inglese “*more likely probable than not*” che, invero, isolatamente considerata, non riesce ad esprimere la complessità di approcci dell’analisi di *common law* intorno alle regole causali. Ne discute L. Nocco, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, cit., in tutto il primo capitolo e spec. 114 ss. ove approfondisce le teorie sulla causalità negli ordinamenti di *common law*, in cui – come già evidenziato in apertura – non di rado la “*more than probable rule*” è stata messa in discussione, in quanto in alcuni casi la sua applicazione, accompagnata dalla regola “*all or nothing*”, può comportare ingiustizie e inefficienze nel funzionamento del sistema di responsabilità civile.

Tanto la teoria ontologica quanto quella eziologica – non così distanti come tralattivamente si intende – si fondano sullo *escamotage* della causalità ridotta: l'una per giustificare l'elevazione della *chance* al rango di entità giuridica autonomamente tutelabile, l'altra – quasi all'opposto – per garantire il ristoro della lesione di una situazione (concepita non in sé, ma come) strumentale al conseguimento di un'utilità finale.

La chiara impressione che si ricava da una prima osservazione delle problematiche in campo è che l'interprete – persino quando guidato dalla chiave di lettura ontologica – adoperi la *chance* non tanto al fine di colmare una lacuna di tutela di un bene giuridico (e di un correlato credito) trascurato fino a pochi decenni fa nelle istanze di protezione e solo recentemente valorizzato dall'ordinamento “vivente”, quanto di rispondere alla esigenza di rimediare alle iniquità provocate dalla applicazione della regola del più probabile che no, in combinato disposto con quella della integralità del risarcimento, pur senza osare di mettere davvero in discussione il consolidato sistema<sup>88</sup>.

Si mette in campo una figura indefinita di “possibilità di risultato” al solo scopo di giustificare il risarcimento della perdita di quello stesso risultato, quando l'attore non sia stato in grado di provare che il danno è stato cagionato dall'inadempimento o dall'illecito. Per chi, poi, rifiuta gli argomenti ontologici, si deve sostenere che quella “possibilità di risultato” non sia un bene della vita appartenente al patrimonio del soggetto, e che a sua volta identifica l'oggetto della condanna risarcitoria per equivalente, ma si tratti piuttosto di una “condizione” intermedia costituita da una serie di fattori personali e ambientali, e finalisticamente orientata al conseguimento del bene principale, per consentire al giudice di stabilire la misura del pregiudizio subito.

Se è vero che la matrice causale è comune a qualunque impostazione, è importante chiarire che la c.d. “causalità da perdita di *chance*” – ammessa in una certa fase dalla giurisprudenza di legittimità: v. *infra*

---

<sup>88</sup> A proposito di *chance* medica di guarigione o di sopravvivenza, V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994, 76-81, richiama quella dottrina francese (il riferimento è a G. VINEY-P. JOURDAIN, *La responsabilité*, cit., spec. 101), che ha definito la *chance* come un “*truchement*” per alleggerire a vantaggio dei danneggiati l'onere della prova fra condotta colposa ed evento dannoso». Sul punto, criticamente, P. ZIVIZ, *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. prev.* 5/2016, 1490 ss., ritiene improprio l'uso della *chance* perduta per consentire al danneggiato di appellarsi alla lesione della sua probabilità di sopravvivenza, con l'intento di mascherarsi dietro una soglia di causalità inferiore alla certezza civilistica del più che probabile.

nel cap. II – è compatibile con la sola impostazione “eziologica”, che si serve di uno standard causale di più facile soddisfazione, giustificandone l’utilizzo tramite il riferimento, come *thema probandum*, ai fatti fondanti la mera possibilità del risultato vantaggioso.

Il che parrebbe essere una agevolazione per il soggetto danneggiato attore in giudizio, il quale – impossibilitato alla prova che il danno finale sia stato (più probabilmente che no) cagionato dall’illecito – potrebbe essere perlomeno in grado di allegare e provare i fatti costitutivi della lesione della semplice possibilità di aggiudicarsi un certo risultato, situazione strumentale alla realizzazione del vantaggio ormai sfumato.

L’agevolazione probatoria è, invero, solo apparente, se si considera anzitutto che non sarà facile per l’attore provare la consistenza di una concreta *chance* di profitto<sup>89</sup>; e, in seconda battuta, che la prova spesso richiesta dai giudici è nella direzione di una concreta, nel senso di “elevata”, probabilità di realizzare il vantaggio anelato, quasi a voler rimarcare che se l’attore configura il danno preteso in termini di perdita di *chance*, questi dovrà guadagnarsi l’accoglimento della domanda provando l’esistenza di un nesso causale che si attesti addirittura oltre il “più probabile che no”.

Diversamente se si compie il passo di ammettere l’esistenza di una autonoma situazione giuridica soggettiva – che rappresenta un’anticipazione di tutela dal piano del risultato a quello della possibilità del risultato – tornano in campo le ordinarie regole causali, poiché semplicemente non vi è più la necessità di “addolcire” il metodo di verifica del nesso eziologico. Ove si scomponga il bene giuridico finale, la *chance*, da entità strumentale priva di autonomo rilievo diventa parte del patrimonio di interessi di cui il soggetto è titolare, di modo che la sua lesione fonderà un distinto diritto di credito al risarcimento del danno (e appositamente qui si evoca il discorso processuale della individuazione delle azioni o del loro cumulo, riservando al prosieguo le opportune riflessioni).

Questa è, per noi, la giusta declinazione della teoria ontologica, in quanto orientata alla esatta definizione dell’oggetto del processo, come

<sup>89</sup> Il riferimento convenzionale alla soglia del 50%+1, spesso richiamato (cfr. A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, cit.; G. FACCI, *Chance (danno da perdita di)*, cit.; A. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi e virtù di una costruzione giuridica giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.* 6/2000, 661 ss.) anche con riferimento alla prova della concretezza e apprezzabilità della *chance* (v., ad esempio, tra le più recenti, C. App. Campobasso, 14.2.2022, n. 51, in banca dati *Dejure*), non deve intendersi in senso letterale e sta a rappresentare l’esigenza di riscontrare l’esistenza di una entità minima tutelabile al di sotto della quale una possibilità meramente soggettiva o comunque davvero irrisoria non meriti di essere risarcita.

si approfondirà nella parte II dell'opera. In tal senso sembra corretto riferirsi alla *chance* come interesse ontologicamente rilevante quando il suo pregiudizio individua una autonoma domanda risarcitoria; non quando, pur riconoscendo nella *chance* un interesse tutelato dall'ordinamento, l'azione di condanna al risarcimento del danno si fonda sul sacrificio di un'altra situazione giuridica, e la perdita di *chances* può essere valorizzata tra le conseguenze risarcibili del danno (ma v. più diffusamente *infra* in questo stesso capitolo nel par. 7).

La teoria eziologica, invece, dovrebbe essere definitivamente accantonata, poiché foriera di incertezze applicative in punto di prova del nesso causale, che si rivelano intollerabili per il sistema: in nessun caso può accettarsi una regola di causalità attenuata da utilizzare a seconda dei casi ogni volta che la prova secondo lo standard tradizionale si riveli irraggiungibile e tale da non essere sufficiente a formare il libero convincimento del giudice.

## 5. Gli usi alternativi della perdita di *chance* come strumento di mitigazione del principio "all or nothing"

Ancora sulle implicazioni della *chance* in punto di prova del nesso causale, va rilevato che l'espedito della *chance* come regola di causalità alternativa alle asperità probatorie del principio invalso nella dimensione civilistica del "più probabile che no" rappresenta, probabilmente, la soluzione più immediata al problema della collocazione sistematica della *chance*; soluzione che, tuttavia, ci pare frutto di un equivoco<sup>90</sup>.

Appare non priva di interessanti risvolti pratici, infatti, l'idea di ammettere che la verifica del nesso causale proceda secondo un canone probabilistico attenuato, tale da assicurare un ristoro pure in quei casi limite, in cui la prova del nesso non riesca a raggiungere la soglia del più probabile che no. Tuttavia, dal nostro punto di vista interessato

---

<sup>90</sup> A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2/1985, 315 ss., evidenziava come anche la dottrina francese più autorevole, pur riconoscendo l'utilità pratica della nozione di *perte d'une chance* nei giudizi di responsabilità medica, «non ha mancato di mettere in evidenza l'equivoco in cui cade la giurisprudenza confondendo la probabilità che il danno possa essere causato dalla colpa del medico e il grado d'incertezza del giudice su tale causalità. Il dubbio sul nesso causale, si osserva, consentirebbe in ogni caso di giustificare una condanna parziale del convenuto col pretesto che c'è sempre una *chance* perduta per colpa del medico, mentre in realtà questa pretesa *chance* obiettiva non è altro che l'incertezza soggettiva del giudice sulla causalità del danno».

alla individuazione della *res iudicanda*, sarebbe necessario chiarire – sempre che così davvero sia – che qui la domanda di risarcimento non ha ad oggetto la lesione della *chance* quale autonomo bene della vita e la perdita di *chance* rientra solo nel discorso causale.

In tal modo, comunque, si riesce ad attribuire un valore quantomeno economico alla *chance*<sup>91</sup>, apprezzandone l'incidenza in punto di causalità e accettando che la relazione eziologica possa essere sondata non necessariamente alla stregua del "più probabile che no". La premessa necessaria di tale modello ricostruttivo della *chance* – qui non condiviso – risiede, dunque, nell'accettazione della riconoscibilità di più di una regola causale e cioè della non esclusività del criterio del "più probabile che no", a cui sarebbe possibile affiancare almeno un altro codice di decifrazione della catena eziologica, basato sulla valorizzazione delle *chances* di raggiungere il risultato finale (e chiaramente ad uso del solo giudice civile).

Proprio partendo dal presupposto della non univocità della nozione di causalità<sup>92</sup>, si è sostenuto che la inclusione della perdita di *chances* nel perimetro del danno risarcibile consente di ristorare il danno effettivamente cagionato dalla condotta colpevole, anche quando la doverosa applicazione della regola di riparto del rischio della mancata prova di cui all'art. 2697 c.c. – o del principio "*all or nothing*", direbbero i sostanzialisti – condurrebbe al rigetto della domanda in ragione della carenza della prova su uno dei fatti costitutivi del diritto di credito risarcitorio: il nesso eziologico. In questa prospettiva – che avalla forme di responsabilità c.d. proporzionale – si sostiene che la regola della integralità dell'attribuzione causale sarebbe intimamente essenziale solo nel processo penale, là dove, invece, nel processo civile possono (e devono) essere presi in considerazione diversi modelli di imputazione della responsabilità corrispondenti a varie scelte di *policy*.

In tal senso si è affermato che, proprio il risarcimento del pregiudizio da perdita di *chances*, «inducendo a quantificare il danno nella misura che rifletta il grado di probabilità che esso sia stato causato dal responsabile, rappresenta uno strumento giusto ed efficiente, rispondente alle funzioni compensative dei sistemi di responsabilità civile,

<sup>91</sup> Come, se in un mercato ideale, quella *chance* fosse stata venduta per un certo prezzo: v. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, 2019, 589 ss., su cui torneremo *infra* al par. 6.

<sup>92</sup> V. *supra* i riferimenti in nota 59, in questo stesso capitolo.

che tende a ripartire proporzionalmente<sup>93</sup> il peso del danno tra la vittima

<sup>93</sup> Nel nostro ordinamento il dibattito intorno all'ammissibilità di un'attribuzione proporzionale del contributo causale rilevante ai fini del risarcimento del danno si è sviluppato con riguardo al problema della efficienza eziologica delle concause naturali: sul punto, *si vis*, v. quanto abbiamo osservato in *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della l. n. 24/2017*, in C. CONSOLO (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, Torino, 2018, spec. 27-31. Quando la pronuncia di Cass. 16.1.2009, n. 975, ha, per la prima volta, messo in discussione il meccanismo attributivo della responsabilità integrale, per far rilevare, già sul piano dell'accertamento causale, eventuali concause naturali consistenti in stati patologici pregressi all'intervento medico e assorbire così una parte del danno a carico del soggetto danneggiante *ex art. 1227 c.c.*, la successiva Cass. 21.7.2011, n. 15991, ha inteso immediatamente correre ai ripari, nel senso di riaffermare che «il giudizio sul nesso di causalità materiale è limitato alla sua sussistenza/insussistenza, senza che siano date terze ipotesi, tantomeno in via equitativa: diversa questione è quella della misura dell'incidenza di eventuali stati patologici pregressi sul danno risarcibile [...] la cui analisi e la cui soluzione è riservata alla fase in cui si procede alla determinazione delle conseguenze risarcibili dell'evento dannoso *ex art. 1223 c.c.*». In sintesi, ogni tentativo di smembrare la monoliticità delle regole atte ad individuare il rapporto causale si scontra con l'argomento "*all or nothing*", per cui eventuali fattori – che sia una probabile concausa naturale del danno o gli elementi integranti una possibilità di realizzare un risultato vantaggioso – possono essere valutati dal giudice solo in sede di quantificazione, in chiave premiale o punitiva a seconda dei casi. In nota alla pronuncia del 2011, v. l'efficace commento di M. BONA, *La Cassazione rigetta il modello della "causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.* 12/2011, 1672 ss., il quale, aderendo pienamente al dietrofront della Suprema Corte dopo la "svista" del 2009, osserva che il dibattito sull'*apportionment of liability* si svolgeva contestualmente alla diatriba tra fautori e oppositori della "causalità da perdita di *chance*". Così chi ha sostenuto l'applicazione della "causalità equitativo-proporzionale" (v., ad es., S. BARBARO, *Responsabilità del sanitario e logica dell'apportionment of liability*, in *Danno e Resp.* 4/2011, 419, in nota adesiva a Trib. Terni 2 luglio 2010 che accoglieva l'interpretazione dell'isolato precedente del 2009) non esitava a giudicare negativamente la causalità da perdita di *chance*, «quale *doctrine* inconsistente, fumosa, arbitraria, da "*damages lottery*"» (così Bona, 1683). In altre parole, la graduazione della responsabilità è vista come un rimedio efficace contro le incertezze generate dall'utilizzo massiccio della perdita di *chance* in ambito medico-sanitario. V. anche la postilla di B. TASSONE, *Note minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di chances e protezione della vittima*, in *Danno e Resp.* 4/2011, 431 ss., il quale legge il rapporto fra teoria del risarcimento proporzionale e danno da perdita di *chances* in chiave non necessariamente oppositiva. Secondo l'A. la categoria dell'*apportionment of liability* (per una sintesi del quale, anche in prospettiva di comparazione, v. ID., *La ripartizione di responsabilità, cit., passim*) può contribuire all'inquadramento teorico della perdita di *chances*, perlomeno nel settore della colpa medica. Recentemente è tornato ad auspicare l'impiego della perdita di *chances* quale paradigma su cui modellare un sistema di responsabilità proporzionale, M. CAPECCHI, *Dalla perdita di chance*, in *Contr. Impr.* 1/2021, 23 ss. Nondimeno si segnala che la giurisprudenza di legittimità è ferma nel negare cittadinanza a forme di responsabilità proporzionate: v. Cass. 11.11.2019, n. 28986, che ha ribadito la ferma opposizione della giurisprudenza di legittimità a qualunque tentativo di «riduzione proporzionale della responsabilità in ragione della minore incidenza dell'apporto causale del danneggiante, in quanto

ma e il danneggiante [...]»<sup>94</sup>.

A non convincere, tuttavia, sono le conseguenze di tale impostazione sul funzionamento del sistema nel suo complesso, anche dal punto di vista dello svolgimento del processo e della modalità con cui le *chances* perdute dovrebbero venire in rilievo in giudizio.

Al pari di quanto si osserverà *infra* (al par. 6) con riguardo all'impiego della *chance* come tecnica (simile, a nostro avviso, a quella in parola) di aggiustamento della liquidazione al fine di rendere quanto più possibilmente esatta la corrispondenza tra il danno subito e il *quantum* risarcito, non è chiaro come, e a quali condizioni, dovrebbe essere sollecitata l'applicazione della regola "alternativa" fondata sulla perdita di *chance*; o se, addirittura, questa dovrebbe essere regola di giudizio a cui ricorrere – ancor prima di affidarsi *in extremis* all'art. 2697 c.c. – in caso di riscontro negativo della possibilità di provare il nesso di causa secondo lo standard "ordinario". Ne deriverebbe, molto probabilmente, ed in caso di accoglimento della pretesa, il ristoro di un danno *diverso* da quello oggetto della domanda di risarcimento proposta dall'attore (il quale potrebbe non aver neppure contemplato la perdita di una *chance* nella sua domanda giudiziale), in spregio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato<sup>95</sup>.

Peraltro, sembra ancora una volta che si confondano due piani che invece dovrebbero essere mantenuti ben distinti: un conto è la prova del nesso eziologico tra evento e danno lamentato, altro è la prova delle probabilità di realizzazione del risultato cui la *chance* aspirava<sup>96</sup>. In

---

una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile» (cfr. p. 9; v. anche la conf. Cass. 11.11.2019, n. 28990).

<sup>94</sup> È il pensiero di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *La nuova giur. civ. comm.* 3/2009, 284 ss., spec. 298 ss. (confermato in termini identici nella successiva opera monografica di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, spec. cap. V, 334 ss.).

<sup>95</sup> E anche ove l'attore avesse proposto (anche o solo) una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* si dovrebbe logicamente concludere che egli abbia appunto proposto una domanda di risarcimento di un certo danno non che abbia, con quella domanda, sollecitato l'applicazione di uno standard probatorio ridotto o alternativo o di proporzionamento della responsabilità.

<sup>96</sup> Così, con esiti che troviamo consonanti a quelli da noi raggiunti, M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eur. dir. priv.* 4/2011, 945 ss., secondo cui è comprensibile che il problema della *chance* sia spesso trattato come un problema di causalità, e, secondo cui, a ben vedere, la



altri termini, se si vuole ammettere uno spazio entro cui la *chance* abbia un qualche rilievo, non si può confondere (e far coincidere) la incertezza ontologica che è tipica della *chance* con la incertezza causale; come pure è da evitare la contraddizione per cui il risarcimento delle *chances* sacrificate corrisponderebbe al ristoro di una porzione di responsabilità solo perché quelle *chances* rappresenterebbero una porzione del risultato finale<sup>97</sup>.

Pertanto non pare corretto ergere la perdita di *chances* a ragionamento causale alternativo rispetto a quello ordinario<sup>98</sup> né a tecnica di

---

questione sottesa alla perdita di *chance* non è diversa da quella della causalità incerta dell'omissione: «la *chance* consiste nella possibilità di una vantaggio che l'attivazione di un controprocesso causale avrebbe potuto promuovere e che la sua omessa attivazione ha, invece, precluso e, perciò, si dà solo quando l'efficacia causale di tale controprocesso si mostra oggettivamente incerta. Tuttavia questo non autorizza a ritenere – come, invece, spesso avviene – che, dal punto di vista giuridico, poiché la c.d. causalità dell'omissione non si distinguerebbe dalla c.d. causalità dell'azione, la *chance* proponga un problema del tutto identico a quello che ormai specificamente si discute sotto la categoria della c.d. *causalità incerta* o, addirittura, riconducibile a quello generale della c.d. *causalità giuridica*». La perdita di *chance* non coincide con il momento causale, è piuttosto il risultato della impraticabilità del giudizio causale, dovuta alla impossibilità di rinvenire una legge di copertura: nel caso della responsabilità omissiva, «ciò che l'impraticabilità del giudizio causale lascia al diritto è la *preclusione di un'opportunità*».

<sup>97</sup> Nell'ottica del risarcimento proporzionale, almeno secondo un certo modo di intendendolo, si nega il *discrimen* segnato dalla barriera del 50%, per cui al di sopra di tale soglia si dovrebbe risarcire l'intero danno, mentre al di sotto della stessa, il danneggiato dovrebbe essere privato di qualunque forma di compensazione: il ristoro deve essere proporzionato alla prova del danno, qualunque sia la quantificazione percentuale raggiunta. Ma a nostro avviso il risarcimento della *chance* perduta realizza un diverso risultato, poiché non si limita ad "aggiustare" il *quantum* da risarcire proporzionalmente alla quota di responsabilità provata, né tantomeno mira ad instaurare forme di imputabilità proporzionale, e quindi parziale, della responsabilità in punto di nesso di causa. Infatti, come si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo dedicato alla analisi degli orientamenti giurisprudenziali, nei casi in cui è riconoscibile una *chance*-situazione giuridica autonoma, essa rappresenta una anticipazione di tutela, nel senso che fa arretrare la soglia al di sotto della quale un pregiudizio non può essere risarcito, ma la relativa lesione comporta l'insorgere di un danno che andrà verificato secondo la tradizionale regola del "più probabile che no". Non diversamente nelle altre fattispecie in cui la perdita di *chance* avrà rilievo tra le conseguenze risarcibili del danno, il nesso di causalità materiale tra illecito ed evento di danno, e quello di causalità giuridica tra evento di danno e conseguenze risarcibili *ex art. 1223 c.c.*, dovranno essere ricostruiti pur sempre secondo l'ordinario canone probabilistico.

<sup>98</sup> Sul punto concordiamo con B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 45-46, secondo cui «la direzione da imboccare non [sta] nel mantenimento della perdita di *chances* su un binario (concettualmente) separato da quello della "causalità civile ordinaria"». Ad avviso dell'A., però, la perdita di *chances* dovrebbe funzionare alla stregua di una «tecnica di liquidazione del danno [su cui v. *infra* par. 6], se si

proporzionamento della responsabilità nel senso di avvalersi della *chance* per ritenere provata una parte del danno. Questa ultima strada – oltre a presupporre la non divisibile possibilità di frazionare l'attribuzione di responsabilità in punto di nesso causale – implicherebbe pure la assunzione della premessa, secondo noi altrettanto non divisibile, di stampo eziologico, che collega necessariamente la *chance* al risultato finale, con il solo scopo di evitare la prova del nesso causale secondo gli standard probatori ordinari, i quali sono invero gli unici accettabili se non si vuole rendere del tutto evanescente il complesso di principi posti a presidio della verifica intorno alla sussistenza della relazione causale tra illecito e danno.

### **5.1. (segue) gli usi alternativi della perdita di *chance* in chiave redistributiva o punitiva (anche eventualmente nella sede della *class action* recentemente rinnovata)**

La duttilità del concetto di *chance* incoraggia pure un utilizzo della stessa in funzione redistributiva sul piano collettivo e, in ultima analisi, se non propriamente punitiva, quantomeno deterrente nei confronti del convenuto danneggiante. Ove sul piano individuale, il singolo si trovi nella impossibilità di provare in giudizio il nesso di causa tra la condotta lesiva e il danno subito, la opportuna considerazione della perdita di *chance* può infatti consentire di non lasciare priva di conseguenze una condotta certamente illecita (anche se non produttiva di un danno risarcibile perché non dimostrabile nella sua riconducibilità alla condotta stessa) che potrebbe essere reiterata<sup>99</sup>.

In questo ordine di pensiero la logica del “tutto o niente” può essere soppiantata da quella del “a tutti un poco”. Tanto può valere specialmente (anche se non solo) con riferimento alle fattispecie, seriali, di c.d.

---

vuole modellata da scelte di *policy*: appunto formulando l'ipotesi che la perdita di *chances* scatti solamente al di sotto della soglia oppure facendo leva, in una maniera diversa da quella fino a ora proposta dalla giurisprudenza, sulla cennata distinzione fra causalità generale e specifica, ancorché stando attenti a non far evaporare l'accertamento del nesso».

<sup>99</sup> Questi i pregevoli argomenti di B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 293 ss. (v. anche ID., *Dalla chance individuale alla chance collettiva nella responsabilità medica (e non solo)*, in *Foro it.* 11/2020, 358 ss.) secondo cui le difficoltà probatorie che ordinariamente si riscontrano in punto di ricostruzione del nesso causale possono trasformarsi in una preziosa occasione di razionalizzazione delle risorse, in un'ottica di giustizia correttiva, anche nel diverso ambito dei *mass torts*, la cui incidenza, secondo l'A., è stimabile solo in punto di causalità generale.

“micro-violazioni”, in cui il pregiudizio inferito al singolo è quasi trascurabile o comunque di scarsa entità, e rispetto ai quali il danneggiante non abbia l’incentivo a desistere dalla condotta pregiudizievole<sup>100</sup>.

Le ragioni giustificatrici di siffatto approccio sono certamente apprezzabili. Infatti se si pensa che il riconoscimento della *chance* possa garantire una tutela risarcitoria (pur quantitativamente inferiore) là dove, altrimenti, stanti i canoni ordinari, il danneggiato non avrebbe diritto di pretendere alcunché, si riesce a cogliere il beneficio, ad un tempo, per il singolo e per la collettività.

Si deve notare che questa proposta ricostruttiva concepisce la perdita di *chances* come mera tecnica, non come fattispecie di danno: ad essere risarcito non è il pregiudizio consistente nel sacrificio delle occasioni di profitto, bensì il danno “finale” o “principale”, che tuttavia l’attore non riuscirebbe a provare nel contesto dell’azione individuale sorretta dai canoni ordinari. Inoltre, come visto, tale modello, attraverso la valorizzazione della *chance*, presuppone il trasferimento del ristoro dal piano individuale a quello collettivo, in modo che tutti i soggetti interessati dalla condotta lesiva possano beneficiare di un pur minimo ristoro.

La perdita di *chance* è, in altri termini, la *factio* per il cui tramite si assume che – nella eventualità in cui la unica condotta illecita colpisca una platea di soggetti: la sede privilegiata, e forse addirittura esclusiva, diventa allora l’azione di classe – tutti siano stati indistintamente danneggiati e tutti abbiano offerto la prova del danno. In altre parole, attraverso la considerazione delle *chances* perdute, si vorrebbe tipizzare uno standard di approssimazione della prova e della liquidazione del danno subito dal proponente e dagli aderenti.

Merita soffermarsi allora su quale potrebbe essere l’utilizzo del concetto di perdita di *chances* nella sede della nuova *class action*.

Mentre scriviamo, è passato ormai un anno dall’entrata in vigore della riforma dell’azione di classe, non più riservata in via esclusiva alla categoria dei consumatori, ma giustamente estesa a tutti i titolari

---

<sup>100</sup> Così B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 314, e ancora 328 ss., ove si chiarisce che la funzione deterrente e compensativa della perdita di *chances* «considerando una *chance* individuale astratta come il frammento di una più ampia *chance* collettiva concreta: ciò che non si può conoscere circa il caso specifico vale invece in chiave aggregata; e il mutamento di visuale consente il passaggio da una dimensione in cui ci si trova di fronte all’impossibilità di un accertamento nella singola fattispecie a una dimensione in cui, paradossalmente, la solidità del risultato è assicurata proprio dalla legge scientifica che individua la classe».

di “diritti individuali e omogenei”<sup>101</sup> e si assiste alla instaurazione dei primi giudizi *ex artt. 840-bis* e ss. c.p.c. (i cui ricorsi e relativi provvedimenti sono consultabili sul portale dei servizi telematici del Ministero di Giustizia).

In attesa delle prime pronunce, si attende un cambio di passo in grado di far davvero decollare uno strumento che, nella vigenza dell’art. 140-*bis* cod. cons., non è mai riuscito a fare breccia nel sistema giudiziario italiano. Ora che è caduto il requisito soggettivo della qualità di consumatore, che prima limitava sensibilmente l’ambito di applicazione dell’istituto, si ha l’occasione di beneficiare in via generalizzata delle funzionalità compensativa ad ampio raggio e deterrente dell’azione di classe (al netto delle complicazioni che potranno sorgere durante gli snodi procedurali, specie nella terza fase, deputata all’accertamento del diritto di ciascun aderente e alla quantificazione del danno, oltre che a raccogliere le adesioni tardive<sup>102</sup>).

In un’ottica di realismo giudiziario, dunque, votato a favorire la *class action* – e con essa la tutela di taluni “*small claims*” altrimenti difficilmente monetizzabili secondo le regole tradizionali<sup>103</sup> – è, allora, auspicabile un ripensamento delle posizioni manifestate dalla S.C. nella sentenza resa nel caso *Trenord* in punto di risarcibilità del danno non patrimoniale nella sede dell’azione di classe. Il riferimento è alla pro-

<sup>101</sup> La riforma della *class action* contenuta nella l. n. 31/2019 è entrata in vigore, dopo numerosi rinvii, in data 19.5.2021. Sul tema v., per tutti, C. CONSOLO, *L’azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2/2020, 714 ss., ora anche in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, vol. II, Napoli, 2020, 1433 ss., dove a seguire si possono leggere pure A. GIUSSANI, *Sulla riforma dell’azione di classe*, 1469 ss., e B. ZUFFI, *La tutela giurisdizionale degli aderenti nella nuova disciplina dell’esecuzione “collettiva” di classe*, 1497 ss.

<sup>102</sup> Come ha osservato C. Consolo, *op. ult. cit.*, 714, la riforma ha preferito semplificare la seconda fase, volta all’accertamento della responsabilità del resistente, a scapito della terza fase, in cui dovranno essere accertati i diritti di tutti gli aderenti, compresi quelli “precoci”.

<sup>103</sup> *Small claims* «processualmente inefficienti e comunque di ardua quantificazione esatta, fermi principii e le categorie ordinanti», come fa notare C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 715, secondo cui «solo rinunciando a ragionare esclusivamente con strumenti classici, e allora in forza di una omogeneità intesa non solo come comunanza di questioni ma come isoformismo socio-economico, e magari introducendo un *cap* per ogni aderente, sarà possibile sgravare la nuova terza fase dalla “terribilità” della configurazione tradizionale-individualistica di ogni singolo diritto soggettivo di credito restitutorio o risarcitorio, accostandoli tutti a forme di indennizzo per lievi impoverimenti e per non cruciali danni non patrimoniali. Codesto *cap* potrebbe congruamente ricercarsi nella fascia entro la quale il giudice di pace è investito di poteri decisorii nudamente equitativi, ed in via di fatto inimpugnabile (con un minimo spazio financo per lo scrutinio di legittimità in Cassazione)».

nuncia di Cass. civ., 31.5.2019, n. 14886<sup>104</sup>, che aveva cassato con rinvio la sentenza della C. App. Milano, per non essersi adeguata ai principi in materia di risarcimento del danno non patrimoniale e per avere disposto la condanna al risarcimento di presunti danni consistenti invero in meri e non meglio precisati disagi, ove invece le esigenze di individualizzazione delle singole posizioni non avrebbero consentito la standardizzazione tipica del giudizio nell'ambito dell'azione di classe.

La Cassazione non ha quindi escluso a priori la risarcibilità del danno non patrimoniale azionato in forma aggregata, ma la ha di fatto negata nel caso di specie; quando avrebbe potuto prendere atto delle ineludibili peculiarità di un'azione risarcitoria di massa e – con la necessaria dose di disponibilità a riadattare le categorie classiche<sup>105</sup> – confermare il risarcimento accordato dal giudice di appello. Sulla base di una nozione di omogeneità che in dottrina si è suggerito di intendere come “isoforismo socio-economico”<sup>106</sup>; e che, con analogo spirito, era stata definita anche in senso “etimologico”, ossia riferita al fatto illecito generatore del diritto risarcitorio e non anche all'evento dannoso<sup>107</sup>. Questa l'unica via, da più parti suggerita, percorribile al fine di realizzare una apprezzabile efficienza allocativa dell'istituto che si

---

<sup>104</sup> in *La nuova giur. civ. comm.* 5/2019, 993 ss., con nt. di C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione delinea presupposti e limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nell'azione di classe*, e G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale dei pendolari all'esame della Corte di Cassazione*, 993 ss.; in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 356 ss., con il commento di A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*; nonché in *Corr. giur.* 7/2020, con nt. di V.C. CASTALDO, *Il danno non patrimoniale dell'azione di classe: il quantum sul letto di Procuste*, 952 ss.

<sup>105</sup> Di contrario avviso, G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale dei pendolari all'esame della Corte di cassazione*, cit., 1002 ss. [e dove altro?], secondo cui i criteri di valutazione del danno risarcibile che valgono nel giudizio individuale non possono essere sovvertiti nella sede dell'azione di classe; anche secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.* 3/2011, 501 ss., par. 3, la prova, in particolare in punto di causalità, non debba sottostare a criteri più flessibili nella sede della azione di classe, C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.* 3/2011, 501 ss., par. 3

<sup>106</sup> Il riferimento è sempre a C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 715.

<sup>107</sup> Così A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati*, cit., 359; v. pure M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.* 4-5/2011, 147 ss., secondo cui la nozione di omogeneità deve essere interpretata in senso estensivo, e quindi non come sinonimo di “identità”, anche con riferimento alla condotta illecita, nel senso che i fatti lesivi possono essere plurimi e distinti (come per il caso di più clausole contrattuali abusive; *contra* C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.* 3/2011, 501 ss., par. 3, che predilige una nozione restrittiva di “commonality”, quale “predominanza dei temi di lite comuni anche sotto il profilo del danno”).

fonda proprio sull' "abbattimento dei costi della individualizzazione", in modo da ammettere il ristoro complessivo di danni non necessariamente identici, ma originati dalla stessa condotta illecita<sup>108</sup>.

In questa direzione sembra muoversi il Trib. Venezia, con la pronuncia del 7.7.2021<sup>109</sup> sul *Dieseltgate* italiano, che ha accolto l'azione di classe promossa contro *Volkswagen* per i danni patrimoniali e non patrimoniali<sup>110</sup> da pratica commerciale scorretta, ivi affermando che il riferimento alla valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.* (espressamente richiamato dall'art. 140-bis, co. 12, cod. cons, *ratione temporis* applicabile) è «legato ad esigenze di semplificazione probatoria ed esclude la necessità di un accertamento personalizzato di fatto, da cui di regola dipende l'esatta determinazione del *quantum debeatur*, valorizzando la natura collettiva del giudizio e la pluralità dei crediti vantati, i quali, se soggetti alle ordinarie regole probatorie, determinerebbero la paralisi dello stesso giudizio necessario a realizzarli».

Risulta giustificabile, dunque, l'intuizione di avvicinare i temi della perdita di *chances* all'ambito della *class action*, anche nell'ottica di imprimere all'istituto quell'impulso necessario a finalmente affermarsi. Tuttavia, non si reputa necessario – ed anzi sarebbe forse fuorviante – far ricorso alla nozione di perdita di *chances* per riconoscere che il risarcimento del danno in chiave aggregata non può essere guidato dagli standard probatori ordinari, a meno che non si voglia indulgere nel consueto utilizzo polivalente del concetto di *chances* perdute. Non-dimeno, anche in sede di *class action*, ora pronta ad ospitare la tutela di qualsiasi diritto (a quanto risulta, però, la prima maxi causa risarcitoria della stagione pandemica non si è avvalsa dello strumento collettivo<sup>111</sup>), potrà essere fatto valere un pregiudizio da perdita di *chances*; e

<sup>108</sup> Così, condivisibilmente, anche A. DONDI-A. GIUSSANI, "Commonality" all'italiana e avvio (timido) della nostra azione di classe, in *Giur. it.* 1/2018, 106-107, in nt. adesiva proprio alla sentenza della Corte d'Appello di Milano (25 agosto 2017, n. 3756) poi cassata con rinvio dalla richiamata pronuncia della S.C. del 2019.

<sup>109</sup> In *Danno e Resp.*, 2/2022, 239 ss., con nt. di P. SANTORO, *Dieseltgate* italiano: (e)mission impossibile. Il Tribunale di Venezia accoglie la *class action* e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette.

<sup>110</sup> Con la precisazione che, ad essere risarcibili, sono, secondo il tribunale di Venezia, solo i danni patrimoniali da lesione del diritto all'autodeterminazione, ma non anche quelli non patrimoniali da violazione di quest'ultimo diritto, essendo invece risarcibile il danno non patrimoniale subito dai consumatori solo ove la pratica commerciale scorretta integri gli estremi del reato di frode in commercio.

<sup>111</sup> Come riporta G. PONZANELLI, *Responsabilità civile, pandemia e sostenibilità*, in

varrà allora quanto già detto per qualsiasi tipologia di danno, e forse a maggior ragione, nel senso che l'aggregazione delle pretese omogenee dovrà servire a risarcire la perdita di *chances* patita da tutti gli aderenti, rinunciando a pretendere la prova piena di ciascun danno.

## 6. La perdita di *chance* come tecnica di quantificazione del danno

Nel ripercorrere con sguardo critico la tradizionale e non sempre fruttuosa dicotomia fra teoria ontologica e teoria eziologica, si è fino ad ora tentato di evidenziare, da un lato, la comune matrice causale delle due impostazioni, e dall'altro la necessità di dismettere l'approccio eziologico, foriero di contraddittorie sovrapposizioni tra verifica del nesso e individuazione dell'oggetto di tutela, per potenziare quello ontologico, arricchendolo della prospettiva processualistica, volta a selezionare le fattispecie risarcitorie in cui la lesione della *chance* possa davvero costituire un distinto diritto di credito azionabile in giudizio (come si vedrà meglio *infra* nella parte II, spec. cap. III).

Vi è peraltro una ulteriore angolazione a partire dalla quale osservare la perdita di *chances*, e di cui è bene tenere conto. Secondo una autorevole posizione dottrinale, attenta alla analisi economica del diritto, il problema della *chance* deve essere tenuto ben distinto tanto dalla questione, fin qui trattata e privilegiata, del nesso causale quanto dai tentativi di individuazione di una distinta situazione giuridica meritevole di tutela e quindi di una azione diversa.

Nella prospettiva su cui ci apprestiamo a ragionare, la valutazione delle *chances* perdute rappresenta un criterio per la quantificazione del danno, con particolare riguardo al danno futuro e al lucro cessante, per definizione contraddistinti da una certa incertezza<sup>112</sup>.

---

*Contr. impr.* 1/2022, 7 ss., «per quanto è dato apprendere, un numero rilevante di famiglie lombarde – soprattutto dei due territori più duramente colpiti dalla prima stagione pandemica dell'inverno-primavera 2020 ai quali, pare, si sono affiancate altre famiglie in relazione alle perdite verificatesi nell'autunno 2020/inverno 2021: complessivamente il numero supera i duecento nuclei familiari – hanno citato in giudizio non tramite un'azione di classe ma attraverso una normale azione di cognizione Stato e Regione Lombardia per le loro "colpe", consistenti soprattutto nell'omissione delle necessarie misure volte al contenimento della pandemia. Il quesito è proprio questo: la pandemia da Covid 19, dopo le epidemie di Sars nel 2003, dell'influenza aviaria nel 2005 e a quella suina del 2009, poteva essere prevista o no?».

<sup>112</sup> È l'opinione di P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit.,

L'atto illecito che cagiona un danno in quanto lesivo di una situazione giuridica soggettiva ovvero fonte di inadempimento contrattuale genera una nuova situazione (*rectius*: altera la situazione di fatto preesistente all'illecito), facendo venir meno la probabilità di conseguire utilità successive. In tal modo, il valore economico<sup>113</sup> della probabilità di realizzare una occasione vantaggiosa può sostanziarsi in una porzione del risarcimento del danno "principale", invero "unico", poiché la perdita di *chance* non viene qui in rilievo come danno a sé stante, bensì in veste di criterio di "correzione" del *quantum* da risarcire.

La *chance* non viene cioè considerata alla stregua di un'autonoma posizione giuridicamente tutelata, e la relativa perdita non è classificabile quale evento di danno suscettibile di concorrere alla fattispecie costitutiva del credito risarcitorio<sup>114</sup>. Ne consegue peraltro che non si pone un problema di causalità rispetto al danno da perdita di *chance*, proprio per la ragione che la *chance* in quanto tale non è un bene suscettibile di lesione, neppure intermedio o strumentale al perseguimento del risultato finale.

E allora – esclusa la identificazione della *chance* come bene della vita la cui lesione giustifichi la proposizione di una apposita domanda – la

---

spec. 592: «in questo caso la misura del danno è pari al prezzo che si sarebbe stati disposti ad accettare in cambio della rinuncia alla *chance*». Riprende e condivide questa definizione E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *judicium.it*, parimenti critico rispetto alla creazione pretoria della *chance* quale bene autonomo, giustificata non tanto sulla base di una norma che lo preveda, quanto piuttosto sulla base del nesso causale «come "misura della relazione probabilistica concreta" tra comportamento e fatto dannoso». Secondo l'A. – che è tornato sul tema di recente esprimendo le stesse perplessità: v. ID., *La chance perduta (una comparazione italo-uruguayana)*, in *Riv. dir. comm.* 2/2020, 253 ss. – del tutto inammissibilmente, la giurisprudenza ha costruito una fattispecie di bene giuridico tutelato a partire da una relazione causale probabilistica (che non rispetta il dettato dell'art. 1223 c.c. in ordine alla risarcibilità delle sole conseguenze immediate e dirette), invece che da una norma fondante la situazione giuridica.

<sup>113</sup> Valore che, secondo P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 597-598, non corrisponde necessariamente al guadagno atteso della *chance* e cioè al «profitto moltiplicato per la probabilità», poiché l'atteggiamento generale di avversione al rischio fa sì che «l'equivalente attuale e certo del profitto sia inferiore al valore atteso», nel senso che «ricevere oggi 100 è generalmente considerato preferibile a vedersi attribuire una probabilità al 50% di ottenere 200 domani. Questa considerazione riduce l'equivalente certo della *chance* non molto probabile, rafforzando la tesi che essa non sia risarcibile».

<sup>114</sup> Neppure con riferimento a quelle fattispecie che evidenziano una diversa e «relativamente nuova» applicazione del concetto di *chance* in tema di responsabilità per danni, come nel caso della mancata proposizione dell'appello da parte dell'avvocato o della mancata somministrazione di una certa cura, che sarebbero le ipotesi di danno da perdita di *chances* in senso proprio: v. P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 601 ss.



valutazione della occasione perduta andrà fatta rientrare nel giudizio atto a riconoscere il diritto al "giusto" risarcimento del danno, come elemento volto a conseguire la massima corrispondenza possibile del *quantum* liquidato rispetto all'incidenza effettiva del fatto illecito sulla determinazione della lesione, valutata nel complesso e, così, anche alla luce delle *chances* di profitto perdute.

Si tratta, dunque, di un giudizio e non di un evento, per cui non vi sarebbe ragione alcuna di porsi un problema di causalità rispetto alla *chance*: l'evento a partire dal quale si deve impostare l'accertamento del nesso causale è quello consistente nella lesione dell'interesse protetto o nell'inadempimento (e non la perdita di *chance*), a seconda che ci riferiamo ad una ipotesi di responsabilità extracontrattuale o contrattuale<sup>115</sup>.

In altre parole, la pretesa risarcitoria non ha ad oggetto la lesione consistente nella perdita di *chance*, bensì la circostanza che dall'illecito consegua, in via ulteriore, la perdita di una *chance*, da valutare nella fase di liquidazione, quale "criterio di perfezionamento" del *quantum* risarcito<sup>116</sup>. Come strumento di liquidazione, la perdita di *chance* verrà calcolata e valorizzata necessariamente in via equitativa, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c. o, per meglio dire, andrà a rappresentare una specificazione della valutazione equitativa<sup>117</sup> dettata da queste ultime norme.

---

<sup>115</sup> Così P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 593 ss., che rifiuta categoricamente l'idea secondo cui la *chance* costituirebbe un bene oggetto di una posizione giuridicamente tutelata e perciò preesistente nel patrimonio del soggetto. La perdita di *chance* non è un danno, qualificabile né in termini di danno emergente né di lucro cessante: essa è «semplicemente, volta a volta, un criterio per la quantificazione dell'uno o dell'altro» e, inoltre, «non ha senso porsi un problema di causalità rispetto alla *chance*, perché la causalità è un rapporto fra eventi del mondo fenomenico, mentre la *chance* non è un evento, bensì un giudizio». Pare di intendere che anche B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 45, (e già ID., *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e Resp.* 5/2009, 525 ss.) abbia proposto una qualificazione della perdita di *chances* come tecnica di liquidazione del danno, posto che «la direzione da imboccare non [sta] nel mantenimento della perdita di *chances* su un binario (concettualmente) separato da quello della "causalità civile ordinaria"». L'A. ripete a più riprese (cfr. p. 99) che l'elaborazione sulla *chance* impone sempre e comunque che il nesso vada provato secondo lo standard ordinario, pur suggerendo una «tecnica per accertare la causalità in condizioni di ineludibile incertezza».

<sup>116</sup> Una volta che – per esemplificare – sia stata accertata la relazione causale della condotta con l'uccisione del cavallo da corsa, le sue *chances* di vittoria nella gara equestre possono rientrare nella valutazione complessiva del danno. Diversamente, nel caso in cui non si riesca a soddisfare lo standard probatorio del nesso causale (e, in ultima analisi, la prova del danno subito per la lesione del bene tutelato) non vi sarà alcuna liquidazione entro cui far emergere pure le *chances* di vittoria perdute, le quali dovranno allora essere ricollocate in una veste autonoma o, fatalmente, fatte cadere in oblio.

<sup>117</sup> F. CARNELUTTI, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1942, 53-54,

In particolare, l'art. 2056, co. 2 puntualizza il dettato dell'art. 1226, subordinando la valutazione del lucro cessante all' «equo apprezzamento delle circostanze del caso»<sup>118</sup>; ma, a differenza del lucro cessante – che, come noto, è, insieme al danno emergente, una componente del danno – la perdita di *chance*, nel modello qui preso in esame, viene as surta a regola equi-valutativa, nel senso di criterio per la misura dell'equo apprezzamento del giudice.

Ancor meglio: «fattore di probabile incidenza sul danno»<sup>119</sup>, di modo che le circostanze di fatto addotte dall'attore a fondamento della pretesa consistenza della propria *chance* di ottenere un profitto orientino la quantificazione dell'ammontare risarcitorio<sup>120</sup>.

---

evidenziava come la dizione “valutazione equitativa” non fosse corretta, poiché in questo giudizio «non entra l'equità, in contrasto con lo stretto diritto, ma *l'arbitrium iudicis*, necessariamente implicato nell'*aestimatio* in quanto la determinazione dell'equivalente in denaro del bene perduto o non acquistato non può farsi se non mediante una *previsione*».

<sup>118</sup> Formula dal seguente significato, secondo A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, sub art. 2056, spec. 120: «il giudice deve sforzarsi di attribuire prudentemente ad ogni circostanza e ad ogni elemento il suo giusto peso, al fine di poter esattamente accertare l'ipotetico incremento patrimoniale che si sarebbe realizzato in assenza del fatto dannoso ed a cui corrisponde l'entità del danno». Circostanza utile a tal fine sta nelle condizioni personali del danneggiato, nell'ottica di una «reintegrazione patrimoniale effettiva e non correlata a parametri astratti»: così G. VISINTINI e L. CABELLA PISU, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, I, II ed., Torino, 1999, 279.

<sup>119</sup> Per dirla con le parole di C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, sub art. 1226, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 321 ss., spec. 326-327, il quale avverte subito il lettore della esigenza di cogliere concretamente l'essenza della valutazione equitativa, di modo che non si risolva nel generico richiamo alla «prudenza o alla moderazione». Così, presupposta l'impossibilità di provare il danno nel suo preciso ammontare, è richiesto al giudice di contemperare i fattori di probabile incidenza sul danno; ma con l'accortezza che, stante la formulazione della norma, «la valutazione equitativa esige quanto meno la prova dell'esistenza del danno e [...] l'incertezza dev'essere limitata alla determinazione della sua *precisa* entità. [Pertanto, ad esempio] con riguardo al danno futuro è da osservare che il giudizio equitativo non concerne l'accertamento dell'evento lesivo a venire. Se infatti l'evento non si è ancora verificato, è necessaria la ragionevole certezza del suo futuro accadimento [...] Alla valutazione equitativa si prestano invece gli aggravamenti futuri e gli eventuali mancati guadagni che si collegano funzionalmente, seppure in termini meramente probabilistici, all'attuale evento lesivo».

<sup>120</sup> Tornano nuovamente utili le riflessioni di C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, sub art. 1223, 329-330: «quando una posizione ha un valore in ragione delle sue utilità future, l'incertezza sul verificarsi di queste utilità non preclude l'esistenza in atto dell'evento lesivo consistente nella perdita di tale posizione, e cioè dello strumento per il conseguimento di tali vantaggi. La determinazione del danno – sempreché i vantaggi siano funzionalmente connessi col bene – può allora essere condotta sulla base delle concrete probabilità del guadagno, anche se queste probabilità non siano alte [...] La

Come insegna il classico esempio del cavallo da corsa, il suo valore commerciale potrebbe già ricomprendere l'apporto economico di cui il proprietario avrebbe potuto ancora godere se non fosse intervenuto l'evento dannoso. In questo senso si coglie l'utilità della teoria della *chance* come tecnica di liquidazione: il giudice ne farà uso – e quindi anche d'ufficio, senza esigenza non solo di specifica domanda, ma (si direbbe) financo di allegazioni fattuali soggette a preclusioni – se e nella misura in cui intenda dare specifico rilievo ai fatti (prognostici) indicativi di una *chance* e sempre che non ne abbia già implicitamente tenuto conto nella determinazione del danno da risarcire *tout court*<sup>121</sup>.

È interessante notare che siffatta concezione della perdita di *chance* come tecnica di quantificazione del danno, orientata dalla stima (anche approssimativa) delle *chances* perdute, è stata recentemente invocata dal massimo consesso della giurisprudenza amministrativa. Si avrà modo di tratteggiare più avanti le questioni sottese al risarcimento del danno da perdita di *chance* derivante dalla lesione dell'interesse legittimo (cfr. *infra* cap. II par. 6). Qui preme solo evidenziare come, anche nei rapporti tra privato e p.a., accada non di rado che il mancato o illegittimo esercizio dell'azione amministrativa cagioni un danno – nei consueti termini del danno emergente e del lucro cessante – non esattamente predeterminabile e dunque quantificabile, talché il giudice amministrativo è costretto a prendere atto della necessità di valutare le conseguenze risarcibili della lesione *ex art.* 1223 c.c. sulla base di un «giudizio di verosimiglianza», in base al quale tentare di misurare il grado di probabilità (e cioè le *chances* perdute) di realizzazione di un certo risultato profittevole nel caso in cui non fosse occorso l'illecito della p.a.

---

determinazione del danno deve tener conto, per quanto possibile, di tale probabilità, venuta meno in conseguenza dell'atto lesivo». Sebbene l'A. si riferisca alla perdita di *chance* nei termini di «danno conseguente all'inadempimento o all'illecito extracontrattuale», la sua argomentazione può essere letta non meno correttamente nel senso che le utilità probabilmente conseguibili sarebbero connaturate al bene giuridico "primario" leso in via diretta, tali per cui il risarcimento del danno dovrebbe essere commisurato anche a quelle utilità *in nuce* rimaste solo una potenzialità.

<sup>121</sup> M. FRANZONI, *sub art.* 2056 cod. civ., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, cit., spec. 825, scrive che «la valutazione del valore economico del cavallo, accertato e liquidato in funzione della razza, della genealogia, delle intrinseche e specifiche caratteristiche del bene individuato, delle prestazioni fino a quel momento ottenute e dell'età, comprende già l'apporto in termini economici che il cavallo avrebbe ancora potuto dare al proprietario. [...] Il valore della *chance* [può essere] già contenuto nel valore commerciale del cavallo».

Ebbene il Cons. St. A.P. 23.4.21, n. 7<sup>122</sup> – in una fattispecie di danno da ritardo nascente dalla mancata erogazione di incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica, in ragione di una sopravvenienza normativa che non sarebbe stata applicabile se la p.a. avesse concluso il procedimento amministrativo nei termini previsti – ha statuito che «il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di *chance*, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione».

La stessa sentenza, tuttavia, non riesce a sfuggire alle ricadute ambigue che solitamente contraddistinguono i pronunciamenti giurisprudenziali in materia di perdita di *chance*, nella parte in cui dà per acquisita la qualificazione della *chance* come situazione giuridica autonoma; conclusione che non ci pare in linea con la valorizzazione della perdita di *chance* quale mero criterio di esatta quantificazione del danno<sup>123</sup>. Delle due l'una: o la perdita di *chances* configura un autonomo danno o è criterio di quantificazione di un *altro* danno.

### 6.1. (Segue) Critica alla concezione della perdita di *chance* come tecnica di liquidazione

Riteniamo che la prospettazione della perdita di *chance* come tecnica di precisazione del *quantum* risarcibile sia decisamente ponderata e

<sup>122</sup> Commentata criticamente da G. CRICENTI, *La chance come bene autonomo*, in *Resp. civ. prev.* 4/2021, 1247 ss., sul presupposto che la sentenza avrebbe risarcito, in via equitativa, un danno da perdita di *chance*. A noi pare, invece, che l'Adunanza plenaria non abbia riconosciuto, nella vicenda di specie, un danno da perdita di *chance*, e abbia piuttosto richiamato le *chances* perse come criterio di valutazione e liquidazione equitative del danno.

<sup>123</sup> In particolare, si legge nella pronuncia dell'Adunanza plenaria: «la valutazione causale ex art. 1223 cod. civ. assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui. Non a caso in questo ambito è sorta la tematica della risarcibilità della *chance*, considerata ormai, sia dalla giurisprudenza civile sia dalla giurisprudenza amministrativa, una posizione giuridica autonomamente tutelabile – morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa) – purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente».

semplificante (ma non in senso deteriore) poiché mira a preservare il sistema tradizionale della responsabilità da inadempimento e da illecito aquiliano, e così ad armonizzare, con siffatto sistema, il rilievo che la *chance* può assumere nella valutazione del danno, senza fuoriuscirne<sup>124</sup>. La tesi in parola si lascia apprezzare anche per la non travolgente incidenza sulla triade dei temi processuali: domanda, allegazione, corrispondenza del *decisum*. Tuttavia, tale prospettiva non sembra tenere nella giusta considerazione la possibile esistenza, in talune fattispecie, di un interesse consistente proprio nella occasione di perseguire un risultato vantaggioso od evitarne uno pregiudizievole.

Tale interesse può rinvenirsi nel programma negoziale impresso nella stipulazione del contratto tra le parti e la sua lesione può deter-

---

<sup>124</sup> Principio che resta tradizionale e, tutto sommato, ancora oggi valido; ma che deve essere riletto alla luce delle recenti aperture al risarcimento (anche) punitivo da parte della nostra giurisprudenza di legittimità: cfr. la già ricordata pronuncia di Cass. SU 5.7.2017, n. 16601, che – in un caso di riconoscimento di una sentenza della *Court of Appeal of the State of Florida* comminatoria di un risarcimento punitivo – ha ammesso la compatibilità dei *punitive damages* con il nostro ordine pubblico sulla base del riconoscimento della natura “polifunzionale” della responsabilità civile, che non può avere solo la funzione di «restaurare la sfera patrimoniale del soggetto, poiché sono interne al sistema [anche] la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria». Per approfondire le interessanti questioni si rimanda alla lettura dei commenti alla sentenza: v., *ex multis*, il commento a più voci di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, E. D’ALESSANDRO, R. SIMONE e P.G. MONATERI, in *Foro it.*, 9/2017, 2613 ss.; F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5/2017, 575 ss.; A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e deliberazione di sentenza straniera: “turning point nell’interesse della legge”*, in *Resp. civ. prev.* 5/2017, 1597 ss.; A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.* 8-9/2017, 1787 ss.; M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ. comm.* 10/2017, 1392 ss.; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e Resp.* 4/2017; G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, *ibidem*, 435 ss.; C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.* 7-8/2018, 2504 ss. Si segnala, inoltre, una nuova esplicita ipotesi di tecnica liquidatoria improntata alla deterrenza con effetti ultracompensativi: si tratta dal nuovo art. 2486 c.c. che, nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, recato dal d.lgs. n. 14/2019 (finalmente entrato in vigore in data 15.7.2022), introduce un nuovo criterio di liquidazione del danno nel caso di mancanza, irregolarità, inidoneità o inattendibilità delle scritture contabili, parametrandolo alla «misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura», e cioè prescindendo totalmente dalla valutazione del comportamento del soggetto responsabile e dalla considerazione del rapporto di causalità. È, dunque, una norma «squisitamente sanzionatoria che, con una forte deterrenza, punisce l’organo amministrativo per l’integrale e frontale violazione degli obblighi di ordinata amministrazione della società», come osserva B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettiva, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore*, in *Riv. dir. comm.* 2/2020, 199 ss., spec. 219 ss.

minare l'insorgenza di un danno distinguibile dal primario danno da inadempimento dell'obbligazione contrattuale. D'altra parte, spostando l'attenzione verso la dimensione della responsabilità extracontrattuale, non si può escludere la emersione di una *chance* qualificabile come interesse giuridicamente rilevante (o addirittura inviolabile e costituzionalmente garantito) la cui lesione possa determinare, all'esito del giudizio concreto, un danno ingiusto, patrimoniale o non patrimoniale, risarcibile.

In altri termini l'impostazione che attribuisce alle *chances* perdute esclusivamente la funzione di perfezionare il *quantum* risarcibile, consentendo di volta in volta una più esatta perimetrazione del danno emergente o del lucro cessante, non pone sufficientemente in risalto – ed, anzi, rifiuta quasi categoricamente – la eventualità che l'inadempimento o l'illecito extracontrattuale provochino la lesione di una *chance* quale autonomo interesse, tale da giustificare la proposizione di una autonoma domanda.

Un esempio che ci appare più esplicativo di altri si ritrova in materia di responsabilità sanitaria, ambito in cui è ormai da tempo riconosciuto il risarcimento del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza o guarigione, che, ad oggi, rappresenta probabilmente la fattispecie più analizzata e ormai meglio messa a fuoco<sup>125</sup> (nonostante qualche

---

<sup>125</sup> Nonostante non vi sia totale unanimità di vedute sulla possibilità di configurare una perdita di *chance* nelle fattispecie di responsabilità sanitaria. Proprio P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, I ed., Milano, 2017, 579 ss., esclude la fattispecie della *chance* medica dall'ambito di applicazione della sua tesi della *chance* perduta come strumento di quantificazione del danno. Secondo l'A. non è ammissibile il risarcimento della *chance* c.d. negativa, ricorrente nelle ipotesi in cui «un rischio illecitamente creato si sia innestato su un rischio preesistente», come ad esempio nei casi in cui l'illecito del medico (omessa o ritardata diagnosi, errore nella somministrazione della terapia ecc.) intervenga su una situazione patologica già di per sé incidente in negativo sulla *chance* di sopravvivenza. In questi casi delle due l'una: o l'errore medico ha cagionato l'aggravamento della patologia, determinando così un danno biologico certo ed attuale o un tale aggravamento non si è verificato e un evento di danno certo ed attuale non vi è stato, non potendosi attribuire un risarcimento «giustificato mediante una semplice manipolazione dei concetti, che trasformi il danno in rischio di danno». L'A. si esprime in termini leggermente diversi nella II ed. dell'opera, fino ad ora citata, (cfr. ID., *La responsabilità civile*, cit., II ed., 595 ss.), omettendo il riferimento alla *chance* c.d. negativa o positiva, e sostenendo che «l'aggravamento, o mancata riduzione, del rischio dell'evento lesivo viene spesso discusso come privazione, o riduzione, della *chance* di un esito favorevole, e questa impropria terminologia conduce all'idea che il risarcimento debba corrispondere al valore del "bene" *chance* distrutto e dunque debba essere proporzionale. [...] La terminologia è fuorviante: nel caso di errore terapeutico il giudizio di probabilità riguarda la causalità dell'evento lesivo (malattia, invalidità,

oscurità permanga: v. *infra* nel prossimo capitolo per un approfondimento degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, sino ai più recenti arresti).

Qui la perdita della *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza ovvero di evitare l'insorgenza o l'aggravamento di una patologia potrà giustificare, secondo noi, la proposizione di una domanda di risarcimento del danno, la cui fondatezza (e prima ancora la decidibilità nel merito, se immaginiamo l'instaurazione di un cumulo condizionale subordinato tra la domanda di risarcimento del danno per così dire "primario" e quella avente ad oggetto la lesione della *chance* perduta: v. *infra* nel capitolo IV dedicato ai corollari nel processo) dipenderà anche, e anzitutto, dal mancato accoglimento della domanda risarcitoria "principale", che, nelle liti sanitarie, potrà essere, per fare qualche esempio, il danno "finale" alla salute o quello conseguente alla lesione del rapporto parentale.

Peraltro, siffatto modello ricostruttivo, che relega la *chance* a criterio di quantificazione del danno, non riesce a sfuggire alla inevitabile incombenza (che si registra come esigenza concreta in ogni caso, a prescindere da qualsiasi opzione qualificatoria) di "entificazione" della *chance* stessa.

Così l'attore che proponga una generica domanda di risarcimento del danno, che voglia far valere anche il pregiudizio subito per il sacrificio di una *chance*, dovrà necessariamente corredare la sua azione degli argomenti fattuali idonei a giustificare il riferimento al canone della *chance* al momento della monetizzazione del danno.

In altre parole, anche quando la *chance* e la perdita della stessa non sono oggetto di una specifica domanda giudiziale, poiché la *chance* non è la situazione giuridica soggettiva della cui lesione il danneggiato si duole, l'attore dovrà dimostrare anzitutto la preesistenza della *chance* rispetto all'illecito (oltre che la riconducibilità causale della perdita all'evento di danno) tramite ogni opportuna allegazione e prova dei fatti affermati.

---

morte) costitutivo dell'illecito e non già la stima del danno». Ci pare, tuttavia, che la non identica formulazione conduca pur sempre a negare la rilevanza della *chance* in ambito di responsabilità sanitaria, ambito nel quale la probabilità ha rilievo sempre e solo ai fini del giudizio sul nesso causale: «per esempio, nel caso di uccisione del cavallo da corsa, il giudizio probabilistico riguarda non già la lesione che perfeziona l'illecito (l'uccisione del cavallo), bensì la vittoria nella corsa, che non è oggetto di una pretesa spettante all'attore, e che attiene al valore del cavallo».

Ecco che, allora, la contraddizione a cui prima accennavamo si palesa in modo evidente: sostenere che la perdita di *chance* sia una mera tecnica di liquidazione del danno non consente di fare a meno del tutto del modello di *chance* come “entità” (per usare la definizione da tempo ricorrente in giurisprudenza, ma meglio sarebbe parlare di interesse o situazione giuridica), della cui esistenza si richiede necessariamente la allegazione tempestiva e poi la prova in giudizio, perlomeno con riguardo a quei singoli elementi che concorrono alla sua identificazione, in modo da rientrare nella valutazione delle dimensioni e del valore del danno risarcibile.

## 7. La perdita di *chances* nella riflessione dottrinale: una sintesi delle varie posizioni

A partire da quanto osservato sino ad ora, si può tentare di delineare un quadro composto da diverse posizioni, alle quali si dovrà accostare la importante elaborazione giurisprudenziale in materia, che sarà, infatti, oggetto di apposito approfondimento nel prossimo capitolo.

Se il dualismo fra teoria ontologica e teoria eziologica ha guidato in particolare il percorso evolutivo che ha condotto la Corte di Cassazione al riconoscimento della *chance* quale entità suscettibile di autonoma considerazione giuridica ed economica, la dottrina ha piuttosto cercato una sponda negli istituti classici della responsabilità civile, nel tentativo di trovare una definizione unica per una figura così sfuggente e trasversale, che un autore ha, infatti, efficacemente additato come «concetto descrittivo misto»<sup>126</sup>.

Così la riflessione dottrinale in tema di danno da perdita di *chances* si è sviluppata in varie direzioni, peraltro in taluni casi giungendo addirittura a negare in radice l'ammissibilità della tutela risarcitoria. Può essere utile, dunque, prima di procedere oltre nella analisi dei princi-

<sup>126</sup> Così M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice civile e codice collegati Scialoja-Branca-Galgano*, II ed., Bologna, 2020, 625 ss., dove l'aggettivo “descrittivo” sta a rappresentare la valenza squisitamente classificatoria, legata ad esigenze di sistematicità del diritto civile nella sua complessa interezza, e l'aggettivo “misto” segnala la vistosa difficoltà di assegnare alla perdita di *chance* un significato e una funzione univoci. Al netto delle incertezze definitorie, l'A. pare preferire la qualificazione della perdita di *chance* come danno emergente, piuttosto che come lucro cessante, dal momento che «se si osserva la *chance* dal punto di vista del lucro cessante, essa non può mai essere risarcibile, poiché non solo non è possibile dimostrare che l'utilità sarebbe stata conseguita, ma neppure che sono certi i presupposti per conseguirla».



pali arresti della giurisprudenza di legittimità, e poi ancora, dei profili processuali di più vivo interesse, dare conto qui, a mo' di schema di sintesi, delle varie possibili letture (alla luce delle quali interpretare anche la giurisprudenza di cui, come anticipato, si darà conto).

La perdita di *chance* è stata assimilata al lucro cessante – quale possibilità di guadagni futuri – da L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli e U. Natoli, nel loro manuale di Diritto civile<sup>127</sup>, e più recentemente da S. Mazzamuto<sup>128</sup>, con la precisazione che la identità tra le due figure,

<sup>127</sup> L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1998, 728 ss. Si segnala che nella versione più aggiornata del manuale di diritto privato della Scuola civilistica pisana – v. AA. VV., *Diritto privato*, II, 2° ed., Torino, 2011, spec. 681 – si accenna alla differenza tra il «ragionevole danno futuro che è nel normale ordine delle cose» dalla perdita di *chance*. Poco prima, nella stessa opera (cfr. 517 ss.), si legge che sul versante dei pregiudizi di carattere patrimoniale «va segnalato che la giurisprudenza tende ad includere nell'area dell'obbligazione risarcitoria anche la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile o un determinato bene (c.d. *chance*), ritenendola "un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione". Le decisioni hanno riguardato soprattutto l'inadempimento dei contratti di prestazione d'opera intellettuale o di lavoro subordinato (con riferimento alla perdita della possibilità di promozione. *Problematica è però la quantificazione di tale perdita probabile e discussa in dottrina appare la sua stessa qualificazione come posta di danno risarcibile*)» (nostra enfasi).

<sup>128</sup> S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010, 49 ss., spec. 65 ss., il quale non si limita alla opzione secca per il danno emergente o il lucro cessante, ma osserva che «la riconduzione del danno da perdita di *chance* nell'alveo del lucro cessante appare più perspicua» innanzitutto perché «consente di ancorarne il risarcimento ad una base oggettiva e certa», salvo poi risolvere le difficoltà probatorie sul fronte della quantificazione ai sensi dell'art. 1226 c.c. In entrambi i casi, secondo l'A., si tratta di «aspettativa di un risultato probabile, non ancora prodottosi né più conseguibile», sicché tentare di distinguere le due poste risarcitorie sulla base di un diverso tasso di probabilità dell'evento futuro (come proponeva M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/1976, 58 ss., che, difatti, infine rifiutava la definizione della perdita di *chances* come lucro cessante: v. *infra* nel testo e nella nota che segue) non è convincente, poiché resta non scalfito il dato della «identità strutturale delle due figure; mentre il diverso grado di probabilità che l'evento auspicato si sarebbe prodotto è senza alcun dubbio rilevante sul diverso piano della quantificazione del risarcimento». Ciò nondimeno, la perdita di *chance* possiede delle specificità rispetto al classico lucro cessante, poiché «pone un problema peculiare che consiste nell'individuazione di una soglia di probabilità [...] che l'osservanza della condotta obbligatoria avrebbe determinato il conseguimento del risultato finale sperato»; e, una volta individuata tale soglia di probabilità, «la perdita dell'occasione favorevole si presenta certa al pari di ogni altra forma di lucro cessante». Corollario di tali riflessioni è che la qualificazione della perdita di *chance* come lucro cessante non comporta che il danno lamentato sussista solo in quanto riferibile al risultato finale (come sarebbe secondo una interpretazione eziologica); né tantomeno si deve ricorrere alla diversa connotazione come danno emergente e, anzi, bisogna rifuggire il «luogo comune» della *chance* come bene preesistente nel patrimonio del soggetto.

secondo quest'ultimo autore, sarebbe solo strutturale. Tale similarità strutturale e invero anche funzionale tra perdita di *chance* e lucro cessante era stata sottolineata pure da M. Bocchiola, in un suo scritto di fine anni '70<sup>129</sup>, in cui però l'autore giungeva, infine, a qualificare la perdita di *chance* in termini di danno emergente, accostando la *chance* all'avviamento, in quanto «speranza di particolari lucri futuri», secondo una ricostruzione più avanti ripresa da M. Franzoni (con condivisibili riferimenti alla progressiva erosione dell'area del danno da perdita di *chance* non patrimoniale nel campo della responsabilità sanitaria, in ragione della tipizzazione del diritto all'autodeterminazione: sul punto v. quanto si dirà nel prossimo capitolo, spec. al par. 4.1)<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> Il riferimento è a M. BOCCHIOLA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., spec. 74, il quale in definitiva rifiutava l'accostamento tra perdita di *chance* e lucro cessante, non senza rilevarne le evidenti similarità. La riflessione dell'A. infatti muove dall'osservazione per cui non esiste alcuna differenza qualitativa tra perdita di *chance* e lucro cessante – entro il quale possono rientrare interessi di varia natura tali da assorbire anche la *chance* – dovendosi «indicare come lucro cessante solo il caso in cui si avvera la perdita di una possibilità favorevole, che spetterebbe ad un determinato soggetto con una probabilità che rasenta la certezza; nell'ipotesi di perdita di una *chance*, invece, il sopraggiungere del risultato utile è per definizione indimostrabile». La prova definitiva della impossibilità di identificare la perdita di *chance* con il lucro cessante proviene dalla dinamica processuale del diritto alla prova, la cui analisi dimostra piuttosto l'assimilabilità della perdita di risultato favorevole al danno emergente. «Quando si verifica un danno emergente, l'evento dannoso colpisce delle entità che il danneggiato aveva già nella propria sfera patrimoniale. Quindi, per ottenere il risarcimento il danneggiato deve provare una già avvenuta diminuzione patrimoniale. Nel caso di lucro cessante, al contrario, non esiste un'entità patrimoniale di cui sia già titolare, nel momento in cui si verifica il fatto dannoso, colui che chiede il risarcimento». È la stessa conformazione dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria a suggerire all'A. la conclusione della irrisarcibilità della perdita di *chance* alla stregua di lucro cessante: «colui che asserisce di aver subito la perdita di un guadagno può, invero, essere in grado di dimostrare i fatti costitutivi così da richiedere, fondatamente, il risarcimento dei danni sofferti; nell'ipotesi di perdita di una *chance*, invece, si rimane sempre nel campo dell'ignoto, perché in tal caso il danno è per definizione indimostrabile, anche sotto il profilo dei presupposti di natura costitutiva. Da questo punto di vista si può, in un certo senso, dire che la *chance* rappresenta quel lucro i cui elementi costitutivi rimangono nell'eventuale» (77-78). Un altro punto interessante della ricostruzione del Bocchiola sta nell'accostamento tra la *chance* e l'avviamento, in quanto anch'esso consistente in una «speranza di particolari lucri futuri, resi presumibili da una determinata organizzazione dell'azienda» con la differenza che «l'esistenza dell'avviamento è senza alcun dubbio condizionata dalla prospettiva di un particolare reddito futuro», mentre, con riguardo alla *chance*, «non è l'esistenza dell'eventuale lucro futuro che condiziona la possibilità, ma, per contro, è l'esistenza di un'attuale possibilità che costituisce il presupposto logico indispensabile in vista di un eventuale vantaggio futuro».

<sup>130</sup> M. FRANZONI, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, in *Danno e Resp.* 5/2021, 605 ss.

Predilige la tesi della perdita di *chance* quale danno emergente anche F. Gazzoni, il quale però rifiuta la connotazione della *chance* quale bene autonomo e parametrizza il danno pur sempre alle probabilità di realizzazione del risultato finale<sup>131</sup>.

Nel novero di opinioni che variamente riconducono la perdita di *chance* ad un criterio causale o di giudizio, spicca quella molto autorevole di P. Trimarchi<sup>132</sup>, il quale, come sopra visto, rinviene nella perdita di *chance* una regola di giudizio, nella specie di una tecnica di liquidazione del *quantum* da risarcire.

Vi è poi, come detto, un orientamento teso a valorizzare l'uso della perdita di *chance* al fine di consentire una imputazione della responsabilità proporzionata al grado di causazione del danno: così, in particolare, M. Feola e M. Capecchi<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Secondo F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, XVII ed., 2015, 721, la *chance* è «l'antecedente, in termini di possibilità, del vantaggio finale, onde la sua perdita è bensì un danno emergente immediato e non un lucro cessante, ma non distinto da quello finale, consistente nel non aver conseguito il vantaggio», pertanto «l'*an debeat* va valutato in termini di effettività ed attualità della *chance*, nonché di nesso di causalità tra sua perdita e fatto illecito, mentre il *quantum* del risarcimento va liquidato equitativamente, avuto riguardo alla percentuale di probabilità (anche non superiore al cinquanta per cento) che il danneggiato aveva di conseguire il vantaggio finale o altro vantaggio collegato»; in senso parzialmente diverso F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, spec. 184, secondo cui la quantificazione del danno da perdita di *chance* deve basarsi sulla misurazione delle probabilità di realizzazione del risultato, con la premessa, però, che la *chance* deve considerarsi un interesse autonomamente rilevante. Hanno ricostruito la perdita di *chances* in termini di danno emergente anche F. MASTROPAOLO, *Danno, III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 13; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in Id. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, 89 ss., secondo il quale la perdita di *chance* non sarebbe mai risarcibile se inquadrata come lucro cessante, poiché non è possibile dimostrare che l'utilità sarebbe stata conseguita né la certezza dei presupposti idonei a conseguirla. Nello stesso senso v. anche A. M. PACCES, *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*, in *Riv. dir. sport.* 1994, 447 ss., in nota a trib. Monza 21 febbraio 1992, la cui vicenda riguardava l'illegittima estromissione dal *team* di un pilota di Formula 3000 da cui si era fatto conseguire il risarcimento del danno da perdita della *chance* di accedere alla Formula 1; Id., *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.* 6/2000, 658 ss., in nota a trib. Roma 28.10.1999, che negava il risarcimento del danno da perdita di *chance* ad un giovane pugile, il quale lamentava di aver perso occasioni future favorevoli (professionali o di studio), per essere stato avvisato troppo tardi dalla società sportiva di essere affetto da alcune patologie incompatibili con il prosieguo dell'attività agonistica.

<sup>132</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed., cit. (v. i par. 6 e 6.1).

<sup>133</sup> La tesi è discussa nel par. 5 di questo capitolo.

Merita una menzione particolare la tesi di B. Tassone, che nel suo recente studio sulla perdita di *chance* nell'ottica del giudizio sul nesso causale, propone di utilizzare la *chance* – in chiave anche punitiva “sotto-compensativa” ed eventualmente nella sede aggregata della *class action*<sup>134</sup> – per far fronte alla impossibilità di provare il danno in termini di causalità individuale, e cioè in quei (frequenti) casi in cui non si riesce a stabilire a quale classe di probabilità appartenga il singolo, e l'applicazione degli standard ordinari condurrebbe al rigetto della domanda, mentre il ricorso alla perdita di *chance* realizzerebbe l'effetto virtuoso di non lasciare condotte di per sé illecite, e suscettibili di reiterazione, prive di sanzione da parte dell'ordinamento.

La critica più convinta verso la ammissione della risarcibilità del danno da perdita di *chances* è stata mossa da C. Castronovo<sup>135</sup>, che, al netto di un giudizio complessivamente negativo sulla tendenza ad ampliare a dismisura l'area del danno risarcibile, relega il danno da perdita di *chance* al campo della responsabilità contrattuale, dal momento che, trattandosi a suo avviso di un danno squisitamente patrimoniale, non potrebbe mai venire in rilievo nel campo della responsabilità aquiliana. Pare di questo avviso anche S. Mazzamuto<sup>136</sup>, la cui definizione di *chance* è sintetizzabile nella locuzione “aspettativa giuridicamente tutelata in sede contrattuale”.

La possibilità di qualificazione giuridica della *chance* era stata addirittura negata da F. Donato Busnelli, il quale l'aveva definita, in uno scritto giovanile, come un “mero interesse di fatto”, aderendo alla soluzione di una sentenza della corte d'Appello di Parigi del 1964, che aveva negato il risarcimento del danno preteso dalla banca, per aver pagato l'assegno di un proprio cliente senza la copertura di provvista, nei confronti del terzo che aveva provocato, in un incidente, la morte del cliente stesso<sup>137</sup>. Certo è che, nel dare conto di questa opinione, non

<sup>134</sup> V. B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., *passim*.

<sup>135</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, IV ed., Milano, 2018, spec. 132-133, la cui posizione verrà presa in considerazione nel cap. III, spec. al par. 3.

<sup>136</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit.

<sup>137</sup> F.D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.* 4/1965, 47 ss. L'A. ci fa notare, peraltro, come la sentenza in commento non si ponesse in linea con la dominante giurisprudenza (in assonanza con la dottrina) francese, che risarciva le *chances* perdute senza particolari limiti, dal momento che il sistema della responsabilità aquiliana, in quell'ordinamento, non si fonda sul requisito dell'ingiustizia del danno e, dunque, anche la lesione di un mero interesse di fatto può essere fonte dell'obbligazione risarcitoria.

si può trascurare che essa risale ad un'epoca in cui solo la lesione dei diritti soggettivi, per di più assoluti, era tutelabile in via risarcitoria<sup>138</sup>.

Nonostante la mai sopita e anzi crescente attenzione della giurisprudenza, è interessante osservare che le edizioni più recenti dei manuali di diritto privato non dedicano ampie trattazioni alla perdita di *chance* (e, anzi, non sempre affrontano la questione), a dimostrazione della non ancora raggiunta chiarezza di vedute sul tema.

Nelle *Istituzioni di diritto privato* C.M. Bianca<sup>139</sup> chiarisce che la perdita di un'occasione favorevole va tenuta distinta dall'ipotesi di danno futuro – quale è normalmente il lucro cessante – poiché costituisce, piuttosto, un danno attuale «risarcibile se e in quanto l'occasione favorevole sia funzionalmente connessa alla cosa o al diritto leso», e risarcibile necessariamente in via equitativa.

Nel manuale di *Diritto privato* curato da E. Gabrielli<sup>140</sup> si precisa che non vi è concordanza di opinioni sui criteri di determinazione del danno in parola, dovendosi ammettere tuttavia l'inevitabile ricorso alla valutazione equitativa. Rileva, però, in particolare la chiara affermazione della *chance* quale «diritto a lottare per i beni della vita» per cui «il danno esiste quantomeno per la compromissione di questa legittima aspirazione di ogni persona». Nel ricordare le più recenti determinazioni della giurisprudenza di legittimità (su cui v. *infra* nel prossimo capitolo) si precisa che «tale “possibilità”, per integrare gli estremi del danno risarcibile, deve necessariamente attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà e consistenza, rispetto ai quali il valore statistico-percentuale, ove in concreto accertabile, può costituire solo un criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto».

G. Visintini<sup>141</sup> evidenzia che «nel quadro del lucro cessante si fa rientrare, da qualche tempo, a livello di diritto applicato, la nozione di perdita di *chance*, nella misura in cui si tratta di un tipo di danno proiettato nel futuro. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, la nozione serve a far penetrare nelle poste di danno patrimoniale risarcibile un

---

<sup>138</sup> Si avrà occasione nel prosieguo della trattazione, spec. nel cap. III, di ripercorrere le tappe salienti del percorso di estensione della tutela *ex art.* 2043 c.c.

<sup>139</sup> C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, II ed., Milano, 2018, 635.

<sup>140</sup> E. GABRIELLI (a cura di), *Diritto privato*, II ed., Torino, 2021, spec. G. Sicchiero, *Obbligazioni*, 415.

<sup>141</sup> G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamento della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, III ed., Napoli, 2019, 271 ss.

pregiudizio che spesso è incerto e, cioè, collegato non in modo certo, ma soltanto molto probabile, all'evento dannoso. Come tale esso richiede il ricorso al giudizio equitativo e si sottrae all'applicazione del principio della riparazione integrale che caratterizza il risarcimento del danno patrimoniale».

Le posizioni sono, insomma, molteplici. E, come si vedrà nel prossimo capitolo, la ricca elaborazione giurisprudenziale sembra giunta solo in tempi recenti a qualche approdo sicuro, specie in materia di *chance* non patrimoniale.

Copia non commerciabile, solo per uso concorsuale - Tutti i diritti riservati

## II. Il ruolo della giurisprudenza di legittimità nell'elaborazione degli statuti risarcitori del danno da perdita di *chances*, tra la questione del nesso causale e la ricerca di una situazione giuridica soggettiva tutelabile

### 1. I tentativi di definizione del danno da perdita di *chances* da parte della giurisprudenza di legittimità: la *chance* come «entità economicamente e giuridicamente valutabile»

La lettura delle sentenze della S.C. è essenziale per cogliere i tratti salienti e le ambiguità che hanno segnato il percorso di riconoscimento del danno da perdita di *chances*. Con ciò si deve anche ammettere che decenni di stratificazione giurisprudenziale, con messe a punto, rifiniture, cambi di passo, reiterazioni acritiche del precedente, non hanno condotto ad una sistemazione definitiva delle questioni gravitanti intorno a questa peculiare figura di danno<sup>1</sup>, ed anzi hanno talvolta contribuito ad alimentare il senso di insoddisfazione dell'interprete.

È impossibile, dunque, pretendere di analizzare la fattispecie in parola senza riferirsi alle più significative pronunce di legittimità che ne hanno tracciato i contorni.

Nell'approfondire il contenuto di alcune selezionate decisioni, è parso sin da subito evidente che la ricerca di una definizione unitaria di *chance* si scontrasse con le caratteristiche proprie di ciascuna fattispecie, tali da richiedere eventualmente un adattamento specifico

---

<sup>1</sup> È innegabile, però, che le ultime due note sentenze della Cassazione in materia di perdita di *chance*, del 2018 e del 2019 – su cui v. *infra* i par. 3, 3.1., e 4 – abbiano dedicato un ragionato e approfondito esame ai problemi che la *chance* pone, giungendo anche ad esiti possibilmente definitivi e che non avrebbero bisogno dunque di nuove discussioni. Tuttavia il modello proposto è concepito appositamente per l'ambito delle prestazioni sanitarie con riferimento alla *chance* di sopravvivenza, e non è detto che esso sia spendibile (anzi è più probabile che non lo sia) nei molti e diversi ambiti in cui la *chance* viene, più o meno correttamente, chiamata in causa.

del tanto ricercato modello unitario (o quantomeno una verifica della riconducibilità della fattispecie a tale supposto modello unitario). Si noterà che gran parte delle pronunce è stata resa in materia di responsabilità sanitaria, ambito nel quale la *chance* di guarigione o di evitare un danno alla salute è stata riconosciuta dalla giurisprudenza in tempi relativamente recenti – nei termini che si chiariranno – come situazione giuridica ontologicamente distinguibile.

Quasi contestualmente, allora, ne è conseguito il tentativo di elaborare (e legittimare) una regola causale poco ortodossa, che consentisse di risolvere le insuperabili incertezze nella dimostrazione del nesso tra illecito e mancato raggiungimento del risultato atteso. Così, l'anticipazione della soglia di accertamento del nesso causale è stata giustificata tramite il riferimento ad un diverso oggetto della lesione: non più il bene della vita agognato bensì la possibilità di accedere ad esso.

Eppure le pronunce a cui si fa tradizionalmente risalire l'avvio della stagione giurisprudenziale del risarcimento della *chance* perduta quale bene autonomo non riguardano fattispecie di responsabilità sanitaria, bensì si tratta di quelle della Cass., sez. lav., 19.11.1983, n. 6906, e Cass., sez. lav., 19.12.1985, n. 6506<sup>2</sup>, nelle quali si riconosceva nel pregiudizio subito dall'attore una lesione del (criticabile: cfr. *infra* nei par. 5 e 5.1. di questo stesso capitolo) diritto soggettivo all'integrità del patrimonio, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, ritenuta quale "entità economicamente e giuridicamente valutabile".

In questi ormai risalenti arresti si ritenne che il pregiudizio arrecato a tale situazione giuridica "atipica" comportasse un danno emergente certo (distinto dal lucro cessante), consistente nella perdita di una "possibilità attuale" e non di un futuro risultato.

Similmente, sebbene nel diverso ambito della responsabilità sanitaria – prendeva piede l'uso della formula (che diventerà di rito) della *chance* come entità patrimoniale avente la propria specificità tanto eco-

---

<sup>2</sup> Nella fattispecie oggetto della prima pronuncia l'azienda aveva impedito agli autisti avviati dall'ufficio di collocamento di partecipare alle restanti prove di cultura elementare e di guida, così sottraendo loro la possibilità di essere assunti. La seconda pronuncia riguardava la vicenda di un lavoratore escluso dalla partecipazione alla prova orale di un concorso indetto dall'Enel, in cui aveva superato la prova scritta, sulla base del fatto che, avendo già superato tutte le prove di altro concorso precedentemente indetto dallo stesso Ente, risultava già dipendente dell'Enel; entrambe le sentenze verranno approfondite più avanti (cfr. il par. 5 di questo stesso capitolo).



nomica quanto giuridica. Così la pronuncia di Cass. 4.3.2004, n. 4400, affermava che «la *chance*, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale (*ex pluribus* Cass. 10.11.98 n. 11340; 15.3.96 n. 2167; 19.12.85 n. 6506). Siffatto danno, non meramente ipotetico (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato) non va commisurato alla perdita del risultato, bensì alla possibilità di conseguirlo, con la conseguenza che le due domande (l'una scaturita dalla perdita del risultato, l'altra dal sacrificio della possibilità dello stesso risultato) sono ontologicamente distinte»<sup>3</sup>.

Come si chiarirà più avanti l'affermazione della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* come ontologicamente distinta da quella avente ad oggetto il danno da sacrificio del risultato finale è il corollario processuale – invero l'unico – che la giurisprudenza fa discendere dal riconoscimento della *chance* quale bene autonomo, senza peraltro approfondirne portata ed effetti in termini di proposizione dell'azione e oggetto del giudizio.

### 1.1. (Segue) L'irriducibile dualismo tra *chance* come bene oggetto di tutela e *chance* quale "diminutivo causale"

I primi richiami giurisprudenziali confermano quanto anticipato in merito al punto debole di ogni tentativo di trattazione del danno da perdita di occasione favorevole: nel concetto di *chance* convivono – e, apparentemente, senza conflitto – due elementi, l'oggetto di tutela e la regola di accertamento del nesso causale.

La sopra ricordata sentenza di legittimità del 2004, relativa ad una fattispecie omissiva di responsabilità sanitaria, sembrò affermare sen-

<sup>3</sup> Così il giudice di legittimità nell'affermare, per la prima volta, la dignità della *chance* quale bene autonomo nell'ambito di una controversia di responsabilità sanitaria, sulla scorta dei consolidati precedenti della sezione lavoro. V. i commenti alla sentenza di M. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. giur.* 8/2004, 1018 ss.; L. Nocco, *Il danno da perdita di chances*, in *Danno e Resp.* 1/2005, 45 ss.; S. LANDINI, *Responsabilità del medico, per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.* 2/2005, 461 ss.

za incertezze la natura della *chance* quale entità dotata di rilievo giuridico; eppure aveva ricondotto la ricostruzione dell'evento dannoso a due percorsi causali alternativi: 1) la probabilità logica (distinta dallo standard di certezza necessario nel processo penale) e 2) l'impianto logico-probatorio alternativo imperniato sulla perdita di *chance* e collegato alla teoria dell'aumento del rischio<sup>4</sup>, indulgendo così nell'approvazione della c.d. causalità da perdita di *chance* (che la successiva pronuncia di Cass. 16.10.2007, n. 21619, su cui v. *infra* in questo stesso paragrafo, consacrò definitivamente, prima di una ulteriore, e diremmo definitiva, inversione di rotta<sup>5</sup>).

In altre parole in una sola pronuncia si avallava la definizione della *chance* quale «entità patrimoniale a sé stante [...]» – nomenclatura indistintamente e meccanicamente ricorrente in tutte le pronunce successive, quale che fosse la prospettiva abbracciata, ontologica, eziologica o

<sup>4</sup> Le teorie fondate sull'aumento del rischio hanno ad oggetto questioni confinanti con quelle che caratterizzano la riflessione sul danno da perdita di *chance*, hanno grande rilievo nel campo della responsabilità penale e si ricollegano ai classici temi dell'imputazione oggettiva della responsabilità, dello scopo della norma violata, nonché della causalità omissiva e della connessa individuazione della condotta alternativa diligente in grado di evitare il danno. Si segnala qui la recente ed esaustiva trattazione di A. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*, in *Archivio pen.* 2/2018, 1 ss. (anche per i nutriti richiami ai vari orientamenti dottrinali) il quale – per quel che ci interessa più da vicino – osserva come, specialmente le fattispecie di responsabilità medica richiedono di attualizzare la teoria dell'aumento del rischio, valutando di adottare i criteri della «mancata diminuzione del rischio» o della «diminuzione di chances», specialmente con riferimento alle condotte integranti reati omissivi impropri. Quando si parla di aumento del rischio con riferimento alla responsabilità civile, non si può che tornare a leggere le pagine di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, oggi aggiornate e riproposte in *Id.*, *La responsabilità civile*, cit., spec. 275 ss., ove l'A. di nuovo evidenzia come la responsabilità oggettiva per rischio non risponde ad una finalità (che è inevitabilmente anche preventivo-deterrente, prima ancora che punitiva: v. i recenti sviluppi seguiti alla pronuncia di Cass. SU 5.7.2017, n. 16601, che ha legittimato l'ingresso nell'ordinamento italiano di ristori sovra-compensativi e su cui v. i riferimenti nel cap. I, spec. in nt. 124) poi così diversa dalla responsabilità per colpa: lo scopo finale è pur sempre quello di «costituire incentivi appropriati per l'adozione delle misure di prevenzione degli incidenti che siano economicamente giustificate», e cioè che la società ne guadagni in termini di beneficio dettato dalla riduzione dei rischi (prevedibili e così assicurabili) di danno derivanti dallo svolgimento dell'attività di impresa.

<sup>5</sup> Così secondo M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.* 1/2008, 35 ss., spec. 52, il quale – proprio in nota alla citata Cass. n. 21619/2007 e in raffronto con il precedente del 2004 – osserva che «si poteva legittimamente trarre dalla decisione Cass. n. 4400/2004 come – per i casi in cui manchino i presupposti per risarcire il danno tradizionalmente inteso – si offrisse alla vittima un percorso alternativo, per l'appunto fondato sul rapporto causale tra la condotta e la perdita di *chance* subita».

“ibrida” –, e la qualificazione del relativo danno come fattispecie risarcitoria autonoma, potenzialmente oggetto di una altrettanto autonoma domanda di condanna al risarcimento<sup>6</sup>.

Eppure, allo stesso tempo, si proponeva la tesi della perdita di *chance* come regola causale alternativa, o meglio subordinata, rispetto a quella ordinaria<sup>7</sup>. Quasi a voler suggerire tra le righe che proprio la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* esistesse in una condizione naturale di subalternità rispetto alla domanda che può definirsi principale: ma tale significativo rilievo di stampo processuale non ha trovato emersione nel ragionamento della Corte, sempre incentrato sulla primaria preoccupazione di dare alla *chance* una sistemazione nel vasto campo della responsabilità civile.

Il passaggio più ambiguo – e che ha preparato il terreno per i successivi e più espliciti approdi della giurisprudenza di legittimità – è quello in cui la Suprema Corte, dopo aver puntualizzato la distinzione ontologica tra le due domande, confondeva il concetto di *chance* con il canone di probabilità che presiede l'accertamento del nesso causale, affermando che, in un 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»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Ne deriva che, se l'attore avanza pretese solo in relazione al danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, il giudice non potrebbe, poi, esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di *chance*, «neppure intendendo questa domanda come un *minus* rispetto a quella proposta, costituendo, invece, domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra» (così Cass. n. 4400/2004, p. 16, par. 4.6).

<sup>7</sup> Cfr. il passaggio di Cass. n. 4400/2004 da p. 12 a p. 13, spec. par. 4.1: «Tutto ciò [la causalità civilistica secondo il più probabile che no] opera nel caso in cui il soggetto creditore agisca per il risarcimento del danno costituito dal mancato raggiungimento del risultato sperato, allorché ciò sia conseguenza, sia pure in termini di probabilità concrete, dell'inadempimento della prestazione del medico, perché omessa, errata o ritardata. Tuttavia, in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza [...] aggrava la possibilità che l'esito negativo si produca».

<sup>8</sup> G. Miotto, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della «possibilità» (o «probabilità») dal contenuto della perdita di chance di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, in *Resp. civ. prev.* 10/2011, 2039 ss., osserva che proprio la pronuncia del 2004 contenesse «il germe di un equivoco destinato ad amplificarsi nei successivi sviluppi della giurisprudenza di legittimità».

Non deve, dunque, sorprendere se, qualche anno dopo, la decisione di Cass. 16.10.2007, n. 21619, ancora una volta in una fattispecie di responsabilità sanitaria, giungeva a proporre una “scala discendente” di causalità, in cui alla regola ordinaria veniva affiancata la «causalità da perdita di *chances* attestata *tout court* sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come *sacrificio della possibilità di conseguirlo*, intesa tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come “bene”, e cioè come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute»<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> V. M. BONA, *Causalità civile*, cit., il quale condivide *in toto* le conclusioni raggiunte nella pronuncia del 2007 in punto di “causalità da perdita di *chance*” e critica, infatti, l’impostazione fatta propria dal supremo collegio nel 2004, per aver posto la perdita di *chance* fuori dall’ambito della causalità giuridica, riconducendola alla sfera della determinazione del danno; v. pure M. CORTESE, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e Resp.* 2/2017, 142 ss., spec. 148-149, il quale non trova allarmante la affermazione della causalità da “perdita di *chance*” e, sebbene la consideri come una tecnica di liquidazione da applicare nei casi di danno incerto (al pari della concezione della “responsabilità proporzionale”), parte dal presupposto che l’oggetto del risarcimento sia l’occasione perduta, indipendentemente dalle speranze di realizzazione del risultato atteso. Se intendiamo bene il pensiero dell’A., la sistemazione della perdita di *chance* nella dimensione della causalità non comporta il rifiuto del riconoscimento di un autonomo oggetto di tutela, rispetto al quale nulla muta nell’accertamento in punto di causalità materiale e giuridica. A nostro avviso, però, considerare la perdita di *chance* come oggetto di tutela e della pretesa risarcitoria e, allo stesso tempo, come tecnica di liquidazione del danno a fronte dell’incapacità di provare il danno, si risolve in una contraddizione. È, invece, critico R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e Resp.* 1/2008, 43 ss., il quale, con l’occasione, rende oggetto delle sue riflessioni anche due pronunce di merito (Trib. Venezia 25 luglio 2007 e Trib. Monza 6 settembre 2007; quest’ultima, peraltro, non riguardante un caso di responsabilità sanitaria, ma la *chance* sfumata di vittoria di un concorso per inadempimento del contratto) che offrono interessanti spunti per un approccio critico alla figura della *chance* e consentono di evidenziare quante e quanto divergenti siano state le soluzioni proposte. Quel che l’A. mostra di ritenere con una certa convinzione è che la “scala discendente” della causalità non rappresenti la più retta via di discussione: per quanto la perdita di *chance* tragga origine da un problema di causalità, essa è più correttamente inquadrabile come «categoria di danno, a sua volta oggetto di indagine causale». Si riconoscono le buone intenzioni della Cassazione, nel senso di voler dare adeguatamente conto del «composito ruolo che la probabilità svolge nel contesto della responsabilità civile, ma la non chiara delimitazione dei reciproci campi di appartenenza dimostra che la teoria delle *chances* è fondamentalmente, una stampella della zoppia causale e non una questione di interessi lesi». Ad onor di completezza, ricordiamo che il trib. Venezia aveva concluso per il rigetto della pretesa risarcitoria, rilevando come, in ambito sanitario, non fosse possibile riconoscere l’esistenza di una *chance* di guarigione o di sopravvivenza, poiché l’intervento umano si inserisce in una sequenza causale già in atto rispetto alla quale non si distinguono diversi beni giuridici, quali la vita, la salute o la possibilità di sopravvivenza, la cui risarcibilità risponderebbe solo ad «esigenze di *compensation* che provengono dalle vittime alla luce dei problemi della causalità». Il Trib. Monza,

## 2. La decisione della S.C. nella vicenda Cir-Fininvest: l'avanzamento della riflessione sul danno da perdita di *chance*

La appena ricordata tesi della causalità da perdita di *chances* fu in seguito smentita dal giudice di legittimità con la sentenza di Cass. 17.9.2013, n. 21255<sup>10</sup>, celebre, più che altro, per aver chiuso la “guerra di Segrate” che ebbe inizio alla fine degli anni ‘80 con i tentativi di acquisizione del controllo della Mondadori da parte – rispettivamente – dei gruppi Cir e Fininvest, già soci della medesima società insieme alla famiglia Formenton.

La pronuncia, interessante sotto svariati profili, merita di essere sinteticamente commentata, al fine di ripercorrere a grandi linee i fatti e le questioni giuridiche del caso, non solo in vista dell'inquadramento della perdita di *chances* tra lo *status* di regola causale alternativa e quello di autonoma fattispecie di danno, ma pure per il grande impatto che la decisione ebbe sul dibattito intorno alla effettività della tutela e al rapporto tra diritto sostanziale e processuale.

La vicenda è presto riassunta. Nonostante la precedente conclusione di un patto di permuta azionaria fra Cir e Formenton, quest'ultima parte aveva stipulato con Fininvest un accordo di cessione della propria quota. La Cir avviava, dunque, la procedura arbitrale all'esito della quale veniva reso il c.d. “lodo Pratis”<sup>11</sup>, con cui si imponeva ai Formenton l'obbligo di onorare il patto siglato con Cir. Seguiva l'impugnazione del lodo e il conseguente annullamento a favore della famiglia Formenton, con una sentenza (App. Roma, 24.1.1991, n. 259) che i giudici penali avrebbero in seguito riconosciuto essere stata adottata all'esito della corruzione di uno dei giudici del collegio (il relatore, per l'esattezza) da parte di Fininvest.

---

dal canto suo, aveva ammesso il risarcimento della perdita di occasione favorevole, ma purché il presunto danneggiato, alla luce di un giudizio sulla causalità alternativa ipotetica (cara all'analisi dei penalisti), dimostrasse che, in assenza della condotta illecita, egli avrebbe avuto una «seria possibilità di raggiungere il risultato sperato e, cioè, parlando in termini probabilistici, una percentuale non dell'1% o del 10%, ma almeno del 30-40%».

<sup>10</sup> Già con la pronuncia di Cass. SU 11.1.2008, n. 576, in verità, la S.C. procedeva alla definitiva sistemazione delle regole causali proprie del giudizio civile, senza mai fare cenno alla esistenza di una regola alternativa riferita alla categoria della perdita di *chance*: sul punto v., per tutti, M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2008, 143 ss.

<sup>11</sup> Il lodo Pratis, Irti, Rescigno del 20.6.1990, in *Giur. it.* 1/1990, 529 ss.

Nelle more, tuttavia, Cir – sulla base del risultato sfavorevole della decisione della Corte d'appello capitolina – si era determinata a stipulare un accordo transattivo con (ed evidentemente a tutto vantaggio di) Fininvest, rinunciando conseguentemente al ricorso per cassazione per l'istante promosso avverso la sentenza di annullamento del lodo (ben prima, dunque, che sopraggiungesse il riconoscimento, in sede penale, dell'avvenuta corruzione)<sup>12</sup>. Pertanto Cir, a valle degli accadimenti penali, agiva con autonomo giudizio per richiedere il risarcimento dei danni subiti a causa della condotta di Fininvest (senza aver preliminarmente impugnato la sentenza resa dal giudice corrotto con revocazione ex art. 395, co. 1, n. 6), c.p.c.<sup>13</sup>).

<sup>12</sup> Inoltre, la stessa vicenda giudiziale scaturita dalla domanda di risarcimento del danno proposta da Cir dinanzi al tribunale di Milano meriterebbe una attenta disamina di tutte le questioni emerse in punto di diritto civile sostanziale e processuale. Innanzitutto, l'eccezione di giudicato sollevata da Fininvest e respinta dalla Corte sulla base di due argomenti: 1) la efficacia preclusiva alla formazione del giudicato da parte della transazione, ispirata alle riflessioni di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 432 ss. (su cui v. pure, più recentemente, P. SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.* 4/2017, 999 ss.); 2) la carenza di interesse alla proposizione della revocazione ex art. art. 395 n. 6) c.p.c., la cui mancata invocazione non costituirebbe motivo ostativo all'azione risarcitoria. Su tali aspetti v. il chiarissimo commento di S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della cassazione sul «Lodo Mondadori»*, in *Corr. giur.* 4/2014, 522 ss., il quale è particolarmente critico rispetto all'attribuzione alla transazione – che resta un contratto – di una forza pari a quella della sentenza, tale per cui sarebbe addirittura in grado di precludere la formazione del giudicato. D'altra parte, l'art. 338 c.p.c. basterebbe a smentire le conclusioni della S.C. Nello stesso numero del *Corr. giur.* 4/2014, 536 ss., si possono leggere i due pareri *pro veritate*, del 5.1.2005 e del 26.5.2012, resi nel corso dei due giudizi di merito da A. PROTO PISANI, il quale, invece, sostiene convintamente l'efficacia estintiva della transazione come *factum superveniens* di natura sostanziale rispetto ai diritti e rapporti oggetto del lodo arbitrale prima e della sentenza della corte d'appello di Roma poi. Per ogni approfondimento si rinvia alla lettura di alcuni dei molti contributi sollecitati dalla sentenza: v., ad esempio, il commento a più voci *Cir-Fininvest: lo scontro finale*, in *Danno e Resp.* 2/2014, 123 ss.; B. TASSONE, *L'arresto finale sul caso Cir-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*, in *Giur. it.* 1/2014, 40 ss.; v. anche – spec. sui concetti di "dolo incidente" ed "ingiustizia del danno" – A. DI MAJO, *La "via di fuga" nel torto aquiliano* e F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidentale e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.* 4/2013, 1097 ss.

<sup>13</sup> Nel ritenere ammissibile l'azione risarcitoria, nonostante la mancata proposizione della revocazione, la S.C. si è appellata alle ragioni dell'effettività della tutela. In breve secondo il giudice di legittimità la parte danneggiata non aveva alcun interesse attuale e concreto a proporre la revocazione, per la impossibilità di conseguirne un risultato utile. La legittimazione del ricorso al rimedio risarcitorio ha così realizzato l'effetto pratico di consegnare alla parte sfavorita dalla transazione conclusa a condizioni alterate la possibilità di reintegrazione della propria situazione patrimoniale, dopo che era inutilmente (ma non per causa non imputabile alla parte,

tale da consentirle l'istanza di rimessione in termini *ex art. 153 c.p.c.*) decorso il termine per la proposizione della revocazione *ex art. 395 n. 6 c.p.c.* Concorda con la conclusione del giudice di legittimità, I. PAGNI, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente alla prova del caso Cir-Fininvest*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2014, 850 ss., nel senso che la «tutela specifica non dev'essere percorsa ad ogni costo, non potendosi accollare alla parte l'onere di instaurare e proseguire un giudizio sostanzialmente inutile e defatigante», e riconoscendo che «la pronuncia è ben attenta a non attribuire al principio di effettività una valenza eversiva di regole processuali» e che «il vero punto nodale è rappresentato, come afferma la sentenza, dagli effetti "dell'esistenza e della sopravvenienza, sul piano sostanziale, di una transazione tombale, riferibile a quei medesimi fatti oggetto del giudizio dinanzi alla corte d'appello romana"» (cfr. la nt. 5, pag. 852); sul rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente, all'insegna dell'effettività, v. già EAD., *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005, a cui la Cassazione si è ispirata nella stesura della pronuncia. Di diverso avviso è S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno*, cit., 526, secondo cui la formazione del giudicato a seguito della rinuncia al ricorso per cassazione non fu impedita dalla transazione "tombale": invero tale transazione costituisce *factum superveniens* idoneo a dettare la nuova regolamentazione sostanziale del rapporto tra le parti, ma non può impedire il passaggio in giudicato (financo formale) della sentenza, la cui ingiustizia (fatto costitutivo dell'illecito *ex art. 2043 c.c.*) poteva essere affermata solo nella sede impugnatoria appositamente prevista dal codice di rito. In base a siffatto ragionamento, l'A. conclude che la parte avrebbe dovuto impugnare sia la transazione che la sentenza; ad avviso di A. TEDOLDI, *Revocazione straordinaria per dolo del giudice e azioni di risarcimento danni*, in *Riv. dir. proc.* 3/2014, 671 ss., spec. 686 ss., la revocazione sarebbe stata in ogni caso necessaria, sia che si ritenesse la transazione annullabile per vizio del consenso, sia che si preferisse invocare l'applicazione dell'art. 1440 c.c. sul dolo incidente; secondo C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2010, cit., la sentenza revocanda costituiva titolo della transazione, che – dopo la revocazione – poteva a sua volta essere annullata *ex art. 1972 c.c.* ("transazione su un titolo nullo") o, al più, *ex art. 1971 c.c.* ("transazione su pretesa temeraria"). Sul punto v. la diversa opinione di I. PAGNI, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente*, cit., spec. 860, secondo cui la rinuncia al ricorso per cassazione non fu idonea a determinare il passaggio in giudicato della sentenza fraudolenta, ma fu negozio attuativo della transazione, che ebbe dunque efficacia preclusiva al passaggio in giudicato della sentenza; secondo A. PROTO PISANI, *Primo parere*, cit., 536-537, la transazione non ebbe efficacia preclusiva, ma estintiva, poiché fece venir meno i contratti che costituivano oggetto del giudizio arbitrale, prima, e dinanzi al giudice statale, poi). La S.C. ha, inoltre, ritenuto che la parte danneggiata non avesse interesse ad impugnare la sentenza per revocazione: sul punto v. ancora S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno*, cit., 528, secondo cui il giudice di legittimità ha decisamente rivisitato il concetto di interesse ad impugnare «che secondo l'impostazione tradizionale è integrato dal mero fatto della soccombenza, mentre secondo la Corte richiederebbe, anche alla luce del principio della durata ragionevole del processo *ex art. 111 Cost.*, una valutazione in ordine all'attuabilità dell'interesse ad agire, qui richiamato nella sua dimensione di interesse "al risultato"». Ad avviso dell'A. la mancanza dell'interesse alla revocazione non si spiega tanto con la impossibilità di modificare gli assetti societari nel frattempo consolidatisi in seguito al trasferimento definitivo dei titoli azionari, quanto piuttosto con la transazione

La fattispecie risarcitoria in questione veniva ricondotta dal giudice di legittimità entro la clausola generale dell'art. 2043 c.c.<sup>14</sup>, sussistendone tutti gli elementi costitutivi. Infatti l'atto doloso, consistito nell'aver provocato il comportamento corrotto di uno dei tre giudici del collegio di corte d'appello che aveva annullato il lodo arbitrale, aveva cagionato un evento di danno (la sentenza frutto di corruzione dell'organo giudicante che aveva alterato le posizioni delle parti) ingiusto (per avere questa decisione leso l'interesse giuridicamente rilevante a stipulare una transazione non condizionata dalla pregressa emanazione di una sentenza sfavorevole). Da tale evento era scaturita la decisione di Cir di concludere una transazione a condizioni svantaggiose, che la medesima società non avrebbe altrimenti accettato, e in ciò si era concretizzata una conseguenza dannosa risarcibile. Il tutto stante il positivo riscontro del doppio nesso di causalità, materiale e giuridica (così riassume la sentenza stessa a p. 107).

È significativo ricordare che la pronuncia della Corte d'Appello di Milano del 9 luglio 2011<sup>15</sup> – su questo punto non smentita dal giudice

---

“tombale” che costituiva l'ultima e definitiva regolamentazione dei rapporti tra le parti (da cui la necessità di richiedere la impugnazione sia del contratto transattivo che della sentenza)

<sup>14</sup> Già il Tribunale aveva ritenuto che la parte indotta a concludere un contratto grazie ai raggiri dell'altro contraente può agire in giudizio *ex art. 2043 c.c.*, poiché «tanto l'art. 1440 quanto l'art. 1337 possono essere letti in chiave di protezione dell'esercizio dell'autonomia privata di ciascuna parte, la cui lesione costituisce un danno ingiusto» (così M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.* 6/2009, 1169 ss., spec. 1176, il quale evidenzia la funzione dell'illecito aquiliano di “ausilio” ad una parte verso l'altra; riprende le osservazioni di Franzoni, anche G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e Resp.* 2/2014, 150 ss., che rimarca la mutata concezione della responsabilità precontrattuale nel contesto in cui il Tribunale maturava la propria decisione del 2009. L'azione risarcitoria *ex art. 1337 c.c.*, infatti, era ormai ammessa dalla giurisprudenza di legittimità anche a fronte di un contratto validamente concluso). Decisamente critico è, invece, C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., spec. 20-22, ad avviso del quale il ricorso alla *chance* da parte del tribunale era del tutto improprio e serviva solo da “scorciatoia” per giustificare più agevolmente l'invocazione della responsabilità civile, là dove, con tutta evidenza, la sentenza corrotta – che costituiva titolo della transazione – doveva essere annullata in sede di revocazione, in seguito alla quale si sarebbe dovuto pronunciare l'annullamento della transazione.

<sup>15</sup> Su cui v., *ex multis* ed in particolare per i profili che qui interessano, M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eur. dir. priv.* 4/2011, 945 ss., il quale si premura di chiarire, in critica alla decisione della corte d'appello, che la *chance* non pone un problema identico e, dunque, sovrapponibile a quello della causalità giuridica, poiché essa attiene all'incertezza ontologica del danno piuttosto che all'incertezza del nesso causale; B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso Cir-Fininvest: quali chances per la perdita di chance*,



di legittimità – aveva rifiutato la qualificazione giuridica del pregiudizio in questione come danno da perdita di *chance*, atteso che, ad avviso del giudice di secondo grado, la sentenza viziata da corruzione non aveva privato Cir della mera *chance* di ottenere una sentenza favorevole, bensì addirittura della sentenza favorevole che sarebbe stata per certo pronunciata da una corte “normalmente preparata” e alla luce delle disposizioni e della giurisprudenza correnti. Su queste basi la corte d’appello meneghina accoglieva la domanda di risarcimento proposta in via principale e non quella subordinata invocante la lesione della *chance*<sup>16</sup>.

E ciò si affermava con sicurezza che sarebbe accaduto nel giudizio antecedente di impugnazione del lodo se il componente del collegio non avesse ceduto al proposito corruttivo, benché le variabili che contribuiscono alla formazione della decisione siano molteplici e non esattamente ricomponibili *ex post* al di fuori di quella camera di consiglio.

Di qui l’interrogativo sollevato in dottrina: come poteva la corte d’Appello essere certa che la decisione del collegio chiamato a decidere della validità del lodo non sarebbe stata identica, anche senza corruzione?<sup>17</sup>.

---

in *Giur. it.* 3/2012, 609 ss.; 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.* 11/2011, 1060 ss.; P. SANTORO, *La chance negata: alcune osservazioni in margine alla decisione della Corte d’appello di Milano del 9 luglio 2011 che chiude il secondo grado di giudizio della nota controversia tra la Cir e la Fininvest*, in *filodiritto.com*.

<sup>16</sup> Conviene riportare le parole esatte della sentenza: «è evidente [...] l’errore del Tribunale nell’applicazione delle norme sul nesso di causalità: tra l’altro, il primo giudice sovrapponeva impropriamente [...] il piano del nesso eziologico con quello del tipo di danno risarcibile: il canone del “più probabile che non” giustifica entrambe le ipotesi di danno, sia esso immediato e diretto che per perdita di *chance*, non valendo esclusivamente per questa seconda ipotesi; l’astratta possibilità ritenuta dal primo giudice, della emissione di una sentenza ingiusta anche da parte di giudici incorrotti [...] non vale ad escludere il nesso eziologico». Peraltro, come fa notare B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 610, anche se può sembrare paradossale, il giudice d’appello aveva ridotto il *quantum* dovuto in sede di liquidazione da 750 a 540 milioni di euro circa, il che fa riflettere sui rischi di *over-compensation* insiti nel risarcimento (forzatamente) equitativo della perdita di *chance* che finisce per essere, come nel caso di specie, superiore al danno *tout court*. È interessante ricordare, inoltre, che il Tribunale aveva forfettizzato la perdita di *chance* subita da Cir nella misura dell’80% di probabilità di ottenere una sentenza opposta, di talché aveva poi ridotto l’ingente importo risultante dai calcoli del 20%. Sulla porzione punitiva del risarcimento v. F. BENATTI, *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.* 1/2014, 53 ss.

<sup>17</sup> Osserva pragmaticamente B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, in *Danno e Resp.* 2/2014, cit., spec. 176, che non è possibile sapere se «gli altri due consiglieri erano stati “schiacciati” dalla personalità di Metta [il giudice

Peraltro, se è vero che i componenti del collegio concorrono in piena autonomia, con il proprio voto, alla formazione della decisione (così l'art. 276 c.p.c., a norma del quale si pretende, non a caso, che alla deliberazione della decisione possano partecipare solo i giudici che hanno assistito alla discussione, in quanto componenti del collegio), resta sospeso l'interrogativo se la corruzione del relatore si propaghi all'intero collegio ovvero debba pur sempre valere una «presunzione di indipendenza delle volontà dei decisori da superare necessariamente in concreto»<sup>18</sup>.

In termini di prova del nesso causale tra la sentenza corrotta e la lesione dell'interesse alla stipula di una transazione a condizioni non svantaggiose, si fatica a condividere l'assunzione del modello della "sentenza normale" fatto proprio dalla corte d'appello nel caso di specie; o meglio, così ragionando, si giunge ad ammettere una vera e propria *relevatio ab onere probandi* rispetto agli elementi atti a dimostrare che, in assenza di corruzione, due giudici su tre avrebbero deliberato una decisione di segno opposto<sup>19</sup>.

---

corrotto, n.d.r.]; se non avevano letto le carte per mancanza di tempo [...]; se si erano fidati troppo; se il peso della responsabilità li aveva portati a lasciar fare; o se invece erano pienamente convinti della decisione che andavano ad adottare e poi della motivazione che l'avrebbe accompagnata, fino alla sua ultima parola, seppur affidata alla penna (che non si sapeva etero-diretta) del relatore».

<sup>18</sup> Così, del tutto condivisibilmente, B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 177. La S.C. ha confermato la valorizzazione, da parte dei giudici di merito, del fatto notorio consistente nel ruolo decisivo svolto dal relatore in seno al collegio; ma come rileva S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno*, cit., 531, un conto è il legittimo affidamento nell'onestà intellettuale del relatore, altro è creare una presunzione giurisprudenziale di sostanziale trascurabilità degli altri due componenti (anche se si può quantomeno supporre una non totale egemonia del relatore con riguardo alle questioni di diritto). F. GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio "garantista" sulla sentenza di risarcimento del danno per il risarcimento del c.d. lodo Mondadori*, in *Diritto di famiglia e delle persone* 4/2009, 1886 ss., in commento alla sentenza di primo grado, affermava: «tutti noi del mestiere sappiamo che la collegialità è una favoletta».

<sup>19</sup> B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 178, riconosce la legittimità della obiezione per cui si tratterebbe di imporre una *probatio diabolica* a chi agisce in giudizio per il risarcimento del danno; ma le difficoltà della parte attrice non possono giustificare una tale "rarefazione del nesso", anche considerando che non si trattava di effettuare un giudizio ipotetico sul probabile esito del processo mai svolto – come nelle controversie volte ad accertare la responsabilità professionale dell'avvocato, in cui pure viene in rilievo un danno da perdita di *chance* – ma di indagare cosa fosse accaduto nella camera di consiglio e quale fosse stata l'attitudine psicologica dei singoli magistrati (i quali sono i soli, in ultima analisi, a poter fornire una risposta veritiera e affidabile sul punto). Del resto, proprio le incertezze che minavano la ricostruzione del nesso causale avevano evidentemente indotto il Tribunale a servirsi della figura del danno da perdita di

Certamente è lecito presumere che proprio l'interesse personale (e illecito), introdotto nella causa ad opera del giudice relatore corrotto, attesa la centralità del ruolo ricostruttivo e argomentativo del medesimo ai fini della formazione del convincimento dell'intero collegio, abbia annichilito la capacità contributiva alla formazione della decisione del Presidente e dell'altro giudice membro anche sotto il profilo dell'imparzialità e dell'equidistanza. In concreto non è arduo immaginare che il relatore sia riuscito, senza neppure forzare il normale svolgimento della discussione in camera di consiglio, ad indirizzare le attenzioni dei colleghi solo verso alcune questioni, tali da determinare un certo esito della controversia<sup>20</sup>.

---

*chance*. In realtà, secondo F. GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta*, cit., par. 7, poiché la perdita di *chance* sussiste solo quando essa è definitiva perché il vantaggio non è più raggiungibile e dato che la sentenza della corte d'appello di Roma non era passata in giudicato, avendo nel frattempo Cir proposto ricorso per cassazione e poi transatto la lite, manca il presupposto ineludibile per poter invocare la *chance*. Premesso che secondo noi quella sentenza era passata in giudicato in seguito alla rinuncia al ricorso per cassazione, in ogni caso, la *chance* di ottenere una decisione giusta e quella (conseguente) a transigere in condizioni di parità delle posizioni contrattuali era senz'altro perduta. Secondo l'A., poi, il tribunale adito con la domanda risarcitoria avrebbe dovuto effettuare un diverso giudizio prognostico (sul passato) e cioè chiedersi se la corte di Cassazione avrebbe cassato o confermato la sentenza della corte d'appello di Roma. Ritenendo che quest'ultima sarebbe stata annullata, «di qui la conseguenza che CIR era stata negligente nel non coltivare il ricorso, onde i danni asseritamente subiti non sarebbero risarcibili». In ultima analisi, la rinuncia al ricorso da parte di Cir è da qualificarsi, in tale prospettiva, quantomeno come concausa del danno *ex art. 1227 c.c.*, a norma del quale (co. 2) la pretesa risarcitoria doveva essere respinta, perché Cir avrebbe potuto evitare il danno usando l'ordinaria diligenza.

<sup>20</sup> Torniamo a scorrere alcuni passaggi della sentenza. «Ritiene questa Corte che una sentenza "normale" non condizionata dalla presenza di un componente corrotto che aveva alterato tutto l'*iter* decisionale, certamente non sarebbe giunta alle conclusioni alle quali pervenne la Corte d'Appello di Roma; ciò che stabilisce il nesso fra corruzione e contenuto della pronuncia»; citando Cass. pen. 16.5.2007, n. 35525, la corte d'appello ribadisce che la presenza in collegio di un giudice sprovvisto dei requisiti di indipendenza ed imparzialità «infrma la validità dell'intero *iter* decisionale, per sua natura dialettico e sinergico», di talché una siffatta sentenza deve comunque intendersi *tamquam non esset*. Pur dovendo ritenere la sentenza perlomeno esistente (v., fra gli altri, B. SASSANI, *La cognizione incidenter tantum della sentenza viziata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*, in *judicium.it*, il quale ricorda che l'inesistenza della sentenza è *extrema ratio* e non può predicarsi ove l'ordinamento abbia predisposto una impugnazione straordinaria), dalla valutazione in concreto della vicenda, la corte ha ritenuto che «le sfuggenti dichiarazioni del consigliere [...] e lo studio solo teorico e monotematico da parte del presidente [...] evidenziano la dinamica decisionale di un collegio che ha visto la presenza decisiva del giudice relatore corrotto, il quale ha in concreto condizionato le determinazioni degli altri due componenti». Nella specie, secondo quanto emerge dalla sentenza, il relatore era riuscito a focalizzare

In questo senso è certamente ragionevole ritenere che il fenomeno corruttivo abbia alterato gli equilibri del collegio giudicante, ma ciò non equivale automaticamente a dire (*rectius*: provare) che l'impugnazione di quel lodo avrebbe avuto una sorte diversa, perché altre più o meno prevedibili circostanze<sup>21</sup> avrebbero potuto orientare la decisione nella stessa direzione<sup>22</sup>.

---

l'analisi del presidente sulla sola questione (apparentemente controversa) della validità dei patti di sindacato azionario, «questione interessante, ma non centrale per la decisione della Corte». Osserva A. TEDOLDI, *Revocazione straordinaria per dolo del giudice e azioni di risarcimento danni*, in *Riv. dir. proc.* 3/2014, 671 ss., spec. 681, che la Corte d'Appello si riferiva ad un «effetto inquinante del vizio di costituzione del giudice», accostando impropriamente il dolo del giudice al vizio di costituzione del giudice che non attiene all'attitudine psichica e volitiva del giudicante, bensì ai requisiti di nomina in base alle norme sull'ordinamento giudiziario.

<sup>21</sup> Invero la corte d'appello elimina dal contesto di riferimento l'incidenza di situazioni imprevedibili: «rimossa sul piano logico-giuridico la sentenza Metta, occorre, immedesimandosi nella situazione giuridico processuale concretamente azionata dalle parti, chiedersi non tanto o non solo quali fossero gli eventuali errori della motivazione della sentenza della Corte d'appello di Roma, quanto, propriamente, quale sarebbe stata la sentenza che giudici terzi, mediamente preparati della Corte di Roma, preposti *ratione materiae* alla decisione in quel momento storico, normativo e giurisprudenziale, avrebbero emesso nel caso di specie secondo il canone di "normalità", cioè escludendo le ipotesi astratte e quelle eccezionali (quali gli errori giudiziari, la distrazione o la particolare ignoranza dei giudicanti...), fatti che *in rerum natura* possono anche darsi, ma che per l'appunto (fortunatamente) non sono "normali"». D'altro canto, a proposito di circostanze insondabili – osserva B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso Cir- Fininvest*, cit., 617, spec. nota n. 59 – non è da escludere che gli altri due componenti del collegio si fossero già autonomamente persuasi di non voler rigettare in rito l'impugnazione del lodo per evitare di incorrere in errori processuali censurabili con ricorso per Cassazione. G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp. civ. prev.* 9/2011, 1807 ss., si spinge oltre, rilevando come sia arduo credere che due giudici su tre – di cui uno Presidente del collegio – «si siano disinteressati della sorte di una causa che, per la natura e la qualità delle questioni trattate, oltre che per la eccezionale levatura accademica e professionale degli arbitri che avevano deliberato il lodo impugnato era con tutta evidenza di interesse e rilievo straordinari».

<sup>22</sup> Ricordiamo che l'impugnazione del lodo era stata proposta, tra l'altro, per violazione delle norme di ordine pubblico relative all'organizzazione e al funzionamento delle società, per avere gli arbitri ritenuto la validità dei patti parasociali contenuti nell'accordo tra Cir e la famiglia Formenton; e per grave contraddittorietà della motivazione sulla scindibilità delle pattuizioni contenute in tale convenzione. Peraltro, la corte d'appello di Roma avrebbe dovuto opportunamente considerare i limiti di sindacabilità di un lodo rituale di equità quale era il "lodo Pratis"; invece – come fa notare S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno*, cit., 534 – l'affermazione secondo cui il rispetto delle norme di ordine pubblico imposto pure negli arbitrati di equità si risolverebbe in un controllo esteso all'operato degli arbitri senza alcuna distinzione tra accertamento in fatto e in diritto è generica e, anzi, scorretta. Per l'esattezza secondo l'A. «altro è dire che anche gli arbitri di equità sono tenuti a rispettare le

Invece, per la Corte d'appello ciò è valso ad affermare che una decisione solo formalmente collegiale – trattandosi di una collegialità «abnorme e sostanzialmente fittizia» – non ha interrotto il nesso di causalità tra la corruzione del relatore e la sentenza ingiusta.

A ben vedere il ragionamento del giudice di seconde cure s'incardina nello schema logico del principio del “più probabile che no”: è più probabile che no, e quindi processualmente “certo”, che un collegio ordinario avrebbe stabilizzato il lodo arbitrale.

Raggiunta la soglia ritenuta sufficiente a far scorgere l'evidenza probatoria perde consistenza l'utilità del ricorso al concetto di *chance*. Il tribunale, infatti, se ne era avvalso a fronte dell'imbarazzo causato dall'incapacità di addivenire ad una soluzione certa, cautelandosi per il tramite del richiamo ad una figura cangiante che, all'occorrenza, diventa situazione giuridica tutelabile. Quando però la macchina del processo non inciampa nelle difficoltà probatorie in punto di causalità, secondo la Corte, la nozione di perdita di *chance* sarebbe strumento destinato a rimanere in disparte<sup>23</sup>.

---

norme di ordine pubblico, altro è desumerne l'esistenza in capo alla corte d'appello di un generale potere di riesame della decisione arbitrale, esteso alla *quaestio facti*, e così paradossalmente più ampio di quello *illo tempore* riconosciuto nei riguardi degli stessi lodi resi secondo diritto», stante l'allora vigente art. 829 c.p.c. (che solo oggi, nell'epoca successiva al D.L. n. 40/2006, ammette «in ogni caso» – e dunque anche per errori sulla *quaestio facti* – l'impugnazione del lodo per contrarietà all'ordine pubblico). Poste tali premesse, la corte d'appello di Roma avrebbe ben potuto dichiarare inammissibile l'impugnazione avverso un lodo di equità per supposta violazione dell'ordine pubblico veicolata da censure rivolte agli accertamenti in fatto compiuti dagli arbitri. Così come i giudici dell'azione risarcitoria (e la corte d'appello, in particolare) avrebbero potuto sostenere che il destino certo di una siffatta impugnazione sarebbe stato il rigetto in rito, se solo il relatore non fosse stato corrotto. Ci pare un argomento più efficace (forse perché saldato al rigore dei limiti processuali) a sorreggere la ricostruzione ipotetica del provvedimento che sarebbe stato concepito da un collegio integro. Nondimeno (ed è ancora l'analisi di S. BOCCAGNA, *op. ult. cit.*, 534, a guidarci), in concreto, la declaratoria di nullità del lodo non ha ecceduto «i limiti del controllo sulla *quaestio iuris* riguardando non tanto la ricostruzione del contenuto dei patti di sindacato, ma la valutazione della loro conformità alle norme e ai principi di ordine pubblico applicabili *in subiecta materia*». Inoltre, posto che il confine tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* è sempre incerto, non si può davvero prevedere quali sarebbero state le valutazioni di un collegio “normale”.

<sup>23</sup> B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso Cir-Fininvest*, cit., 617, ritiene che il Tribunale abbia utilizzato la *chance* per temperare gli effetti della causalità, ricorrendo allo schema logico della riduzione proporzionale della responsabilità in base alle concause incidenti (impostazione prima avallata da Cass. 16.1.2009, n. 975, e poi delegittimata dalla successiva Cass. 21.7.2011, n. 15991: v. quanto già detto *supra* nel cap. I, par. 5.1.).

Questo sembra essere, in definitiva, il messaggio che giunge dallo scambio di opinioni tra le due sentenze di prime e seconde cure; un messaggio che conferma la naturale tendenza ad attrarre la *chance* al terreno della causalità.

In definitiva, mentre i giudici della azione risarcitoria successiva all'accertamento della corruzione si sono interrogati sulla sussistenza o meno di una mera *chance* ad ottenere una sentenza favorevole in assenza di illecito (a fronte della certezza di ottenerla), a noi pare che nel caso di specie la *chance* possa venire in rilievo anche in un altro senso, e cioè quale interesse di ciascun soggetto ad esercitare la propria libertà negoziale nella stipulazione di una transazione senza condizionamenti (*recte*: senza il forte condizionamento rappresentato da una sentenza sfavorevole).

In tale ordine di idee la valutazione della lesione di tale specifico interesse e, in concreto, la verifica che, assumendo lo scenario ideale della sentenza di segno opposto pronunciata da un collegio non intaccato dal fenomeno corruttivo, la transazione sarebbe stata conclusa a condizioni diverse e comunque meno svantaggiose, oppure non sarebbe stata affatto conclusa e la parte non avrebbe rinunciato al ricorso per cassazione, può rientrare nel giudizio di individuazione delle conseguenze dannose risarcibili e trovare spazio nella quantificazione complessiva del danno patito (superati i profili, emersi nel caso del lodo Mondadori, di ammissibilità della tutela risarcitoria, pur a fronte del mancato esperimento della revocazione<sup>24</sup>).

### 3. Lo statuto del danno da perdita di *chance* in campo sanitario: i punti fermi segnati dalla S.C. nel 2018

Le pronunce di legittimità degli ultimi anni si lasciano apprezzare per l'intento di attribuire alla *chance*, in via definitiva, una consistenza giuridica tale da giustificare la tutela giurisdizionale in via risarcitoria. Il percorso della giurisprudenza della S.C., di cui abbiamo riportato le tappe più significative, è approdato infine al recente arresto di Cass. 9.3.2018, n. 5641<sup>25</sup>, che si è proposto come risolutivo delle problemati-

<sup>24</sup> Sul punto, v. i riferimenti contenuti nelle precedenti note.

<sup>25</sup> Su cui hanno riflettuto S. GARREFFA, *I paralogismi della teoria della chance perduta*, in *La nuova giur. civ. comm.* 9/2018, 1285 ss.; R. PUCELLA, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, nella stessa *Rivista* 11/2018, 1684 ss.; B. TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Corr. giur.* 7/2018, 904

che relative alla figura del danno da perdita di *chance* e che trae origine da una ipotesi di “confine”, in cui emergono tutte le difficoltà pratiche del tentativo di isolare la lesione della possibilità di risultato rispetto alle altre fattispecie di danno.

La vicenda che ha impegnato la S.C. riguardava il danno da perdita anticipata del rapporto parentale, lamentato dai congiunti<sup>26</sup> di una paziente a cui era stato diagnosticato con due anni e mezzo di ritardo un tumore ai polmoni, a causa di un errore del personale medico nella interpretazione delle radiografie toraciche.

Il giudice di appello, nel riformare la sentenza del tribunale, interpretava diversamente la pretesa risarcitoria, qualificandola come domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* di una più lunga sopravvivenza e, di conseguenza, dichiarava l'inammissibilità della domanda (asseritamente nuova) di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale.

La S.C. – ribadita l'adesione all'orientamento sopra richiamato che valorizza il *petitum* della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*<sup>27</sup> – chiarisce alle parti in causa che la domanda proposta in primo grado non era tesa alla condanna al risarcimento del danno da perdita di *chance*, ma era stata formulata, invece, come correttamente ritenuto dal tribunale, nel senso di pretendere il ristoro per il danno da perdita anticipata del rapporto con la congiunta deceduta.

L'occasione si è prestata ad un intervento chiarificatore “nomofilattico”, percepito dalla stessa S.C. come non più procrastinabile, nella consapevolezza che «il duplice paralogismo che ha accompagnato l'evoluzione storica della teoria della *chance* perduta si annida, pertanto, nel ricostruirne, da un canto (più o meno consapevolmente), i tratti caratterizzanti in termini di danno patrimoniale [schema a cui non può essere ricondotta la *chance* di sopravvivenza, la cui lesione configura

---

ss., che annota congiuntamente Cass. 9.3.2018, n. 5641, e Cass. 19.3.2018, n. 6688; D. ZORZIT, *La Cassazione e lo “statuto” della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul “ritorno” del danno da perdita della vita*, in *Danno e Resp.* 2/2019, 271 ss.

<sup>26</sup> Parlando del danno da perdita anticipata del rapporto parentale riconosciuto *iure proprio*, la mente corre – ma non è certamente questa la sede adatta ad un approfondimento – alle questioni legate al risarcimento del danno tanatologico. Non si può fare a meno di notare che l'ammissione del ristoro di un danno da perdita del rapporto parentale nei confronti dei congiunti della vittima, per avere la condotta medica cagionato la perdita anticipata della vita del paziente, riapra la discussione sul danno da perdita della vita, il cui ristoro – come noto – è stato negato da Cass. SU 22.7.2015, n. 15350. Si interroga sul punto D. ZORZIT, *op. ult. cit.*, 281-282.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. 29.11.2012, n. 21245.

un danno non patrimoniale], e, dall'altro, nell'aver (inconsapevolmente) sostituito uno degli elementi essenziali della fattispecie dell'illecito – il nesso causale – con il suo oggetto – il bene tutelato oggetto della lesione – [...]».

Sia qui consentita una parafrasi ragionata dei molti argomenti proposti dalla pronuncia *de qua*. Innanzitutto, il giudice deve tenere in considerazione la distinzione – invero negata da qualche Autore<sup>28</sup> – tra *chances* patrimoniale e non patrimoniale<sup>29</sup>, con riguardo tanto all'aspet-

<sup>28</sup> Secondo l'opinione di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 132-136, espressa già in termini identici in *Id.*, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.* 2/2008, 315 ss., spec. par. 3; nonché in *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010, 1 ss., spec. par. 7, con un cenno alla vicenda del Lodo Mondadori, la perdita di *chance* configurerebbe in ogni caso un pregiudizio di carattere patrimoniale, pure quando l'interesse sotteso abbia natura non patrimoniale. In realtà l'A. è scettico sulla stessa risarcibilità del danno in parola, sostenendo, senza mezzi termini, che «a volerla descrivere con acribia impietosa, la perdita di *chance*, ove la si intenda considerare come autonoma situazione di interesse da tutelare come tale, sul piano della lesione di una situazione soggettiva ne risulta priva, sul piano del danno si riferisce a una perdita possibile o anche probabile ma non certa, sul terreno della causalità denota un nesso insufficiente tra una condotta imputata e la mancanza di un evento dalla quale deriverebbe la perdita lamentata. Questi “non requisiti”, quasi per miracolo, si sono convertiti in una nuova fattispecie di responsabilità» (*Responsabilità civile*, 132-133). Con riferimento al danno non patrimoniale e all'ipotesi più insidiosa e più frequente di perdita di *chance* di guarigione o di sopravvivenza, secondo l'A., basterebbe applicare correttamente le norme che regolano la responsabilità contrattuale, secondo cui il danno è risarcibile nella misura in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione. Come ribadito da ultimo in *Responsabilità civile*, cit., 134-135, non si tratta di dover risarcire il valore negativo del sacrificio di un'occasione favorevole, quanto la perdita consistente nel mancato raggiungimento del risultato dovuto in conseguenza dell'illecito.

<sup>29</sup> È possibile distinguere tra *chances* patrimoniali e non patrimoniali in relazione alla natura del diritto a cui il soggetto danneggiato ambiva e il cui conseguimento è rimasto inatteso: se il diritto aspirato presidia un bene patrimoniale, allora la perdita della possibilità di ottenerlo si configura quale danno patrimoniale, di talché – secondo la sentenza di Cass. 19.3.2018, n. 6688, pubblicata a distanza di pochi giorni da Cass. n. 5641/2018, quasi a volerne ulteriormente puntualizzare il contenuto – l'affermazione secondo cui la *chance* sarebbe un'entità patrimoniale a sé stante è «assertiva» e «non appare, invero, discutibile che [essa] sia correlata al raggiungimento di un risultato, poiché la *chance* riguarda proprio tale raggiungimento» (concorda R. PUCELLA, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, cit., 1690). Insistere nella intenzione di qualificare tale fattispecie come danno “concreto e attuale” può creare il risultato controproducente di svincolare totalmente la *chance* dal risultato, quando, invece, la *chance* deve intendersi proprio come «possibilità protesa verso il futuro». In questo senso, la *chance* attiene a qualcosa che il soggetto ancora non ha, la cui lesione non può determinare un danno “attuale”. La pronuncia di Cass. n. 6688 del 2018 è interessante perché si pone solo parzialmente in linea di continuità con la precedente n. 5641 del 2018. Come osserva B. TASSONE, *La razionalizzazione della chance*, cit., 917, la seconda



to morfologico quanto a quello operativo della liquidazione del danno (cfr. da p. 16, par. 4.2. a p. 18 della sentenza)<sup>30</sup>.

Proprio la fase di accertamento del valore della *chance* perduta – che deve avvenire, in ogni caso, in via equitativa – dà prova, secondo la Corte, della necessità di distinguere tra l'occasione di natura patrimoniale e quella non patrimoniale.

È opportuno riportare, per poi commentare, il relativo passaggio (cfr. par. 3.6): mentre «in sede di accertamento del valore di una *chance* patrimoniale è spesso possibile il riferimento a valori oggettivi (il giudice amministrativo, in alcune sue decisioni, ha adottato il parametro del 10% del valore dell'appalto all'atto del riconoscimento di una perdita di *chance* di vittoria da parte dell'impresa illegittimamente esclusa), diverso sarà il criterio di liquidazione da adottare per la perdita di una *chance a carattere* non patrimoniale, rispetto alla quale il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo: possibilità che, per integrare gli estremi del danno risarcibile, dovrà necessariamente attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà, consistenza».

Sebbene tale distinzione sia rivolta alla fase di liquidazione del danno (e non a quella preliminare di accertamento della esistenza della possibilità di risultato in quanto tale), le parole della S.C. lasciano intendere che, per la *chance* patrimoniale, sia possibile il recupero della *ratio* eziologica di commisurazione della *chance* rispetto al risultato perduto; operazione che risulta impraticabile per la *chance* non patrimoniale, rispetto alla quale, dunque, riemerge (ma solo forzatamente

---

pronuncia conferma l'intento di superare quell'orientamento giurisprudenziale che ha classificato come danno da perdita di *chance* fattispecie di danno che, invece, attecchivano ad altri beni, di cui il paziente era già titolare (quali la durata o la qualità della vita).

<sup>30</sup> A differenza della *chance* patrimoniale – che la sentenza accosta all'interesse pretensivo – la quale costituisce un *quid* preesistente nel patrimonio del soggetto, su cui incide la condotta del danneggiante, la *chance* non patrimoniale (e non pretensiva) del paziente che si sottopone alle cure sanitarie – pur essendo anch'essa, sul piano funzionale, una «possibilità di conseguire un risultato migliorativo della situazione preesistente» – non è, sul piano morfologico, una «preesistenza positiva e positivamente identificabile». In tale ordine di idee è il medico che crea la *chance* di miglioramento (inteso come allungamento delle aspettative di vita, nonostante la patologia), prima ancora di cancellarla con la condotta colpevole. Certo, si potrebbe anche ragionare diversamente dalla S.C. e ammettere, invece, che sia la comunità scientifica a creare la *chance*, poi distrutta dalla condotta del medico nel caso di specie. La *chance* non sarebbe allora negativa, bensì positiva esattamente come tutte le altre.

te) la predicabilità della *chance* ontologica (sulla fiducia riposta negli impalpabili connotati di “apprezzabilità, serietà, consistenza”, rispetto ai quali – aggiunge la S.C. – «il valore statistico/percentuale – se in concreto accertabile – potrà costituire al più criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto»)<sup>31</sup>.

A partire da tali premesse, la Corte osserva che se la perdita di *chance* è – al pari di ogni altro evento di danno – una conseguenza della condotta illecita lesiva della possibilità del risultato vantaggioso, la sua peculiare consistenza probabilistica «non esclude né elide la necessaria e preliminare indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento (in senso contrario, non condivisibilmente, Cass. 21619/2007)» (così la sentenza a inizio p. 19).

### 3.1. (Segue) la ammissione della risarcibilità della perdita di *chance* non può giustificare una riduzione della soglia necessaria a provare la relazione di causalità

Il riferimento esplicito alla pronuncia del 2007 (che abbiamo commentato *supra* nel par. 1.1.) vuole fugare ogni dubbio residuo: non è configurabile una causalità agevolata “da perdita di *chance*”, semplicemente perché la perdita di *chance* è un evento di danno (non una regola causale) la cui riconducibilità all'illecito/inadempimento deve essere provata secondo il canone ordinario del più probabile che no.

Vi è poi, senza dubbio, il rifiuto della teoria eziologica, poiché «sovrappone inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell'evento di danno».

Da ciò non consegue, però, l'adesione alla contrapposta teoria ontologica, che pure è da ripudiare in quanto, secondo la Corte, «evoca una imprevedibile fattispecie di danno *in re ipsa* che prescinde del tutto dall'esistenza e dalla prova di un danno risarcibile»<sup>32</sup>. Il giudice di

<sup>31</sup> B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 914, osserva con scetticismo il *distinguo* tracciato dalla S.C. tra *chance* patrimoniale e non patrimoniale e, in special modo, non è convinto sia opportuno imporre due distinti metodi di liquidazione del danno (tendenzialmente proporzionale per la *chance* patrimoniale ed “equitativo puro” per la *chance* non patrimoniale).

<sup>32</sup> R. PUCCELLA, *op. ult. cit.*, 1689, sostiene la superfluità della reificazione della *chance*, né reputa necessaria la finzione della trasformazione della probabilità statistica in “valore posseduto”, «potendo surrogarsi in tale funzione la giusta valorizzazione dell'incidenza oggettiva della condotta illecita sullo *status* del danneggiato», incidenza che si risolve nella «frustrazione del diritto a battersi per conseguire un

legittimità prende giustamente le distanze dal categorico dualismo di prospettive (lo giudica “fuorviante”) che tradizionalmente costituisce il filo conduttore della narrazione sulla perdita di *chance*.

In altre parole, abbandonato il terreno della causalità, la *chance* viene osservata alla luce di una rinnovata e condivisibile concezione ontologica, che cala il bene giuridico tutelato nella dimensione necessaria del processo e della prova del danno.

Allora, perché possa dirsi che la condotta colpevole del medico abbia cagionato un evento di danno consistente nella perdita di *chance* (e non nella morte del paziente o nella riduzione della durata della vita o ancora nel peggioramento della qualità della stessa o nella perdita anticipata del rapporto parentale dal punto di vista degli eredi<sup>33</sup>) le

---

risultato atteso e possibile (la guarigione, la vittoria della lite)». Sganciando il concetto di *chance* dalla probabilità espressa in forma numerica, si riesce a non intralciare il piano dell'indagine causale (ove la probabilità deve restare protagonista) e si ottiene così un rinnovato concetto di occasione perduta come «possibilità che si sostanzia nel diritto di azionare prerogative e facoltà utili al conseguimento di un bene della vita» (1690). Le riflessioni di Pucella meritano una particolare attenzione. Tanto per cominciare, a suo avviso, il danno da perdita di *chance* viene riassorbito nel pregiudizio per lesione del bene “maggiore”. Posto che, in tal caso, il danno-evento consiste nella lesione della salute e se la *chance* coincide con la possibilità di attivarsi per tutelare al meglio un proprio diritto, andrà risarcito allora il danno morale patito dal paziente a causa dell'errore professionale (che ha pur sempre inciso sulla integrità psico-fisica) per averlo privato della possibilità «di una più favorevole condizione biologica»; se del caso, andrà risarcito anche il danno esistenziale, ove si riscontri la lesione della possibilità di autodeterminarsi; infine non mancherà il ristoro del danno biologico. La novità risiede nella circostanza che «il risarcimento non paga, dunque, la *chance* nella sua tradizionale accezione; ciò nonostante il senso – e la funzione – della probabilità di conseguire un risultato utile si conservano nella determinazione del *quantum debeatur*, nella misura in cui, quanto più la modificazione peggiorativa della salute biologica risulti di scarso significato nella prospettiva di vita (o di qualità della vita) del malato, tanto più essa si rivelerà inadeguata a causare un pregiudizio morale o esistenziale risarcibile». Diversamente, se la condotta del sanitario non ha avuto alcuna incidenza sulla morte o sulla anticipazione della stessa o sulla qualità della vita, nessun danno sarà risarcibile (qui l'A. sembra in linea con le conclusioni di Cass. n. 5641/2018, lett. d), p. 21). In quest'ottica totalmente “anti-ontologica” la *chance* è legata al bene della vita maggiore, rappresenta proprio la dotazione di strumenti attraverso cui il soggetto poteva attivarsi per conseguire il risultato, prima della lesione. La prospettiva cambia – ma non sono questi argomenti che trovano una conferma nella pronuncia in commento – se si considera che il valore leso non è la «salute anelata e potenzialmente (ri)acquistabile per effetto della condotta diligente, ma [lo] stato di integrità psico-fisica che *hic et nunc* il danneggiato perde in conseguenza dell'errore professionale». In altre parole, oggetto della valutazione diventa il valore differenziale dello stato di salute tra il momento successivo all'errore e quello immediatamente precedente.

<sup>33</sup> La Corte lancia un vero e proprio monito ai giudici e agli interpreti tutti: l'utilizzo delle espressioni “possibilità di una vita più lunga” o “possibilità di una migliore qualità della vita” non deve ingenerare l'erronea convinzione che le relative lesioni

conclusioni del consulente tecnico d'ufficio (si dà per scontato il coinvolgimento dell'esperto) devono essere espresse «in termini di insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo» (cfr. lett. *e*), p. 21).

Tale "incertezza eventistica" è l'unica situazione che consente, secondo la Corte, di riconoscere un danno da perdita di *chance*; ma il danno-evento incerto (perdita della possibilità) potrà essere risarcito equitativamente solo a fronte del riscontro di una possibilità apprezzabile, seria e consistente<sup>34</sup>.

Così quando il giudice è adito con una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* non patrimoniale, la disarmante incertezza dell'evento di danno è acuita dalla vaga definizione del bene asseritamente leso, risultando così il pregiudizio ulteriormente impalpabile.

La perdita di *chance* viene definita come un «diminutivo astratto dell'illecito»<sup>35</sup>, cioè «un diminutivo, peraltro (inevitabilmente astratto, poiché il suo risarcimento non potrà che avere fondamento equitativo, sia pur "in diminuzione") del danno, e non del rapporto causale con la condotta colpevole», che consente di temperare la rigidità del criterio risarcitorio del principio *all or nothing* (cfr. pp. 23-25).

Lo svolgimento argomentativo pare sempre di stretta coerenza logica: la sentenza si cautea dal rischio di cadere in contraddizione, specificando che il risarcimento delle occasioni perdute consente di far fronte agli effetti collaterali della liquidazione del danno.

In quella sede la probabilità – a partire da quella statistica per arrivare a quella del caso concreto – deve essere fittiziamente tramutata in certezza processuale: applicando il canone della *preponderance of evidence* si stabilisce se il danno è stato cagionato dall'illecito o meno e, di conseguenza, se il risarcimento è (integralmente) dovuto o meno.

Pertanto, la precisazione contenuta nell'arresto, secondo cui la risarcibilità della *chance* consentirebbe di attenuare le storture derivanti

---

costituiscano un danno da perdita di *chance*, quando è accertato che l'attività medica abbia cagionato (più probabilmente che no) una riduzione della durata della vita o un peggioramento della qualità della vita.

<sup>34</sup> Come visto, solo in ipotesi di *chance* patrimoniale, il valore della stessa può essere parametrato al valore oggettivo del risultato perduto.

<sup>35</sup> La definizione riproposta dalla sentenza di cassazione è utilizzata da G. CRICENTI, *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.* 6/2016, 2073 ss.

dall'applicazione del principio *all or nothing* «senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, né ad integrarne il necessario livello probatorio», postula in buona sostanza la eventualità di un risarcimento, se non proporzionale alla porzione di derivazione causale, perlomeno quantitativamente ridotto.

Il fatto che il criterio di proporzionalità del risarcimento intervenga solo al momento della quantificazione del risarcimento e non a livello causale (ove resta fermo il principio di integralità) implica che, come per qualunque altra fattispecie di danno, anche il danno da perdita di *chance* verrà integralmente risarcito in quanto la prova abbia soddisfatto il canone del più probabile che no<sup>36</sup>.

Ma ciò vale anche a (ri)affermare che la *chance* debba essere posta necessariamente in relazione con il risultato finale perduto.

Invero tale conclusione non deve sorprendere, se si torna a considerare che la pronuncia sconfessa tanto la tesi eziologica quanto quella ontologica<sup>37</sup>, rifuggendo la rigida alternativa tra le due impostazioni. Questo approccio filtra ancora più esplicitamente dalla lettura della pronuncia di Cass. 19.3.2018, n. 6688, in cui il collegio di legittimità palesa una certa perplessità nell'ammettere che la legittimazione della *chance* quale entità patrimoniale a sé stante debba comportare la rescissione di qualunque relazione tra quella possibilità di risultato e il risultato stesso.

In sintesi: benché la S.C. non si esprima in questi esatti termini, sembra comunque evidente che essa ammetta il risarcimento della

<sup>36</sup> Il problema del doppio ruolo svolto dalla probabilità in materia di *chance* appare insormontabile: come osserva R. PUCELLA, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, cit., partendo dal presupposto che l'intermediazione della *chance* possa consentire il risarcimento anche in quelle ipotesi in cui l'applicazione della regola *all or nothing* sarebbe di ostacolo, a fronte del 35% di possibilità di sopravvivere per i cinque anni successivi alla diagnosi, i congiunti che invocassero il risarcimento del danno da perdita anticipata della vita non riuscirebbero ad ottemperare il requisito probatorio minimo del più probabile che no, ma potrebbero ottenere il ristoro delle 35 *chances* di sopravvivenza su 100 perdute. Ma se si ammette che la *chance* esiste in quanto tale, non andrebbe riconosciuta al danneggiato l'intera posta risarcitoria? Le incongruenze sono (e restano) molteplici, soprattutto perché si fatica a rintracciare il criterio atto a discernere tra *chances* consistenti meritevoli di tutela e *chances* di infima rilevanza. Allora è verosimile ritenere insieme all'A. (cfr. par. 3, 1687) il seguente scenario: date le insidie che costellano il giudizio causale, l'attore preferirà cimentarsi sul solo fronte della perdita di *chance* o quantomeno la farà emergere in veste di domanda subordinata.

<sup>37</sup> Non così secondo M. CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, cit., 23 ss., ad avviso del quale le ultime pronunce della S.C. testimoniano la adesione del giudice di legittimità alla teoria ontologica.

*chance* perduta in misura proporzionale alle possibilità di raggiungere il risultato sperato; il che è evidentemente sensato, se si pensa che l'unico modo per orientare un ristoro puramente equitativo è quello di appurare in che misura era probabile che il risultato finale disatteso si realizzasse in assenza dell'illecito.

Ciò è possibile solo riferendo l'indagine sul nesso causale alla *possibilità del risultato* invece che al *risultato stesso*; poiché, altrimenti, la liquidazione proporzionata sarebbe inevitabilmente la traduzione di un proporzionamento anche del nesso causale. In altre parole, la entificazione della *chance* non equivale a negare la necessaria relazione che la lega al risultato finale cui il soggetto aspirava. Al contempo tale interdipendenza non si manifesta in sede di verifica del nesso causale, nel senso di potersi ritenere provata la causalità a seconda delle probabilità di realizzazione del risultato sperato, bensì in fase di liquidazione del *quantum* risarcibile, una volta appurata la sussistenza del nesso tra illecito ed evento di danno.

Tale slittamento del bene oggetto di tutela (il risultato finale) dalla dimensione causale (che pone in relazione la condotta con il danno) a quella finale di liquidazione richiede, allora, la reificazione della *chance*: si riesce a cogliere la commistione necessaria fra teoria ontologica ed eziologica che sorregge il tentativo di sistematizzare la *chance* perduta a livello generale (e prima ancora di calarsi nelle peculiarità delle singole fattispecie, che in parte abbiamo già iniziato a trattare in relazione alle ipotesi di responsabilità sanitaria).

Pare utile un'ultima riflessione a margine delle considerazioni contenute nella pronuncia del 2018: il danno da perdita di *chance* è subito anche dalla gestante che, non correttamente informata sullo stato di salute del feto, abbia perso la possibilità di scegliere se interrompere la gravidanza. Nel ricorrere a questo esempio, la S.C. ribadisce la sussistenza della perdita di *chance* solo quale evento di danno incerto: dunque, sussistendo queste circostanze, la possibilità perduta potrà essere ristorata là dove, in giudizio, la paziente «dichiari (lealmente) di essere incerta, ora per allora, su quale sarebbe stata la sua scelta se correttamente informata».

In altre parole, secondo il ragionamento proposto dalla sentenza menzionata, nelle due ipotesi nitide la soluzione prescinde dalla nozione di *chance*: se la gestante riuscirà a provare la certezza dell'evento di danno – e, cioè, che se debitamente informata avrebbe sicuramente rinunciato alla gravidanza – il medico sarà condannato al ristoro di

tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti; se, invece, dovesse emergere la prova che la donna avrebbe in ogni caso portato avanti la gravidanza, nessun risarcimento sarà dovuto.

Nel mezzo, e così in uno spazio di tutela dai confini non facilmente definibili, starebbe la perdita di *chance*: per ottenere il risarcimento della possibilità perduta la donna dovrà limitarsi ad affermare la propria incertezza<sup>38</sup>, o meglio la esistenza di una possibilità di rinunciare alla gravidanza.

#### **4. La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla *chance* medica in una delle dieci pronunce di San Martino 2019, con un'altra sentenza-decalogo che consolida il precedente arresto**

Con la pronuncia di Cass. 11.11.2019, n. 28993<sup>39</sup> il giudice di legittimità non ha aggiunto elementi sostanzialmente innovativi rispetto al precedente del 2018 (o meglio ha ribadito molto di quanto era stato già affermato, nondimeno sollevando nuovi interrogativi).

Il caso di specie è drammaticamente simile a tutti gli altri: una donna non sopravviveva ad un intervento di asportazione di un tumore benigno a causa di una emorragia interna non tempestivamente diagnosticata e i congiunti agivano in giudizio per ottenere il risarcimento del danno biologico e (in subordine evidentemente) il ristoro del danno da perdita di *chances* terapeutiche. Per quello che qui interessa, la Corte d'appello rigettava quest'ultima pretesa sulla base del rilievo secondo cui, anche in caso di intervento tempestivo, la paziente non avrebbe avuto *chances* di sopravvivere più a lungo.

---

<sup>38</sup> Sul punto B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 915, evidenzia criticamente la scelta poco felice di affidare la corretta definizione dei contorni della *chance* alla "lealtà processuale" della gestante.

<sup>39</sup> Com'era prevedibile la sentenza è stata annotata in diverse Riviste. V. i commenti di R. PUCCELLA, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances*, in *Danno e Resp.* 1/2020, 85 ss.; R. CALVO, *Perdita di chance terapeutiche: un precedente-decalogo*, in *Corr. giur.* 3/2020, 297 ss.; B. TASSONE, *La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione*, in *Foro it.*, 2020, I, 197 ss.; D.M. FREDA, *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e diritto di autodeterminazione*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2/2020, 305 ss., che torna sul tema anche in EAD., «Multifattorialità dell'evento» e *perdita di chances nella responsabilità medica: risarcimento parziale, risarcimento proporzionale, risarcimento equitativo... nessun risarcimento?*, in *Resp. civ. prev.* 2/2021, 379 ss.; E. BUFANO, *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come "forma dell'acqua" nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. prev.* 1/2020, 181 ss.

Al di là dell'esito (di rigetto del ricorso per cassazione e, così, di conferma della sentenza del giudice di merito) qui rileva evidenziare le statuizioni di principio della Corte, che torna ad affermare, tra le altre cose, la distinzione tra *chances* patrimoniali e non patrimoniali, la esclusiva risarcibilità di lesioni connotate da "apprezzabilità, serietà, consistenza", la necessità, a nostro avviso del tutto condivisibile, di evitare la facile ma erronea sovrapposizione tra valutazione del nesso di causa e accertamento dell'evento di danno.

Si è ribadito inoltre che la perdita di *chance* non può essere posta a fondamento di un giudizio causale alternativo a quello strutturato secondo il canone del "più probabile che no", bensì deve essere considerata come un evento di danno consistente nella perdita della possibilità di un risultato e caratterizzato da una "ineludibile incertezza".

Messa da parte la possibilità che la *chance* rilevi quale elemento di differenziazione sul piano causale<sup>40</sup>, la relativa perdita è – a condizione che si presenti apprezzabile, seria e consistente – un evento di danno; ma non per questo la *chance* può essere considerata come un'entità concettualmente distinta dal risultato finale «poiché la condotta dell'agente è pur sempre destinata a rilevare sul piano del diritto alla salute (e/o del diritto di autodeterminarsi: il riferimento a tale diritto è una novità rispetto al precedente arresto) del paziente, cui appare riconducibile, pur se in una diversa accezione, che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico, meritevole di ricevere un'autonoma considerazione» (così la sentenza al punto 12, pag. 10). Il corollario, dal punto di vista processuale, si ritrova nell'autonomo fondamento

---

<sup>40</sup> Per quanto la lettura della *chance* quale strumento di indagine causale alternativo (e di supporto) al canone del "più probabile che no" sia proposta in dottrina con ampiezza di argomenti: v., per tutti, la impostazione, già ricordata nel cap. I, di B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., *passim*, il quale ribadisce la afferenza della perdita di *chances* alla dimensione del nesso causale, nel cui ambito vanno quindi svolti i tentativi di sistemazione della fattispecie di danno. In estrema sintesi l'A. ritiene che la regola di "causalità da perdita di chances" possa utilmente concorrere con quella primaria fondata sul "più probabile che no", che può essere normalmente applicata nei casi in cui la c.d. legge scientifica di copertura, idonea a fondare il giudizio di causalità generale, possa essere tradotta al livello della causalità materiale/individuale, e cioè concretizzata e calata nella singola fattispecie. Tutte le volte in cui (la maggior parte, osserva Tassone), invece, tale passaggio non è praticabile, la valutazione delle *chances* perdute può consentire quella attualizzazione della causalità generale che, stante lo standard del "più probabile che no", non sarebbe possibile, consentendo così l'accoglimento della domanda in un maggior numero di casi, anche con desiderabili effetti di deterrenza e redistribuzione (su questo ultimo profilo, v. in particolare il capitolo VII, *La chance individuale, collettiva e punitiva "sotto-compensativa" nel prisma delle funzioni della responsabilità civile*, 291 ss.).



della domanda giudiziale (proposta per ovvie ragioni dagli eredi, quando sia infine sopraggiunto il decesso del paziente) che faccia valere un danno da perdita di *chance* di guarigione. In questi termini la *chance* non potrebbe mai rilevare quale distinta situazione giuridica soggettiva, ma si ammettono i presupposti in base ai quali la lesione del bene salute (o del diritto all'autodeterminazione nel rapporto di cura), in caso di totale ed irriducibile incertezza dell'evento di danno, possa trovare riparazione tramite il risarcimento delle *chances* perse.

Ancora una volta la Cassazione è attenta a precisare che lo standard probatorio del nesso di causa tra condotta ed evento di danno è retto, al solito e senza eccezioni dovute alla peculiarità della *chance*, dal criterio del "più probabile che no", a scanso di equivoci sulla esistenza di una possibile causalità alternativa da perdita di *chances*. E ancora una volta il giudice di legittimità individua nella perdita di *chances* l'evento di danno derivante dalla lesione di un bene che non consiste nella *chance* stessa, ma – più espressamente rispetto al precedente del 2018 – nel diritto alla salute o all'autodeterminazione del soggetto.

L'intento sotteso, nella sostanza, sembra essere pur sempre quello di consentire un qualche ristoro a chi ha subito gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione sanitaria da parte della struttura o del medico (o comunque dell'illecito di quest'ultimo rilevante *ex art.* 2043 c.c.), ma non è in grado di provare la perdita del risultato finale (guarigione/buona riuscita dell'intervento) e deve tentare la via secondaria della perdita di *chances* terapeutiche.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione (cfr. parte II, cap. IV), più coerente sarebbe, a nostro avviso, concepire quell'anticipazione di tutela a cui la stessa S.C. si riferisce come riconoscimento di una diversa e autonoma situazione giuridica soggettiva, sì confinante con (e debitrice della sua rilevanza costituzionale da<sup>41</sup>) il diritto alla salute, ma pur sempre distinta e suscettibile di essere oggetto di una precipua domanda giudiziale<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> V. *infra* quanto si specificherà sulla "capacità espansiva autopoietica" del catalogo di diritti fondamentali.

<sup>42</sup> Peraltro, la stessa sentenza della S.C., spec. par. 15, sembra contraddirsi ove afferma che «l'evento di danno sarà risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante – che pur sempre attiene al bene salute – sempre che esso sia stato allegato e (con particolare riguardo al diritto all'autodeterminazione, inteso anche in termini di possibilità di "battersi" consapevolmente per un possibile esito più favorevole dell'evolversi della malattia) provato in giudizio nella sua già ricordata dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza, e non già soltanto in

Solo così appare davvero giustificabile la necessità, professata dal giudice di legittimità, che il soggetto danneggiato avanzi la pretesa risarcitoria per la lesione delle *chances* con una specifica domanda. Se la perdita di *chance* fosse evento di danno derivante dalla lesione del bene salute – come pure afferma la S.C. – dovrebbe essere sufficiente la generica e onnicomprensiva domanda di risarcimento del danno da lesione della salute<sup>43</sup>.

#### 4.1. Il confine tra *chances* terapeutiche e diritto all'autodeterminazione nel rapporto di cure sanitarie

L'accostamento, operato dal giudice di legittimità, tra *chance* e diritto di autodeterminarsi – su cui invero, ancor più recentemente, la S.C. si è di nuovo soffermata: v. *infra* in questo stesso paragrafo – offre l'occasione per qualche ulteriore riflessione. Come noto la l. 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») ha definitivamente consacrato nel dettato normativo positivo il diritto all'autodeterminazione<sup>44</sup>, sancendone la più

---

base alla pura e semplice relazione causale tra condotta ed evento, in guisa di danno *in re ipsa*». Un evento di danno risarcibile, dunque, a seguito della lesione di una «situazione soggettiva rilevante» che «attiene» al bene salute, ma che allora sarebbe distinto da questo?

<sup>43</sup> Nell'ambito di tale complessivo danno alla salute la perdita di *chance* potrebbe essere compensata quale danno morale patito dal soggetto «per il fatto che l'errore professionale, incidendo negativamente sull'integrità psico-fisica, gli ha precluso la possibilità di far valere una più favorevole condizione biologica nella prospettiva del conseguimento o della conservazione della salute organica»: così R. PUCCELLA, *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances*, cit., 93.

<sup>44</sup> È doveroso ricordare che, ben prima della l. n. 219/2017, il diritto al consenso informato aveva già ricevuto il dovuto riconoscimento dalla giurisprudenza di legittimità nella sentenza di Cass. 16.10.2007, n. 21748, in *Corr. giur.* 12/2007, 1676 ss., con nt. di E. CALÒ, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, sul tragico caso di Eluana Englaro, secondo cui «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi»; e che ricordava come il principio del consenso informato fosse fondato negli artt. 2 e 32 Cost, oltre ad essere enunciato dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833), e riconosciuto da varie fonti sovranazionali (la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina di Oviedo del 4 aprile 1997, art. 5; la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, art. 3). Tuttavia la strada dell'autodeterminazione terapeutica in relazione al suicidio assistito è ancora tutta in salita: v. le riflessioni di M. BIANCA, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto*

immediata espressione nel diritto al consenso informato del paziente<sup>45</sup>, la cui lesione integra un danno ormai pacificamente distinto dal danno biologico<sup>46</sup>.

È la stessa giurisprudenza di legittimità più recente, del resto, a suggerire tale ambito di applicazione per la perdita di *chance*: si è appena visto come la fondamentale pronuncia di Cass. n. 5641/2018 ab-

---

*al suicidio medicalizzato*, in *Corr. giur.* 2/2020, 145 ss., in nt. alla ultima pronuncia di C. Cost. 22.11.2019, n. 242, che – dopo il primo tentativo del 2018 volto a stimolare l'intervento del legislatore – ha infine dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2, L. 22 dicembre 2017, n. 219, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

<sup>45</sup> Si vedano in particolare gli artt. 1, co. 3-6, 3, co. 1-5 e 5 della l. 219/2017. La consensualità è ormai la legge della relazione di cura, «atteso che è nella dimensione del consenso che si crea l'incontro fra la competenza della persona a decidere di sé e la competenza del medico nell'espletare l'attività terapeutica»: così M. FOGLIA, *Autodeterminazione terapeutica e poteri della persona nella relazione di cura*, in P. Sirena e A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 245 ss.; v. anche C. CERRI, *La violazione del diritto all'autodeterminazione quale danno risarcibile*, in *Danno e Resp.* 4/2019, 558 ss.; affronta il tema del riconoscimento del diritto al consenso informato, specialmente nella relazione di cura, come esercizio del diritto di autodeterminazione (ormai riconosciuto nella sua autonomia dallo stesso diritto alla salute da parte della Corte Costituzionale con sentenza n. 438 del 2008), anche R. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018, 43 ss., a cui si rinvia anche per la completezza delle fonti citate.

<sup>46</sup> Lo ribadisce a chiare lettere, da ultimo, Cass. 11.11.2019, n. 28985, 9 ss., precisando significativamente che la individuazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria come contrattuale o extracontrattuale non ha alcun rilievo ai fini della verifica della violazione del diritto alla autodeterminazione, «trovando titolo il dovere [del medico] nella qualificazione "illecita" della condotta omissiva o reticente, in quanto violativa di un diritto fondamentale della persona, e dunque da ritenere "contra jus"». Ciò nondimeno, pur trattandosi di un danno distinto, perché distinto è l'interesse sotteso, è pur vero che la relazione medico-paziente si caratterizza per essere un rapporto unitario, articolato in plurime obbligazioni tutte convergenti verso lo stesso obiettivo di cura. Pertanto, non si può escludere che la violazione degli obblighi informativi da parte del medico possa concorrere nella stessa serie causale determinativa del pregiudizio alla salute e che, addirittura, da tale violazione possa talvolta conseguire soltanto un danno biologico (com'è stato nel caso di specie deciso dalla S.C.). In conclusione, è compito del giudice accertare se il paziente, ove correttamente informato, avrebbe comunque accettato di sottoporsi al trattamento terapeutico o all'intervento chirurgico o se, invece, si sarebbe rifiutato. Nel primo caso, la lesione del consenso informato comporterà l'insorgenza di un'autonoma fattispecie di danno, risarcibile se il paziente provi di aver subito delle conseguenze patrimoniali o non patrimoniali pregiudizievoli; nel secondo caso, diversamente, si tratterà di un danno biologico determinato (anche) dall'omissione dell'obbligo informativo.

bia esemplificato la fattispecie ricorrendo al caso della gestante che, a causa della scoperta tardiva delle patologie di cui era affetto il feto, ha perso il proprio diritto di determinarsi liberamente e consapevolmente nella scelta di interrompere la gravidanza.

In questi termini la *chance* altro non è che la possibilità di incidere consensualmente sullo svolgimento e sulle modalità delle attività terapeutiche, la cui lesione, oggi, deve essere risarcita quale pregiudizio del diritto di autodeterminazione, svolgendo, ai fini della liquidazione, un giudizio prognostico su quale sarebbe stata la probabile decisione della donna.

E si tratta, in ogni caso, di un giudizio dal carattere probabilistico che, tuttavia, non influirà sulla determinazione dell'*an* del risarcimento, poiché il diritto di autodeterminarsi deve dirsi leso già solo per averne la condotta del medico impedito l'esercizio; anche qui, come sovente accade, *chance* è sinonimo di *probabilità*, come concetto utile a quantificare il danno subito.

In altre parole il diritto all'autodeterminazione può ben rappresentare, a nostro avviso, un *tipo* di *chance*, consistente nella possibilità – della cui certezza non può dubitarsi – che il paziente stesso incida attivamente sulle modalità di svolgimento del rapporto di cura che lo riguarda. Il sacrificio di una tale possibilità potrà allora essere risarcito, ove opportunamente provato, tenendo conto di quali avrebbero potuto essere le presumibili scelte del paziente se fosse stato messo nelle condizioni di autodeterminarsi consapevolmente.

La S.C. ragiona, invece, nei seguenti termini: un tale danno è risarcibile come perdita di *chance* nel senso di danno evento incerto, ossia quando non è possibile ricostruire a posteriori come si sarebbe orientata la decisione della paziente, purché sia comunque provato il nesso di causa con la condotta del medico. Come già evidenziato, la *chance* è concepita non più come misura della relazione causale, ma pur sempre come misura della certezza dell'evento di danno.

Questo evento di danno incerto non postula il riconoscimento di una *chance*-situazione giuridica soggettiva autonoma; difatti, nel caso in cui la gestante dovesse provare che, se debitamente informata, avrebbe certamente interrotto la gravidanza, l'incertezza della lesione viene meno e non si potrà più parlare di *chance* perduta, anzi il medico sarà tenuto a risarcire tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla sua colpevole omissione.

A costo di risultare ripetitivi, si deve osservare nuovamente che il ragionamento proposto dalla S.C. sembra sovrapporre il piano dell'og-

getto di lesione e tutela con quello della prova del nesso e quindi del danno. Riprendendo l'esempio in parola, la circostanza che la gestante riesca ad offrire la prova della certa interruzione di gravidanza non muta il fatto che ad essere leso sia stato pure sempre il diritto(-*chance*) di autodeterminarsi.

Si deve aggiungere che i risultati della nostra riflessione – diritto di autodeterminarsi nel rapporto di cure come *chance*-bene della vita – potrebbero sembrare in contraddizione con la più recente elaborazione della Terza sezione della S.C., che, nell'opera di limatura dell'orientamento in materia di perdita di *chances*, ha aggiunto una ulteriore specificazione. Il riferimento è alla pronuncia di Cass. 12.10.2021, n. 27682<sup>47</sup>, che ha puntualizzato l'autonomia giuridica e concettuale del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione tanto da quello derivante dalla lesione del bene salute quando dalla perdita di *chances*. Il conflitto con la tesi qui esposta è invero solo apparente, poiché la affermazione dell'autonomia della fattispecie di danno da sacrificio del diritto di autodeterminarsi costituzionalmente garantito non è incompatibile con l'idea secondo cui siffatto diritto altro non è se non la più tipica incarnazione del danno (non patrimoniale) da perdita di *chances*. La tipizzazione, operata dal legislatore del 2017 sulla base del dettato costituzionale, consente dunque, nelle fattispecie concrete in cui viene in rilievo un tale pregiudizio, di fare a meno del richiamo alla categoria generale del danno da perdita di *chances*.

Si consideri, poi ad ogni modo, che la fattispecie di perdita di *chance* di autodeterminarsi in ragione dell'omessa o tardiva informazione e/o diagnosi da parte del medico non esaurisce, tuttavia, la totalità dei casi in cui, in campo medico, può configurarsi una lesione di un *quid* distinto dal risultato finale del corretto espletamento delle cure e (nei limiti del possibile) del buon esito delle stesse.

Vi sono almeno altre ipotesi che non possono essere sussunte nel pregiudizio del diritto di autodeterminarsi e che consistono in un danno da perdita di *chance* di una più lunga e/o migliore sopravvivenza o di evitare l'aggravamento delle condizioni di salute già compromesse

---

<sup>47</sup> In *La nuova giur. civ. comm.* 2/2022, 356 ss., con nt. di N. MUCCIOLI, *In tema di danno da ritardata diagnosi*, secondo cui, affermando siffatta responsabilità per inadeguata/tardiva diagnosi, la Corte affranca gli attori da oneri di allegazione e prova ulteriori rispetto alla lesione, «che viene sterilizzata dal contesto e risarcita in quanto tale»; nello stesso senso v. pure Cass. 17.11.2021, n. 34813.

ovvero ancora di evitare uno stato di invalidità permanente, a cui già più volte si è accennato nel corso della trattazione.

Ora, se il riferimento è al caso in cui l'attore (che potrà essere anche il congiunto del paziente eventualmente deceduto) lamenta che la vittima dell'errore medico non abbia potuto affrontare con coscienza e lucidità gli ultimi mesi della propria esistenza, di non aver avuto la possibilità di predisporre psicologicamente ad una inattesa anticipazione della morte o ancora di non aver potuto sottoporsi alle cure palliative che avrebbero alleviato le sue sofferenze, non v'è evidentemente ragione di riferirsi al danno da perdita di *chances*, potendo far rientrare i pregiudizi in parola nell'ambito della risarcibilità della lesione del diritto all'autodeterminazione (come da ultimo chiarito dal giudice di legittimità proprio nella sentenza appena richiamata di Cass. 12.10.2021, n. 27682, con rinnovata attenzione argomentativa verso la percepibilità del danno a livello di coscienza sociale, diversamente da come il giudice di legittimità opinò solo qualche anno fa nella nota sentenza che negava la risarcibilità del danno tanatologico<sup>48</sup>).

Ove, però, la pretesa risarcitoria si fonda sul sacrificio della possibilità di guarigione o di una più lunga sopravvivenza (che il paziente avrebbe potuto forse attendersi nell'eventualità in cui la diagnosi e la cura della patologia non fossero sopraggiunte tardivamente<sup>49</sup>), non c'è modo di agganciare la domanda giudiziale alla lesione del diritto di

<sup>48</sup> Cass. SU 22.7.2015, n. 15350, su cui v., per tutti, E. NAVARRETTA, *Con il risarcimento del danno "è forse il sonno della morte men duro"? Riflessioni in margine alla Sezione Unite della Cassazione n. 15350 del 2015*, in *Giustiziacivile.com*.

<sup>49</sup> Dovremmo precisare che l'intervento del medico può subentrare a fronte di una situazione patologica letale, per cui è lo stesso intervento che genera e, al contempo, distrugge (se errato o tardivo) la possibilità di sopravvivenza del paziente (che non poteva, dunque, dirsi effettivamente preesistente nel patrimonio del soggetto); ovvero la condotta colpevole del sanitario lede una possibilità di guarigione che già sussisteva nel patrimonio del soggetto (perché, ad esempio, il paziente era affetto da una patologia superabile grazie al corretto intervento medico). Così notava già M. BOCCHIOIA, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, cit., sul punto spec. 89-90, nel senso che nel primo caso «parlare di perdita di una *chance* è frutto di una confusione concettuale, poiché il comportamento colposo del medico non ha fatto perdere al paziente alcuna possibilità, ma ha causato oppure non ha causato il danno nella sua interezza. In queste ipotesi il vero problema è quello relativo alla causa o, semmai, al concorso di cause nella produzione del danno ed è sicuramente scorretto cercar di risolverlo facendo riferimento alle soluzioni adottate a proposito del risarcimento della *chance*». V. anche L. LOCATELLI, *Le chance di risarcibilità delle chance perdute*, in *Resp. civ. prev.* 4/2011, 904 ss., il quale ragiona sulla opportunità di considerare la duplice natura, eziologica (quale tecnica di accertamento causale) ed ontologica (quale bene) della *chance* nelle cause di responsabilità sanitaria.

autodeterminarsi, poiché la sopravvivenza del paziente per un tempo più lungo dipende dallo svolgimento in sé della prestazione di cura e non dal necessario incontro tra attività medica e compartecipazione del paziente.

Dunque, si dovrebbe concepire un diritto alla *possibilità* di evitare il danno alla salute, che rappresenti un *quid* giuridico – anche se innominato e non ascrivibile ad una situazione giuridica soggettiva tipica<sup>50</sup> – diverso dallo stesso diritto alla salute; ovvero riconducibile pur sempre al diritto all'integrità psico-fisica, ma in una diversa accezione che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico, che tuttavia merita di ricevere autonoma considerazione.

Ad ogni modo, si deve prendere atto che la giurisprudenza di legittimità ha confermato la definizione della perdita di *chance* come danno evento incerto, senza (di nuovo) farne discendere implicazioni in ordine alla qualificazione della *chance* come situazione giuridica autonoma, suscettibile invero di essere legittimamente annoverata tra gli interessi tutelabili *ex art. 2 Cost.* Riconoscimento quest'ultimo che rappresenta la premessa logica della individuazione della perdita di *chance* quale evento di danno, nondimeno necessaria ai fini dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c. e della clausola di ingiustizia del danno ivi espressa<sup>51</sup>.

A tal proposito, si ricorda che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di individuare un catalogo di diritti fondamentali e inviolabili dotato di una "capacità espansiva autopoietica"<sup>52</sup>,

<sup>50</sup> Che può configurarsi tramite quei meccanismi di tipizzazione indiretta descritti da M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., a partire da 113, e che abbiamo poc'anzi sintetizzato.

<sup>51</sup> Concordiamo, infatti, con l'analisi della giurisprudenza in parola da parte di L. LA BATTAGLIA, *Perdita di chance*, cit., spec. 364, nella parte in cui sostiene che «archiviata la teoria ontologica della *chance* restano tuttavia nebulosi i caratteri della situazione giuridica soggettiva non patrimoniale, la cui lesione integri il danno da perdita di *chances*»; sebbene l'A. giunga a conclusioni divergenti, là dove esclude la possibilità di individuare una autonoma fattispecie di danno da perdita di *chances* al di fuori di quella individuata dal combinato disposto degli artt. 1223, 1226, 2043 e 2059 c.c.: v. pure *Id.*, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno e Resp.*, 2019, 349, nonché, con particolare riguardo al settore della responsabilità sanitaria, *Id.*, *La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta*, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 1/2020, 98.

<sup>52</sup> Come scrive E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e Responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, VII, Milano, 2014, 343 ss., spec. 354. Il pensiero dell'A. è stato recepito dalla S.C. nelle celebri sentenze di San Martino del 2008: per l'esattezza al par. 2.14. della pronuncia di SU 11.11.2008, n. 26972, la Corte enunciava che «il catalogo dei casi [di danno non patrimoniale] in tal modo determinati non costituisce numero chiuso. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti

per cui posto un livello minimo di offensività, il novero di tali interessi può accrescersi nei limiti di un'interpretazione guidata dalla similitudine con altri interessi già affermatasi come fondamentali (non si può negare l'affinità dell'interesse consistente nella *chance* di sopravvivenza o di evitare un peggioramento delle condizioni di vita con il diritto "principale" alla integrità psico-fisica); o dalla comunanza sostanziale con i valori posti a fondamento della categoria (ossia la dignità umana e, in una proiezione relazionale e dinamica, il libero svolgimento della personalità). Posto che la selezione di una situazione giuridica e il riconoscimento ad essa di un interesse sulla base dei dati normativi o dei principi desumibili dall'intero ordinamento abbisogna, poi, di trovare conferma nella valutazione di meritevolezza in concreto da parte del giudice, sulla base di una delicata operazione di bilanciamento tra la posizione del danneggiato e il controinteresse eventualmente riscontrabile in capo al soggetto danneggiante<sup>53</sup>.

In virtù di ciò è da accogliere positivamente la più recente precisazione secondo cui la autonoma considerazione della *chance* rappresenterebbe una anticipazione di tutela per il paziente; ma il giudice di legittimità non si spinge sino al punto di ritenere che proprio la *chance* in quanto tale possa essere l'interesse tutelato, poiché la accosta pur sempre al diritto alla salute o al diritto di autodeterminarsi. In definitiva la autonomia ontologica della *chance* viene solo predicata, ma non davvero rispettata nella pratica, perché il sacrificio della stessa rileva quale misura della incertezza del danno consistente nella lesione di un'altra situazione giuridica (così la decisione di Cass. n. 28993/2019).

Ma allora, se la *chance* è semplicemente l'oggetto – in negativo – di un danno-evento incerto, piuttosto che un interesse autonomo meritevole di tutela, perché mai l'attore dovrebbe proporre una apposita domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances*?

---

dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale, attenendo a posizioni inviolabili della persona umana».

<sup>53</sup> Concordano, su questo punto, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., spec. 326, e M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 406, pur facendone discendere diverse conseguenze, considerato che Castronovo sostiene che proprio la definizione della *chance* quale entità patrimoniale non fa altro che confermare la mera patrimonialità del danno e la sua non risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c.



A nostro avviso, infatti, solo se la *chance* individua un interesse giuridicamente rilevante – o addirittura un interesse costituzionalmente protetto come diritto inviolabile<sup>54</sup> –, in campo contrattuale o extra-contrattuale<sup>55</sup>, si potrà pretendere che l'attore faccia valere il relativo

<sup>54</sup> Nel caso di risarcimento del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c.: v., per tutti, ancora E. NAVARRETTA, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno*, cit., 160, ove scrive: «qualunque interesse meriti un riconoscimento *ex art.* 2 Cost. rientrerà in quella dimensione di tipicità relativa che ha il pregio di difendere integralmente la persona e, per altro, verso, di impedire che l'ipersensibilità individuale, legata all'offesa di interessi puramente patrimoniali o di interessi di minima rilevanza, si traduca in possibili azioni risarcitorie». Della stessa A., v. anche *Costituzione, Europa e Diritto Privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, spec. cap. I, 18, ove si ricorda come il coordinamento sistematico tra art. 2059 c.c. e art. 2 Cost. «ha utilizzato la proiezione orizzontale dell'inviolabilità come argomento interpretativo per recepire implicitamente il rinvio dell'art. 2059 c.c., così ampliando l'abbraccio della norma affinché potesse fare spazio alla protezione rafforzata dei diritti della persona».

<sup>55</sup> Non si deve cadere nell'errore di ritenere indispensabile la indagine sulla sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela solo in ambito di responsabilità extracontrattuale, dato il requisito dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. Come è stato anche più recentemente ribadito «tanto la responsabilità contrattuale quanto quella aquiliana, infatti, si fondano su un danno ingiusto originato da un comportamento doloso o colposo, e quindi su un illecito consistente, nel primo caso, nella lesione *non iure* di un interesse che vive all'interno di un rapporto [...], e, nel secondo caso, nella lesione *non iure* di un interesse che si colloca, invece, al di fuori di un rapporto o la cui violazione proviene, comunque, dall'esterno del rapporto entro il quale è inserito (si pensi alla lesione del diritto di credito ad opera di terzi). Se, allora, l'art. 1218 c.c. non contiene alcun cenno all'ingiustizia del danno non è perché nell'inadempimento non risieda un consonante disvalore, quanto, piuttosto, perché l'ingiustizia è *in re ipsa*, posto che la mancata o inesatta attuazione del rapporto imputabile al debitore risulta automaticamente offensiva di quell'interesse, sicuramente rilevante *ex art.* 1174 c.c., del creditore alla prestazione, il quale rappresenta, in definitiva, la "situazione-presupposto" del diritto di credito»: così F. AZZARRI, *Inadempimento e danno non patrimoniale tra teoria dell'obbligazione e politica esegetica*, in *Resp. civ. prev.* 3/2019, 761 ss., sul punto spec. 775 (a sua volta richiamando L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 40 ss.), a cui si rinvia anche per la completa e recente rassegna delle questioni legate al tema del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale, e per i richiami dottrinali, a distanza di oltre dieci anni dalle pronunce delle Sezioni Unite 11.11.2008, nn. 26972-26975 sul danno non patrimoniale in generale. Non si può qui neppure accennare al rapporto tra obblighi di prestazione e di protezione, ma v., per tutti, A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 405 ss.; *Id.*, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino, 1998, 25 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Studi in onore di Giorgio Ballardore Pallieri*, vol. I, Milano, 1978, 79 ss.; *Id.*, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1991, 7 ss.; per una accurata e recente disamina della casistica giurisprudenziale in materia di obblighi accessori di protezione si rinvia a L. LA BATTAGLIA, *Obbligazioni e contratti. Gli obblighi di protezione*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Approfondimenti tematici*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 2020, 1454 ss.

pregiudizio con una apposita domanda. In ambito contrattuale il discorso è complicato dalla circostanza che l'interesse alla preservazione di una certa *chance* potrebbe venire in rilievo come interesse ulteriore, e quindi distinto, rispetto all'interesse "base" all'adempimento della prestazione da parte del debitore: si pensi alla fattispecie risarcitoria discendente dall'inadempimento del contratto di ospitalità da parte della struttura sanitaria, in cui da un lato sta l'adempimento delle prestazioni di cura, dall'altro sta la tutela del diritto, comunque primario, alla salute (o, se del caso, alla *chance* di guarigione o di evitare un danno alla salute)<sup>56</sup>.

In estrema sintesi, la *chance* potrà essere, in qualche caso, qualificata come un interesse giuridicamente rilevante e direttamente tutelabile. In tali ipotesi si potrà ammettere la proponibilità di una specifica domanda giudiziale, verosimilmente di condanna (ma v. *infra* quanto si dirà nel cap. III a proposito della possibilità di agire in mero accertamento dei fatti identificativi della *chance*), che abbia ad oggetto proprio la tutela della *chance*. E solo qui potrà valere la prescrizione della necessaria proposizione di una domanda *ad hoc*, con la correlata allegazione dei fatti costitutivi del diritto di credito<sup>57</sup>, dovendosi altrimenti la eventuale perdita di *chance* ritenere inclusa nella pretesa risarcitoria anche genericamente formulata. In queste ultime fattispecie, infatti, la *chance* non costituisce l'interesse della cui lesione – e conseguente richiesta di tutela – direttamente si tratta, sebbene una perdita di *chance* potrebbe comunque venire in rilievo come conseguenza dannosa risarcibile di un altro e distinto evento di danno<sup>58</sup>. Un esempio potrà rendere più chiaro il nostro discorso: se il soggetto danneggiato agisce in giudizio

<sup>56</sup> V. più avanti quanto si dirà in tal proposito, anche con riguardo alla prova del nesso di causalità nelle fattispecie di responsabilità da inadempimento di una obbligazione di *facere* professionale.

<sup>57</sup> Cfr. *infra* quanto si dirà nel cap. III.

<sup>58</sup> La giusta conclusione è, secondo noi, quella per cui «si deve riconoscere che l'oggettivamente irrisolvibile incertezza empirica, alla cui area si può convenire di circoscrivere l'uso appropriato della categoria della *chance*, si radica su di una fenomenologia unitaria che, però, si prospetta in modi diversi a seconda del punto di vista dal quale è considerata dall'ordinamento: come contenuto di una situazione soggettiva, quando sia considerata dal punto di vista della spettanza della mera possibilità di un risultato favorevole ed in tal modo fatta oggetto diretto del giudizio di "ingiustizia" (= come c.d. evento lesivo), e come contenuto dell'obbligazione risarcitoria, quando sia considerata solo dal diverso ed ulteriore punto di vista del novero dei danni risarcibili (= come c.d. conseguenza dannosa) ed in tal modo fatta oggetto del giudizio di trasformazione in un suo equivalente monetario» (cfr. M. BARCELONA, *Trattato*, ult. cit., 420).

per la condanna al risarcimento del danno da perdita anticipata del rapporto parentale, non fa valere una pretesa fondata sulla perdita di una *chance* (per quanto le due fattispecie possano, in concreto risultare confinanti: così nel caso deciso dalla ricordata Cass. n. 5641/2018), e nondimeno nella definizione del *quantum* risarcitorio può rientrare la valutazione delle eventuali e potenziali occasioni di vantaggi patrimoniali acquisibili dal naturale svolgimento del rapporto familiare illecitamente reciso. Non per questo, tuttavia, sarà necessaria una apposita domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* (fermo restando che, se l'attore vorrà ottenere il risarcimento di un siffatto pregiudizio dovrà provarlo).

Peraltro, riteniamo superabili le critiche di quanti ritengano scongiabile la individuazione di una *chance* come situazione giuridica in ragione del pericolo di una dilatazione smisurata e incontrollabile dell'area del danno risarcibile<sup>59</sup>, dal momento che, in verità, il novoro delle ipotesi di *chance* quale specifico interesse meritevole di tutela consta sostanzialmente di tre fattispecie<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, cit., 57, il quale evidenzia come «il pericolo di dilatare a dismisura l'area dell'illecito aquiliano non [venga] per nulla fugato» da Barcellona, che – nella comparazione con i sistemi di *common law* – si riferisce (con una vena che pare leggermente critica) al c.d. *floodgate argument*, accostandolo all'argine continentale del danno mediato e indiretto e, quindi, irrisarcibile, frutto della convinzione che, quando la responsabilità diventa “fatalità”, le porte della tutela aquiliana debbano essere sbarrate. Vi è anche il serio timore, da parte di Mazzamuto, che la funzione conservativa della responsabilità aquiliana «operando sul presupposto di un'attribuzione generica soltanto proclamata, [si snaturi] nel controllo sanzionatorio di una modalità d'azione non conforme a determinati modelli di condotta, con un indebito spostamento del sindacato di ingiustizia dal terreno dell'evento dannoso a quello del fatto lesivo».

<sup>60</sup> In generale secondo M. BARCELONA, *op. loc. ult. cit.*, è giusto riconoscere l'esistenza di una *chance* come autonomo *quid* giuridico in tutte quelle ipotesi in cui non sia possibile accertare *ex post* la spettanza del bene della vita agognato. Sulla base di tale premessa, sostiene, con riferimento ai procedimenti amministrativi governati da regole di discrezionalità “pura” (diversamente da quelli in cui l'attività della p.a. è vincolata o irreggimentata dalla discrezionalità c.d. tecnica), l'esistenza della *chance* come situazione giuridica suscettibile di essere dedotta ad oggetto di una distinta domanda di risarcimento del danno, proprio perché – a fronte delle scelte discrezionali della p.a. – il privato non può pretendere la spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo. In realtà vedremo *infra* nel paragrafo dedicato al rapporto tra *chance* e interesse legittimo che, secondo noi, non è corretto individuare una situazione giuridica di *chance* nei soli casi di attività amministrativa discrezionale. In nessun caso, infatti, e dunque neppure a fronte di un'attività amministrativa vincolata, riscontriamo l'esistenza di un interesse protetto diverso dall'interesse legittimo, rispetto al quale la *chance* può rappresentare semmai un'anticipazione di tutela, ma non nel senso di essere assunta al rango di situazione giuridica autonoma. Il *discrimen* risiede, secondo noi, nel momento in cui l'interesse legittimo

La prima è quella riconducibile alla *chance* in materia di rapporti di lavoro del candidato a cui sia illecitamente impedito, da un terzo o dal datore di lavoro di partecipare alle prove di una procedura selettiva, dall'esito assolutamente incerto, per una assunzione o promozione (su cui v. più diffusamente *infra* ai par. 5 e 5.1.).

L'altra fattispecie, come anticipato e come si vedrà ancor meglio nella parte II della trattazione, attiene al rapporto di cura tra il paziente e la struttura sanitaria o il medico.

A queste può aggiungersi una terza ipotesi di cui non si è ancora discusso, e in cui pure si rinviene, in alcuni casi, un interesse-*chance* autonomamente tutelabile: si tratta della responsabilità del professionista e, in particolare, dell'avvocato, per la cui trattazione si rinvia all'ultimo capitolo dell'opera.

## **5. L'esigenza di radicare la *chance* in una situazione giuridica soggettiva: lo *escamotage* del diritto all'integrità del patrimonio e le pronunce della Sezione lavoro della Corte di Cassazione sulla perdita di *chance***

La nostra riflessione ha trovato fino ad ora nelle liti da responsabilità sanitaria il più immediato terreno di confronto, ma, come anticipato, ben prima che la S.C. cercasse soluzioni per le controversie sanitarie, la giurisprudenza di legittimità si era già confrontata con la necessità di additare la *chance* come situazione giuridica tutelata. Si è fatto cenno, qualche pagina fa, a quelle pronunce della sezione lavoro di Cass. 19.11.1983, n. 6906, e Cass. 19.12.1985, n. 6506<sup>61</sup>, nelle quali la Corte ri-

---

e la *chance* vengono rispettivamente in rilievo: il primo esiste a monte dell'avvio del procedimento amministrativo, mentre la seconda acquisisce concretezza solo a valle dell'esercizio dell'attività amministrativa illegittima e, in specie, quando gli effetti di questa siano irrimediabili. La perdita di *chance* è in ultima analisi una conseguenza del danno eventualmente cagionato dal provvedimento amministrativo viziato.

<sup>61</sup> Nel primo caso (su cui v. E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *Giust. civ.* 6/1984, 1841 ss.) l'azienda aveva impedito agli autisti avviati dall'ufficio di collocamento di partecipare alle restanti prove di cultura elementare e di guida, così sottraendo loro la possibilità di essere assunti. La seconda pronuncia riguardava la vicenda di un lavoratore escluso dalla partecipazione alla prova orale di un concorso indetto dall'Enel, in cui aveva superato la prova scritta, sulla base del fatto che, avendo già superato tutte le prove di altro concorso precedentemente indetto dallo stesso Ente, risultava già dipendente dell'Enel: v. i commenti di A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*, in *Foro it.* 1/1986, 383 ss., secondo cui, però, il danno consistente nella perdita di una possibilità favorevole non può dirsi

conosceva nel pregiudizio subito dall'attore una lesione del diritto soggettivo all'integrità del patrimonio, consistente proprio nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, quale danno emergente certo (da tenere, dunque, distinto dal lucro cessante<sup>62</sup>), la cui prova doveva naturalmente essere parametrata alle probabilità di conseguire il risultato finale<sup>63</sup>.

Così, nella stagione precedente alla lettura evolutiva e costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c.<sup>64</sup> – finalmente poi avallata dalla

---

distinto dal danno finale, e ne rappresenta piuttosto una sequenza causale; nonché A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una "chance"*, in *Giur. it.* 1/1986, 1181 ss., in adesione alla qualificazione del danno da perdita di *chance* quale danno emergente (su cui v. anche i riferimenti nel cap. I, par. 7).

<sup>62</sup> Pur trattandosi di distinzione non sempre agevole: v. la recente decisione di Cass. 29.4.2022, n. 13514, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione che censurava la violazione dell'art. 112 c.p.c. per vizio di ultrapetizione, adducendo che la Corte d'Appello avesse erroneamente confermato la decisione di prime cure nella parte in cui condannava al risarcimento di un danno "da perdita di *chance*" a fronte di una domanda avente ad oggetto espressamente, ed esclusivamente, il danno patrimoniale da lucro cessante. Secondo la S.C. si trattava chiaramente di una ipotesi in cui il Tribunale, pur avendo evocato il danno da perdita di *chance*, avesse inequivocabilmente inteso liquidare un pregiudizio da lucro cessante. In generale, sull'accostamento tra perdita di *chances* e lucro cessante, v. i richiami fatti nell'ult. par. del cap. I.

<sup>63</sup> Tanto è vero che si prescriveva di parametrare la liquidazione del *quantum* alle retribuzioni percipiende proporzionalmente ridimensionate in base all'applicazione di un coefficiente di riduzione – la cui operatività verrà invocata trasversalmente pure dalla giurisprudenza successiva, giuslavoristica e non solo – ottenuto dal "calcolo" delle probabilità di realizzazione della *chance*. Sul punto C. SEVERI, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.* 2/2003, 296 ss., osservava criticamente che «non è coerente infine, da un lato, negare che la perdita di *chance* possa essere risarcita come lucro cessante e, dall'altro, tenere in ogni caso in considerazione, ai fini del risarcimento, il risultato mancato, ancorché introducendo dei correttivi che tengano conto della minore o maggiore probabilità di conseguirlo».

<sup>64</sup> Vale la pena osservare, per il tramite delle riflessioni di L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. dir. lav.* 3/2017, 605 ss. (secondo cui «il diritto del lavoro non ha partecipato né alla grande rimediazione della tutela risarcitoria degli anni '60 del secolo scorso, né alla discussione sulla risarcibilità del danno alla persona dei due successivi decenni che ha visto impegnata in primissimo piano anche la Corte costituzionale»), che il risarcimento del danno ha sempre assunto in questo ambito un ruolo secondario rispetto alle misure "ripristinatorie" e "promozionali", e tra quest'ultime, in particolare l'*astreinte* (sul tema v. in generale E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato, Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro dell'Aidlass (Alba, 1-3 giugno 1978)*, Milano, 1979, 14 ss., e anche in *Giorn. Dir. Lav.*, 1979, 305 ss.). Ciò posto, l'A. riconosce la specificità del danno da perdita di *chance* – «principalmente ricorrente in sede giudiziale circa la tematica dell'illegittimo compromesso alla progressione di carriera» –, nell'uso delle clausole generali di correttezza e buona fede come strumenti di controllo del potere del datore di lavoro.

pronuncia di Cass. SU 22.7.1999, n. 500<sup>65</sup> –, in cui il danno poteva dirsi ingiusto<sup>66</sup> solo in quanto cagionato dalla lesione di un diritto soggettivo

<sup>65</sup> Su cui v. quanto si dirà *infra* al par. 6 del presente capitolo, sul rapporto tra *chance* e interesse legittimo nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione.

<sup>66</sup> La letteratura sull'ingiustizia del danno è sterminata. È imprescindibile la lettura degli autori che hanno contribuito a sfaldare l'antico dogma della necessaria correlazione tra ingiustizia del danno e lesione di un diritto soggettivo (che, in origine, doveva essere addirittura assoluto): v., *ex multis*, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1/1960, 1420 ss.; P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Milano, 1965, 617 ss.; v. anche P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, spec. 91 ss., per un'indagine sulle ragioni storiche che indussero il legislatore italiano del codice del 1865 a riprodurre la formula amplissima dell'art. 1382 *Code Civil*, che non conteneva alcun riferimento all'ingiustizia (da cui la "sineddoche": la formula francese non enunciava tutti gli elementi che effettivamente si ritenevano costitutivi della fattispecie di illecito aquiliano, ma si limitava ad affermare "una parte per il tutto"). Con il codice del 1942, alla parola "danno" si fece seguire l'aggettivo "ingiusto", nell'intento di recepire l'impostazione del modello tedesco del *BGB*, pur senza adottare la distinzione del § 823 tra illeciti che individuano la lesione di un diritto assoluto e illeciti corrispondenti alla violazione di una norma di protezione della vittima, e persistendo nella declamazione di una formula generale onnicomprensiva. Osservava l'A. che «dopo il passaggio dalla formula onnicomprensiva del vecchio Codice a quella potenzialmente più stretta del nuovo, si assiste ad un movimento inverso da parte della dottrina, che allora restringeva la vecchia formula, e ora finisce per allargare la nuova». Per una riflessione accurata, e più recente, sulla ingiustizia del danno v., per tutti, E. NAVARRETTA, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *La Responsabilità e il Danno*, Milano, 2009, 135 ss. Come osserva Navarretta, non è necessaria una norma di diritto positivo che riconosca la giuridicità di un interesse, potendosi questa ricavare altresì da indici ricavabili dall'ordinamento giuridico nel suo complesso; di talché il potere del giudice non è totalmente creativo, ma interpretativo, per quanto certamente innovativo e indispensabile al giudizio di risarcibilità che deve considerarsi autonomo rispetto alla qualificazione dell'interesse come giuridicamente rilevante. Ne deriva che l'ingiustizia del danno è clausola generale o norma primaria il cui contenuto è completato dall'attività interpretativa del giudice che dovrà fondare la propria valutazione sui suddetti indici normativi di sistema nonché sulle circostanze del caso concreto: così, secondo l'impostazione che fa capo a S. Rodotà e F.D. Busnelli, nelle opere citate *supra* in questa stessa nota, e anche a P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss., in punto di necessaria comparazione degli interessi in conflitto, e diversamente da quanti ritenevano che il giudizio di risarcibilità fosse un mero automatismo della qualificazione giuridica dell'interesse, nonché a V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.* 1/2004, 29 ss., spec. 48 ss. – v. pure *Id.*, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.* 1/2007, 147 ss., nonché *Id.*, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.* 6/2009, 657 ss. – ove chiarisce che, mentre il danno attiene alla sfera della rilevanza dell'illecito, l'ingiustizia riguarda l'efficacia dello stesso; e, come per ogni effetto giuridico, anche in questo caso il parametro di riferimento è il sistema nel suo

vo (per di più assoluto, prima che si ammettesse la tutela risarcitoria dei diritti di credito), la Cassazione ebbe l'intuizione di collegare il sacrificio della *chance* al diritto soggettivo all'integrità del patrimonio<sup>67</sup>, al fine di inglobarla nel novero degli interessi meritevoli di protezione, ma evidentemente trascurando le critiche mosse dalla dottrina verso

---

complesso, di talché il giudizio sulla ingiustizia non può che essere il risultato di una valutazione comparativa che tenga conto anche dell'interesse dell'autore della condotta lesiva. Del resto, la storica sentenza della Cass. 22.7.1999, n. 500 – su cui torneremo *funditus* nel par. 6 di questo capitolo, e su cui v., tra i numerosi commenti, specialmente A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.* 11/1999, 1367 ss. – aveva riconosciuto la tesi dell'ingiustizia del danno come clausola generale, sancendo il passaggio da una prospettiva formale ad una di stampo sostanziale. In particolare, nel riconoscere il risarcimento dell'interesse legittimo, il confine tra il mero interesse – pur giuridicamente rilevante – alla correttezza dell'azione amministrativa e l'interesse risarcibile veniva rintracciato nella spettanza di un bene della vita, sulla base dell'accertamento di un legittimo affidamento nel provvedimento favorevole agognato.

<sup>67</sup> A cui la giurisprudenza ha iniziato a far riferimento nel caso *Failla c. Paskwer* ved. *De Chirico*, deciso da Cass. 4.5.1982, n. 2656, in *Foro it.* 1/1982, 2864 ss.; sul caso *De Chirico*, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 315-318, osserva acutamente che l'ammissione di una tutela aquiliana in favore del terzo subacquirente per il danno subito dalla autentica di un quadro poi rivelatosi un falso equivale ad estendere gli effetti del contratto di vendita intercorso tra il pittore e il primo acquirente ad un soggetto estraneo allo stesso, sotto il profilo della mancanza di una qualità essenziale del bene. V. anche la successiva vicenda *Limoni s.n.c. c. Guerlain SA e Guerlain s.p.a.*, decisa da Cass. 25.7.1986, n. 4755, con note di M. LIBERTINI, in *Nuova giur. civ. comm.* 3/1987, 386 ss. e di P. BALZARINI, in *Resp. civ. prev.* 6/1987, 833 ss. In quest'ultimo caso la lesione del diritto all'integrità del patrimonio era dovuta al fatto che i prodotti *Guerlain* erano stati venduti dalle imprese convenute non concessionarie della società produttrice, in confezioni che risultavano manomesse con tagli e abrasioni per impedire l'identificazione del rivenditore presso cui erano stati acquistati. Anche qui la S.C. riteneva di chiamare in causa il diritto soggettivo all'integrità del patrimonio per poter tutelare l'imprenditore ai sensi dell'art. 2043 c.c., non essendo possibile fondare il risarcimento sugli artt. 2598 ss. c.c., poiché, secondo l'opinione dominante, i soggetti attivo e passivo degli atti di concorrenza sleale potevano essere solo imprenditori in rapporto di concorrenza diretta tra di loro. Entrambi gli A. concordavano con A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, 81 ss., nel ritenere che, se con tale diritto si intende tutelare il patrimonio in senso proprio, esso si risolve nell'insieme dei diritti sulle poste attive dello stato patrimoniale del danneggiato, per la cui lesione è certamente invocabile l'art. 2043 c.c. Ma se, invece, un siffatto diritto corrispondesse ad interessi economici di carattere "dinamico" quali quelli al pagamento di un corrispettivo giusto o a mantenere una certa immagine, la soluzione diventerebbe inaccettabile, in quanto si ammetterebbe una tutela dell'interesse a conservare o incrementare il proprio patrimonio. Dello stesso A., si veda pure il suo *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2/1984, 297 ss., spec. 316 ss., in cui accostava il diritto all'integrità del patrimonio a quella classe di "diritti-quadro" (*Rahmenrechte*) elaborati dalla dottrina tedesca, «i quali non offrono gli stessi precisi "contorni" dei diritti soggettivi nominati ma autorizzano i giudici ad individuare profili di illiceità attraverso una valutazione comparativa degli interessi in conflitto».

tale figura «tendenzialmente amorfa»<sup>68</sup> di diritto soggettivo creato artificialmente dalla stessa giurisprudenza, al fine di risarcire anche in via aquiliana un danno meramente patrimoniale e così tutelabile solo in termini di responsabilità contrattuale.

Con il tempo, il riferimento al diritto all'integrità del patrimonio è scomparso dalle argomentazioni della giurisprudenza di legittimità<sup>69</sup> che, in materia di rapporti di lavoro, ha consolidato una concezione eziologica – per riferirci al noto dualismo – del danno da perdita di *chance*, come porzione del danno finale, abbandonando dunque ogni pretesa di elevare la *chance* al rango di interesse autonomo e giuridicamente rilevante, e in decisa controtendenza rispetto al percorso seguito in materia di responsabilità sanitaria.

Si può considerare riassuntiva dell'orientamento maggioritario la pronuncia di Cass. SU 23.9.2013, n. 21678, a cui si deve la riaffermazione di un principio che già da tempo – in fondo sin dalle pronunce degli anni '80 – era ribadito proprio dalla sezione lavoro e che conviene qui riportare: «in caso di violazione, da parte dell'ente pubblico/datore di lavoro, dell'obbligo di predeterminare i criteri di selezione degli impiegati necessari per il riconoscimento e l'attribuzione della qualifica

<sup>68</sup> Così P.G. MONATERI, D. GIANTI e L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, spec. cap. II “Danno ingiusto”, 58 ss., sulla creazione pretoria del diritto all'integrità patrimoniale. Già P.G. MONATERI, *Il diritto all'integrità patrimoniale*, in M. Bessone (a cura di), *Casi e Questioni di diritto privato*, Milano, 2002, 506 ss., aveva evidenziato il paradosso nascente dall'ammissione di un siffatto diritto soggettivo: «tutte le volte che subiamo un danno (patrimoniale) evidentemente viene lesa la nostra integrità patrimoniale, col che non vi sarebbe più alcun bisogno di ricorrere al criterio dell'ingiustizia del danno: ogni danno (patrimoniale) sarebbe ingiusto, e nessun danno sarebbe lasciato là dove si è prodotto». Ciò è vero poiché il solo carattere della patrimonialità non è di per sé sufficiente ad attivare la tutela di cui all'art. 2043. Il contenuto della nozione di danno si riferisce, da un lato, alla funzione di compensazione economica della vittima, dall'altro a quella di reintegrazione della situazione soggettiva lesa, che mostra come «il giudizio aquiliano si attiv[i] sempre come reazione a un fatto “ingiusto”»: così C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, 1186 ss., sul punto 1204-1205; critico anche C. CASTRONOVO, *Danno, danno ingiusto, danno meramente patrimoniale*, in Id., *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 71 ss.

<sup>69</sup> Salvo ricomparire in alcune recenti pronunce delle sezioni unite in materia di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo: cfr. Cass. SU 22.5.2017, n. 12799; Cass. SU 23.1.2018, n. 1654; Cass. SU 8.3.2019, n. 6885, richiamate per essere smentite dalla successiva Cass. SU 28.4.2020, n. 8236, secondo cui «la nozione di “diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio” risulta dunque, in definitiva, priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto» (v. i riferimenti a tale ultima pronuncia *infra* nel par. 6 di questo stesso capitolo).



superiore, incombe sul singolo dipendente non promosso ed attore in giudizio per il risarcimento del danno da perdita della possibilità di promozione (c.d. perdita di *chance*), l'onere di provare – alla stregua dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale – il nesso di causalità tra il detto inadempimento datoriale ed il danno, ossia la concreta sussistenza della probabilità di ottenere la qualifica superiore (sentenza 6.06.06 n. 13241). Il lavoratore/creditore che voglia ottenere i danni derivanti dalla perdita di *chance* ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita [...]. È, in altre parole, necessaria l'allegazione e la prova di quegli elementi di fatto idonei a far ritenere che il regolare svolgimento della procedura selettiva avrebbe comportato una concreta, effettiva e non ipotetica probabilità di conseguire la promozione [...].».

La riflessione sulla perdita di *chance* è, insomma, come prevedibile, concentrata sulla prova delle probabilità di raggiungimento del risultato finale. Tuttavia si registrano non poche dissonanze: infatti alcune sentenze pronunciate successivamente alle appena citate sezioni unite del 2013<sup>70</sup>, impongono all'attore di provare non semplicemente

<sup>70</sup> V., fra le più recenti, la pronuncia di Cass. 9.5.2018, n. 11165, che si esprime nei seguenti termini: «rispetto alla prova del nesso causale tra comportamento illegittimo e danno risarcibile per perdita di *chance*, la giurisprudenza di questa Corte è attestata su parametri valutativi che richiedono l'apprezzamento del probabile trasformarsi della *chance* in reale conseguimento del beneficio in termini di "elevata probabilità, prossima alla certezza" (così, Cass. 12 maggio 2017, n. 11906; Cass. 30 settembre 2016, n. 19604; Cass. 11 maggio 2010, n. 11353; Cass. 19 febbraio 2009, n. 4052; v. anche Cass. 1° marzo 2016, n. 4014)». Si segnala, peraltro, che non tutte le pronunce citate da Cass. n. 11165/2018 sono della sez. lav. e, pur facendo riferimento al criterio di "elevata probabilità prossima alla certezza" riguardano, invece, fattispecie diverse: Cass. n. 19604/2016, sez. I, ad esempio, si è pronunciata in una vicenda relativa ad un appalto pubblico, sostenendo che la semplice appartenenza di un appaltatore al settore degli appalti pubblici non vale a fondare una presunzione di perdita altamente probabile della *chance* di aggiudicarsi altre gare. La stessa Cass. n. 11353/2010 – che abbiamo già citato al fine di segnalare l'accostamento tra perdita di *chance* e lucro cessante – è una pronuncia della sez. III resa in materia di perdita di *chance* di concrete occasioni di lavoro derivata dalla mancata ammissione alla Scuola di danza del Teatro dell'Opera di Roma. È una sentenza della sez. III anche Cass. n. 4052/2009 (anch'essa già rievocata) relativa ad un caso di occupazione usurpativa di un terreno da parte della pubblica amministrazione. Per quanto riguarda Cass. n. 4014/2016, in una ipotesi di perdita di *chance* di promozione a causa dell'illegittimo svolgimento della procedura selettiva da parte del datore di lavoro, si deve constatare che questa è richiamata erroneamente. Infatti il principio lì affermato è quello del tutto consonante all'insegnamento tradizionale (viene citato testualmente il passaggio delle sez. un. 2013: cfr. p. 9 della sentenza), sebbene, in concreto, fosse

una “concreta, effettiva e non ipotetica probabilità” di conseguire il risultato, ma piuttosto una probabilità tanto elevata da dover risultare “prossima alla certezza”.

Di nuovo si deve notare, con riguardo a tale ultimo orientamento, la deleteria sovrapposizione del piano della prova del nesso causale fra illecito e danno subito (nella specie: perdita delle *chances* di partecipare alla competizione o di investire il proprio tempo e le proprie compe-

---

stata raggiunta la prova del 90% di probabilità di ottenere la promozione. Merita un cenno anche il caso dei lavoratori iscritti alle liste di collocamento e a quelle di mobilità presso un ente pubblico economico: la giurisprudenza di legittimità ritiene che essi possano vantare un diritto all'assunzione «soltanto all'esito del procedimento previsto dall'art. 16 della l. n. 56 del 1987, e successive modificazioni, secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste medesime, sicché, nel caso di annullamento della procedura in sede giurisdizionale, per irregolarità commesse dalla P.A., al lavoratore compete soltanto il risarcimento del danno da perdita di *chance* per la cui prova, anche presuntiva, assume un grande rilievo la posizione occupata dall'interessato nella lista» (così, *ex multis*, Cass. 12.5.2017, n. 11906, in *Italggiureweb*, che fa riferimento al discutibile canone della elevata probabilità, prossima alla certezza, di essere chiamati e, quindi, di ottenere l'assunzione). Nondimeno alcune pronunce della sez. lav. altrettanto recenti sostengono chiaramente che «il danno che al lavoratore può derivare per perdita di “*chance*” va risarcito sulla base del tasso di probabilità – e non della certezza – che egli aveva di risultare vincitore, qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente»: così Cass. 15.10.2018, n. 25727 – relativa ad un caso di lamentata perdita di *chance* di ottenere la qualifica superiore e il conseguente riconoscimento della relativa indennità da posizione organizzativa – che richiama i precedenti di Cass. 3.3.2010, n. 5119, e Cass. 5.3.2012, n. 3415 (di tutte le pronunce citate sono disponibili il testo integrale e la massima nella banca dati *Italggiureweb*). Si veda anche la pronuncia di Cass. 25.8.2017, n. 20408, (relativa alla vicenda di un dipendente della Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. che, a causa dell'illegittimo ritardo nell'inquadramento in una certa categoria, aveva dovuto rinunciare a concorrere alle selezioni per il passaggio alla qualifica superiore, e annotata da M. MESSINA, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Danno e Resp.* 3/2018, 335 ss.) che fa riferimento al canone probatorio di una «buona o comunque non trascurabile» probabilità di successo. In dottrina v. anche C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *Riv. it. dir. lav.* 1/1992, 11 ss.; E. GRAGNOLI, *Considerazioni sul risarcimento del danno per perdita di chance nei concorsi privati*, in *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milano, 1997, 619 ss.; O. BONARDI, *Concorsi invalidi: risarcimento della perdita di chance o ripetizione del concorso ora per allora?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2/2001, 463 ss.; D. IARUSSI, *Potere discrezionale del datore di lavoro e perdita di chance per annullamento di concorso*, in *Lav. nella giur.* 8/2010, 795 ss.; A. BARBARISI, *La quantificazione e l'onere della prova del danno da perdita di chance nei concorsi privati*, in *La nuova giur. civ. comm.* 10/2010, 11031 ss.; A. RICCOBONO, *Clausole generali e controllo dei poteri datoriali nella giurisprudenza sui “concorsi privati”: interessi e tecniche di tutela*, in *Arg. dir. lav.* 6/2014, 1403 ss.; R. BONO, *Il danno da demansionamento e da perdita di chance di promozione*, in *Giur. it.* 7/2016, 1673 ss.; G. MERLO, *Bando di concorso privato e inadempimento del datore*, in *Riv. it. dir. lav.* 2/2017, 241 ss.; A. AVONDOLA, *Il danno da demansionamento: la giurisprudenza del futuro guarda al passato*, in *Arg. dir. lav.* 4-5/2018, 1344 ss.

tenze in altri concorsi) con quello della prova che la *chance* si sarebbe più probabilmente (se non quasi certamente) realizzata.

Si tratta della tipica – e, a quanto pare, inevitabile – contraddizione dettata dal modello di *chance* eziologica, che pretende di sostituire la prova della riconducibilità causale del danno all'illecito con quella, affatto identica, e al più utile sul piano della quantificazione del risarcimento, della probabilità di realizzazione della *chance* (sul punto si veda quanto già osservato nel cap. I).

A ciò si aggiunge la ulteriore differenza di vedute sulla prova del danno da perdita di *chance* in relazione alla fattispecie del pregiudizio sofferto dal dipendente pubblico e cagionato dalla illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

Sul punto la pronuncia di Cass. SU 15.3.2016, n. 5072, nel tentativo di dare seguito alla normativa comunitaria in materia e alle indicazioni della Corte di Giustizia Ue, a fronte della inerzia del legislatore italiano, si è cimentata nella interpretazione dell'art. 36 co. 5 d.lgs. 365/2001 che, nel vietare la conversione del rapporto di lavoro da determinato a indeterminato, prevede il diritto al risarcimento del danno del lavoratore<sup>71</sup>.

Per quanto di nostro interesse, la S.C. ha qualificato il relativo pregiudizio come un danno derivante da responsabilità contrattuale e consistente non nella perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato, quanto piuttosto nella perdita delle *chances* di partecipare al concorso che la p.a. avrebbe dovuto bandire, se avesse operato legittimamente, oppure quelle di trovare un impiego alternativo, eventualmente anche a tempo indeterminato.

Ebbene in punto di onere della prova del danno (a cui, peraltro, si attribuisce una funzione anche sanzionatoria nei confronti della p.a.) il giudice di legittimità si è espresso chiaramente in termini di danno presunto, cioè sussistente *in re ipsa*, conseguentemente alla violazione della disciplina del termine, senza imporre al lavoratore l'onere di dimostrare di aver perso specifiche occasioni di lavoro.

<sup>71</sup> Per approfondire i termini della spinosa vicenda si rinvia ad alcuni dei commenti alla sentenza: v. P. Tosi, *Il danno nel rapporto a termine del dipendente pubblico*, in *Giur. it.* 5/2016, 1177 ss.; S. D'ASCOLA, «Tra ordinamento interno e ordinamento europeo: sarà davvero l'ultima parola sul danno da abuso del termine nel pubblico impiego?», in *Nuova giur. civ. comm.* 10/2016, 1310 ss., di cui si segnala in particolare la efficace rassegna della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE; N. FRASCA, *La quantificazione del "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le Sezioni Unite*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5/2016, 870 ss.

Così pronunciandosi, la S.C. si è discostata da quell'orientamento che pacificamente richiede al lavoratore la prova degli elementi di fatto idonei a testimoniare una concreta e non meramente ipotetica probabilità di risultato positivo (senza considerare le evidenziate contraddizioni tra un indirizzo più rigoroso e un altro più favorevole al lavoratore).

Osservate e messe da parte le incertezze applicative in ordine alla prova del danno da perdita di *chance* secondo la giurisprudenza, pare possibile tentare di chiarire l'effettivo ambito di configurabilità di un danno da perdita di *chance*. Il preteso danneggiato potrà avanzare una pretesa risarcitoria per il danno da mancato conferimento dell'incarico ovvero da promozione negata, ove riesca a dimostrare che vi sia stato un errore di calcolo ovvero l'omessa considerazione di requisiti o titoli documentali, nell'ambito di una procedura selettiva a punteggio c.d. vincolato: qui non vi sarà spazio per la tutela della *chance* né alcuna necessità di invocarla<sup>72</sup> (se non nei termini di conseguenza risarcibile del danno, consistente, ad esempio, nell'ingiusto sacrificio della possibilità di ottenere eventuali ulteriori e futuri avanzamenti di carriera che sarebbero presumibilmente derivati da quella promozione negata).

Diversamente, quando il candidato non può essere certo del fatto che avrebbe ottenuto la promozione se solo il datore di lavoro avesse agito correttamente – posto che si trattava di una selezione discrezionale –, potrà far valere in giudizio il danno da perdita della *chance* di partecipare alla selezione comparativa o ad alcune prove di essa (ove ricorra il caso in cui al lavoratore sia stato addirittura precluso di concorrere) ovvero di aggiudicarsi la vittoria della competizione (per l'ipotesi in cui si imputi al datore di lavoro di non aver garantito il corretto svolgimento della procedura). La *chance* è in concreto sostanziata da quella "posizione strumentale"<sup>73</sup> del lavoratore, che consiste nel diritto al mantenimento e/o accrescimento del suo profilo profes-

<sup>72</sup> Come osserva anche V. MAIO, *La perdita di chances nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *Arg. dir. lav.* 1/2018, 101 ss., e oggi anche in G.E. NAPOLI-M. SEPE (a cura di), *La perdita di chance in Italia e in Europa*, Bologna, 2019, 65 ss., sul punto spec. 67-68, secondo cui, appunto, non vi è spazio per la tutela della *chance*, quando il lavoratore può, molto più utilmente, conseguire il ristoro integrale dell'utilità persa, «chiedendo al giudice il pagamento di tutte le differenze retributive e l'attribuzione della qualifica superiore, al pari del dipendente che, ricorrendone le condizioni, azioni il co. 7, dell'art. 2103 c.c.».

<sup>73</sup> Su cui v., per tutti, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Milano,

sionale e, dunque, nell'insieme dinamico di capacità e competenze già acquisite, e che rappresentano, poi, i titoli necessari a concorrere per altre posizioni<sup>74</sup>.

La *chance* si misura sulla base del "capitale umano" a disposizione dell'aspirante lavoratore e si presenta, in effetti, come un interesse, distinguibile dal diritto finale alla stipulazione del rapporto di lavoro o all'acquisizione della qualifica superiore, e giuridicamente protetto da norme di rango costituzionale che riconoscono e garantiscono alla persona il diritto di svolgere la propria personalità come individuo e nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.); il diritto al pieno sviluppo della persona umana e all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione anche economica del Paese (art. 3); il diritto effettivo al lavoro (art. 4); il diritto alla formazione e alla elevazione professionale dei lavoratori (art. 35).

Il danno patrimoniale subito dal lavoratore potrebbe così essere parametrato al valore "di mercato" di un certo bagaglio professionale (spendibile anche presso altri datori di lavoro) e determinabile a partire, ad esempio, dalla retribuzione percepita mediamente dai lavoratori di quella categoria e/o fascia. Vi sarebbero, poi, gli estremi per pretendere pure il ristoro di un danno (da provare) pensionistico riflesso o per lesione da mancata formazione professionale ovvero anche di un danno curriculare, per non aver potuto arricchire il proprio *curriculum* professionale<sup>75</sup>.

---

1988, spec. 363-368, nonché U. PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958.

<sup>74</sup> Tra le tante pronunce, si può fare riferimento a quanto statuito dalla sezione lavoro in Cass. 11.12.2017, n. 28880 (reperibile su *Italggiureweb*) – relativa alla vicenda di un medico veterinario che, pur essendo risultato idoneo nella fase selettiva di ammissione dei candidati, non riceveva l'incarico di direzione che, veniva affidato invece ad altro soggetto – in cui si trova la conferma dell'orientamento consolidato per cui «secondo la giurisprudenza di questa Corte, il lavoratore che chieda il risarcimento dei danni derivanti dalla perdita di *chance* per avere il datore di lavoro violato le regole di un procedimento selettivo deve fornire gli elementi atti a dimostrare, seppure in modo presuntivo, e sulla base di un calcolo delle probabilità, la possibilità che egli avrebbe avuto di risultare vincitore e a tal fine devono essere comparati titoli e requisiti posseduti dai candidati (v. Cass. n. 495 del 2016); tale danno va risarcito sulla base del tasso di probabilità che il lavoratore aveva di risultare vincitore, qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente (Cass. n. 16233 del 2012 e n. 3415 del 2012)».

<sup>75</sup> Sul punto v. V. MAIO, *La perdita di chances nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, cit., 122-123.

## 6. Breve digressione sulla *chance* nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione (e sull'utilizzo della perdita di *chance* come tecnica di liquidazione del danno da parte della giurisprudenza amministrativa)

Ci avviamo a concludere la prima parte della trattazione con qualche cenno al danno da perdita di *chances* nell'ambito del risarcimento del danno cagionato dalla pubblica amministrazione nel rapporto con il privato<sup>76</sup>, a partire dalla storica sentenza di Cass. SU 22.7.1999, n. 500<sup>77</sup>, con cui la giurisprudenza di legittimità, accogliendo le istanze che la dottrina avanzava già da tempo<sup>78</sup>, inaugurò una nuova stagione della responsabilità civile, all'insegna della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Su cui v., *ex multis*, B. TASSONE, *Le chances nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *federalismi.it*, 2020; G. VERCELLIO, *La tutela della «chance»*. *Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, cit., spec. cap. III, 69 ss.; V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e app.* 3/2018, 293 ss.; G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e Resp.*, 11/2009, 1033 ss.; M.F. LO MORO BIGLIA, *Perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*, in *Corr. giur.* 5/2011, 485 ss.

<sup>77</sup> Commentata a più voci: si vedano, tra i tanti, A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi «non più solo legittimi»*, in *Corr. giur.* 11/1999, 1367 ss.; F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.* 6/1999, 4045 ss.; G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, *ibidem*; M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.* 9/1999, 2261 ss.; per tutti gli altri riferimenti v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, spec. 291 ss.

<sup>78</sup> V. i riferimenti contenuti nel par. 5 di questo stesso capitolo, spec. in nt. 66.

<sup>79</sup> Dal punto di vista strettamente processuale sarebbe, poi, necessario aprire una lunga parentesi sulla codificazione della tutela di condanna nell'art. 30, co. 1, c.p.a., in special modo a titolo di risarcimento dei danni, come forma di tutela per equivalente, ma dal contenuto generale, e perciò riferibile a qualsiasi misura idonea a proteggere la situazione giuridica dedotta in giudizio (*ex art. 34, lett. c), c.p.a.*). Sul tema si rinvia a A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.* 1/2018, 175 ss. (e si veda pure *Id.*, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012), la cui analisi mette in luce la ormai compiuta transizione della giustizia amministrativa verso un modello di processo fondato sul rapporto tra privato e p.a. e non più sull'atto oggetto della azione costitutivo-caducatoria di annullamento, oltre che sul riconoscimento dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, la cui tutela è ormai affidata ad una pluralità di azioni; v. anche, dalla prospettiva del processualcivilista, il recente contributo di I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto. Considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. dir. proc.* 4/2020, 1486 ss., la cui indagine muove dall'interrogativo sulla necessità di rivisitare «la rappresentazione tradizionale dei diversi istituti una volta che i due

Le statuizioni cardinali di quella sentenza definita "epocale" si possono così riassumere: «nuova interpretazione dell'art. 2043 c.c., intesa come norma primaria, ed elevazione del sintagma "ingiustizia del danno" a clausola generale; affermazione in linea di principio della risarcibilità di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti, compresi, quindi, gli interessi legittimi; limitazione, in concreto, della risarcibilità degli interessi legittimi all'ipotesi in cui, contemporaneamente alla lesione dell'interesse legittimo, venga leso l'interesse sostanziale ad esso sotteso; giurisdizione riconosciuta al giudice ordinario sulle controversie risarcitorie riguardanti interessi legittimi; non necessità del previo accertamento della illegittimità dell'atto lesivo in sede di giudizio amministrativo»<sup>80</sup>.

È innegabile, dunque, che un significativo passo in avanti fu compiuto, poiché per la prima volta si affermava il sillogismo «il danno è ingiusto ove sia leso un interesse giuridicamente rilevante; l'interesse legittimo è un interesse giuridicamente rilevante; dunque, è ingiusto il danno contrassegnato dalla lesione dell'interesse legittimo»; ma il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi non venne radicalmente abbattuto, dal momento che la Cassazione abbracciò una soluzione di compromesso, probabilmente mossa dall'intento di evitare una crescita impetuosa delle richieste di risarcimento, affermando che la lesione dell'interesse legittimo fosse presupposto sì necessario ma non sufficiente, essendo altresì imprescindibile il riscontro della lesione «dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che detto interesse al bene risulti, a sua volta, meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo»<sup>81</sup>.

---

processi, quanto a struttura complessiva, si sono avvicinati», a partire dal raffronto tra il giudizio amministrativo e quei giudizi civili che presentano qualche profilo di somiglianza con il primo, ossia quelli di impugnativa delle delibere assembleari e del licenziamento.

<sup>80</sup> Così F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 295 ss., il quale ricorda come, sul piano della giurisdizione, la soluzione prescelta in seguito dal legislatore – e avallata dalla Corte Cost. 6.7.2004, n. 204 – è stata poi diversa da quella sposata dal giudice di legittimità.

<sup>81</sup> F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 299 ss., ma già nel suo *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 15 ss., reputava contraddittoria l'argomentazione della sentenza sul punto, poiché così ragionando si finisce per negare alla lesione dell'interesse legittimo persino il rango di condizione necessaria e si giunge alla conclusione, non condivisibile secondo l'A., della discriminazione tra interessi legittimi risarcibili e non risarcibili. Dello stesso avviso è anche C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo*, cit., 1269-1270; *contra* F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 26-27; EAD., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009, 12-14, secondo cui le critiche rivolte alla pronuncia delle

Impostato in questi termini il discorso, resta effettivamente dubbio se oggetto del risarcimento dovesse essere, secondo la Corte, la lesione dell'interesse legittimo o dell'interesse materiale sotteso<sup>82</sup> (che potrebbe assumere pure i connotati della *chance* di ottenere un vantaggio attraverso il provvedimento amministrativo favorevole: si pensi alla ipotesi della *chance* di partecipare ad una gara pubblica poi, illegittimamente, non bandita dalla pubblica amministrazione, su cui v. *infra* in questo stesso paragrafo).

Su tali premesse il giudice di legittimità prescriveva al giudice dell'azione risarcitoria, con riguardo agli interessi pretensivi<sup>83</sup>, un

---

sezioni unite del '99 sulla duplicazione del giudizio di meritevolezza ai fini della verifica dell'ingiustizia del danno sono da respingere: «la duplicazione del giudizio e l'incoerenza del ragionamento non sussistono se si pone mente al fatto che, nei due passaggi del giudizio, la meritevolezza dell'interesse viene in considerazione sotto profili diversi tra loro. Nel primo, si tratta di stabilire la rilevanza giuridica dell'interesse in quanto condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria e, nel caso dell'interesse legittimo, questa rilevanza non potrebbe essere messa in dubbio. Nel secondo passaggio, il giudizio di meritevolezza riguarda l'interesse sostanziale che, nel caso concreto, riceve protezione nella forma dell'interesse legittimo, e verte sul pregiudizio che questo interesse ha subito a causa dell'illegittimità dell'azione amministrativa [...]. Solo il primo dei suddetti giudizi riguarda la c.d. selezione degli interessi meritevoli di tutela, resa possibile dalla lettura "aperta" dell'espressione "danno ingiusto", mentre il secondo riguarda la verifica del pregiudizio per l'interesse sostanziale, senza il quale non c'è lesione né danno agli effetti della responsabilità civile. La meritevolezza sotto il secondo profilo designa l'accesso alla tutela risarcitoria, che deriva dall'accertata lesività dell'azione amministrativa». L'A., pertanto, ritiene che l'impostazione della S.C. sia corretta nella misura in cui contempla la possibilità che un provvedimento amministrativo sia illegittimo, ma non anche allo stesso tempo lesivo dell'interesse sostanziale sotteso all'interesse legittimo.

<sup>82</sup> E, anzi, può ben dirsi che oggetto della lesione (e della tutela risarcitoria) sia proprio la situazione giuridica soggettiva di cui il privato è titolare o a cui aspira: v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 303, spec. i richiami in nt. 81, tra cui vale la pena citare almeno M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 544, ove afferma che «dottrina e giurisprudenza sulla responsabilità civile della P.A. debbono finalmente rassegnarsi a rimanere (quanto meno parzialmente) orfane dell'interesse legittimo» e «almeno per quel che riguarda il problema della responsabilità civile della P.A., l'interesse legittimo può servire solo per individuare, del tutto stipulativamente, una parte della fenomenologia considerata dal rimedio aquiliano: quella in cui la perdita di utilità o di poteri appropriativi di un soggetto privato dipenda dall'agire provvedimentoale illegittimo della P.A.».

<sup>83</sup> Secondo la ricostruzione di Cass. SU n. 500/1999, la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi oppositivi dipendeva, invece, esclusivamente dalla illegittimità del provvedimento amministrativo; sul punto, però, la successiva decisione di Cons. St. 12.3.2004, n. 1261, con riguardo alla specifica ipotesi del c.d. danno "da disturbo" (di cui è tipico esempio il danno cagionato al titolare di un permesso di costruire da parte di una Soprintendenza archeologica, a seguito dell'illegittimo protrarsi dell'efficacia del provvedimento di sospensione dei lavori in attesa di



“giudizio prognostico sulla fondatezza dell’istanza”, al fine di assicurare che venissero risarciti solo quegli interessi tesi alla soddisfazione di aspettative giuridicamente rilevanti e cioè oggettivamente fondate<sup>84</sup>.

Con riferimento alla *chance* l’arresto del ’99, tuttavia, non prendeva chiaramente posizione (non essendo, del resto, l’oggetto dell’intervento delle sezioni unite): se, da un lato, si impartiva il dualismo tra aspettativa giuridicamente tutelabile e aspettativa di mero fatto<sup>85</sup>, dall’altro, si accoglieva la tesi della risarcibilità del danno da perdita di *chance*, «intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni»<sup>86</sup>.

D’altra parte, già prima della storica sentenza qui richiamata, la *chance* non riceveva una considerazione chiara e univoca, e veniva utilizzata anche in questa materia «per esplicitare, in sede definitiva, il carattere dinamico dell’interesse legittimo e l’inedoneità della posizio-

---

accertamenti), «si è discostata dichiaratamente dall’indirizzo seguito dalle Sezioni unite, osservando che, anche per i casi di lesione di interessi oppositivi, è necessario che il giudice del risarcimento sia messo in grado di formulare un giudizio di definitiva “spettanza” della posizione soggettiva di cui è già titolare colui che invoca la protezione risarcitoria», come osservato da R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Roma, 2015, 1720 ss.

<sup>84</sup> Nella sentenza delle sezioni unite del ’99 riecheggia la posizione espressa da F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e Resp.*, 1997, 269 ss.; ad avviso di F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., 307, nt. 91, in questa prospettiva si cela l’errore di dare rilievo eccessivo alla situazione giuridica soggettiva sostanziale, quando l’interesse legittimo dovrebbe essere considerato quale interesse (strumentale) tutelabile in quanto tale, senza bisogno di accostarlo alla *chance* o alla aspettativa giuridicamente rilevante.

<sup>85</sup> Nel passaggio della sentenza in cui si afferma che «circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l’ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta». Tra le righe parrebbe di intendere che la semplice possibilità dell’esito favorevole non sia meritevole di tutela.

<sup>86</sup> La sentenza ricomprendeva la *chance* nel catalogo di situazioni giuridiche che non avevano la consistenza del diritto soggettivo, né tantomeno assoluto, e di cui nondimeno si ammetteva ormai la tutela risarcitoria, a dimostrazione della necessità di accogliere una nuova interpretazione dell’art. 2043 c.c. quale clausola generale.

ne soggettiva a garantire in modo sicuro (come per il diritto soggettivo) un certo bene della vita»<sup>87</sup>, a dimostrazione, cioè, del fatto che la collocazione del concetto di *chance* oscillava tra l'interesse legittimo e il bene della vita materiale sotteso: la *chance* come metronomo della meritevolezza dell'interesse legittimo ovvero come anticipazione dell'utilità attesa e, dunque, a sua volta, bene della vita tutelato dall'interesse legittimo stesso.

Resta fermo che oggi, stante il tenore dell'art. 31, co. 3, c.p.a. – a mente del quale «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione» –, non dovrebbe potersi sostenere la praticabilità del giudizio di prognosi sulla fondatezza dell'istanza alla p.a.<sup>88</sup> (al di fuori dei casi marginali di attività totalmente vincolata o di quelli in cui, a fronte del silenzio della p.a., non vi sia più spazio per l'esercizio della discrezionalità).

Se si muove da tale assunto, allora, dovrebbe dubitarsi della stessa possibilità che la *chance* assuma un qualche rilievo nelle fattispecie di responsabilità civile della p.a., poiché il ristoro del pregiudizio da perdita di *chance* – qualunque esso sia – non può che radicarsi in una valutazione di tipo prognostico sulla concreta realizzabilità del risultato finale anelato<sup>89</sup>.

Vi è di più. Se, nella prospettiva considerata, la prognosi può essere demandata al giudice dell'azione risarcitoria solo nei casi in cui non residuino margini per l'esercizio di discrezionalità (anche tecnica) da parte dell'amministrazione, di nuovo non emergono spazi di rilevanza per la *chance*: a fronte di un'attività vincolata il giudizio sulla fondatezza dell'istanza del privato potrà trovare risposte certe in ordine

<sup>87</sup> Così L. VIOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., spec. 183.

<sup>88</sup> Così, categoricamente, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 306 ss.

<sup>89</sup> A meno che la perdita di *chance* non venga valorizzata come tecnica (soluzione che non ci pare condivisibile, posto che valorizza un utilizzo in chiave causale, a nostro avviso improprio, delle *chances* perdute): B. TASSONE, *La chance nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *federalismi.it*, ottobre 2020, ha ipotizzato di superare l'ostacolo che si frappone in sede risarcitoria, nei casi di attività non vincolata, alla verifica della fondatezza nel merito della istanza del privato, proprio valorizzando la perdita di *chance*, così, ammettendo che il giudizio debba essere condotto alla stregua del "più probabile che no" nei casi di attività vincolata e in termini di perdita di *chance* nei casi di attività discrezionale.

alla spettanza del bene (finale) della vita, senza bisogno di invocare la perdita di una *chance*.

Per contro la ammissibilità del giudizio prognostico si può recuperare per altra via, e cioè osservando che i limiti al sindacato giurisdizionale, anche in sede di azione risarcitoria, dipendono in ultima analisi da quale concezione di interesse legittimo si intenda presupporre<sup>90</sup>.

Ora, se si ritiene che la situazione giuridica tutelata si identifichi nella pretesa della utilità finale (il bene della vita materiale o il provvedimento amministrativo favorevole) – come pare, in effetti, sottintendere lo stesso art. 31, co. 3, c.p.a. – non si può che escludere il sindacato del giudice, anche solo a fini prognostici; ma se, invece, si concepisce una situazione giuridica che abbia la consistenza di una «pretesa a ciò che è normativamente garantito» e cioè al «corretto esercizio del potere discrezionale», i limiti dettati dall'art. 31, co. 3, c.p.a. sembrano posti fuori campo.

In tale ordine di idee «l'accertamento compiuto dal giudice in merito alla situazione giuridica sarà comunque estraneo alle scelte discrezionali espletate»: il giudizio prognostico non avrà ad oggetto il grado di probabile spettanza del bene della vita, bensì la spettanza della pretesa accordata al privato al rispetto delle norme poste a presidio dell'esercizio discrezionale del potere amministrativo<sup>91</sup>. Così, in tutti i casi di attività discrezionale, l'interesse legittimo sarebbe collegato non all'attribuzione dell'utilità finale, ma al corretto esercizio del potere, e la violazione delle norme che regolano quel potere diventerebbe causa

<sup>90</sup> Per approfondire v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 49 ss.; nonché la ampia e recentissima ricognizione di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, I, Torino, 2020, spec. 188 ss.

<sup>91</sup> Così A. CARBONE, *op. ult. cit.*, 262, e poi 296 ss., richiamando la tesi di L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.* 3/2013, 617 ss., secondo cui il fatto costitutivo dell'interesse legittimo deve ricavarsi dalle «regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa», e a seconda che il provvedimento sia vincolato oppure discrezionale, l'oggetto della situazione giuridica sarà rispettivamente individuabile nel «rispetto nell'applicazione delle regole anzidette, e quindi nell'attribuzione del cosiddetto bene della vita», ovvero «nell'attuazione della *chance* risultante dalla legge, e quindi nello scioglimento del soggetto privato dall'incertezza in cui la stessa legge lo ha lasciato». Ad avviso di A. Carbone, la prospettiva in parola ben si presta a spiegare la ulteriore ricostruzione dottrinale di A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.* 2006, 273 ss., secondo cui il giudizio di spettanza è possibile poiché il giudice incontrerebbe l'unico limite di non poter egli stesso supplire alla mancata attivazione del potere.

materiale della lesione di una *chance* intesa come la «possibilità normativa di un risultato favorevole»<sup>92</sup>.

Al fine di evitare il giudizio prognostico, vi è pure la possibilità di far leva sulla responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento riposto dal privato sulla legittimità del procedimento amministrativo, a prescindere dalla lesione del bene della vita<sup>93</sup>.

In alternativa, senza dover scomodare le teorie sulla nozione di interesse legittimo o la discussa nozione di affidamento, la praticabilità della valutazione prognostica a fini risarcitori si potrebbe giustificare anche, più semplicemente, in base alla considerazione per cui il giudizio di responsabilità va tenuto distinto da quello di legittimità, e dunque «il giudizio prognostico che il giudice dovrebbe compiere, riproduce la valutazione che sarebbe stata effettuata da parte di un'au-

<sup>92</sup> L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., 645-646.

<sup>93</sup> A partire dalla impostazione della responsabilità della p.a. come responsabilità da contatto qualificato: v., fra i tanti, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.* 2000, 1005 ss.; L. MONTESANO, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 3/2001, 583 ss., secondo cui «lesione di interesse legittimo e illecito extracontrattuale appaiono [...] entità incompatibili»; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.* 3/2005, 557 ss. (secondo cui, però, se esistono degli specifici diritti procedurali in capo al privato, la responsabilità deve definirsi a tutti gli effetti "contrattuale", invece che "contattuale"). La qualificazione della responsabilità della p.a. è da sempre terreno di discussione, e recentemente la giurisprudenza di legittimità pare orientata nuovamente verso la tesi della responsabilità da contatto per lesione dell'affidamento incolpevole ingenerato nel privato a seguito di atti o comportamenti poi, infine, smentiti da un provvedimento di diniego, ovvero ancora per lesione dell'affidamento riposto dall'aggiudicatario della gara in seguito annullata in sede di autotutela dall'amministrazione. Ci riferiamo alla sentenza di Cass. SU 28.4.20, n. 8236, in *Corr. giur.* 8-9/2020, 1025 ss., con nt. adesiva di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento del medesimo*; in *La nuova giur. civ. comm.* 5/2020, 1148 ss., con nt. di A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)*; nonché in *Giorn. Dir. amm.* 6/2020, 805 ss., con il commento di V. BONTEMPI, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*. In breve, la sentenza ha attribuito la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento al giudice ordinario, sia quando la p.a. abbia adottato, e successivamente annullato o revocato, un provvedimento, che quando l'affidamento fosse stato ingenerato da una mera condotta (o complesso di condotte). Con l'occasione le SU precisano anche la definizione della nozione di affidamento, quale vera e propria situazione giuridica soggettiva (pur negando che coincida con il c.d. diritto soggettivo all'integrità del patrimonio) il cui contenuto è sostanziato dai canoni di correttezza e buona fede, e la cui lesione determina l'insorgere di una responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato" (categoria che sembrava destinata a perdere centralità, dopo essere stata rinnegata in materia di responsabilità sanitaria).

torità operante secondo *standards* di buona amministrazione, ma non per questo si sostituisce al giudizio dell'amministrazione o ne lede le attribuzioni, dato che gli effetti della valutazione giudiziale si esauriscono nell'accertamento dell'illecito»<sup>94</sup>.

Al di là di quale nozione di interesse legittimo sia più corretto accogliere, e a prescindere dalla ammissibilità del giudizio di spettanza nell'azione risarcitoria – su cui, evidentemente, non è semplice offrire risposte univoche – si deve rilevare che la stessa struttura dell'interesse legittimo quale posizione strumentale alla conservazione o acquisizione di una certa utilità, e la variabile natura dell'attività amministrativa, tra poteri ad esercizio vincolato o discrezionale, rendono assai difficile l'attribuzione di un autonomo e sicuro rilievo alla *chance* (che è a sua volta bene “di intermediazione”) nel campo del diritto amministrativo.

È naturale allora, ma probabilmente non proprio corretto, pensare di replicare gli argomenti tipici del discorso civilistico, per ricorrere al danno da perdita di *chance* tutte le volte in cui, non essendo certa la spettanza del bene della vita, si ritenga di qualche utilità compensare il privato almeno per la perdita di un (non meglio precisato) bene associato alla *chance*<sup>95</sup>.

Questo sembra essere l'approccio della stessa giurisprudenza amministrativa<sup>96</sup>, che proprio in un caso recente è tornata ad occuparsi *funditus* della *chance*, nel tentativo di fare chiarezza sul noto, e non sempre proficuo, dualismo fra teoria ontologica ed eziologica<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Così F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 3/2015, 873 ss.

<sup>95</sup> Utilizzando, in ultima analisi, la perdita di *chance* per il consueto scopo di alleggerire l'onere probatorio del presunto danneggiato: così B. TASSONE, *op. ult. cit.*, 221-222.

<sup>96</sup> Specie nel settore degli appalti pubblici, in particolare in presenza di criteri di aggiudicazione non automatici, la giurisprudenza del Consiglio di Stato tende ad utilizzare la perdita di *chance* ogni qualvolta l'impresa pretermessa dalla gara sia in grado di dimostrare non la certezza della aggiudicazione, e dunque la sicura spettanza del “bene della vita”, bensì solo la probabile spettanza (che comunque non può coincidere con la “mera possibilità di conseguire l'utilità sperata”, in quanto tale irrisarcibile: cfr., fra le più recenti, Cons. St., 11.7.2018, n. 4225); con la precisazione che ove la perdita di *chance* possa essere ristorata in forma specifica, attraverso lo svolgimento o il rinnovo della procedura concorsuale, non si deve ricorrere al risarcimento per equivalente (v., sul punto, Cons. St., 17.11.2017 n. 5303; in dottrina V. NERI, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. app.* 3/2018, 293 ss.): per più ampi riferimenti agli orientamenti giurisprudenziali in materia di *chance* v. più avanti nel testo e in nota, nonché S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, cit., spec. 79 ss.; e R. DE NICCOLIS, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in *Riv. trim. app.* 1/2020, 7 ss.

<sup>97</sup> L. VIOLA, *Il danno da perdita di chances a vent'anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. App.*

Come noto, la sez. V del Consiglio di Stato con sentenza non definitiva n. 118, 11 gennaio 2018<sup>98</sup> ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione della spettanza del risarcimento da perdita di *chance* preteso dall'impresa di settore che avrebbe potuto concorrere alla gara pubblica illegittimamente non bandita dalla P.A., che ha proceduto, invece, all'affidamento diretto nei confronti di altra impresa concorrente nel settore<sup>99</sup> (che, nel caso di specie, era quello delle telecomunicazioni).

---

2/2020, 182 ss. cit., 199, osserva che il dibattito sulla *chance*, nel diritto amministrativo, si è concentrato da subito sulla *querelle* tra teoria ontologica e teoria eziologica, senza preoccuparsi di indagare a fondo il concetto stesso di *chance*. In senso analogo, F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1/2015, 1 ss., specie a partire dal par. 4, sostiene che la «la tecnica della *chance* [...], già malsicura in sé e per sé, viene non di rado impiegata in modo alquanto sbrigativo», senza che i giudici (amministrativi, in questo caso) si rendano conto delle eventuali contraddizioni a cui può condurre un coinvolgimento “disinibito” della perdita di *chance*. S. INGEGNATTI, *Percorsi di giurisprudenza – Risarcibilità del danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.* 11/2015, 2508 ss., che evidenzia l'esistenza di una tesi mediana (ricondata al *dictum* di Cons. St., 14.9.2006, n. 5323) che cercava di superare i limiti delle due teorie opposte, riconoscendo la risarcibilità del danno in presenza di una effettiva probabilità di riuscita, la quale non deve corrispondere ad una certezza del risultato (secondo una logica che ci pare assai vicina a quella di un certo orientamento della sezione lavoro della Corte di Cassazione); nello stesso solco v. anche L. GIAGNONI, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'adunanza plenaria*, cit., il quale dà conto di un terzo orientamento intermedio che «riconosce espressamente l'autonomia della *chance* quale bene giuridico a sé stante facente parte del patrimonio del danneggiato (teoria ontologica), ma ritiene di poter risarcire esclusivamente la *chance* la cui probabilità di conseguimento del risultato finale utile (l'aggiudicazione) sia superiore al 50%»: cfr. Cons. St., 7.6.2017, n. 2740 e Cons. St. 23.6.2015, n. 3147.

<sup>98</sup> In *Resp. civ. prev.* 5/2018, 1614 ss., con nota di P. PATRITO, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*; e in *Urb. e app.* 3/2018, 351 ss., con il commento di L. GIAGNONI, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo all'Adunanza Plenaria*, secondo il quale in realtà il contrasto tra le sentenze richiamate è solo parziale (peraltro l'A. esclude la nettezza del dualismo fra teoria ontologica ed eziologica, poiché vi sarebbe anche un terzo orientamento intermedio, che riconosce l'autonomia della *chance* quale bene giuridico, ma ritiene di poterne risarcire la lesione solo quando la *chance* di aggiudicazione sia superiore al 50%). La vicenda è complessa (è arrivata persino all'attenzione della Corte di Giustizia, causa c-19/13) e trae origine dall'impugnazione da parte di Fastweb s.p.a. dell'aggiudicazione a Telecom Italia s.p.a. della procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, avente ad oggetto la fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Qui preme riportare che, con ordinanza collegiale n. 1851/2017, la quinta sezione aveva chiesto all'ANAC di chiarire se la ricorrente Fastweb fosse o meno qualificata per svolgere i servizi richiesti, per valutare quale fosse la effettiva *chance* che l'impresa aveva di aggiudicarsi la gara. Accertato che la probabilità di aggiudicazione di Fastweb sarebbe stata del 20%, il Consiglio di Stato si rende conto di non poter dirimere la controversia, stante il rivenuto contrasto giurisprudenziale

<sup>99</sup> Con riferimento alla perdita di *chance* in materia di appalti pubblici, si registrano

La rimessione al Consiglio di Stato è stata giustificata dal riscontro di un netto contrasto in seno alla stessa giurisprudenza<sup>100</sup> – e con rife-

---

anche voci contrarie alla riconoscibilità di un mero interesse alla partecipazione alla gara: in questo senso v. L. DI GIOVANNI, *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 6/2017, 778 ss., secondo cui l'ordinamento non tutela una siffatta aspirazione, ma solo l'interesse legittimo pretensivo riferito al bene della vita dell'aggiudicazione, ossia il risultato finale e non la mera possibilità di raggiungerlo.

<sup>100</sup> Per una panoramica sullo stato della giurisprudenza amministrativa in materia di danno da perdita di *chance* nel contenzioso relativo ai contratti pubblici, v. L. TARANTINO (a cura di), *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. e app.* 4/2018, 575 ss., la cui rassegna consente di individuare il duplice significato di *chance* perduta, tra teoria ontologica ed eziologica. È significativo notare che la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia ritenuto di risarcire il danno da perdita di *chance* di aggiudicazione sia in forma specifica che per equivalente. La tutela in forma specifica si attua mediante la riedizione del potere amministrativo, ove possibile, ripristinando la *chance* perduta; la tutela per equivalente consiste, invece, nella liquidazione di un danno pari all'utile che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria, diviso per il numero di imprese partecipanti (ottenuto dalla somma di quelle utilmente collocate in graduatoria e quella ingiustamente esclusa). L'orientamento tradizionale – che oggi parrebbe recessivo – faceva applicazione del criterio del 10% dei quattro quinti del prezzo base della gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente (*ex art. 345 l. n. 2248/1865 All. F.*, oggi art. 109 codice contratti pubblici). Come riporta Tarantino, l'orientamento oggi prevalente è più rigoroso e impone l'onere della prova, a carico dell'impresa ricorrente, della «percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in via principale dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara». Un discorso *ad hoc* è quello relativo alla funzione della perdita di *chance* nell'ambito della responsabilità precontrattuale della p.a., quando – a fronte dell'avvenuta aggiudicazione – l'amministrazione revoca la propria determinazione, impedendo così la stipulazione del contratto. Su questi profili v., recentemente, Cons. St. 28.1.2019, n. 697 – e in termini identici l'ancor più recente Cons. St. 2.4.2019, n. 2181 – che ha ribadito il consolidato orientamento per cui «mentre i danni da mancata aggiudicazione sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di responsabilità precontrattuale i danni sono limitati al solo interesse negativo, ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi e nella perdita di occasioni di guadagno alternative (in tal senso - *ex multis* -: C.d.S., V, 27 marzo 2017, n. 1364; id., IV, 20 febbraio 2014, n. 790; id., V, 6 marzo 2013, n. 1357)». Vero è, quindi, che per le ipotesi di responsabilità precontrattuale la giurisprudenza amministrativa ha ammesso anche il ristoro della perdita di *chance* (in tal senso – *inter alia* – la sentenza di Cons. St. Ad. Plen. 5.9.2005, n. 6); ma è anche vero che la giurisprudenza ha limitato tale possibilità alle sole occasioni di guadagno alternative cui l'operatore leso avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'amministrazione, mentre non è ammesso il ristoro della *chance* intesa come pura e semplice possibilità di conseguire i guadagni connessi all'esecuzione del contratto non stipulato. È evidente al riguardo che, laddove si ammettesse (secondo le richieste dell'appellante) tale forma di ristoro della *chance* di guadagno, ne risulterebbe travolto il generale principio secondo cui, nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale, non è ammesso il ristoro delle

rimento non solo a casi analoghi di mancata indizione della gara ma anche ad altre fattispecie, quale quella relativa allo svolgimento di un concorso per il pubblico impiego – sulle condizioni necessarie a legittimare il ristoro della perdita di *chance*.

Un primo indirizzo è ascrivibile a grandi linee alla concezione eziologica e subordina il risarcimento della occasione perduta (consistente nella mancata aggiudicazione della gara non indetta) alla prova in giudizio delle probabilità di concreta ed elevata realizzabilità del risultato vantaggioso.

Per contro, il secondo orientamento – che professa di volersi collocare nel solco della teoria ontologica – ragiona nel senso che, essendo la perdita di *chance* non la perdita di un risultato futuro sicuro, ma la perdita della possibilità di conseguirlo, non si può pretendere la dimostrazione della rilevante probabilità di aggiudicazione, nel caso di procedura comparativa che non ha mai avuto luogo. Fin qui niente di davvero nuovo rispetto a quanto già emerso dal dibattito civilistico.

Secondo la sezione rimettente entrambe le posizioni si espongono a rilievi critici: da un lato, la prospettiva ontologica rischia di snaturare «la tipica funzione reintegratrice del rimedio del risarcimento del danno» che, oggi, l'art. 124 co. 1, secondo periodo, c.p.a., riconosce esplicitamente tramite il richiamo al danno «subito e provato», con la conseguenza che verrebbero a spalancarsi le porte di un risarcimento potenzialmente illimitato, configurando ipotesi di danno senza corrispondente lesione di una situazione giuridica soggettiva; d'altra parte, la teoria eziologica «potrebbe rendere non effettivo il risarcimento e dunque sarebbe soluzione non conforme ai principi eurounitari in materia», perché potrebbe legittimare l'amministrazione a sottrarsi agli obblighi di evidenza pubblica.

Ebbene l'Adunanza plenaria si è infine pronunciata con ord. 11.5.2018, n. 7, restituendo, però, gli atti alla sezione rimettente (ai sensi di quanto previsto dall'art. 99 co. 1, ultimo periodo, c.p.a., che consente la restituzione degli atti ove opportuno), rilevata l'impossibilità di affermare un principio di diritto conseguente ad un esame pieno della fattispecie, in larga parte già esaminata e decisa dalla sezione rimettente con sentenza non definitiva n. 118/2018, specie in relazione all'identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie, tra cui so-

---

occasioni di guadagno connesse all'esecuzione del contratto mai stipulato (i.e.: il c.d. "interesse positivo").



prattutto ingiustizia del danno e nesso di causalità; accertamento probatorio; criteri di liquidazione<sup>101</sup>.

Allo stato, dunque, manca una presa di posizione in merito. Non che sia, a nostro avviso, necessario optare nettamente per l'una o l'altra impostazione, per tutte le ragioni già illustrate nel primo capitolo. Resta il fatto che – come notato *supra* nel cap. I, par. 6 – recentemente il Consiglio di Stato, con la pronuncia dell'A.P. 23.4.21, n. 7, ha valorizzato l'uso della perdita di *chances* come tecnica di liquidazione del danno (in una fattispecie di danno da ritardo nascente dalla mancata erogazione di incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica in ragione di una sopravvenienza normativa), dando prova di voler così ridimensionare l'impatto del tema della risarcibilità della perdita di *chances* – quale possibile autonoma fattispecie di danno – nell'ambito del giudizio risarcitorio tra privato e pubblica amministrazione.

## 7. Il danno da perdita di *chance* nella responsabilità professionale dell'avvocato: rinvio

Non ci siamo occupati sino ad ora, volutamente, di una ipotesi di danno da perdita di *chance* molto significativa quale è quella della responsabilità professionale dell'avvocato, in cui, a dire il vero – e come si vedrà *infra* nel cap. V – la valutazione delle *chances* perdute non sempre attiene alla individuazione di una autonoma fattispecie di danno in senso proprio.

---

<sup>101</sup> Queste le parole esatte dell'A.P.: «le affermazioni contenute nella sentenza non definitiva n. 118/2018 in ordine alla sussistenza del nesso di causalità ed alla consistenza della *chance* di aggiudicazione – quest'ultima calcolata secondo una percentuale correlata al numero dei potenziali concorrenti di una gara virtuale – potrebbero, così, implicare l'utilizzazione di un metodo di accertamento dell'illecito e di liquidazione del danno, la cui correttezza potrebbe apparire strettamente correlata ai quesiti prospettati sulla ricostruzione dell'illecito e sulle conseguenze sull'esistenza e sulla liquidazione del danno da perdita di *chance*; quesiti, peraltro, risolvibili in astratto anche attraverso l'individuazione di percorsi ricostruttivi alternativi ovvero intermedi e comunque eclettici rispetto alla dicotomia tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica". In una situazione del genere, caratterizzata dall'incertezza sopra descritta, la pronuncia dell'Adunanza plenaria, da una parte, potrebbe inammissibilmente interferire con profili già esaminati dalla Sezione con la sentenza non definitiva; dall'altra, potrebbe risultare in qualche modo condizionata dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla Sezione e dalle scelte già operate con sentenza, così escludendo la possibilità stessa di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali scelte. Verrebbe, in tal modo, esclusa la possibilità dell'affermazione di un principio di diritto conseguente ad un esame pieno delle fattispecie».

Pare piuttosto che il giudizio di responsabilità dell'avvocato che non ha esattamente adempiuto le obbligazioni oggetto del suo mandato professionale si fondi sul "calcolo" delle *chances* sfumate. Come a dire che si ritiene l'avvocato responsabile – e così tenuto a risarcire il danno patito dal suo assistito – a seconda delle probabilità di successo nella eventualità in cui l'errore o l'omissione non fossero occorsi. È evidente come, ancora una volta, oggetto del danno e nesso eziologico si trovino a coincidere nella misurazione delle probabilità (perdute) di conseguire un certo profitto o evitare un certo pregiudizio.

Ciò non toglie che possa venire in rilievo, anche con riguardo alla responsabilità dell'avvocato, una ipotesi di vero e proprio danno da perdita di *chance*. Si pensi alla *chance* di addivenire ad un vantaggioso accordo transattivo con la controparte durante la pendenza del giudizio la cui prosecuzione è stata impedita per il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado non tempestivamente (e colposamente) impugnata dall'avvocato. Rispetto a tali ipotesi, su cui torneremo nell'ultimo capitolo, il delicato quesito che si pone di volta in volta all'attenzione dell'interprete attiene alla possibilità di far rientrare l'interesse dell'assistito alla opportunità di transigere la lite nel perimetro del programma negoziale del contratto di mandato professionale e della causa concreta di questo. Il che significa chiedersi se l'avvocato, nell'espletamento del mandato difensivo, sia tenuto anche a garantire il perseguimento di siffatto interesse.

PARTE II

LA PERDITA DI CHANCES NELLA DINAMICA DEL PROCESSO CIVILE

*Copia non commerciabile, solo per uso concorsuale - Tutti i diritti riservati*



### III. La *chance* quale bene della vita oggetto di tutela giurisdizionale. Il diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di *chance* e i suoi fatti costitutivi

#### 1. Le forme di tutela della perdita di *chances*. La dubbia ammissibilità di una domanda di mero accertamento dei fatti identificativi della *chance* (in una prospettiva di affermazione giudiziale della *chance* come interesse autonomamente protetto)

L'indagine sinora compiuta consente di evidenziare i primi risultati. Nonostante la questione causale sia evidentemente la matrice di ogni riflessione in materia di perdita di *chance*, la più recente giurisprudenza di legittimità sembra orientarsi ormai in via definitiva, perlomeno nel campo più battuto della responsabilità sanitaria, verso il disconoscimento di una regola causale alternativa da perdita di *chances*, pur in passato affermata.

Come emerso dalla lettura delle pronunce della S.C. (cfr. *supra* parte I, cap. II) la invocazione della perdita di *chance* non si giustifica con l'incertezza del nesso eziologico, ma con l'incertezza dell'evento di danno, derivante dalla lesione della *chance* quale interesse meritevole di tutela, e cioè bene della vita sotteso al diritto di credito oggetto della domanda giudiziale (tendenzialmente di condanna: ma v. *infra* quanto si dirà sul punto). Questo è, infatti, il passaggio logico-giuridico ineludibile (sebbene non tracciato esplicitamente dalla S.C.) perché si possa affermare la distinzione ontologica della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* rispetto alla generica ed onnicomprensiva domanda di risarcimento del danno non meglio specificato e, conseguentemente, la necessaria proposizione di tale prima domanda al fine di ottenere la liquidazione del danno subito per la perdita di una *chance*.

Così ove sia riconoscibile nella *chance* un interesse giuridicamente rilevante – in alcuni casi addirittura di rango costituzionale, come è, per noi, in campo di responsabilità sanitaria –, la sua lesione determinerà l'insorgenza di un danno, patrimoniale o non patrimoniale, risarcibile in via di responsabilità contrattuale o extracontrattuale. In questi casi la autonomia del bene della vita-*chance* consente di individuare un distinto diritto di credito, con la corrispondente distinta domanda di tutela giurisdizionale, e non una mera voce di danno.

È antico il dibattito intorno all'oggetto del giudizio di risarcimento del danno e all'unitarietà dello stesso in relazione alle distinte voci di danno reclamabili a partire dal medesimo evento lesivo.

Risulterà più chiaro, nel prosieguo della trattazione, come mai in ogni caso – e cioè che la richiesta di tutela, tendenzialmente di condanna risarcitoria, invochi una responsabilità extracontrattuale o contrattuale, ed indifferentemente, sia nelle fattispecie in cui la *chance* è direttamente l'oggetto della istanza di tutela che in quelle in cui la perdita di *chance* rileva tra le conseguenze risarcibili del danno – è necessario che il sacrificio della *chance* sia opportunamente sorretto da allegazioni e prove.

S'intende sostenere che la opzione qualificatoria tra autonoma fattispecie di danno e conseguenza risarcibile di un danno avente origine nella lesione di un bene diverso dalla *chance* stessa (da aggiungere eventualmente al danno emergente e al lucro cessante, secondo una interpretazione elastica dell'art. 1223 c.c.), se ha più immediate conseguenze in punto di identificazione del *petitum* della domanda risarcitoria, nella prospettiva dello svolgimento del processo e in relazione alle attività necessarie alla prova del preteso danno – al di là del momento di genesi della lite impresso nell'atto introduttivo – non sembra avere un impatto pratico davvero significativo.

La ragione di tale convinzione è presto illustrata. Che la *chance* venga in gioco quale bene della vita leso ovvero in relazione alla lesione di un'altra situazione giuridica, il danneggiato che ambisca ad attribuirle un peso nella complessiva individuazione del credito risarcitorio, nell'*an* come nel *quantum*, non potrà limitarsi ad affermare la preesistenza (rispetto all'illecito) di una *chance*<sup>1</sup>, ma dovrà allegare e provare,

---

<sup>1</sup> È opportuno precisare che, ove la domanda abbia ad oggetto il risarcimento del danno da perdita di *chances* in senso proprio ed autonomo, la sola affermazione della pretesa titolarità della situazione giuridica-*chance* varrà quantomeno a rendere ammissibile la domanda dal punto di vista della sussistenza della legittimazione ad

nei limiti del possibile, le circostanze a partire dalle quali il giudice possa apprezzarne la consistenza in concreto.

Si dirà che una siffatta esigenza ricorre in ogni caso, ove l'attore voglia incrementare le possibilità di vedersi accogliere una qualsiasi domanda; ma non si può negare che l'introduzione in giudizio della *chance* (tanto se oggetto stesso della lesione fondante il credito, ma non meno nell'ipotesi in cui la stessa rientri tra le conseguenze risarcibili di altro danno) implichi uno sforzo ulteriore, nella misura in cui gli elementi che possono contribuire ad identificarla esistono in una dimensione ipotetica, prognostica, nonché talora rivolta anche ad un passato ancora incompiuto e perciò difficilmente sondabile. In altri termini la prova – in ogni caso necessaria – della effettiva titolarità della *chance* di conseguire un vantaggio (necessaria ai fini dell'accoglimento nel merito della pretesa) è resa particolarmente complessa dalle caratteristiche intrinseche della stessa *chance*.

Ad ogni modo – ove ricorra una specifica ipotesi di risarcimento del danno da perdita di *chances* – l'opera preliminare di qualificazione della *chance* come interesse protetto, funzionale alla individuazione del *petitum*, potrebbe rivelarsi non essenziale nella prospettiva che, massimizzando la portata della effettività della tutela<sup>2</sup>, ha inteso valorizzare

---

agire, e così del diritto ad ottenere un provvedimento di merito: così secondo la teoria della azione in senso astratto, che ha prevalso sulla prospettazione chiovendiana dell'azione in senso concreto e che rifiuta la qualificazione della legittimazione ad agire come condizione di fondatezza della domanda: per una sintesi v., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 560 ss., nonché G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, rist. 1965, spec. 152; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VIII ed., (a cura di) E. Merlin e V. Colesanti, Milano, 2012, 152 ss.; e, in generale sulla legittimazione ad agire, E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, *Problemi di diritto*, Milano, 1957, I, 195 ss. e A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993.

<sup>2</sup> L'effettività della tutela giurisdizionale è qui evocata come «proiezione in *executivis* di una situazione giuridica soggettiva» e così come «*optimum* della protezione, quale predicato indefettibile del valore tutelato» (S. PAGLIANTINI, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della corte di Giustizia*, in S. Mazzamuto-L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 81); il significato di effettività che interessa ai nostri fini è legato alla «individuazione del rimedio adeguato al contenuto della situazione sostanziale che si vuole proteggere» (I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 2017, 355 ss.; in questo senso v. già R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, e A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2014, 2014, 825 ss., nonché Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003; v. più recentemente anche N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 1/2019, 15 ss.), di modo che il titolare della situazione giuridica riceva dal processo «tutto

l'azione "in senso astratto" o meglio "senza diritto", non già per spezzare il rapporto di strumentalità che lega il processo al diritto sostanziale di cui si chiede tutela<sup>3</sup>, quanto piuttosto per ampliare, tramite il giudizio e dunque a posteriori, il novero delle situazioni suscettibili di divenire oggetto della domanda e del giudicato<sup>4</sup>.

quello e proprio quello» che gli spetta (richiamando la idea di G. CHIOVENDA, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.* 1911, 99 ss.). Come osserva già in *incipit*, I. PAGNI, *Effettività*, cit., 355, nel passaggio dalla dimensione sostanziale a quella processuale, l'effettività può essere guardata dalla prospettiva dell'accesso alla giustizia e dell'attuazione dei principi del giusto processo: sul principio di effettività – nella declinazione del diritto al rimedio effettivo ex art. 13 CEDU, da considerarsi distinto rispetto al diritto all'equo processo impresso nell'art. 6 della Convenzione – v. l'approfondimento di D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2017, 961 ss., spec. 970 ss.; nonché S. CAPORUSSO, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell'art. 6, par. 1, CEDU*, in *Pers. merc.* 1/2014, 118 ss. Viene in gioco, dunque, una concezione che interseca il tema delle fonti del diritto, e della giurisprudenza tra queste, quale formante del diritto che intercetta i bisogni dalla realtà fenomenica per tradurli nel processo: l'effettività è tutela in senso pieno, quale criterio guida della selezione degli interessi giuridicamente rilevanti (selezione che, nel processo, è incardinata anzitutto sull'art. 24 Cost. e sull'art. 100 c.p.c.): sul punto v., tra i molti, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 13 ss., sulla differenza tra gli strumenti dei "diritti" e dei "rimedi" per dare risalto ai vari interessi che la realtà manifesta; e oggi ID., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, spec. 143 ss.

<sup>3</sup> Posto che, ai sensi dell'art. 2907 c.c., la tutela giurisdizionale è pur sempre rivolta all'accertamento dei meri fatti, per cui è esclusa «l'ammissibilità di azioni volte all'accertamento di meri fatti, ancorché giuridicamente rilevanti, anziché degli effetti giuridici dagli stessi eventualmente scaturiti»: così C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 29, e già ID., *Domanda giudiziale*, in *Dig.*, VII, Torino, 1991, 44 ss. e spec. 66 ss.; v. anche F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017, 3 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova, 1982, spec. 1197-1198, che giustifica la conclusione secondo cui oggetto della tutela giurisdizionale dei diritti non può che essere una situazione giuridica soggettiva concreta e non un mero fatto sulla base della garanzia del diritto di difesa, perché il convenuto deve sapere esattamente contro cosa difendersi, «deve cioè poter sapere quale sia il bene concretamente richiesto dall'attore e quale è il danno che [...] può derivare dall'accoglimento della domanda attrice». Se fosse possibile dedurre ad oggetto del giudizio un mero fatto, questa esigenza di prevedibilità del contenuto della pretesa su cui fondare la reazione concreta di chi deve difendersi non potrebbe essere tutelata, poiché «uno stesso fatto può essere rilevante ai fini di più e diversissimi effetti giuridici»; v. anche A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 2/1990, 386 ss., poi confluito nella raccolta *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. *Studi*, Napoli, 2003, 294 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 45 ss., che valorizza la strumentalità del processo rispetto al diritto sotteso, da cui la sentenza come atto volto innanzitutto a rimuovere una incertezza sul piano sostanziale; non può mancare, poi, il richiamo a G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 47 ss.; per una indagine recente sul tema v. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018, spec. 536 ss., a cui si rinvia anche per tutti gli altri riferimenti dottrinali.

<sup>4</sup> Come spiega, condivisibilmente, E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*.



La “costituzione” della *chance* avverrebbe direttamente in giudizio, all’insegna di una «positività ermeneutica» per cui «il diritto non è mandato dall’alto, ma scoperto dall’interprete nella “realtà” storica delle condotte sociali e dei casi pratici»<sup>5</sup>, una volta accertata la esistenza di taluni fatti significativi, in grado, cioè di sostanziare la possibilità di conseguire un risultato vantaggioso (o evitare un esito sfavorevole).

Ma procediamo con ordine.

È noto che, mentre nel caso dell’azione costitutiva la tipicità prescritta dall’art. 2908 c.c. impone pur sempre il rispetto del tradizionale enunciato per cui, in linea di principio, oggetto della tutela giurisdizionale non può che essere una situazione potestativa ad attuazione giurisdiziativa<sup>6</sup>, che si sostanzia nella richiesta di modificazione della realtà

---

*Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016 28 ss., secondo cui la riferita prospettiva risponde all’obiettivo di «consentire al giudice di tutelare anche in maniera atipica un interesse reputato meritevole, creando *ex post* e con il suo intervento una situazione giuridica protetta. L’interesse sarà reputato meritevole di tutela proprio perché esso è stato protetto in sede giurisdizionale. Si muove, cioè, dal diritto processuale civile per arricchire il piano del diritto sostanziale di nuove situazioni meritevoli di protezione».

<sup>5</sup> Così N. IRTI, *Sulla “positività ermeneutica” (per Vincenzo Scalisi)*, in *Riv. dir. civ.* 4/2016, 923 ss., spec. 927, ricordando il pensiero di V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.* 1/2005, 283 ss., e in *Id.*, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell’epoca della postmodernità*, Milano, 2012, 57 ss.

<sup>6</sup> La individuazione dell’oggetto delle azioni costitutive è, come noto, tema dibattuto. Si discute, cioè, se oggetto della domanda e della relativa pronuncia sia il potere formativo di modifica della realtà sostanziale (il diritto potestativo, con altra terminologia, o il “diritto all’esercizio del diritto”, come chiosava criticamente F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Milano, 1936, 148), ovvero la situazione soggettiva finale sostanziata nell’effetto giuridico perseguito con la domanda. Secondo A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 60 ss., spec. 80, e I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, spec. 288 ss. (di cui v., sul tema, pure il più recente intervento in nota alla pronuncia delle sezioni unite del 2014 sul rilievo officioso della nullità, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 1/2015, 71 ss.) l’oggetto della pronuncia ricade sulla situazione soggettiva finale piuttosto che sul diritto potestativo, che rileva quale autonoma situazione giuridica solo finché non venga esercitato, in ragione della sua natura tipicamente strumentale rispetto all’effetto finale; così pure S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, 142-143, e *Id.*, *Il giudicato civile*, in A. PROTO PISANI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, Torino, 1988, 107 ss., il quale, invero, non rifiuta *tout court* la nozione di diritto potestativo, ma lo concepisce quale mera questione conosciuta *incidenter tantum* piuttosto che come diritto soggettivo oggetto del processo costitutivo; nonché B. SASSANI, *Impugnativa dell’atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, spec. 227 ss., che, d’accordo con le conclusioni di Menchini, sottolinea che l’oggetto della pronuncia costitutiva è la «disciplina del rapporto giuridico», di talché ad essa può attribuirsi non solo un effetto di modificazione giuridica sull’atto

sostanziale; e per il caso dell'azione di condanna, l'obiettivo ultimo è quello di ottenere un titolo esecutivo per assicurarsi il diritto ad ottenere la prestazione materiale pretesa onde soddisfare un credito; quando l'azione è invece confinata al mero accertamento, la limitatezza degli effetti (non si potrà, ove pur accolta la domanda, procedere ad esecuzione forzata né si ottiene una modificazione giuridica) consente di essere più permissivi in ordine alla individuazione del possibile oggetto della domanda. Con la conseguenza che questa potrebbe vertere anche su singoli profili di un rapporto, a patto che essi abbiano una qualche incidenza sulle eventuali pretese future nascenti dal rapporto stesso. Ecco che l'interesse ad agire contemplato nella formula aperta e quasi apodittica<sup>7</sup> dell'art. 100 c.p.c. – che nella tutela di accertamento trova il principale ambito di applicazione – diventa lo strumento di individuazione della «minima unità strutturale» azionabile in giudizio<sup>8</sup>.

---

di autonomia privata, ma pure di determinazione della condotta delle parti rispetto a quel rapporto; di diverso avviso, sulla scia dell'insegnamento di G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 40 ss., nel senso che oggetto del giudizio costitutivo sarebbe il diritto potestativo alla modificazione della realtà sostanziale, già A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, spec. 153 ss. (ma v. pure il suo *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 475 ss., spec. 532 ss., ove pare rileggere la questione dell'oggetto dell'accertamento del processo costitutivo in chiave pubblicistica, nel senso di riferirlo al dovere del giudice di pronunciare l'effetto modificativo piuttosto che alla esistenza della situazione giuridica oggetto della domanda), e pure C. CONSOLÒ, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, parte I, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 215 ss., spec. 246 ss.; v., per una recente analisi del dibattito sul punto, nonché per ulteriori riferimenti dottrinali, v. R. MURONI, *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, spec. 71 ss., e ancora 97 ss., la quale, in sintesi, ribadisce la strumentalità del diritto potestativo rispetto ad una situazione giuridica preesistente, che è essa stessa bisognosa (e perciò oggetto) di tutela giurisdizionale.

<sup>7</sup> Formula dotata di «agilità» e «vaghezza», secondo E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica*, in *Jus* 1954, 547 ss., che confrontava la nozione di interesse ad agire con quella tedesca del “bisogno di protezione giuridica”, criticandole entrambe. Non meno criticamente, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1925, spec. 425, definiva l'interesse come «ibrida nozione, che costituisce una delle più infelici approssimazioni di cui si sia valsa [...] la scienza del processo».

<sup>8</sup> È la definizione di G. VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.* 2/1989, 573 ss., in nota alla pronuncia del Trib. Napoli, 6.3.1989, che decideva un caso relativo alla questione – su cui si tornerà nei paragrafi che seguono – dell'unicità del diritto risarcitorio e della efficacia del giudicato anche rispetto alle voci di danno non specificamente dedotte ad oggetto della domanda (nella specie venivano in rilievo il diritto agli interessi e quello al maggior danno, ai sensi dell'art. 1224 c.c.). L'autore rivolge una decisa critica all'impostazione, votata alla visione del processo come strumento di diritto pubblico e condivisa da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 281 ss., secondo cui «la parte, nel proporre la domanda giudiziale, [dovrebbe] avere cura di predisporla in maniera da esaurire qualsiasi pretesa collegabile alla

In proposito, si è talvolta sostenuto che l'azione di accertamento potrebbe vertere non solo su diritti soggettivi o rapporti giuridici in senso stretto, ma anche «su singoli aspetti contestati o oggettivamente incerti di un rapporto giuridico e, così, su singole *Vorfragen* (certo non su meri fatti), che conseguentemente assurgerebbero ad autonomi beni della vita idonei al giudicato sostanziale»<sup>9</sup>.

---

situazione controversa se non vuole correre il rischio che, in successivi processi, gli venga opposto il giudicato, ovviamente *implicito*, che copre anche domande che avrebbero potuto e *dovuto* essere proposte in precedenza». Verde richiama, condividendola, la tesi di E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.* 1/1958, 399 ss., il quale osservava che, in un ordinamento in cui non vige la tipicità delle *actiones* del diritto romano classico e ispirato al principio dispositivo, non ci dovrebbero essere ragioni per vietare all'interessato «di far valere il proprio diritto a più riprese». Così l'A. proponeva di evitare un uso esteso del giudicato implicito, nel senso che – se si vuole ritenere non proponibile una domanda frammentata – si dovrebbe far ricorso all'art. 100 c.p.c. e all'interesse come «misura dell'azione non soltanto in senso soggettivo, come indispensabilità del ricorso ai giudici per la tutela dei diritti, ma anche in senso oggettivo, come necessità di dimostrare la sussistenza di un reale e accettabile interesse al frazionamento della tutela (concetto che, come si vedrà *infra*, è stato poi valorizzato dalla giurisprudenza di legittimità al fine di limitare la moltiplicazione delle iniziative giudiziarie). L'utilizzazione di questa norma, oltre tutto, consentirebbe non la pronuncia di merito sull'intera situazione sostanziale (dedotta e non dedotta) ma più civilmente una sentenza di rigetto per mancanza di interesse ad una pronuncia frazionata, che non sarebbe preclusiva della riproposizione della domanda giudiziale». E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 27, spec. nota 13, si riferisce alla posizione di G. VERDE, *Sulla «minima unità strutturale»*, cit., spec. 576, contemplandolo tra gli A. che hanno fatto leva sul concetto di «azione senza diritto»: a parere di chi scrive, tuttavia, Verde non mette davvero in discussione la premessa secondo cui l'ordinamento coordina l'azione civile alla tutela di situazioni soggettive autonomamente rilevanti. Ciò che viene criticato è piuttosto «la strada che voglia collegare l'estensione del giudicato non alle richieste delle parti, ma alla consistenza oggettiva dei diritti» e che non reputi necessario almeno che il tema della lite venga allargato a «qualsiasi implicazione della situazione sostanziale controversa» tramite l'esercizio del potere-dovere officioso del giudice.

<sup>9</sup> Così M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 141 ss., il quale evidenzia che la tesi che ammette la tutela di accertamento su singoli profili di un rapporto giuridico (su cui v. *infra* nella nt. seguente) è minoritaria rispetto a quella tesi preponderante secondo cui l'accertamento di singoli aspetti di un rapporto giuridico deve considerarsi ammissibile nei soli casi previsti dalla legge; sull'oggetto della tutela di accertamento, in generale, v. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, rist. 1993, 3 ss. e Id., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1/1933, 33 ss., su cui v. anche le più recenti riflessioni di C. CHIARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, spec. 28 ss.; nonché A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, cit.; e Id., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.* 6/2002, 165 ss.; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 16 ss., che, a partire dal confronto con le pagine chiovendiane sull'azione di accertamento come tutela generale, aveva infine ritenuto più prudente concludere che, in mancanza di un diritto soggettivo, l'ammissibilità dell'accertamento dipende

Ciò implica che, secondo tale ricostruzione, un diritto possa essere azionato in giudizio anche con riferimento ad un *quid minoris* e non necessariamente in tutta la sua compiuta integralità<sup>10</sup>.

Con specifico riferimento alla *chance* si dovrebbe immaginare un interesse del danneggiato ad instaurare il giudizio al fine di ottenere l'accertamento di fatti e circostanze che ne dimostrino materialmente l'esistenza.

Nella prospettiva dischiusa dalla tesi in parola, il giudice dovrebbe ben ritenere ammissibile una tale azione – e non rigettarla in rito per carenza di interesse ad agire – ma solo una volta riconosciutane la strumentalità rispetto ad altra futura azione di condanna al risarcimento del danno astrattamente esercitabile dall'attore, il quale quantomeno affermi prospetticamente di vantare un diritto di credito risarcitorio (mostrando così di essere legittimato ad agire prima in accertamento –

---

non da un'esigenza di tutela, ma da «un più mutevole apprezzamento di opportunità e convenienza».

<sup>10</sup> In tal senso M. MARINELLI, *op. loc. ult., cit.*, riferendosi esplicitamente al pensiero di G. VERDE, *op. ult. cit.*; si era espressa in senso favorevole alla valorizzazione delle *Vorfragen* come autonomo oggetto di giudizio anche E. MERLIN, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1984, 193 ss., in nota ad una pronuncia della Pretura di La Spezia del 3.8.1982, relativa ad un caso di domanda di mero accertamento dell'esistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato non includente anche la pretesa alle relative prestazioni retributive. L'A. si era mostrata critica rispetto a quell'impostazione volta a stringere la tutela d'accertamento nelle strette maglie di una tipicità non prevista, come a volerla ritenere ammissibile solo quando avente ad oggetto un diritto attuale ad una pretesa ben determinata: «una simile impostazione è difficilmente accettabile per chi nutra il ragionevole convincimento che la tutela di mero accertamento [...] si collochi accanto alle altre forme di tutela con una propria specifica destinazione funzionale, e che la sua esperibilità al di fuori dei casi tipici non possa esaurirsi nello svolgimento di un ruolo di supplenza rispetto a quella di condanna». Sono analogamente orientate le riflessioni di B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, spec. 65 ss. (v. anche *Id.*, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 193 ss.; e *Id.*, *Interesse ad agire*, I, *Diritto processuale civile*, Enc. *Giur.*, XVII, Roma, 1989), ove si approva l'idea di interesse ad agire connesso all'utilità concreta perseguita dall'attore, nel senso che il giudice dovrebbe chiedersi quale sia l'utilità perseguita dall'attore e se l'accoglimento della sua domanda lo lascerebbe o meno nella stessa condizione in cui si trova *ante litem*. M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, cit., spec. 127 ss., reputa la tesi di Sassani senz'altro «originale e suggestiva», ma al fondo discutibile, poiché propone una interpretazione dell'interesse ad agire che sfocia inevitabilmente nella dimensione del merito della causa e a tratti si confonde con la distinta condizione della legittimazione ad agire. Non condivide il riferimento del concetto di interesse ad agire alla concreta utilità della tutela richiesta sindacabile dal giudice, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., spec. 63-64, «tantomeno con riferimento al valore economico della pretesa, rischiandosi altrimenti di limitare arbitrariamente, se non di svuotare del tutto, il principio fondamentale del diritto d'azione tutelato dalla costituzione» (v. spec. i riferimenti bibliografici in nota 178).

che, *in thesi*, è questo peculiare tipo di accertamento su fatti – e poi in condanna); strumentalità che dovrebbe opportunamente emergere già dai contenuti delineati nell'atto di citazione per il mero accertamento di quei fatti aventi efficacia determinativa dell'interesse-*chance*.

In altre parole ci dobbiamo chiedere se si possa ammissibilmente domandare l'accertamento dei fatti fondanti la *chance* di successo (quale situazione giuridica "potenziale" e bisognosa di individuazione in astratto e specificazione in concreto nella sede del processo), senza proporre contestualmente l'azione di risarcimento del danno, ma adducendo l'interesse ad ottenere intanto un siffatto accertamento al duplice fine di cristallizzare il riconoscimento della *chance* quale situazione giuridica tutelabile, e di porre più solide basi per il futuro esercizio dell'azione di condanna al risarcimento del danno, in cui chiedere altresì il ristoro del pregiudizio sofferto a causa della perdita di quelle occasioni di guadagno (dei cui fatti identificativi si era chiesto l'accertamento nel precedente giudizio, allorché la quantificazione o la dimostrazione della relazione causale fossero ancora non messi del tutto a fuoco).

Del resto la componente di accertamento, in ogni caso preliminare alla concessione della tutela (anche) di condanna, si colora in modo peculiare con riferimento alla perdita di *chance*: qui il giudice non dovrà solo procedere all'accertamento dell'inadempimento o degli elementi costitutivi dell'illecito, ma dovrà pure apprezzare i fatti addotti a sostegno della esistenza della *chance*, come già anticipato e come si vedrà meglio nei paragrafi che seguono.

Il tema della tutela di accertamento avente ad oggetto profili di mero fatto (ma aventi una certa precisa rilevanza giuridica prospettica, perché incidenti sul rapporto nel suo complesso) è sempre stato assai rilevante in materia di contratti di lavoro, rispetto ai quali può emergere nel caso di specie l'apprezzabile interesse a fissare in una pronuncia giudiziale uno o più fatti che costituiscono l' "antecedente logico" di un diritto scaturente dal rapporto.

Così è, ad esempio, nel caso dell'accertamento della esatta data di inizio del contratto ai fini della determinazione del relativo trattamento di fine rapporto; o in quello della domanda giudiziale proposta dal lavoratore subordinato al fine di ottenere l'accertamento dell'anzianità di servizio, in funzione del riconoscimento dei diritti che ne discendono; o nell'ipotesi in cui il datore di lavoro voglia agire in giudizio per chiedere l'accertamento di un inadempimento particolarmente grave

del suo dipendente, che costituirebbe giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento<sup>11</sup>.

Il punto è che, in tali casi, si tratta di un diritto di azione (o di un potere costitutivo ad attuazione stragiudiziale, come nel caso del licenziamento) non ancora esercitato ma astrattamente predicabile, in quanto attinente ad un rapporto giuridico (contrattuale) già esistente da cui si diramano alcuni diritti certi, perché già acquisiti al patrimonio del lavoratore.

Se si volesse applicare tale *modus operandi* alla fattispecie della perdita di *chance*, faremmo fatica a rinvenire un diritto ad una certa prestazione *in thesi* automaticamente derivante dall'accertamento dei presupposti costitutivi della *chance*.

Per esemplificare, il candidato alla procedura selettiva interna (in cui era rimasto vittima dell'illecito commesso dal datore di lavoro) non può in alcun modo sostenere che l'accertamento dei fatti integranti la sua *chance* di vittoria sia strettamente necessario – tanto da risultarne la premessa logico-giuridica – alla soddisfazione di una futura pretesa di natura patrimoniale, eventualmente derivante dal proprio contratto di lavoro già in essere, per la semplice ragione che, pure dopo aver ottenuto il riconoscimento della *chance* in astratto, ciò non potrebbe giustificare in concreto e automaticamente la ulteriore pretesa risarcitoria deducibile dal preteso danno da mancata promozione.

---

<sup>11</sup> Ne discute, anche in dialogo con le soluzioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità, E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio*, cit., 72 ss., chiedendosi se davvero, con riferimento alla seconda e terza fattispecie di quelle portate ad esempio nel testo, oggetto del giudizio sia una mera circostanza di fatto, sebbene giuridicamente rilevante, ovvero, non diversamente dal solito, il rapporto giuridico nella sua interezza. L'A. conclude che, con riferimento all'anzianità di servizio, viene dedotto in giudizio l'intero rapporto giuridico, «sia pure – questa l'unica peculiarità – così come risulta dopo il verificarsi di un fatto (per il medesimo) giuridicamente rilevante»; anche con riguardo alla domanda del datore di lavoro in vista dell'esercizio stragiudiziale del potere di licenziamento (su cui v. i riferimenti alla evoluzione della giurisprudenza di legittimità a p. 74, nota n. 8, spec. a Cass. 30.6.2014, n. 14657, che, da ultimo, ha sancito l'inammissibilità di una tale domanda per carenza di interesse ad agire *sub specie* di meritevolezza della pretesa) l'oggetto del processo coincide con il rapporto di lavoro, rispetto al quale l'inadempimento del lavoratore è rilevante ai fini della modificazione stragiudiziale del rapporto stesso, il quale diventerà inesistente dopo l'esercizio del potere di licenziamento. V. pure i richiami alla giurisprudenza italiana meno recente, in relazione a quella tedesca, svolti da M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, cit., 152 ss., il quale, diversamente da D'Alessandro, rifiuta l'idea che, invero, anche in tali casi, verrebbe dedotto in giudizio l'intero rapporto giuridico, poiché ciò non sarebbe in linea con il principio della domanda.

Pertanto ci pare di poter concludere, *re tota perpensa*, che a fronte di una domanda volta al mero accertamento degli elementi costitutivi della *chance*, il giudice avrebbe valide ragioni per pronunciare una *absolutio ab instantia* motivata sulla base del difetto di interesse ad agire in accertamento di elementi meramente fattuali, sebbene integranti, nel loro insieme, un bene della vita potenzialmente oggetto di tutela<sup>12</sup>.

Si dovrebbe, al contrario, ammettere che un interesse ad agire sussista nel caso in cui l'attore – non essendo, in un primo momento, ancora in grado di provare le conseguenze dell'evento di danno e dunque di quantificare il complessivo pregiudizio asseritamente subito – adduca la volontà di rimuovere l'incertezza intorno all'esistenza non solo della *chance* compromessa, ma anche già del diritto di credito risarcitorio fondato sulla lesione della stessa, nell'attesa di far valere compiutamente, con vera e propria domanda di condanna, la pretesa di ristoro dei danni<sup>13</sup>.

Ma allora una domanda utile a rappresentare la non trascurabile esigenza, preventivo-strumentale, di favorire una maggiore fruttuosità della tutela di condanna<sup>14</sup> dovrebbe essere più esattamente formulata nelle

---

<sup>12</sup> Si potrebbe obiettare che la tutela di accertamento di tutti quei fatti che si è soliti pensare assommati nella *chance* sarebbe l'unica via inizialmente a disposizione del danneggiato: certo resta il dubbio che l'ammissione di una siffatta tutela di accertamento si risolverebbe nell'attribuzione di una funzione meramente consultiva all'organo della giurisdizione, chiamato ad aiutare l'attore a "sondare il terreno" della fondatezza della eventuale domanda di condanna al risarcimento del danno. E proprio la impossibilità di concepire la figura del giudice-consulente induce a confermare la soluzione negativa; sulla scorta della ulteriore osservazione per cui la tutela risarcitoria, in generale e non solo quando è in gioco la perdita di *chance*, sconta un elevato grado di aleatorietà dovuto soprattutto ai caratteri dell'indagine sulla sussistenza del nesso causale tra illecito e pregiudizio subito (e non meno al riscontro dell'elemento soggettivo dell'illecito stesso).

<sup>13</sup> È il suggerimento che ricaviamo da E. MERLIN, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, cit., 213, secondo cui, in casi del genere, «a chi è colpito sul piano sostanziale dall'incertezza, verrebbe del tutto inibito, almeno in una determinata fase di sviluppo del suo rapporto giuridico, il ricorso alla tutela giurisdizionale, non essendo ancora titolare di una pretesa ad una prestazione da porre ad oggetto dell'accertamento».

<sup>14</sup> Ha parlato di funzione *lato sensu* cautelare della sentenza di condanna generica (su cui v. *infra*, testo e note), poiché anticipa l'acquisizione di un titolo valido alla iscrizione della ipoteca giudiziale, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 159; avevano già valorizzato la funzione propriamente cautelare del provvedimento in parola, P. CALAMANDREI, *La condanna «generica» ai danni*, già in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 357 ss., e oggi in *Id.*, *Opere giuridiche. La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove*, V, Roma, 2019, 503 ss., spec. 519, attribuendo alla condanna generica la funzione primaria di accertamento (anche se non della esistenza del danno) e una funzione accessoria di tipo cautelare, consistente nella «indagine

forme della domanda di condanna generica *ex art. 278 c.p.c.*, avente ad oggetto non il mero accertamento preliminare della esistenza della *chance* quale situazione giuridica o entità comunque definibile, bensì l'accertamento (quantomeno) della potenzialità dannosa dell'illecito, o addirittura della esistenza del credito al risarcimento del danno nella sua interezza<sup>15</sup>, a seconda di quale ampiezza si intenda assegnare all'oggetto della sentenza di condanna generica (v. quanto si dirà *infra* nel paragrafo che segue).

### 1.1. (Segue) la domanda di condanna generica (previo accertamento dell'illecito e sua potenzialità dannosa) al risarcimento del danno da perdita di *chance*

La definizione dell'oggetto della domanda di condanna generica<sup>16</sup> è, tradizionalmente, uno dei temi più dibattuti in relazione a tale pecu-

---

delibativa di verosimiglianza su quello stesso elemento (danno), la cui cognizione resta interamente riservata al giudizio di liquidazione; e V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, 343 ss., che aveva usato l'espressione di «larvato provvedimento cautelare»; v. anche L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, spec. 64-66, nonché ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 158-162, il quale ha sottolineato la funzione della condanna generica di rafforzamento anticipato della tutela del credito per via dell'ottenimento della garanzia ipotecaria; G. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, spec. 80, osservava che, mentre «la condanna ordinaria è autorizzazione all'esecuzione e, prima ancora, alla cautela (garanzia), la condanna generica è solo autorizzazione alla costituzione della garanzia». Su questi temi v. il recente contributo di M. VANZETTI, *La condanna generica*, Milano, 2022.

<sup>15</sup> Il che dovrebbe ritenersi ammissibile e non censurabile sotto il profilo della carenza dell'interesse ad agire, come ricordavano già P. CALAMANDREI, *La condanna «generica» ai danni*, ult. cit., spec. 505, secondo cui «la separazione del giudizio in due fasi trova (al pari dell'azione di mero accertamento, concepita come mezzo generale d'attuazione della legge) esauriente giustificazione nel principio dell'interesse ad agire: spetta alle parti determinare il *thema decidendum* da sottoporre al giudice; e se le parti in un primo tempo ritengono utile limitare la controversia al solo punto dell'*an debeatur*, non potrebbe il giudice rifiutarsi di prendere in esame questa richiesta, se nel commercio giuridico anche una pronuncia limitata a questo punto può presentare [...] una effettiva utilità, e quindi apparir come idonea a soddisfare l'interesse di chi la richiede»; e A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 204-209, non si può impedire al creditore – sanzionando la sua domanda con il rigetto in rito per carenza di interesse ad agire – di chiedere il mero accertamento del suo diritto, pur quando fossero già sussistenti le condizioni per instaurare il processo di condanna. Tale reazione risponde ad una interpretazione del concetto di interesse ad agire, secondo l'A. non condivisibile, basata su ragioni di economia processuale, per cui l'avente diritto avrebbe accesso alla tutela giurisdizionale solo come *extrema ratio* e anche tra i vari mezzi processuali dovrebbe optare per quello «più rapido, conveniente ed economico». Sul punto si rinvia ad alcune più diffuse riflessioni in tema di frazionamento del credito, *infra* nel par. 3.

<sup>16</sup> Su cui v., in generale, oltre al già ricordato contributo di P. CALAMANDREI, *op. ult.*



liare figura, a metà strada tra la tutela di mero accertamento e quella di condanna<sup>17</sup>, nata dalla prassi giurisprudenziale, per poi essere codificata nell'art. 278 del codice di rito del '40 (non esisteva, infatti, norma analoga nel codice del 1865)<sup>18</sup>, con espressione purtroppo non chiarificatrice dei dubbi che avevano animato il dibattito sull'istituto sin dalla sua nascita.

Come noto, la norma fa riferimento all'accertamento della "sussistenza di un diritto", alimentando gli interrogativi agitati in dottrina e giurisprudenza sull'esatto significato di tale formulazione, nell'intento di chiarire se, in ultima analisi, oggetto della pronuncia di condanna generica (sicuramente idonea alla iscrizione della ipoteca giudiziale

---

*cit.*, F. CARNELUTTI, *Condanna generica al risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, 324 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, 328 s.; V. ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano, 1961; A. CARRATTA, *Condanna generica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; C. CAVALLINI, *L'oggetto della sentenza di condanna generica*, in *Riv. dir. proc.* 2/2002, 523 ss.; E. MARINUCCI, *comm. sub art. 278 c.p.c.*, in L.P. Comoglio - C. Consolo - B. Sassani - R. Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, III, Torino, 2012, 52 ss.; V. BARONCINI-M. MONTANARI, *comm. sub art. 278*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 666 ss.

<sup>17</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, *cit.*, 158-159, definisce "oziosa" la problematica relativa all'inquadramento della sentenza di condanna generica tra la tutela di accertamento e quella di condanna, in quanto rilevante al solo fine di determinare l'applicabilità dell'art. 2953 c.c., che impartisce tra gli effetti della pronuncia di condanna quello di trasformazione della prescrizione breve in prescrizione ordinaria decennale. Ad ogni modo si ritiene condivisibile la lettura di C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, *cit.*, 83, secondo cui – per quanto si tratti di una sentenza di accertamento di alcuni elementi della fattispecie costitutiva del diritto – non si può trascurare che il legislatore abbia ascrivito tale tipo di provvedimento alla tutela di condanna, e dunque non si può negare che esso abbia i due effetti secondari tipicamente riconosciuti ad ogni provvedimento di condanna; così anche F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, II, *cit.*, 198 ss., che individua l'oggetto della sentenza di condanna generica nell'accertamento di «un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose e della imputabilità di questo fatto» ed esclude che essa sia una pronuncia di condanna solo dal punto di vista dell'esecuzione forzata.

<sup>18</sup> «Nella pratica giudiziaria, nella quale, come direbbe Amleto ai teorici del processo "esistono molte più cose di quante non pensi la vostra filosofia", si è formata da tempo sul margine delle leggi la consuetudine, sulla legittimità della quale a nessun avvocato verrebbe in mente di dubitare, di scindere la cognizione sulle azioni di risarcimento di danno in due fasi, anzi in due separati processi, uno destinato ad accertare se il convenuto debba giuridicamente rispondere dell'ipotetico danno (*an debeatur*), e l'altro successivo, destinato ad accertare in concreto l'ammontare del danno, di cui il convenuto è già stato ipoteticamente dichiarato responsabile (*quantum debeatur*)»: così esordiva P. CALAMANDREI, *La condanna «generica» ai danni*, *ult. cit.*, 503. Per una efficace sintesi della evoluzione storica dell'istituto, v. A. MASTANTUONO, *Della qualità e del perimetro dell'accertamento contenuto nella condanna generica e della sua idoneità a precludere nuove difese*, in *Corr. giur.* 4/2016, 555 ss.

per espressa previsione dell'art. 2818 c.c., e altrettanto sicuramente inidonea all'avvio della esecuzione forzata, se non quando assistita da provvisoria) sia l'intera pretesa giuridica ovvero un frammento della stessa individuabile in singole questioni, che, con riguardo al risarcimento del danno, sono in particolare la illegittimità o illiceità dell'atto e la sua portata dannosa<sup>19</sup>.

La preferenza per la seconda delle due opzioni indicate (in effetti accolta dalla maggioranza degli autori e dalla giurisprudenza) si rivela particolarmente propizia con riguardo alla fattispecie risarcitoria derivante dal danno da perdita di *chance*, poiché consente al giudice di

<sup>19</sup> È questa la opinione dominante in giurisprudenza: cfr., fra le tante e più recenti, Cass. 11.10.2016, n. 20444 (in banca dati *Italggiureweb*). In dottrina le ricostruzioni sono più varie. V., per tutti, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1956, 250; F.P. LUISSO, *op. loc. ult. cit.*, ad avviso del quale «le questioni relative all'esistenza e quindi all'ammontare del danno o più in generale della prestazione; e anche il nesso di causalità tra il fatto potenzialmente produttivo del danno, ed il danno stesso» restano stralciate dalla sentenza sull'*an* e affidate al successivo giudizio sul *quantum*; A. PROTO PISANI, *op. loc. ult. cit.*, che si riferisce appunto al "segmento" della situazione giuridica. Degna di nota è la ricostruzione di C. CAVALLINI, *L'oggetto della sentenza di condanna generica*, cit., spec. 534, secondo cui l'oggetto della condanna generica non diversamente da quello della condanna specifica, è il diritto al risarcimento del danno (n.b.: in tutti i suoi elementi costitutivi, tranne il *quantum* – non in un segmento del diritto) ove la differenza si ritrova, piuttosto, nella modulazione dei poteri-doveri del giudice in ordine alla prova del danno; e «per prova del danno non può che intendersi, *ex latere iudicis*, la gradazione del criterio valutativo delle deduzioni istruttorie offerte dall'attore (o comunque acquisite al processo) idonee a fondare un giudizio, se non di certezza, almeno di probabilità di esistenza del danno, impregiudicata ogni valutazione definitiva (e per l'appunto demandata ad un successivo processo od al prosieguo del medesimo) sia dell'esistenza effettiva, sia, com'è ovvio, della quantificazione del danno stesso». V. pure A. MASTANTUONO, *Della qualità e del perimetro dell'accertamento contenuto nella condanna generica*, cit., critica rispetto alla conclusione della sentenza ivi annotata di Cass. 9.4.2015, n. 7090 (che aveva invece valorizzato la locuzione letterale contenuta nell'art. 278 c.p.c.), nel senso che una tale concezione dell'oggetto della sentenza di condanna generica, ne mette in crisi il rapporto con la condanna specifica. Più correttamente l'oggetto di tale provvedimento deve intendersi «costituito dall'accertamento di una responsabilità con attitudine a costituire un'obbligazione risarcitoria, e non dall'accertamento dell'obbligazione stessa. Così, sono coperte dalla condanna generica tutte le questioni relative all'illiceità della condotta, all'elemento soggettivo, all'evento dannoso e al nesso causale. Ciò, però, non vuol dire che sia accertata l'obbligazione risarcitoria. Una cosa, infatti, è accertare la responsabilità nelle sue componenti e altra cosa è accertare il diritto al risarcimento. Per tale accertamento, manca la quantificazione del danno che rimane riservata alla fase della liquidazione: nel senso che non possa esservi propriamente accertamento del diritto al risarcimento del danno senza fissazione del *quantum*, v. C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, 537. E nulla toglie che in questa fase il danno sia accertato pari a zero»; *contra*, nel senso che la sentenza di condanna generica integri accertamento pieno di tutti gli elementi della fattispecie costitutiva del diritto, V. ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, cit., 127 ss.; A. CARRATTA, *Condanna generica*, cit., 10 ss.

accertare la potenziale dannosità dell'inadempimento o illecito extracontrattuale – e così di riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito – prima di dover procedere alla quantificazione dei danni risarcibili (profilo che, per la perdita di *chance* in particolare, si presenta non meno critico dell'accertamento dell'*an*). E soprattutto consente alla parte che proponga *ab origine* direttamente una domanda di condanna generica<sup>20</sup> di saggiare il grado di fondatezza della propria pretesa, specialmente se la azione di condanna generica al risarcimento del danno da perdita di *chances* venga accostata alla c.d. domanda (in ipotesi, sempre di condanna generica<sup>21</sup>) risarcitoria da danno "principale"<sup>22</sup>.

Una indagine comparativa tra gli elementi individuatori delle fattispecie risarcitorie, originate dalla medesima vicenda, potrebbe essere funzionale, infatti, a classificare "ipotesi di confine": la domanda di condanna generica (proposta *ab origine* in quanto tale) avrebbe qui una utile efficacia determinativa della *species* di danno, volta ad agevolare il danneggiato nella successiva proposizione della più giusta domanda di condanna (e sempre che nel frattempo le parti non siano addivenute

---

<sup>20</sup> Possibilità pacificamente ammessa dalla giurisprudenza, per quanto contraria alla lettera dell'art. 278 c.p.c.: cfr., *ex multis*, Cass. 10.6.2010, n. 25510, proprio in materia di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale o extracontrattuale. Assai di recente la questione è tornata all'attenzione del giudice di legittimità che, con la pronuncia di Cass. 3.6.2022, n. 17984 (in *Riv. dir. proc.* 1/2023, 302 ss., con nt. critica di P.C. RUGGIERI, *La Corte di cassazione torna – seppur obiter – sull'ammissibilità della domanda autonoma di condanna generica*) aveva affermato l'inammissibilità della domanda di condanna generica e quindi la nullità del relativo atto di citazione. Invero la stessa S.C., con la ancor più recente sentenza di Cass. SU 12.10.2022, n. 29862, ha espressamente smentito tale *dictum* ribadendo la necessità di dare continuità alla interpretazione consolidata dell'istituto della condanna generica, fatta salva la possibilità per il convenuto di proporre domanda riconvenzionale di accertamento dell'insussistenza del danno (estendendo così il *thema decidendum* anche al *quantum*). In dottrina, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 84, dà conto del tenore letterale dell'art. 278, ma reputa ammissibile la domanda di condanna limitata *ab origine* all'accertamento dell'*an debeatur*, se sol si considera che il convenuto può comunque opporsi alla limitazione richiesta dall'attore e chiedere che venga, invece, accertata anche la quantità della prestazione dovuta. Con la precisazione che «non si tratterà qui di una vera riconvenzionale, poiché il diritto oggetto del processo rimane lo stesso; i tempi e modi di proposizione però coincideranno».

<sup>21</sup> Sul punto v. Cass. 24.10.2017, n. 25113, secondo cui è inammissibile la domanda di condanna generica cumulata in via subordinata o alternativa con la domanda di condanna integrale, «poiché la domanda di condanna integrale formulata in via principale impone al giudice di accertare l'esistenza e l'ammontare del danno».

<sup>22</sup> V. *infra* il prossimo capitolo per un approfondimento del modello di cumulo condizionale di cause, con particolare riguardo alle fattispecie risarcitorie nascenti dalla responsabilità sanitaria.

ad un accordo tale da evitare la instaurazione di un giudizio *stricto sensu* risarcitorio). L'accertamento degli elementi costitutivi delle fattispecie risarcitorie dedotte in giudizio potrebbe, ad esempio, condurre ad appurare la sussistenza del pieno nesso di causalità (materiale)<sup>23</sup> tra l'illecito e il danno da perdita del risultato finale, piuttosto che da perdita della sola *chance* di ottenere quel risultato.

## 2. Sulla individuazione di un distinto diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di *chance*

Il quesito a partire dal quale proseguire la nostra indagine sull'oggetto del giudizio di risarcimento del danno da perdita di *chance* dovrà a questo punto essere volto a chiarire se da un unico fatto lesivo scaturiscano tanti diritti risarcitori quanti sono i pregiudizi subiti o se, piuttosto, il diritto risarcitorio debba ritenersi unico quando l'evento lesivo, pur colpendo più di un interesse o bene giuridico, sia il medesimo; e, quindi, se (ed, eventualmente, a quali condizioni) la perdita di *chance* possa costituire titolo per la proposizione di un'autonoma azione di risarcimento del danno, che abbia ad oggetto proprio la lesione della *chance* quale autonomo interesse, o se il sacrificio della stessa debba piuttosto considerarsi una mera voce di danno espressiva di una conseguenza risarcibile del danno risultante dalla lesione di un'altra situazione giuridica (può essere il caso del pregiudizio subito a causa dell'inadempimento contrattuale, nel cui ambito anche il sacrificio della *chance* può essere oggetto di ristoro, ove la *chance* stessa emerga quale interesse contemplato dal programma negoziale).

Si può anticipare sin da subito che non vi è una unica risposta corretta tale da escludere le altre. Nondimeno un dato certo è già emerso: il soggetto danneggiato che voglia ottenere la riparazione per la perdita di *chances* dovrà far valere espressamente tale pretesa, tanto, ovviamente, in quei casi in cui proprio la *chance* rappresenti il "bene della vita", quanto nelle ipotesi in cui la lesione di un distinto bene della vita abbia cagionato, tra le altre conseguenze suscettibili di rientrare nella valutazione complessiva del danno *ex art.* 1223 c.c., anche la perdita di una *chance*.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. 11.2.2009, n. 3357, in *Italggiureweb*, secondo cui, condivisibilmente, la verifica della causalità giuridica *ex art.* 1223 c.c. deve essere, invece, rimessa alla fase di liquidazione del *quantum*: parrebbe contrario F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., 200, che rimette al giudizio sul *quantum* anche il «nesso di causalità tra il fatto potenzialmente produttivo del danno e il danno stesso».

Sul piano processuale, il tema della identificazione del diritto di credito risarcitorio, di sicuro rilievo scientifico-sistematico in ordine alla individuazione dell'oggetto della domanda giudiziale, è trattato con una certa attenzione alle questioni, poste in particolare dalla prassi giudiziaria, del frazionamento della pretesa<sup>24</sup> e dell'abuso del processo.

Senza potersi qui dilungare sul punto, è noto il classico dibattito, con riferimento ai diritti eterodeterminati<sup>25</sup>, che ha visto impegnati i processualisti di varie generazioni<sup>26</sup> tra sostanziazione e individuazio-

<sup>24</sup> Su cui v. *infra* nel par. 3 di questo stesso capitolo.

<sup>25</sup> In punto di tradizionale distinzione con i diritti autodeterminati, la recente e completa trattazione di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., spec. 454 ss., ci esonera dal non facile compito di elencare qui la ricca bibliografia sul tema, consentendoci di richiamare solo, *ex multis*, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 177 ss. e ancora 186 ss.; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui limiti soggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 391 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., spec. par. 17 e 18; Id., *Spiegazioni*, I, cit., spec. 140 ss., ove si trova una schematica e accurata sintesi della qualificazione delle classi di diritti (con la segnalazione dei dubbi relativi ai diritti di credito ad una prestazione specifica: Consolo condivide l'opinione di A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 183, secondo cui tali diritti sarebbero auto-determinati; *contra* S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 215 ss.); S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 207 ss.; lo stesso Chizzini giunge addirittura a superare la dicotomia in parola e sostiene che la *causa petendi* non concorrerebbe alla individuazione del diritto in nessun caso, né con riferimento ai diritti autodeterminati, né con riguardo ai diritti eterodeterminati (se non in ipotesi «assai limitate e sempre rimesse alla libera determinazione della parte»: cfr. Id., *La domanda giudiziale*, cit., spec. 94); e l'orientamento di legittimità ammissivo delle domande c.d. complanari (su cui ci soffermeremo *amplius* nel prossimo capitolo), volte alla tutela della medesima vicenda sostanziale, confermerebbe, secondo l'A., la irrilevanza del fatto ai fini della individuazione della domanda; per la distinzione in giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. 17.11.2014, n. 24400, in *Italggiureweb*, secondo cui la deduzione per la prima volta in appello di un diverso titolo di acquisto del diritto (autodeterminato) di servitù non viola il divieto di *ius novorum*. Sul tema si segnalano anche le note pronunce di Cass. SU 12.12.2014, nn. 26242 e 26243, per avere, tra le altre cose, condivisibilmente superato il precedente orientamento sulla qualificazione della domanda di accertamento della nullità negoziale come domanda eterodeterminata: si rimanda al commento di C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2/2015, 225 ss. (su cui v. anche *infra* nel cap. IV, par. 1).

<sup>26</sup> E che oggi è ben ricostruito nel lavoro di S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, spec. cap. II, anche in ottica di una utile comparazione con gli ordinamenti tedesco e inglese; tocca il tema anche E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio*, cit., 83 ss., in accordo con l'opinione di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., 235 ss., il quale evidenziava le difficoltà pratiche nascenti dalla individuazione del fatto costitutivo tramite il riferimento all'accadimento naturale, poiché le narrazioni storiche poste a fondamento di due ipotetiche domande potrebbero essere parzialmente coincidenti o gli episodi della vita potrebbero essere sì distinti ma giuridicamente collegati l'uno all'altro. In sintesi delle riflessioni svolte, 248 ss., l'A. ritiene che il fatto costitutivo non possa coincidere con il fatto storico, nemmeno se filtrato tramite l'effetto giuridico

ne della domanda, nel tentativo di sciogliere i dubbi sul significato da attribuire alla *causa petendi*, come possibile terzo elemento identificatore in aggiunta ai soggetti e al *petitum*, tra mero accadimento storico e qualificazione giuridica che il giudice è chiamato ad applicare<sup>27</sup>.

Superato e attenuato il tradizionale antagonismo tra le due teorie<sup>28</sup>, che ha lungamente affannato gli studiosi, oggi ereditiamo la consape-

---

ricollegato alla situazione giuridica (così aveva concluso A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., spec. 222 – in tal senso altrettanto autorevolmente V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 326 e C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 89 –, i cui sforzi profusi nel tentativo di superare la dicotomia sostanziazione/individuazione si basavano sul duplice rilievo della libertà del giudice nell'applicazione delle norme e della necessità di lasciare intatta la possibilità per la parte di selezionare i fatti attraverso l'indicazione del loro rilievo giuridico; così riferisce chiaramente C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., spec. par. 11 spec. 70 e par. 15, secondo cui «la radicalizzazione di certe posizioni è ora venuta meno, in quanto si tratta solo di vedere il ruolo da assegnarsi alla indicazione da parte dell'attore della fattispecie legale» nel senso che «determinanti sono i fatti costitutivi come produttivi di un effetto giuridico in base a una prospettazione di parte che non vincola il giudice e funge solo quale ipotesi di qualificazione giuridica»). La posizione di Menchini, invero, non può sintetizzarsi come una adesione *tout court* alla teoria della individuazione, perlomeno non nella sua classica concezione. Infatti, secondo l'A., sicuramente «il criterio rilevante per la determinazione di un concetto giuridico, quale è il fatto costitutivo, non può essere naturalistico oppure sociologico, ma soltanto giuridico. Il metro di aggregazione non può, d'altro canto, essere rappresentato dall'effetto o, tanto meno, dalla prestazione, sì che ad un unico effetto o ad un'unica prestazione corrisponda un solo fatto costitutivo [proprio l'allegazione dell'effetto giuridico è invece criterio additato da C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, per la individuazione del diritto eterodeterminato]». Pertanto l'unico elemento identificatore possibile resta la fattispecie legale, ma facendo attenzione a rivedere la impostazione classica della teoria della individuazione, nel senso di imparare a riconoscere i casi in cui sembrerebbe che lo stesso complesso di fatti dia origine a più situazioni soggettive perché riconducibile a più fattispecie normative, ma invero la situazione giuridica è unica».

<sup>27</sup> Del resto, se è vero che *iura novit curia*, si deve anche ammettere che non sia necessario pretendere che l'attore, nella sua domanda, invochi l'applicazione di una certa fattispecie legale: così G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, cit., 157 ss., spec. 167-168.

<sup>28</sup> In fondo «due facce di una medesima medaglia», come scriveva C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.* 3/1984, 465 ss. Secondo L. DITTRICH, *Il principio della domanda e l'oggetto del processo*, in *Id.* (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 1437, e ancora 1451, la giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni – il riferimento è alle Sezioni Unite del 2014 sul rilievo officioso delle nullità e ancora alle Sezioni Unite del 2015 sulle domande complanari, su cui v. i più approfonditi rilievi *infra* nel cap. IV – si è ispirata a criteri sempre più assimilabili alla *Individualisierungstheorie*, in quanto chiaramente favorevoli alla massima espansione dell'oggetto del giudicato, anche a prescindere dalle deduzioni delle parti. Invero, a noi pare che i recenti orientamenti della S.C., volti a valorizzare l'esigenza di non disperdere la risorsa processuale, nonché quella di evitare contrasti, anche pratici, tra giudicati, non siano tanto dettati dalla volontà di affermare una

volezza che – sebbene non sia necessaria la qualificazione normativa del titolo fondante la domanda<sup>29</sup> – l'individuazione dell'evento naturalistico deve essere strettamente riferita al diritto che si intende far valere in giudizio, attraverso il rilievo dell'effetto giuridico (ossia «il diritto come strumento di assicurazione del bene della vita ricercato»<sup>30</sup>) che si ricollega al fatto costitutivo, in modo che un solo effetto, pur derivante da più fatti storici, delimiti un unico diritto e, viceversa, più effetti, pur derivanti da un unico fatto storico, siano riconducibili a diversi diritti<sup>31</sup>.

A rilevare, pertanto, è il diritto vantato dall'attore, rispetto al quale l'accadimento storico generatore “trascina” in giudizio tutte le fattispecie normativamente generatrici potenzialmente idonee a garantire quel bene, anche se il compito di sussunzione della fattispecie concreta in quella normativa spetterà pur sempre al giudice.

Posto, dunque, che il fattore dirimente per la individuazione del diritto dedotto in giudizio non è la fattispecie legale<sup>32</sup>, bensì la com-

---

sorta di prevalenza della teoria dell'individuazione sulla teoria della sostanziazione, quanto piuttosto, da un lato, con le sentenze gemelle del 2014, la impossibilità di scindere gli effetti scaturenti (e dipendenti) dal pregiudiziale rapporto contrattuale (con la conseguente svalutazione, secondo alcuni, della domanda di accertamento incidentale: ma più condivisibilmente C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 93, osserva, al contrario, che il ruolo della domanda *ex art. 34 c.p.c.* esce addirittura rafforzato dalla giurisprudenza in parola); dall'altro, con la sentenza del 2015, e le successive conformi, si è inteso ammettere che una domanda sì diversa e nuova possa affiancarsi (financo per sostituirla) alla domanda originariamente proposta, ma senza con ciò intendere che il diritto fatto valere sia il medesimo.

<sup>29</sup> Come dovrebbe essere secondo la via della individuazione, su cui v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., 231 ss., con cui concorda E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 87 ss., la quale osserva che siffatta ricostruzione «è forse “figlia” (si passi l'espressione) dell'idea per cui è la situazione giuridica soggettiva a dover essere posta ad oggetto del processo di cognizione», pur notando, però (94 ss.), che essa si espone a qualche critica quando l'attore, nella domanda giudiziale, qualifichi la fattispecie giuridica della situazione eterodeterminata facendo riferimento al diritto sostanziale italiano, ma poi emerga nel corso del processo che la legge sostanziale applicabile sia quella di un altro ordinamento.

<sup>30</sup> C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., par. 18, in critica rispetto alla impostazione che fa leva sulla qualificazione normativa del fatto storico.

<sup>31</sup> Così C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., par. 18, spec. 74-75, che richiama la classificazione proposta da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 248 ss., al fine di capire quando «uno stesso complesso di fatti, rilevante per più fattispecie, generi una posizione giuridica sostanziale unica o invece dia luogo al sorgere di più situazioni sostanziali autonome».

<sup>32</sup> Così sarebbe nella prospettiva della *Individualisierungstheorie* – sulla cui elaborazione ha inciso il sistema prima romano e poi tedesco fondato sulla tipicità delle *actiones*, su cui v., per tutti, G. PUGLIESE, *Azione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig.*, II, Torino, 1958, 24 ss.; e oggi, per una sintesi della incidenza della tradizione romanistica e di

binazione del fatto storico con l'effetto giuridico, si tratta di appurare se l'evento di danno consistente nella perdita di una *chance* consenta di invocare, a fronte di una (almeno parziale) identità del complesso di fatti integranti l'illecito, un precipuo effetto, tale da individuare un distinto diritto di credito.

L'impostazione tradizionale muove dalla convinzione che il processo risarcitorio debba essere «unico ed onnicomprensivo [...] rispetto al medesimo fatto lesivo e solo gli indici determinatori della quantificazione possono essere molteplici. [...] Corollario della premessa ora ribadita è che le varie voci di danno non possono essere estrapolate dall'entità elementare cui ineriscono per formare oggetto di un distinto giudizio»<sup>33</sup>.

In sintesi, nell'ottica dell'unicità del diritto risarcitorio, il giudicato coprirà il diritto dell'attore con riferimento a tutti i pregiudizi, anche quelli non specificamente dedotti in giudizio, che non potranno dunque essere posti a fondamento di ulteriori future domande di risarcimento del danno<sup>34</sup>.

---

quella germanica sulla evoluzione del pensiero sul diritto di azione, M. GABOARDI, *Il concorso di azioni*, Milano, 2018, 30 ss.

<sup>33</sup> Così notoriamente e con grande limpidezza di pensiero – del resto coerentemente con le elaborazioni già emerse ne *La domanda giudiziale*, cit. – A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/1986, 445 ss. spec. 454 ss., il quale aggiunge ancor più chiaramente: «pertanto l'attore non può rivolgersi al giudice chiedendo il risarcimento del solo lucro cessante ovvero del danno emergente; o meglio, se pure formula così la sua iniziativa, egli traduce nel processo tutto il suo diritto risarcitorio e non limita oggettivamente la sua domanda, bensì compie un'allegazione incompleta che circoscrive in pari misura la quantità della condanna. Vale a dire, l'attore sottopone sempre a tutela processuale il diritto nella sua integralità e provoca una sentenza che sul diritto fa stato». Cerino Canova trovava conforto nell'autorevole opinione di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, III ed., 1965, 282 ss., nonché nelle sue *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1935-1936, 327, secondo cui «riguardo agli oggetti illiquidi, essi sono sempre dedotti come tali in giudizio». In tal senso v. anche l'opinione di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 276 ss. e di A. PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.* 1/1989, 2949 ss. V. anche le consonanze logiche che si ritrovano negli argomenti spesi da E. MERLIN, *Compensazione e processo. Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, II, Milano, 1994, 24 ss., sulla impossibilità di scomporre l'unico diritto di credito (eccezion fatta per la compensazione) nel senso di far calare l'efficacia di giudicato solo nei limiti quantitativi dell'importo compensabile. La dottrina più recente affronta il tema dal punto di vista dell'ammissibilità del frazionamento del credito, su cui v. *infra* nel prossimo paragrafo.

<sup>34</sup> È chiaro che saranno coperti dal giudicato i pregiudizi dedotti ma deducibili e non anche quelli che, al momento del primo processo si erano, sì, già manifestati ma erano rimasti ignoti alla parte attrice per motivi alla stessa non rimproverabili: cfr.,



La ricostruzione alternativa si fonda sulla premessa opposta secondo cui ad ogni distinta voce di danno debba corrispondere una distinta pretesa autonomamente azionabile in giudizio<sup>35</sup>, di talché la domanda che contempra solo uno o alcuni dei pregiudizi patiti lascia fuori dal perimetro oggettivo del *decisum* le voci di danno non espresse.

L'elemento da prendere in considerazione al fine di risolvere l'interrogativo relativo all'unicità del diritto risarcitorio, avvicinando le due impostazioni appena ricordate, è quello del pregiudizio concretamente sofferto dal danneggiato, in ragione della lesione di uno specifico interesse, in aggiunta al primo elemento individuatore della *causa*

---

da ultimo, Cass. 27.12.2016, n. 27031, che – nel solco di un orientamento consolidato – ha ribadito i parametri in base ai quali valutare la ragionevole prevedibilità dell'aggravamento del pregiudizio o dell'ulteriore danno e cioè: a) un'obiettiva impossibilità di accertare, al momento della prima liquidazione, fattori attuali capaci, nell'ambito di una ragionevole previsione, di determinare l'aggravamento futuro; b) l'impossibilità, ancora con riferimento alla prima liquidazione, di prevederne gli effetti; c) la sussistenza di un evento successivo avente efficacia concausale dell'aggravamento; v. sul punto, in nota a Trib. Padova 4 maggio 2017, la nota di S. BALBUSSO, *Autorità di giudicato e nuova domanda risarcitoria per i danni imprevedibili*, in *Nuova giur. civ. comm.* 12/2017, 1672 ss., che si concentra in particolare sulla delimitazione della nozione di prevedibilità da parte del tribunale, con riferimento al pregiudizio ulteriore (e manifestatosi a distanza di tempo) rispetto a quello già accertato e risarcito in una precedente sentenza ormai passata in giudicato e pronunciata in relazione alla stessa vicenda lesiva. Trattandosi in sostanza di pregiudizi nuovi, le conseguenze ulteriori e ogni sopravvenuto peggioramento del pregiudizio potranno avere ingresso in giudizio durante tutto il primo grado e sino alla precisazione delle conclusioni; così come sia i danni effettivamente venuti ad esistenza dopo la sentenza di primo grado, unitamente a quelli già manifestatisi in quel momento, ma che l'attore diligente non era stato in grado di apprezzare, potranno essere fatti valere con una nuova domanda, da ritenersi ammissibile ai sensi dell'art. 345 co. 1 c.p.c., senza bisogno di instaurare un nuovo giudizio. V. pure Cass. 12.5.2017, n. 11789: il danno prodotti successivamente all'instaurazione del giudizio è generalmente coperto dalla domanda di risarcimento del danno, a meno che l'attore non faccia espresso riferimento al danno fino a quel momento già verificatosi; in tal caso il danneggiato potrà instaurare un nuovo giudizio, a ciò non ostando il principio del divieto di frazionamento del credito, che può al più sanzionare la diversa ipotesi della frammentazione in più giudizi di una domanda che poteva sin dall'inizio essere proposta.

<sup>35</sup> In tal senso E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, cit., secondo cui ciascun pregiudizio (ad esempio, in caso di sinistro stradale, quello all'autoveicolo e quello alla persona) giustifica la proponibilità di una autonoma domanda, poiché «*diverge la fattispecie concreta, alla quale si ricollega, nell'affermazione dell'attore, il credito fatto valere in giudizio: nell'un caso comportamento colposo più un certo evento, ad esso causalmente collegato, consistente nell'avaria di un autoveicolo; nell'altro, comportamento colposo più un evento diverso consistente nella menomazione dell'integrità fisica di una persona*», cosicché vi è una «*pluralità di pretese sostanziali*» laddove plurimi siano i danni; nello stesso senso anche la più risalente opera di E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 122 ss.

*petendi* consistente nel fatto storico della condotta illecita. In sintesi alla valutazione sul fatto, si deve aggiungere quella sull'effetto invocato, che sarà in ogni caso il risarcimento del danno, e che si connota però più precisamente in base all'interesse sostanziale sotteso di cui si assume la lesione.

Orbene, se si muove da una concezione unitaria del diritto al risarcimento del danno, il singolo pregiudizio patito, che si traduce nella singola voce di danno, non concorre a determinare la *causa petendi*, che sarà, invece, rappresentata solo dalla condotta lesiva. In quest'ottica lo specifico pregiudizio può comunque trovare spazio in sede di quantificazione del danno, ma non è essenziale ai fini della individuazione del diritto di credito dedotto ad oggetto della domanda<sup>36</sup>.

Se il titolo si identifica con il fatto generatore del danno, vorrà dire, inoltre, che l'allegazione successiva di un pregiudizio distinto da quello esposto nell'atto introduttivo non comporterà una inammissibile *mutatio libelli*, verosimilmente neppure ove la pretesa relativa alla singola voce di danno fosse avanzata per la prima volta in appello<sup>37</sup>; allo stesso tempo, la mancata allegazione di uno dei pregiudizi già esistenti e deducibili al tempo della domanda non varrà ad escluderlo dal raggio di efficacia del giudicato, in applicazione della c.d. preclusione del deducibile non dedotto.

---

<sup>36</sup> Così, come visto, in *primis*, A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto risarcitorio*, cit., 454; v. anche A. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in *Corr. giur.* 8/2009, 1133 ss., spec. 1137-1138, il quale osserva che la modalità di produzione degli effetti giuridici tipica della responsabilità aquiliana secondo lo schema norma-fatto-effetto (la nomenclatura è, come noto, di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 60, nonché ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., spec. 163-164) è la prova che «il diritto al risarcimento del danno scaturente dalla combinazione tra un certo evento lesivo ed una delle tante fattispecie astratte previste dalle norme sulla responsabilità extracontrattuale, è unico e non può essere scomposto in una pluralità di situazioni giuridiche autonomamente rilevanti per il diritto sostanziale, sulla base di criteri che, in realtà, la legge e la giurisprudenza hanno elaborato al solo fine di rendere concretamente rilevabile l'ampiezza e l'entità dell'(unico) danno prodotti» (si noti che all'epoca dello scritto qui citato era pacifico il principio, oggi in parte rimesso in discussione, delle sezioni unite del 2008 della unicità del danno non patrimoniale: v. *infra* in questo stesso paragrafo sul più recente orientamento in materia della S.C.).

<sup>37</sup> V. B. GAMBINERI, *Appello*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2018, spec. 409-410, la quale evidenzia la formazione di un più recente orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. 22.10.2014, n. 22514, citata dall'A. in nt. 45), secondo cui la domanda di risarcimento deve ritenersi comprensiva di tutte le voci di danno, con la conseguenza che «se l'attore in primo grado ha domandato il risarcimento del danno non patrimoniale non può essere considerata nuova la domanda di pagamento del danno esistenziale».

D'altra parte, la opposta concezione del singolo pregiudizio, quale lesione di un interesse autonomamente rilevante, e così oggetto di una autonoma pretesa giudiziale, non implica che l'attore debba individuare sin dall'atto di citazione tutti i pregiudizi subiti, a pena di non poterli far valere in separati giudizi; bensì che gli effetti del giudicato non copriranno tutti i pregiudizi possibili, ma solo quello dedotto in giudizio. Il fondamento di tale concezione risiede proprio nella natura del diritto di credito come diritto eterodeterminato: in astratto – e in ossequio al principio dispositivo: ma v. oggi gli argomenti in tema di frazionamento del credito su cui più avanti ci soffermeremo – l'attore sarebbe libero di ripartire la propria pretesa in tanti giudizi quanti sono i danni (o le voci di danno) patiti<sup>38</sup>, visti ognuno come autonomo *petitum*.

Ebbene ancora una volta l'una possibilità non esclude l'altra e sarà semplicemente necessario distinguere a seconda di cosa si voglia intendere per "pregiudizio" fondante la pretesa oggetto della lite. La tesi dell'unicità del diritto al risarcimento è accettabile se i pregiudizi interessati dalla domanda e dal susseguente giudicato sono relativi alle c.d. voci di danno o alle conseguenze risarcibili del danno stesso: in altre parole, nella misura in cui i pregiudizi subiti dal soggetto danneggiato siano tutti ascrivibili ad una comune sfera di tutela posta a presidio dello stesso interesse o bene.

Non a caso proprio gli studiosi che hanno autorevolmente sostenuto la tesi dell'unicità del diritto risarcitorio non hanno mai affermato l'irrilevanza del diritto o interesse leso, ed anzi hanno ammesso che se sono effettivamente riconoscibili più diritti, le pretese risarcitorie non potranno che essere distinte<sup>39</sup>.

In effetti, ove il pregiudizio sia l'effetto, immediato e diretto, della lesione di un diverso interesse non solo non concorre a formare la *causa*

---

<sup>38</sup> Ma la libertà di disporre dell'oggetto del giudizio da parte dell'attore deve misurarsi con il divieto di frazionamento "ingiustificato": v. *infra* quanto si dirà al par. 3.

<sup>39</sup> Così R. BELLÉ, *Allegazione e prova del danno non patrimoniale*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 115 ss., spec. 122 ss. V., per tutti, A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 454, spec. nota n. 32, il quale chiarisce che la premessa per sostenere l'unicità del diritto risarcitorio è naturalmente l'unicità della pretesa sostanziale, perché è certo che «se più sono i diritti, la pronuncia fa stato solo in ordine a quelli pronunciati; gli altri diritti, siano stati dedotti o non fatti valere dall'attore, possono evidentemente formare oggetto di un autonomo e successivo processo senza che abbiano alcun rilievo né l'opinione espressa dall'attore nel primitivo processo che nulla più gli competesse né la dichiarazione del precedente giudice che al danneggiato veniva corrisposta la rifusione dell'intero danno».

*petendi* della prima domanda, ma dovrebbe individuare una domanda ulteriore (e autonoma nel senso che meglio si chiarirà più avanti).

Se il diritto eterodeterminato deve intendersi individuato dal congiunto richiamo al fatto storico e all'effetto giuridico invocato in tutela del bene della vita, ciascun distinto pregiudizio (e così anche il pregiudizio sofferto per la perdita di una *chance*) reclama, in talune ipotesi, l'applicazione delle norme sulla responsabilità contrattuale o extra-contrattuale per assicurare la protezione di un distinto bene giuridico identificabile nella *chance*. In altri termini là dove si riconosce un bene della vita, un interesse protetto dall'ordinamento, l'effetto giuridico che si richiede con la domanda giudiziale di condanna al risarcimento del danno è differente, e rende così distinguibile anche la singola *causa petendi* posta a fondamento della domanda, nonostante la unitarietà del fatto storico (sebbene l'unitarietà della vicenda sostanziale abbia, certamente, delle ripercussioni sul piano processuale, come si vedrà meglio *infra* nel cap. IV, specie con riferimento alle ipotesi di responsabilità sanitaria). Senza che tale conclusione implichi la negazione della indubbia strumentalità (di cui tanto si è già parlato nel riferire della impostazione eziologica e dei tentativi di ricondurre la perdita di *chance* ad un problema di prova del nesso causale) della *chance* rispetto al bene "finale" corrispondente al risultato atteso.

Si aggiunga pure che la valorizzazione della singolarità di ciascun bene giuridico suscettibile di tutela, pur in relazione ad un medesimo fatto storico lesivo, appare, del resto, in linea con il più recente avviso della giurisprudenza di legittimità, che, rivedendo l'orientamento affermato nella storica pronuncia di Cass. SU 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975<sup>40</sup> intorno alla c.d. "unitarietà" del danno non pa-

<sup>40</sup> Non potendo qui ripercorrere il contenuto della pronuncia delle sezioni unite, si rinvia ad alcuni dei numerosi commenti: F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.* 1/2009, 97 ss.; F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2009, 73 ss.; G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. dir.* 2/2009, 113 ss.; M. HAZAN, *E alla fine decise Occam: la regola del rasoio nel nuovo danno non patrimoniale*, in *Dir. econ. ass.* 4/2009, 821 ss.; M. ROSSETTI, *Post nubilia phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.* 4-5/2009, 913 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, S. LANDINI e C. SGANGA, *Le SS. UU. fanno il punto sul danno non patrimoniale*, in *Danno e Resp.* 1/2009, 19 ss.; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.* 1/2009, 56 ss.; P. CENDON, *L'urlo*

trimoniale, tende invece oggi a rimarcare la “pluralità fenomenologica”, di cui tenere conto in fase di liquidazione, nel senso che non possa considerarsi indebita duplicazione risarcitoria il congiunto riconoscimento di una somma a titolo di ristoro del danno biologico e di un’ulteriore somma a titolo di compensazione della sofferenza interiore o comunque di tutti quei pregiudizi non aventi base medico-legale (e in ultima analisi corrispondenti alla lesione di un distinto interesse della persona)<sup>41</sup>.

---

*e la furia*, E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, G. PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, tutti in *Nuova giur. civ. comm.* 2/2009, 71 ss.

<sup>41</sup> Cfr. Cass. 27.3.2018, n. 7513, oggetto di analisi in *La nuova giur. civ. comm., ult. cit.*, con i commenti di AA. Vv. nella sezione “Discussioni”, 1330 ss.; si vedano anche le successive pronunce di Cass. 31.5.2018, n. 13770; Cass. 17.1.2018, n. 901, Cass. 27.3.2018, n. 7513 e, ancor più recentemente, Cass. 11.11.2019, n. 28989 – quest’ultima annotata da G. PONZANELLI, *La Cassazione conferma e completa il nuovo statuto del danno alla persona* e F. DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le “tablette” romane e boccia quelle milanesi?*, in *Foro it.* 1/2020, 9 ss., speciale a cura di R. Pardolesi, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento* – che si è pronunciata in particolare sul risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, nel senso di sostenere che la contestuale liquidazione di tale danno insieme al danno morale costituisce inammissibile duplicazione risarcitoria. Tra gli altri commenti, v. G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l’abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*, in *Danno e Resp.* 4/2018, 467 ss. (e già, in senso analogo, ID., *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all’interno della terza sezione*, in *La nuova giur. civ. comm.* 6/2018, 836 ss.) il quale ha commentato con un non celato disappunto il progetto della terza sezione di “resuscitare” il danno morale, per il cui risarcimento sarà di conseguenza necessaria una modifica sostanziale dei parametri di liquidazione delle Tabelle milanesi (proprio quando, a detta dell’autore, «le Tabelle stavano rafforzando l’intento di estendere progressivamente il loro raggio d’azione (vedi le indicazioni per la determinazione del danno da lite temeraria, da diffamazione e altri), così da candidarsi a diventare sempre di più la fonte generale della determinazione del danno non patrimoniale»; C. SCOGNAMIGLIO, *La giurisprudenza della corte di cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità ed innovazione*, in *Resp. civ. prev.* 2/2019, 507 ss., secondo il quale, per quanto sia innegabile che la terza sezione abbia dato avvio ad un nuovo corso reintroducendo il danno esistenziale nel dibattito e dando un più autonomo risalto al danno morale, resta un dato fondamentale dell’impianto del 2008, ossia il principio di integralità della riparazione del danno alla persona. La vera novità consiste nelle argomentazioni della Corte, la quale si premura – e secondo l’A. con uno sforzo ricostruttivo apprezzabile sebbene di stampo impropriamente dottrinale – di specificare meglio le sfaccettature della funzione della liquidazione del danno non patrimoniale, volta a tenere conto tanto delle sofferenze interiori quanto del peggioramento della vita di relazione; C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e Resp.* 1/2019, 15 ss., il quale osserva che la personalizzazione invocata oggi dalla S.C., sulla base dell’art. 138 cod. ass., non si pone invero in linea

### 3. Il danno da perdita di *chance* e il frazionamento della pretesa risarcitoria (nascente da crediti distinti ovvero da un credito unitario): una riflessione in dialogo con la giurisprudenza della S.C.

Nei casi in cui si può ammettere che il danno da perdita di *chance* dia origine ad un diritto di credito autonomamente azionabile in giudizio, bisogna dunque considerare che, a partire dallo stesso rapporto obbligatorio – nascente dall’inadempimento del contratto o dall’illecito aquiliano –, il danneggiato possa far valere talvolta due distinti diritti di credito: al risarcimento del danno c.d. “principale” e al risarcimento del danno da perdita di *chance*<sup>42</sup>.

È opportuno, allora, riflettere sulla proponibilità in concreto di una separata domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, alla luce dell’orientamento espresso da Cass. SU 16.2.2017, nn. 4090 e 4091<sup>43</sup>, con cui le sezioni unite hanno affermato un principio di diritto che fa leva sulla nozione di interesse ad agire *sub specie* di «interesse

---

di discontinuità con i principi affermati dalle sezioni unite del 2008 e non costituisce il tentativo di tornare a parlare di danno esistenziale. Sull’utilizzo ponderato della c.d. personalizzazione, v. pure, nell’ambito delle sentenze di San Martino 2019, Cass. 11.11.2019, n. 28988, che ha ribadito come l’aumento della misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adoperato dai giudici di merito (oggi secondo il c.d. sistema del punto variabile) costituisca una inammissibile duplicazione del risarcimento del danno, a meno che non sia giustificato dalla necessità di valorizzare specifiche e del tutto anomale conseguenze dannose; v. anche la più recente Cass. 10.11.2020, n. 25164, in *Danno e Resp.* 1/2021, con nt. di G. COMANDÉ, *Cass. n. 25164/2020 e lo spillover del danno morale oltre le tabelle milanesi*; nonché in *Resp. civ. prev.* 1/2021, con nt. di E. BUFANO, *L’autonomia del danno morale e la sua liquidazione: c’è vita oltre le tabelle*, sulla liquidazione tabellare e sulla personalizzazione del danno morale, a cui il giudice di merito deve procedere autonomamente rispetto alla personalizzazione del danno biologico (diversamente da quanto suggerito dall’applicazione delle Tabelle milanesi, che ancora propendono per una liquidazione congiunta del complessivo danno non patrimoniale).

<sup>42</sup> Vi sono altresì ipotesi in cui il danno da perdita di *chance* sembra essere l’unico pregiudizio sofferto dal soggetto danneggiato: si pensi al caso del candidato ad una procedura selettiva a carattere discrezionale, il cui esito sia dunque imponderabile.

<sup>43</sup> In *Riv. dir. proc.* 4-5/2017, 1302 ss., con nt. critica di M.F. GHIRGA, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*; e in *Corr. giur.* 7/2017, 975 ss., con il commento parimenti critico di C. ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*. La pronuncia – in seguito confermata: cfr. Cass. 15.2.2018, n. 3738; Cass. 27.6.2018, n. 16993; Cass. 9.7.2018, n. 18014 – è oggetto altresì delle più ampie riflessioni in materia di frazionamento e abuso del processo di E. BIVONA, *Frazionamento “abusivo” del credito e controllo giudiziale sull’interesse ad agire*, in *Riv. dir. civ.* 5/2018, 1163 ss.

oggettivamente valutabile al frazionamento»<sup>44</sup>, al cospetto di crediti distinti<sup>45</sup> (nel caso di specie si trattava del credito relativo al trattamento di fine rapporto e di quello consistente nel c.d. premio fedeltà), ma radicati nello stesso rapporto contrattuale di lavoro, e dunque in proiezione «inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato»<sup>46</sup>, o comunque fondati sul medesimo fatto costitutivo, «sì da non poter essere accertat[i] separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale».

Il tema è di indubbia complessità e meriterebbe un apposito approfondimento. In questa sede si può anzitutto osservare che se due diritti di credito sono distinti, a rigore, il giudicato sul primo non farà stato anche in ordine al secondo. Per questo non si comprende fino in fondo il riferimento, contenuto nella pronuncia, all'ambito oggettivo del medesimo giudicato, che pure non pare essere la ragione portante della decisione: infatti la inammissibilità del frazionamento è giustificata in base alla esigenza di risparmiare la risorsa giustizia, piuttosto che in nome dell'effetto preclusivo del giudicato.

Peraltro non convince del tutto neppure la creazione di una inedita condizione dell'azione consistente nell'interesse oggettivo al frazio-

---

<sup>44</sup> Invero il riferimento al rigetto in rito per carenza di interesse ad agire non è esplicito, ma lo si desume dalle argomentazioni della S.C., come osserva C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 602. È pure importante sottolineare che la sentenza valorizza una nozione utilitaristica di interesse ad agire, specie ove statuisce che «[...] l'interesse ad agire esprime il rapporto di utilità tra la lesione lamentata e la specifica tutela richiesta». Vi sarebbe, poi, da chiedersi se la pronuncia di rigetto in rito per difetto di interesse ad agire debba colpire la prima domanda o quella proposta in seconda battuta: T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.* 2/2008, 345 ss., spec. 359-361, risponderebbe che può ritenersi ammissibile solo il rigetto della domanda proposta successivamente, poiché sanzionando con il rigetto (in rito) già la prima domanda, si giungerebbe all'effetto paradossale di respingere la domanda di chi per qualsiasi ragione chiede un *minus*, magari perché ignora di essere creditore per una somma maggiore o perché ha intenzione di rimettere parte del debito.

<sup>45</sup> La S.C. ha chiarito, dunque, che il principio di diritto affermato nel proprio *overruling* del 2007 (su cui a breve ci soffermeremo) si riferiva alla infrazionabilità dell'unico credito, e pertanto non poteva essere esteso automaticamente al caso di più crediti pur nascenti dal medesimo rapporto obbligatorio di cornice.

<sup>46</sup> Il riferimento all'ambito oggettivo di un possibile giudicato è assai ambiguo e foriero di confusione, poiché sembra radicare il principio di diritto affermato dalla Corte – sulla infrazionabilità delle domande relative a crediti distinti ma derivanti dallo stesso rapporto contrattuale – nella possibilità che il giudicato sul primo credito copra anche il secondo azionato solo in seconda battuta. Trattandosi di diritti distinti, tuttavia, giammai potrà invocarsi l'effetto preclusivo-negativo da *ne bis in idem*.

namento (come specificazione dell'interesse ad agire), da valutare in relazione ai suddetti parametri, poiché «la concentrazione in un unico processo di tutte le controversie nascenti da uno stesso episodio della vita è una facoltà a vantaggio dell'attore; non può trasformarsi in onere di azionare tutti i suoi diritti nello stesso processo», là dove ragionare diversamente significherebbe ammettere un inesistente e inaccettabile «principio generale di necessaria azione congiunta»<sup>47</sup>. Non convince in particolare perché si tratta di due crediti comunque distinti, rispetto ai quali dovrebbe essere implicito il diritto di azione disgiunta.

Ad ogni modo in virtù di siffatto principio, pur modellato sul caso di crediti nascenti dallo stesso contratto, ma riferibile anche ai crediti derivanti dallo stesso illecito, si dovrebbe imporre all'attore l'onere di instaurare un processo necessariamente cumulativo, posto che sarà assai arduo dimostrare l'esistenza di un interesse ad azionare separatamente due diritti di credito al risarcimento del danno radicati nella stessa vicenda sostanziale e dunque, almeno in parte, fondati sugli stessi fatti costitutivi. Come si specificherà nel prossimo capitolo, il cumulo di cause, nella specie del cumulo condizionale, può essere la via preferibile perché più conveniente per l'attore in punto di strategia processuale; ma ciò non dovrebbe valere ad imporre addirittura un onere (sanzionato con la declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse ad agire) di azione cumulativa in nome della esigenza di risparmio della risorsa giudiziaria.

Il discorso muta con riguardo a tutte quelle fattispecie in cui la *chance* non viene in rilievo come situazione giuridica suscettibile di essere oggetto di una distinta domanda risarcitoria.

Sono, infatti, molto frequenti i casi in cui, in corrispondenza del medesimo fatto storico (a cui si riconduce un pregiudizio sostanzialmente unitario, poiché a sua volta determinante la lesione di un unico interesse meritevole di tutela), la perdita di *chance* possa emergere tra le conseguenze risarcibili del danno (l'unico configurabile), non diversamente dal danno emergente e dal lucro cessante (purché si riconosca comunque alla *chance* il rango di interesse non di mero fatto, bensì giuridicamente apprezzabile).

Per esempio, dal danno biologico possono conseguire sofferenze di varia natura, sia patrimoniali che non patrimoniali, ma la matrice

<sup>47</sup> Abbiamo richiamato i rilievi, che condividiamo, di M. STELLA, *L'abuso del processo nella prospettiva del diritto eurounitario*, in *Riv. dir. proc.* 1/2021, 57 ss., spec. nt. 7.



resta complessivamente quella (unica) del pregiudizio alla salute (che si risolve anche in un danno c.d. dinamico-relazionale): così l'attore pretenderà il ristoro del danno morale, nonché del danno derivante dalla perdita delle possibilità di profitto da attività lavorativa.

Ebbene con riferimento alla possibilità di frazionare la pretesa relativa all'unico credito, è ancora *in auge* la regola del divieto di parcellizzazione. Il più risalente indirizzo<sup>48</sup> – sulla scia di quella parte di dottrina<sup>49</sup> che, in virtù del principio dispositivo, pretendeva di con-

<sup>48</sup> Affermato dalla pronuncia di Cass. SU 10.4.2000, n. 108, in *Corr. giur.* 12/2000, 1618 ss., con nt. di T. DALLA MASSARA, *Tra "res iudicata" e "bona fides": le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel "quantum" della domanda di condanna pecuniaria*; in *Giur. it.* 6/2001, 1143 ss., con nt. di A. CARRATA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*; per tutti i riferimenti v. C. ASPRELLA, *Il frazionamento*, cit., 29 ss.; nonché, più sinteticamente, e anche per l'applicazione delle regole sul frazionamento in materia esecutiva, EAD., *Frazionamento del credito, abuso del processo e interesse a proporre l'azione esecutiva*, in *Riv. es. forz.*, 3/2015, 457 ss.

<sup>49</sup> Si erano espressi in senso favorevole al frazionamento, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 629 ss.; E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, cit., 399 ss.; A. ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, in *Giur.it.*, 1/1987, 537 ss.; G. VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo*, cit., 573 ss. Tra i favorevoli, seppur con qualche puntualizzazione, v. pure C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, parte I, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/1991, 215 ss., spec. 241-244, ove si legge che l'idea (di A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, cit.) di negare radicalmente «la possibilità di uno iato fra accertamento giudiziale e conformazione sul piano sostanziale del diritto unico», in modo da «confinare con rigore e ad ogni effetto il trattamento e delle voci di danno, e delle allegazioni costitutive pretermesse, a quello di *semplici questioni*» è «coerente ed ambizioso». Ciò nondimeno, secondo Consolo, sono più che giustificate le perplessità in ordine alla preclusione della scelta, specie se dichiarata, «o se si preferisce quella munita di espressa riserva di contendere sul residuo in un momento ed in una sede successiva, di formulare una domanda frazionata»; anche considerando che non si rinvergono nell'ordinamento norme di divieto (v. pure Id., *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, cit., 243 ss.). Certo se la frazionabilità riesce ad ammettersi più facilmente quando la separazione dei processi è perlopiù di tipo quantitativo, «più problematica appare la possibilità di ammettere che vengano fatti valere a fondamento del diritto litigioso solo alcuni dei profili o titoli costitutivi (*in thesi* non individualizzanti), con riserva di addurre in altro processo gli altri, ove nel primo l'attore risulti soccombente». In ogni caso il convenuto potrebbe fronteggiare lo "spacchettamento" delle pretese, proponendo una domanda riconvenzionale di accertamento negativo del residuo, che a quel punto prevarrebbe tanto sulla scelta dichiarata di far valere solo una parte del credito quanto sulla riserva di proporre una nuova azione in futuro. La stimolante riflessione di Consolo è importante anche per la risposta che fornisce al quesito sulla fissazione della «minima unità strutturale» azionabile in giudizio: questa si trova nell'art. 278 c.p.c. (su cui v. i riferimenti *supra* al par. 1.1. in questo stesso capitolo), «che ammette quale oggetto di una sentenza (e finanche quale autonomo oggetto di giudizio, per opinione magari discutibile, ma che non consta da tempo ed inspecie dalla giurisprudenza rimessa in discussione [...]) la domanda di mera condanna

servare integro il potere dell'attore di chiedere il riconoscimento e la liquidazione di una sola porzione della propria pretesa – ammetteva il potere di frazionamento, anzitutto in quanto speculare al potere di rifiuto dell'adempimento parziale *ex art. 1181 c.c.*, e per la mancanza di disposizioni espresse o principi generali da cui fosse possibile desumere l'inammissibilità della domanda parziale. Il principio fu, poi, traslato in materia di azione risarcitoria e specificato dalla giurisprudenza successiva nel senso di richiedere all'attore di chiarire l'intenzione di limitare l'oggetto della domanda, tramite la espressa riserva di agire in un successivo giudizio per il residuo<sup>50</sup>.

---

generica, o meglio di accertamento dell'*an debeatur*, e così della mera esistenza di un fatto illecito e della sua dannosità eziologica». Sul punto A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*, cit. (richiamato adesivamente da C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito*, cit., 39), ha sottolineato che in realtà non spetta tanto alla parte il frazionamento della pretesa, ma al giudice, il quale decide solo su una porzione del rapporto, a fronte però di una domanda volta ad ottenere l'adempimento dell'intero. Invero è comunque la parte che, a giudizio instaurato, può sollecitare la decisione di mero accertamento dell'esistenza del credito, tramite un'istanza di anticipazione della decisione sull'*an*.

In senso contrario alla possibilità di frazionare l'iniziativa giudiziaria, oltre al già richiamato A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 282; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1960, 336; più recentemente S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., 280 ss.; P.G. MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul quantum*, in *Resp. civ. prev.* 1982, 415 ss.; A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata»*, cit.; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 75 ss.

<sup>50</sup> Così la giurisprudenza di legittimità ormai superata: cfr., fra le più recenti, Cass. 29.11.2007, n. 24913, che consentiva a chi avesse ottenuto in un primo giudizio l'indennità supplementare per ingiustificato licenziamento, ed in conseguenza dell'espressa riserva di agire in separata sede, di far valere in separato processo altre voci di danno come la perdita delle retribuzioni e delle indennità non corrisposte; per più ampi riferimenti alla giurisprudenza si rinvia a R. BELLÉ, *Allegazione e prova*, cit., 125, che già commentava negativamente la possibilità, viceversa ammessa dalla giurisprudenza sino a qualche anno fa, di dare corso ad un separato processo su mere voci di danno, a patto di formalizzare una riserva di futura azione. Oggi non può più ritenersi consentita la riserva di futura azione per la restante parte del credito: v., ad esempio, Cass. 28.6.2018, n. 17019 (in *Giur. it.* 4/2019, 840 ss., con nt. di C. SERRA, *L'interesse ad agire quale contrappeso all'inammissibilità della domanda frazionata*), secondo cui «in tema di risarcimento dei danni da responsabilità civile, il danneggiato, a fronte di un unitario fatto illecito produttivo di danni a cose e persone, non può frazionare la tutela giudiziaria, agendo separatamente per il risarcimento dei relativi danni, neppure mediante riserva di farne valere ulteriori e diversi in altro procedimento, trattandosi di condotta che aggrava la posizione del danneggiante-debitore, ponendosi in contrasto al generale dovere di correttezza e buona fede e risolvendosi in un abuso dello strumento processuale, salvo che risulti in capo all'attore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata». Nel caso di specie si trattava di una domanda volta ad ottenere il ristoro del danno non patrimoniale cagionato da un sinistro stradale successivamente al

Successivamente nell'intento di dare risalto alla figura dell'abuso del processo, a cui sempre più spesso si fa richiamo<sup>51</sup>, la giurisprudenza della S.C. ha approvato un orientamento "punitivo" del frazionamento della pretesa da parte dell'attore titolare di un unico diritto di credito, mosso presumibilmente dallo scopo di ottenere un maggior carico di spese ove risultante vincitore.

Il netto cambio di passo fu dettato dalla sentenza di Cass. SU 15.11.2007, n. 23726, che, in dichiarato ossequio ai criteri generali della buona fede oggettiva e della correttezza<sup>52</sup>, aveva ritenuto che la parcellizzazione dell'iniziativa giudiziale – consistita, in concreto, nella

---

passaggio in giudicato della pronuncia che aveva già statuito sulla sussistenza del danno patrimoniale subito per lo stesso sinistro. Qui, probabilmente, non vi sarebbe stata ragione di invocare la mancanza di interesse ad agire in via frazionata e l'abuso del processo, bastando il rilievo ostativo della formazione del giudicato sull'unico diritto di credito: in tal senso, G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del processo, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011, 161 ss., commentando le sezioni unite del 2007, nel senso che, pur dovendosi condividere l'esigenza di porre un freno al frazionamento del credito, l'impedimento ad esso derivi semplicemente dai limiti oggettivi del giudicato.

<sup>51</sup> Nel solco delle letture critiche della nozione di abuso del processo si inserisce pure il già citato intervento di M. STELLA, *L'abuso del processo nella prospettiva del diritto europolitano*, cit., nell'intento di svelare la inconsistenza del concetto se riguardato dal punto di vista delle fonti sovranazionali. Sul punto v., però, A. DONDI-A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva di iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2007, 193 ss., secondo cui l'analisi comparatistica dimostra che in alcuni ordinamenti stranieri più avanzati sono previste misure sanzionatorie della utilizzazione degli strumenti processuali per finalità diverse da quelle previste dal legislatore, con la premessa che tali misure dovrebbero essere rivolte all'avvocato invece che direttamente alla parte.

<sup>52</sup> Sul punto v. M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.* 3/2008, 335 ss., il quale guardava con preoccupazione la portata «quasi eversiva (e poco meditata)» di quell'orientamento che estendeva il rilievo del canone di buona fede processuale al di là dell'ambito della responsabilità processuale aggravata, e così al campo della valutazione di ammissibilità delle domande e dei mezzi di difesa. Sull'accostamento tra frazionamento del credito e abuso del processo, e sulla nozione di abuso del processo in generale, v., per tutti, F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, su cui v. la recensione di C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all' «abuso sanzionabile del processo» e all' «abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.* 5/2012, 1285 ss. nonché in *Passeggiate e passacaglie*, cit., 504 ss., (accompagnata dalla contestuale lettura di A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.* 2012, 297 ss.), che ci avverte dei rischi derivanti dall'applicazione del concetto di abuso del processo «allo stato puro o anche solo in istintuale coppia con il vecchio interesse ad agire»; per ogni altro riferimento v. la esaustiva trattazione di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 349 ss.

richiesta di più decreti ingiuntivi per un unico credito – determinasse un ingiustificabile aggravio della posizione del debitore, comportando un «prolungamento del vincolo coattivo», nonché una maggiorazione delle spese e dei costi sopportati per la reiterata necessità della difesa in giudizio<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Fra i tanti commenti alla sentenza, oltre a quello di M. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, v. R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*, in *Foro it.* 1/2008, 1514 ss., il quale, pur condividendo l'esito della pronuncia in relazione al (mal)funzionamento della giustizia civile, critica l'assolutezza degli argomenti spesi per ritagliare la nozione di abuso del processo a partire da quella di abuso del diritto (sul punto v. pure il commento di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.* 6/2008, 745 ss.); A. RONCO, *(F)razione: riletti sulla divisibilità della domanda in processo distinti*, in *Giur. it.* 4/2008, 929 ss., secondo cui (a partire dalla adesione al principio affermato dalla S.C., anche in ossequio al canone della ragionevole durata del processo), in punto di sanzioni, non sarebbe sufficiente disporre la compensazione delle spese anche a carico del frazionante, ma sarebbe altresì eccessivo disporre l'inammissibilità delle iniziative successive alla prima per intervenuto giudicato sull'unico diritto, di talché l'unico rimedio possibile dovrebbe essere preventivo nel senso di consentire al giudice di rigettare in rito (*ex art. 100 c.p.c.*) la prima domanda ove l'attore non fornisca adeguata giustificazione a sostegno dell'azione parziale; A. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in *Corr. giur.* 8/2009, 1133 ss., è contrario alla frazionabilità dell'unico credito e perciò condivide l'approdo delle SU, con la precisazione che la conseguenza dell'agire frazionato non dovrebbe essere la preclusione del giudicato formatosi sul credito nel suo complesso (anche quando dedotto in giudizio per il tramite di una sua porzione), né la carenza di interesse ad agire, bensì la nullità extraformale dell'atto di citazione per «impossibilità giuridica» della domanda avente ad oggetto una sola frazione del diritto affermato. Qualche perplessità desta, invece, secondo l'A., la giustificazione del divieto di frazionamento alla stregua del canone del giusto processo, potendo piuttosto trovarsi un appiglio nei principi di economia processuale e di ragionevole durata. Per una sintesi delle soluzioni prospettate dalla dottrina in merito al tipo di pronuncia con cui «sanzionare» il frazionamento, v. C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito*, cit., 54 ss., secondo cui il punto maggiormente critico della pronuncia delle sezioni unite del 2007 era rappresentato proprio dalla mancata presa di posizione sul punto, poiché non emergeva con chiarezza se la pronuncia dovesse essere di rigetto nel merito o in rito, né quali fossero le conseguenze in termini di riproponibilità della domanda (così anche secondo C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 601; contra A. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni*, cit., 1135, nt. 9, e ancora 1140, ad avviso del quale la S.C. avrebbe mostrato propensione per la soluzione di portata meramente endoprocessuale e dallo stesso A. condivisa della nullità dell'atto di citazione per «impossibilità giuridica» della domanda. Non pare, invero, di poter scorgere una tale affermazione, neppure implicita, dalla lettura della sentenza.). C. ASPRELLA, *op. ult. cit.*, 84-85, e 134 ss., ritiene che nessuna delle proposte affacciate in dottrina prima dell'arresto del 2017 sarebbe praticabile: non l'improponibilità della domanda, né il rigetto per nullità dell'atto di citazione, il rigetto nel merito per responsabilità processuale aggravata o l'addebito delle spese processuali alla parte pur vittoriosa che abbia però indebitamente frazionato la propria pretesa (su cui v. *infra* in questa stessa nota). «L'inesistenza di «rimedi» al frazionamento risiede, infatti, non tanto nella difficoltà insita nel reperirli quanto nell'erroneo inquadramento che se ne effettua a monte. Esso, infatti, lungi dall'essere una pratica sanzionabile, rappresenta

Siffatti argomenti vengono richiamati anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità<sup>54</sup> che, in materia di azione risarcitoria, da un lato, predica la volontà di assicurare continuità all'orientamento delle sezioni unite del 2007 sul generale divieto di frazionamento dell'unico credito; e, dall'altro, si apre all'opposto principio della tendenziale

---

una modalità di azione giudiziale per nulla in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento ed anzi [...] da alcuni di essi addirittura sorretto» (così a pp. 71-72). La corretta chiave di lettura del problema dell'ammissibilità del frazionamento si trova nella riformulazione del concetto di interesse ad agire (di cui si è già dato conto, in special modo attraverso l'indagine di M. MARINELLI, *L'interesse ad agire*, cit., *passim*): questo dovrebbe servire a giustificare non tanto il rigetto in rito della domanda frazionata, ma, al contrario, l'ammissibilità del frazionamento, poiché in questa rinnovata prospettiva l'interesse ad agire è la "misura" dell'azione e cioè «parametro oggettivo di valutazione della legittima deduzione di una porzione dell'intera situazione giuridica sostanziale vantata». Tale impostazione è coerente con l'idea che l'oggetto del processo «si conformerebbe, in armonia con il principio dispositivo, a quanto dedotto dalle parti e non alla effettiva consistenza oggettiva del diritto sostanziale azionato», pur essendo chiaro che si dovrà allora garantire al convenuto la possibilità di agire in via riconvenzionale per ottenere l'accertamento negativo della frazione di credito residua non dedotta in giudizio, come avevano già osservato C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 241-244, e L. MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.* 1/1991, 15 ss. Merita una menzione a parte la tesi che suggerisce di reagire al frazionamento della domanda in punto di condanna alle spese: in tal senso, superando la stretta correlazione tra condanna e soccombenza in giudizio, F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000; *Id.*, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 268 ss.; più recentemente ha ripreso questa impostazione, T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, 135 ss.; *Id.*, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2008, 345 ss.; concorda C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 602. Ci pare di ispirazione (almeno in parte) analoga quell'indirizzo della giurisprudenza di legittimità che, pur ritenendo abusiva l'iniziativa frazionata di più soggetti volta ad ottenere l'equa riparazione per la irragionevole durata del processo di cui erano stati tutti parte, ritiene di sanzionare la condotta processuale illecita, non con il rigetto della pretesa, ma in punto di condanna alle spese, calcolandone come se il procedimento fosse stato unico sin dall'inizio e, così, condannando la parte soccombente a pagare una somma complessivamente inferiore a quella che sarebbe risultata se i giudizi (riuniti dalla Corte d'Appello) fossero rimasti separati: così Cass. 3.5.2010, n. 10634, in *Corr. giur.* 3/2011, 369 ss., con nt. di plauso di C. FIN, *Una coraggiosa pronuncia della Corte di legittimità: l'onere delle spese come rimedio contro un uso scorretto dello strumento processuale*, e confermata dalla più recente Cass. 6.9.2017, n. 20834.

<sup>54</sup> Così, ad esempio, la pronuncia di Cass. 28.6.2018, n. 17019; v. anche Cass. 6.5.2020, n. 8530, con cui il giudice di legittimità ha nuovamente richiamato il *dictum* delle SU del 2017, statuendo che non è ammesso il frazionamento della domanda di risarcimento del danno non patrimoniale e di quella avente ad oggetto il danno patrimoniale, in ragione della prospettata maggiore speditezza di un procedimento rispetto all'altro ovvero della sussistenza di presupposti processuali più gravosi in relazione ad alcune componenti del danno, quando il vantaggio che ne derivi non sia significativamente apprezzabile.

frazionabilità affermato dalle sezioni unite del 2017. Difatti, proprio in relazione al credito unitario (piuttosto che per il caso in cui i crediti siano diversi) è opportuno che il divieto di frazionamento sia derogabile solo in ragione della sussistenza di un apprezzabile interesse alla frammentazione della iniziativa giudiziale.

A fronte di una pretesa avente ad oggetto, ad esempio, il solo danno emergente, e non anche il lucro cessante o il danno da perdita di *chances*, è necessario appurare le ragioni di una tale riduzione dell'unità minima azionabile in giudizio, potendo ammettere, a certe condizioni, l'esistenza di un interesse ad agire per ottenere una parte del tutto, giustificabile di caso in caso: l'attore potrebbe, ad esempio, avere la legittima convenienza ad agire per ottenere il risarcimento delle sole poste di danno che ritiene di essere in grado di provare nel momento in cui agisce<sup>55</sup>; ovvero ad agire per un *minus* con l'intenzione di rimettere una porzione del debito ovvero anche al fine di tentare il raggiungimento di un accordo con la controparte<sup>56</sup>. Ove l'attore non riuscisse a giustificare la scelta di frazionare la pretesa, si potrà eventualmente ammettere una integrazione della domanda originariamente proposta<sup>57</sup>, in modo da rendere anche la restante parte del credito oggetto del giudizio, purché sia ancora possibile, e così non oltre la prima memoria di trattazione<sup>58</sup>.

Sembra chiaro, però, che se il soggetto danneggiato dovesse determinarsi ad agire in giudizio per ottenere il ristoro della voce di danno-perdita di *chance* dopo la formazione del giudicato sulla prima domanda avente ad oggetto le altre voci di danno, sarà appunto il giudicato ad ostacolare una nuova pronuncia di merito sullo stesso e unico diritto, senza necessità di compiere alcuna valutazione sull'interesse al frazionamento.

<sup>55</sup> M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito*, cit., 342, in nt. critica all'arresto delle sezioni unite del 2007, osservava, con riferimento alle azioni di condanna al risarcimento del danno, che «non [sono] certo irrilevanti [le] necessità di approfondimento istruttorio in capo al danneggiato».

<sup>56</sup> Il frazionamento non può essere automaticamente inteso quale sinonimo di abuso del processo: in tal senso C. ASPRELLA, *Il frazionamento*, cit., 113 ss.; *contra* M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela*, cit., 181 ss., secondo cui la parcellizzazione giudiziale del credito sarebbe proprio ipotesi paradigmatica di abuso dell'azione giudiziale.

<sup>57</sup> In questo senso ci pare preferibile, perché più utile, che la verifica della esistenza di un interesse al frazionamento avvenga al momento della proposizione della prima domanda.

<sup>58</sup> V. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 602.

#### 4. I fatti costitutivi del diritto di credito risarcitorio da perdita di *chances*

È emerso a più riprese nel corso della trattazione che il sacrificio della *chance* non è sempre tale da giustificare la nascita di uno specifico credito al risarcimento del danno e così di una distinta domanda giudiziale. Ciò accade solo quando il pregiudizio subito merita uno spazio autonomo di tutela, perché autonoma è la situazione giuridica lesa.

Con riferimento a queste fattispecie la domanda (che sarà tendenzialmente di condanna, esclusa la possibilità di agire con un'azione di mero accertamento degli elementi costitutivi in concreto della *chance*: v. quanto si è detto sul punto *supra* al par. 1 di questo stesso capitolo) avrà ad oggetto proprio l'affermato diritto di credito (perciò eterodeterminato) al risarcimento del danno da perdita di una *chance*.

Posto che, come già ricordato, la contrapposizione fra teorie della individuazione e della sostanziazione si è col tempo attenuata per lasciare spazio ad una posizione mediana volta a valorizzare gli effetti giuridici ricollegati alla fattispecie normativa<sup>59</sup>, il tema della allegazione dei fatti ai fini della identificazione della situazione sostanziale resta comunque decisivo. L'attore dovrà dunque selezionare i fatti che producono l'effetto giuridico ricollegato al diritto vantato, pur non dovendosi ritenere necessaria l'individuazione della fattispecie legale entro la quale gli effetti devono essere sussunti.

Trattandosi di un diritto eterodeterminato, l'insegnamento tradizionale pretende che l'attore alleghi i fatti costitutivi del diritto fatto valere non solo ai fini del vaglio sulla fondatezza nel merito della pretesa che il giudice sarà chiamato a compiere, ma anche, e preliminarmente, ai fini della individuazione dell'oggetto del giudizio e, dunque, della proposizione di una domanda non bisognosa di rinnovazione o integrazione oltre che fondata. Premesso che la distinzione tra diritti auto ed etero individuati, non è valorizzata dalla disciplina dell'art. 164 c.p.c., che impartisce senza eccezioni di sorta la nullità dell'atto di citazione per mancanza della esposizione dei fatti posti a fondamento della domanda; quasi a raccogliere la tesi autorevolmente sostenuta della rilevanza indiscriminata della *causa petendi* quantomeno ai fini della individuazione della domanda, se non del diritto, e così anche con riferimento a quelli c.d. autodeterminati<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> V. i riferimenti nel par. 2.

<sup>60</sup> Così A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, III ed., 130-135, secondo

Tutto ciò posto, si tratta di capire quali sono esattamente i fatti costitutivi del diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di una *chance*, la cui allegazione, fin dall'esordio della lite, deve intendersi necessaria per la identificazione del diritto e per la proposizione di un valido atto di citazione. Bisogna chiedersi, in altri termini, se la delimitazione della fattispecie costitutiva del diritto di credito al risarcimento del danno si atteggi in modo peculiare con riferimento alla perdita di *chance* (sostanzialmente in ragione della dimensione ipotetica in cui si colloca la situazione giuridica che si assume lesa).

Le specificità della *chance* (di guarigione, di coltivare il giudizio pendente: su questa ultima ipotesi, nell'ambito della responsabilità professionale dell'avvocato, v. il cap. V, par. 1-3), quale bene astratto e relegato alla dimensione controfattuale di un passato rimasto irrealizzato, potrebbero indurre l'interprete ad esigere che la concretezza della pretesa *chance* venga rappresentata, con dovizia di dettagliate allegazioni fattuali, già nell'atto di citazione. Tale assunto rischia, tuttavia, di assecondare una certa confusione tra il piano della individuazione del diritto fatto valere e ammissibilità della relativa domanda e quello della sua fondatezza.

Poste tali premesse, si ritiene che la fattispecie costitutiva del diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di *chances* sia composta dalla condotta illecita da cui è dipeso il pregiudizio, nonché dalla sequenza controfattuale alternativa data dall'insieme di circostanze atte a indicare la realizzabilità della *chance* in assenza di illecito. Pertanto, la affermazione della lesione e della esistenza di una opportunità di conseguire un vantaggio prima dell'intervento della condotta lesiva non è di per sé sufficiente a soddisfare l'esigenza di allegazione dell'insieme di fatti costitutivi principali del credito, ai fini della individuazione dell'oggetto della domanda.

È altresì necessario – poiché proprio questo è il carattere che distingue il credito risarcitorio da *chance* perduta da qualsiasi altro credito

---

cui, con riferimento ai diritti autoindividuati, se pure il fatto giuridico invocato possa non considerarsi elemento di identificazione del diritto, «ha pur sempre rilievo nell'*identificazione della domanda giudiziale*»; così già E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 121, secondo cui, in ogni caso, pure quando oggetto del giudizio sia un diritto autoindividuato, a prescindere dal rilievo della *causa petendi* in punto di individuazione del diritto e della domanda, l'esposizione della *causa petendi* debba ritenersi comunque necessaria ai fini della individuazione della tutela, essendo la stessa «il parametro per la determinazione della giurisdizione, della competenza, della legittimazione ad agire»; v. poi i richiami già svolti in punti di distinzione tra diritti autoindividuati ed eteroindividuati, nel par. 2, nt. 25.



risarcitorio – che l'attore allegghi le circostanze atte a delineare la catena eziologica alternativa che avrebbe condotto alla realizzazione della *chance* per la eventualità in cui non si fosse verificato l'illecito. A tal fine si crede sufficiente dedurre i fatti che, sul piano della causalità generale, sono idonei a tracciare la ipotetica sequenza causale che ragionevolmente avrebbe avuto corso in assenza di illecito; là dove tutti gli elementi utili a dimostrare l'esistenza della *chance* perduta in concreto potranno essere allegati quali fatti secondari, «logicamente rilevanti[i] per l'accertamento del fatto principale»<sup>61</sup>. Dal canto suo, il convenu-

<sup>61</sup> Così, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu e F. Messineo (già diretto da) e L. Mengoni (proseguito da), Milano, 1992, 97 ss., il quale mette in discussione la distinzione tra fatti principali e fatti secondari, dal momento che la situazione di fatto è infine allegata nel suo complesso, con diversi gradi di precisione e completezza; sul tema già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 266, distingueva tra fatti principali c.d. giuridici «da cui deriva l'esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge» e fatti secondari c.d. semplici o motivi, che «hanno importanza pel diritto solo in quanto possono servire a provare l'esistenza d'un fatto giuridico»; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010, 106; Id., *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 272 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 121 ss., spec. 123, secondo cui «il fatto principale, proprio perché non esiste al di fuori e prima della sua prova, finisce con l'identificarsi con tutta una vasta gamma di fatti secondari, storici e concreti, che lo provino»; ed, anzi, proprio i fatti secondari costituiscono «il vero oggetto della disposizione di parte, quale substrato del rapporto sostanziale e – sul piano processuale – della domanda»; e che, a sua volta, richiama F. CORDOPATRI, *A proposito di «rilevanza della prova» e di «giudizio di fatto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1974, 985 ss., e E. FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 593 ss., il quale sottolineava come i fatti secondari potessero essere addirittura più cruciali dei fatti principali. A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, V, 1994, 49 ss., spec. 52-53, secondo cui è dal fatto secondario noto (in concorso con altri fatti secondari) che il giudice può risalire al fatto principale ignoto. Sul differente regime dell'onere di allegazione tra principali e secondari Secondo M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 340 ss., solo i fatti giuridici costitutivi, impeditivi o estintivi del rapporto *de quo agitur* sono oggetto dell'onere di allegazione, non anche i fatti secondari (senza considerare che non tutti i fatti principali rientrano nella disponibilità monopolistica delle parti, poiché vi sono alcuni di quei fatti che sono a base di eccezioni in senso lato e dunque rilevabili d'ufficio dal giudice). Il giudice potrebbe, dunque, promuovere d'ufficio l'acquisizione di tali fatti secondari, di cui abbia una privata conoscenza, attraverso l'accorto uso dell'interrogatorio delle parti, poiché rispetto ai fatti secondari (come con riguardo ai fatti impeditivi, modificativi ed estintivi) non opererebbe il divieto per il giudice di utilizzare la propria scienza privata. Dello stesso avviso, E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 23 ss. e ancora 88 ss., e G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, 2175 ss., spec. par. 3; parrebbe contrario B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 111, il quale, proprio in dialogo con il pensiero di Cappelletti, ritiene che la distinzione in punto di onere di allegazione tra fatti principali e secondari possa riferirsi solo al momento della formazione del *thema decidendum*, dal momento che, rispetto al *thema probandum*, «si dovrebbe al

contrario riconoscere di regola la stessa funzione anche all'allegazione dei fatti secondari, non essendovi dubbio che anche questi ultimi divengono a loro volta tema di prova»; tuttavia lo stesso A. osserva più avanti (p. 125) che, all'esame dell'art. 115, prima parte, c.p.c., il riferimento alle «prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero» porta a concludere che la norma, espressiva del principio dispositivo, non intenda distinguere tra soggetti onerati e non onerati all'allegazione e alla prova dei fatti, nel senso dunque di ammettere (come fa, tra gli altri, proprio Cappelletti) che i fatti secondari possano emergere dall'istruttoria in quanto affermati dalla controparte o risultanti da un'attività sollecitata officiosamente dal giudice; più esplicitamente in dissenso rispetto all'ammissibilità di iniziative officiose del giudice in ordine all'acquisizione di fatti secondari rilevanti, D. BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, 129, secondo cui tale conclusione «urta contro fondamentali ed indiscussi principi di civiltà giuridica, quali l'imparzialità, la neutralità, l'equidistanza del giudice rispetto alle parti». Esclude un onere di allegazione esplicita, pur ritenendo in ogni caso necessario che il fatto secondario emerga in giudizio in qualche modo, L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 106; v. pure S. PATTI, *Prove*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, 15, secondo cui il disposto dell'art. 163, co. 3, n. 4), c.p.c., in cui si prescrive l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, lascerebbe intendere che l'onere di allegazione espressa sia riferito solo ai fatti principali.

Sulla possibilità che i fatti secondari possano essere acquisiti anche tramite l'intervento officioso del consulente tecnico d'ufficio, quale ausiliario del giudice, v. alcune recenti pronunce del giudice di legittimità. La prima a venire in rilievo è quella di Cass. 6.12.2019, n. 31886 (già richiamata *supra* nel cap. I, par. 4), che ha ammesso tale acquisizione officiosa (che, nel caso di specie, aveva avuto ad oggetto due cartelle cliniche non allegate dalla parte) non solo in relazione ai fatti «tecnici accessori e secondari», ma, in via eccezionale, anche rispetto a quelli costitutivi (e ai relativi documenti), purché «la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione non possa oggettivamente essere fornita coi mezzi di prova tradizionali». La pronuncia – superata dalla successiva presa di posizione delle Sezioni Unite: v. *infra* in questa stessa nota – è stata discussa specialmente con riguardo alla sanzione ivi disposta di nullità assoluta e rilevabile d'ufficio della consulenza svolta in violazione del principio dispositivo: la comminatoria di una nullità assoluta è stata infatti ritenuta “eccessiva” da L. QUERZOLA, *La consulenza tecnica d'ufficio in materia di responsabilità medica alla luce della più recente Suprema Corte*, in *Resp. civ. prev.* 1/2020, 157 ss.; v. pure F. AULETTA-V. CAPASSO, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia ... con colpo di scena finale*, in *Corr. giur.* 12/2020, 1526 ss., secondo cui la soluzione non può considerarsi di per sé né certamente corretta né certamente errata, ma è l'argomentazione che la sorregge ad essere discutibile, poiché la Corte, impropriamente, attribuisce alla nullità in parola il più grave rango di nullità assoluta sulla base della valutazione (non prevista dal nostro ordinamento) della sovra-individualità dell'interesse leso (rispetto delle norme sulle preclusioni istruttorie); eppure non spiega come mai, invece, nullità derivanti dalla violazione del contraddittorio nella stessa materia della consulenza tecnica, nonostante il riformato art. 195 c.p.c., siano qualificate come nullità relative. Gli A. si sono espressi in senso critico anche sulle conclusioni del giudice di legittimità relative alla limitazione dei poteri del consulente, osservando che questi dovrebbe poter esercitare tutti i poteri spettanti al giudice, suo mandante (il quale, a sua volta, può e anzi deve esercitare quei poteri necessariamente dopo il maturare delle preclusioni istruttorie valide per le parti). Gli ultimi approdi delle Sezioni Unite – su cui conviene leggere l'approfondita analisi critica di B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 3/2022, 981 ss. –, come anticipato, si confrontano

to potrà anzitutto difendersi e contestare i fatti allegati dall'attore in punto di sequenza causale alternativa, sostenendone la inefficienza rispetto alla realizzazione della dedotta *chance*, anche eventualmente allegando ulteriori fatti, specie impeditivi che, inseriti nella ipotetica catena di eventi idonea, secondo la tesi attorea, a concretizzare la *chance*, ne avrebbero invero impedito (o comunque reso improbabile) il conseguimento<sup>62</sup>.

---

con quanto affermato dalla sentenza della Terza Sezione del 2019 per superarne gli esiti. In particolare, per quanto qui di interesse, Cass. SU, 1.2.2022, n. 3086 (e la di poco successiva Cass. SU 28.2.2022, n. 6500, che afferma identici principi di diritto), svincola la definizione dei poteri istruttori del consulente dalle preclusioni a cui sono assoggettate le parti, per assimilarli, piuttosto, ai poteri officiosi del giudice, di talché l'esperto potrà svolgere tutti gli approfondimenti istruttori "indispensabili" a rispondere ai quesiti anche a prescindere dalle allegazioni di parte (sempre fermo il limite dei fatti principali «che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio»: come rileva B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, 1012, la differenziazione di regime tra fatti principali e fatti secondari trascura il fatto che i fatti secondari, per definizione, sono funzionali a raccogliere la prova dei fatti principali). Per una lettura critica del ragionamento attraverso cui la S.C. giunge a giustificare i poteri istruttori officiosi del consulente in quanto mutuati dai poteri officiosi del giudice di cui egli è ausiliario (sposando la lettura che fu autorevolmente di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, 147 ss.), v. V. ANSANELLI, *Il consulente tecnico d'ufficio – Un piccolo giudice alla ricerca della verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2022, 1207 ss., il quale sottolinea come nessuna norma del codice di rito riconosca invero al giudice un potere generalizzato di assumere d'ufficio prove documentali, e che in ogni caso non potrebbe predicarsi «un'automatica attribuzione all'esperto dei medesimi poteri istruttori officiosi che il codice di rito riconosce al giudice». Peraltro – e questa sarebbe secondo l'A. la ragione decisiva, anche di rilievo costituzionale, per non condividere l'orientamento da ultimo proposto dalle sezioni unite –, applicando i principi affermati dalla S.C., si legittimerebbe la configurazione di due tipologie di controversie, di cui una "a istruttoria aperta", nella quale lo svolgimento della c.t.u. giustificerebbe il superamento delle preclusioni istruttorie, quantomeno in relazione alla produzione dei documenti. Riflette sulle ultime pronunce delle Sezioni Unite, con particolare riguardo alla consulenza tecnica psicologica, A. TEDOLDI, *Iudex servus peritorum: la consulenza tecnica (psicologica) all'alba del terzo millennio*, in *Riv. dir. proc.* 4/2022, 1164 ss.

<sup>62</sup> Dove la contestazione del fatto costitutivo deducete la sequenza causale alternativa che avrebbe condotto alla realizzazione della *chance* si configura quale mera difesa, che non arricchisce il tema istruttorio, e non come eccezione: sul punto v., per tutti, R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. civ.* Torino, 1992, 262 ss., spec. 265. Oltre a difendersi negando l'esistenza dei fatti costitutivi allegati dall'attore, il convenuto può altresì dedurre fatti ulteriori nella specie di quelli impeditivi (in quanto idonei ad interferire *ex ante* sulla fattispecie costitutiva nella parte relativa alla progressione della ipotetica sequenza causale suscettibile di realizzare la *chance*. Sulla natura nonché sulla complessa qualificazione del fatto impeditivo si vedano, per tutti, E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968, 323 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 249 ss., che discute e supera l'idea tradizionale del fatto impeditivo quale elemento costitutivo della fattispecie "con il segno invertito", per affermarne la piena autonomia (il che spiega l'assimilazione del regime di allegazione e probatorio

Un'ultima precisazione. Ritenere che la allegazione, a cui seguirà la relativa prova, del decorso causale alternativo impedito dall'illecito sia necessaria ai fini della delimitazione della fattispecie costitutiva del credito implica la attribuzione di una efficienza costitutiva agli elementi fattuali relativi alla portata dannosa della condotta in relazione alla *chance* che si assume lesa.

Tale decorso causale alternativo è dunque funzionale a calare la *chance* nella concretezza del processo, non anche ad individuare il nesso causale tra illecito e danno, che peraltro non sempre si atteggia quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria.

Infatti se lo è pacificamente nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, non altrettanto può oggi dirsi per tutte le fattispecie di responsabilità contrattuale, posto che con riferimento alle obbligazioni di *facere* professionale, si è recentemente aperto un vivace dibattito a partire dalla pronuncia di Cass. 27.7.2017, n. 18392<sup>63</sup>, con cui la giurisprudenza di legittimità – in parte recuperando la distinzione, che ci eravamo abituati a definire superata, tra obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”<sup>64</sup> – si è orientata nel senso di addossare all’at-

---

del fatto impeditivo ai fatti estintivi e modificativi, piuttosto che ai fatti costitutivi); G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 247 ss., spec. 252-254; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., spec. 322 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova*, cit., 179 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 109 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 265 ss.

<sup>63</sup> I cui principi sono stati confermati e precisati da successive pronunce, tra cui, Cass. 23.10.2018, n. 26700; Cass. 11.11.2019, nn. 28991 e 28992, rese nell'ambito del gruppo di sentenze di San Martino 2019; nonché, da ultimo in senso totalmente adesivo, Cass. 31.8.2020, n. 18102. Per approfondire il contenuto e la portata di tale orientamento, è senz'altro utile leggere le riflessioni dell'estensore delle predette decisioni: v. E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265 ss. (e, da ultimo, *Id.*, *Ancora sulla responsabilità sanitaria derivante da contratto*, in *Foro it.* 1/2023, V, 14, puntellando i principi affermati dalla appena menzionata giurisprudenza di legittimità, anche in replica alle obiezioni sollevate in dottrina nei confronti di tale indirizzo sul nesso di causalità). A scapito della brevità necessaria a queste nostre minime osservazioni sul punto, è importante precisare che solo nel 2019 la S.C. ha circoscritto l'ambito oggettivo dell'orientamento inaugurato nel 2017 alle obbligazioni di *facere* professionale (ove la sentenza capostipite sembrava invece riferirsi alla responsabilità contrattuale in generale), mantenendo ferma, per le obbligazione di dare e fare, la inversione dell'onere probatorio sul nesso impartita dall'ormai classico insegnamento che si riconduce alla Cass. SU 11.1.2008, n. 577, sulla scia di Cass. SU 30.10.2001, n. 13533: ce lo fa notare B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 78 ss., spec. 83, a cui si rinvia anche per la puntuale analisi del dibattito in corso e per tutti i riferimenti bibliografici qui omessi.

<sup>64</sup> Su tale dualismo sarebbe necessario aprire una ulteriore e ampia parentesi, che

per chiare ragioni sarà ridotta ad una sintesi del dibattito. La questione principale attiene, come noto, alla definizione del significato da attribuire al contenuto della "prestazione" oggetto dell'obbligazione, e se cioè esso coincida con la condotta richiesta al debitore o con l'utilità finale attesa dal creditore. Come scriveva significativamente U. BRECCIA, *Le Obbligazioni*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 1991, 133 ss., spec. 137 (a cui si rinvia pure per tutti i riferimenti bibliografici ivi contenuti), la spiegazione più persuasiva è quella che concepisce il momento «oggettivo» della prestazione e quello soggettivo della condotta, come elementi che concorrono all'integrale attuazione del rapporto obbligatorio; ciò nondimeno, proprio la valorizzazione della separazione tra i due momenti ha dato vita ad una delle «classificazioni forse più diffuse e certo più discusse in età moderna: la dicotomia tra le obbligazioni in cui avrebbe rilievo soltanto il comportamento diligente del debitore, in quanto "mezzo" per conseguire un risultato cui il creditore aspira ma che il debitore non è tenuto a garantire, e le obbligazioni in cui avrebbe rilievo soltanto il conseguimento del "risultato", quale che sia il comportamento diligentemente posto in essere dal debitore al fine di conseguirlo». La puntuale determinazione del contenuto della prestazione è indispensabile per fissare il confine tra esatto adempimento ed inadempimento, nonché la nozione di impossibilità di cui all'art. 1218 c.c., intesa in senso assoluto e materiale da chi identifichi la prestazione con il risultato. Diversamente – ricorda ancora U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, 462 ss. – ove si accolga l'impostazione che fa rientrare, nel contenuto della prestazione, sia il risultato sia «i mezzi necessari per attuarlo», la nozione di impossibilità non viene individuata in astratto, ma in base al «regolamento concreto della fonte del rapporto, oltre che [al] tipo o [alla] natura della prestazione». V. anche quanto evidenziato da p. 468 in poi, sul combinato disposto tra artt. 1176 e 1218 c.c., e cioè sul ruolo della diligenza nella definizione della "causa non imputabile" dell'impossibilità sopravvenuta, nel senso che la «sfasatura» tra le due norme si risolve a patto di considerare l'impossibilità come nozione relativa ai mezzi che rientrano nel contenuto dell'obbligazione. Come noto, un contributo imprescindibile se si vuole chiarire il significato della "diligenza" è stato quello di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, 192 ss., peraltro sulla scia delle riflessioni già condotte da G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 469 ss. e poi ancora in *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1954, 594 ss., (pubblicato solo tre mesi dopo lo *Studio critico* di Mengoni) al quale si riconosce il merito di aver messo in discussione le implicazioni di natura soggettiva incidenti sul concetto di "impossibilità sopravvenuta", conducendo così il codice civile del 1942 ad abbracciare una nozione oggettiva di impossibilità, nel senso di farla dipendere da un impedimento intrinseco al contenuto della prestazione. Per una recente rilettura delle pagine di Osti, sempre in costante confronto con il pensiero di Mengoni, v. G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.* 1/2019, 1 ss., il quale sottolinea anzitutto i punti di contatto tra le due impostazioni, entrambe fautrici di una concezione oggettiva della responsabilità contrattuale, nonostante vi fosse una divergenza di vedute in relazione al concetto di impossibilità rilevante *ex art.* 1218 c.c.: assoluta secondo Osti, anche relativa secondo Mengoni. Merita segnalare il contributo di D'Amico anche per la difesa e il chiarimento intorno alla distinzione che già nel 1918 Osti veniva tracciando tra "obbligazioni di diligenza" e "obbligazioni di risultato", non nel senso di voler creare due categorie di obbligazioni: anche l'obbligazione di diligenza, infatti, secondo il maestro bolognese, aveva "un risultamento" consistente proprio nella "prestazione diligente". Era già tornato a far dialogare i due autori, C. CASTRONOVO,

tore danneggiato anche la allegazione e la prova del nesso causale, quando il danno sia stato cagionato dall'inadempimento di un'obbligazione di risultato "non predeterminabile", com'è in molti casi per le fattispecie di responsabilità sanitaria. In particolare, la S.C., muovendo dal presupposto che la causalità sia elemento costitutivo di qualsiasi fattispecie di responsabilità e caratterizzi in ogni caso gli oneri di allegazione e prova del danneggiato, ha affermato l'esistenza di «un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante», specificando di conseguenza che se, al termine dell'istruttoria, resti incerta la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto. Tale orientamento, da più parti criticato in dottrina<sup>65</sup>, è a nostro avviso

---

*La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.* 1/2008, 1 ss., nel duplice intento di spiegare, da un lato, l'equivoco che aveva indotto Osti ad ascrivere il pensiero di Mengoni al filone dottrinale che intendeva fondare la responsabilità per inadempimento sul concetto di colpa e, dall'altro, di far emergere le specificità del pensiero di Mengoni rispetto a quello di Osti. Come efficacemente riassume oggi G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, comm. sub art. 1176 c.c., in P. Schlesinger (fondato e già diretto da) e F.D. Busnelli (continuato da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2016, 127 ss., spec. 134, Mengoni aveva concluso che «anche nelle obbligazioni che preferiva definire "di comportamento", anziché di mezzi, il debitore deve comunque un risultato. Tale risultato [...] non è quello del raggiungimento di un certo bene della vita cui aspiri il creditore [...] perché questo desiderio non può essere dedotto in obbligazione siccome nessuno può garantire di raggiungerlo; il risultato deve intendersi nel prestare l'attività adeguata per tentare di raggiungere tale obiettivo»; e ancora, citando le esatte parole di Mengoni, «ciò che si attende dal debitore, affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio a un processo di mutamento (o conservazione), l'esito del quale dipende però da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo». Per approfondire, si consiglia anche la lettura di G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, comm. sub art. 1218 c.c., in P. Schlesinger (fondato e già diretto da) e F.D. Busnelli (continuato da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, II ed., 2006, spec. il cap. II, 93 ss., per l'attenta e chiara analisi del pensiero di Osti e Mengoni, nonché di tutti gli autori che hanno contribuito ad arricchire il dibattito intorno ai temi della responsabilità contrattuale.

<sup>65</sup> La nuova impostazione della S.C. è stata prevalentemente disapprovata dalla dottrina. Il giudizio più nettamente negativo è stato espresso da F. PIRAINO in vari scritti, tra cui più recentemente, in *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionali*, in *Danno e Resp.* 5/2020, 559 ss. Secondo l'A. il nesso di causa non è mai elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità contrattuale, neppure con riferimento alle obbligazioni di *facere* professionali, la cui unica peculiarità deriva semmai dalla circostanza che il loro contenuto non è in ogni caso predeterminabile e dunque «la violazione delle regole di prestazione non presenta una sua intrinseca

connotazione causale», per cui il giudizio di responsabilità richiede un passaggio ulteriore consistente nella verifica *a posteriori* della dannosità della condotta sul piano della causalità generale. Una volta richiesto al creditore di allegare l'inadempimento e dimostrare la riconducibilità della condotta dannosa al danno lamentato tramite la sussunzione in una legge di copertura, non si può aggravare ulteriormente il suo carico probatorio pretendendo altresì la prova della causalità c.d. individuale; in senso analogo anche G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Foro it.* 1/2020, speciale "Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento", 152. Sul punto è scettico A. PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *I Contratti* 3/2020, 341 ss., secondo cui la prova del nesso non può arrestarsi al piano della causalità generale; qui non è dato diffondersi sui termini esatti del dibattito, ma in breve la replica dell'A. è nel senso che l'allegazione della legge di copertura è interna al giudizio di inadempimento ed è funzionale ad appurare la dannosità della condotta, piuttosto che a fondare il giudizio di causalità). Condivide la critica mossa da Plaia, B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 98, poiché «la ridetta tesi manderebbe in cortocircuito buona parte dell'elaborazione compiuta sulla *chance*, che in molti casi si appoggia necessariamente, specialmente in tema di colpa medica, alla causalità generale». Ancora diversa è la voce di G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e Resp.* 3/2018, 345 ss., nonché ID., *L'onere della prova del nesso*, cit., il quale presuppone la correttezza dogmatica della tanto discussa distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ma osserva che la soluzione della S.C. – che pure sembra rievocare, sebbene non esplicitamente, tale distinzione – uniforma il regime delle obbligazioni di fare professionali senza considerare che tra queste vi sono anche obbligazioni di risultato. Sembra condividere tale osservazione anche B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 89-90, per giungere a sostenere che "l'affermazione di principio per cui deve essere il creditore a provare il nesso non elide la possibilità che l'impegno del debitore sia teso a garantire anche il risultato, come ad esempio accade nel settore della chirurgia estetica". Si veda anche la critica di M. MAGLIULO e R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*, in *Danno e Resp.* 2/2019, 256 ss., i quali ritengono criticamente che la posizione assunta dalla Corte si ponga in contrasto («siderale», ad avviso altrettanto critico di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strada teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, nello stesso n. 2/2019 di *Danno e Resp.*, 248 ss.) con il modello imposto dalle sezioni unite del 2001, poiché «richiedere al creditore la mera allegazione dell'altrui inadempimento implica di per sé la negazione della regola che pone a carico del medesimo la dimostrazione del nesso causale» (265). Secondo gli A. la terza sezione sembra essersi avveduta di tale contraddizione con la sentenza successiva di Cass. 13.7.2018, n. 18549, che, pur conformandosi ai principi enunciati nella sentenza Scoditti, riscrive il principio di distribuzione dell'onere della prova in materia di responsabilità medica, e torna a valorizzare il principio *res ipsa loquitur* e la distinzione tra interventi "difficili" e interventi "routinari", nel senso che «nella normalità dei casi è l'attore a dover provare il nesso di causalità materiale tra l'atto e l'evento di danno, a meno che questo non possa presumersi in presenza di una prestazione che rechi in sé la presunzione di causalità in assenza di altri fattori più probabili». Di contro F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it.* 1/2020, speciale, cit., 162 ss., aderisce integralmente alle argomentazioni e alla soluzione proposta dalla S.C. Al di là del contingente dibattito scaturito dal recente mutamento giurisprudenziale si deve osservare che alcuni Autori avevano già sostenuto, nell'ambito del più ampio

giustificabile negli approdi, per quanto suscettibile di essere rimesso in discussione nel suo *iter* argomentativo, in adesione alla prospettazione che ha fatto leva sulla distinzione tra danno intrinseco e danno estrinseco – e svalutando il dualismo tra interesse primario ed interesse strumentale su cui poggia la ricostruzione del giudice di legittimità – ha concluso (in senso conforme alla S.C., ma all’esito di un diverso

---

dibattito sulle differenze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, l’opportunità di uniformare il regime probatorio del nesso di causa. Ad esempio secondo C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, comm. sub art. 1218, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., «il nesso di causa è in generale un tema di prova a carico del danneggiato [e proprio] nelle obbligazioni professionali la prova della omissione o della inesattezza dell’adempimento può non attestare di per sé il nesso causale con l’evento dannoso. Se si dimostra, ad es., che il paziente ha ricevuto una cura errata, ciò non significa che la cura appropriata avrebbe evitato il decesso»; v. pure G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., spec. 94 ss., la quale fa notare come l’art. 1218 del codice civile del 1942 richiede esplicitamente «la prova positiva da parte del debitore della causa dell’impossibilità e della non imputabilità di questa al debitore stesso» e realizza una sostanziale «inversione rispetto al regime probatorio ordinario instaurando una presunzione di imputabilità della causa dell’impossibilità al debitore». La stessa A. riconosce, tuttavia, che «l’inadempimento si atteggia diversamente a seconda del tipo di obbligazione» e si riferisce, come da tradizione, al dualismo tra obbligazioni di risultato e di mezzi (su cui v. i riferimenti nella nota precedente). Peraltro, per rispondere alle perplessità degli autori che hanno commentato la decisione del 2017 denunciandone il contrasto con il noto precedente delle sezioni unite del 2001 (e poi sulla scia, di quello di Cass. n. 577/2008, che ha applicato il c.d. principio di vicinanza della prova alla responsabilità medica), le osservazioni di Visintini aiutano a sciogliere l’equivoco che si è ingenerato a partire da quell’arresto. Così innanzitutto «ai fini dell’art. 2697, cioè della ripartizione dell’onere della prova, il discorso si pone diversamente a seconda che a fondamento della domanda si ponga il fatto costitutivo del diritto ad ottenere la prestazione, ossia il contratto, oppure si ponga il fatto del mancato soddisfacimento del diritto, cioè l’inadempimento. Deve essere chiaro che in questo secondo caso [...] tocca sempre al creditore di dare la prova negativa dell’inadempimento o quella positiva dell’inesattezza dell’adempimento e che dunque, sotto questo profilo, non sussistono sostanziali differenze tra regime probatorio concernente il danneggiato da fatto illecito e regime probatorio concernente il creditore». Pertanto, anche ciò considerato, non sbaglia, a nostro avviso, la S.C. nella sentenza n. 18392/2017 quando afferma, a p. 8, che «il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l’eziologia immanente alla nozione di danno anche l’eziologia è parte del fatto costitutivo dedotto che l’attore deve provare». L’equazione inadempimento = automatismo eziologico = responsabilità è tanto meno predicabile quanto più il contratto ha ad oggetto obbligazioni dal contenuto non definibile *a priori*, per cui, di conseguenza, non si riesce a stabilire con precisione il confine tra esatto e inesatto adempimento. A ciò si aggiunga, sempre con Visintini, che le sezioni unite del 2001 si erano pronunciate su un caso che originava da una domanda di condanna all’adempimento, per cui è chiaro che il titolo della pretesa dovesse ritenersi coincidente, in misura sufficiente, con la prova del contratto; come è chiaro, al contrario, che ove l’attore agisca in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno debba, invece, provare (e non semplicemente allegare) l’inadempimento.



percorso) che la prova del nesso tra la condotta e il danno estrinseco deve spettare al creditore attore in giudizio. Ove per “danno intrinseco” deve intendersi il “danno patrimoniale subito dal creditore e rappresentato dal valore (di mercato) della prestazione”, derivante pur sempre dall’inadempimento dell’obbligazione, a prescindere dal suo contenuto di dare, fare o fare professionale; e per “danno estrinseco”, la conseguenza dell’inadempimento, consistente ad esempio nella lesione della salute, diritto fondamentale del creditore, tuttavia estraneo all’oggetto dell’obbligazione e perciò bisognoso di prova in punto di riconducibilità eziologica all’inadempimento<sup>66</sup>.

Qui preme evidenziare che la ricostruzione proposta, che include la allegazione della sequenza causale alternativa che avrebbe condotto alla realizzazione della *chance* tra i fatti costitutivi della fattispecie risarcitoria da perdita di *chance*, non è smentita dalla tesi che recisamente esclude il nesso di causalità dal novero degli elementi costitutivi di qualsiasi fattispecie di responsabilità contrattuale, anche quando si tratti dell’inadempimento di una obbligazione dal contenuto non predeterminato o predeterminabile<sup>67</sup>, dal momento che da un lato sta il nesso di causa tra illecito e danno da perdita di *chances*, dall’altro sta il decorso causale alternativo, volto a qualificare la dannosità della condotta illecita in termini di *chances* perdute, e che qui si intende concepire quale fatto costitutivo del credito azionato, l’unico in grado di differenziare in concreto il credito nascente dal sacrificio di una *chance*.

---

<sup>66</sup> In tal senso, N. Rizzo, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2/2020, 327 ss., che propone, a nostro avviso, la ricostruzione più convincente perché valorizza le indubbie peculiarità delle obbligazioni di fare professionale, che il modello codicistico di responsabilità da inadempimento contrattuale non prende in considerazione.

<sup>67</sup> In questo senso, come visto, in particolare, F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., spec. 576, in aperta critica rispetto alla impostazione prescelta dalla Corte di Cassazione che, ad avviso dell’A., non considera che la «verifica della connotazione dannosa dell’inadempimento» con riguardo alle obbligazioni dal risultato non determinabile «non ha nulla a che vedere con la prova della causalità, ma resta saldamente ancorata all’accertamento della violazione del vincolo obbligatorio»; per cui «una volta che il creditore abbia assolto al proprio onere di allegazione dell’inadempimento, descrivendone anche la natura dannosa tramite il ricorso a leggi di copertura a sostegno della compatibilità tra il danno lamentato e la violazione del vincolo imputata al debitore, diventa incomprensibile e ingiustificatamente gravoso imporgli anche la prova del nesso causale».



## IV. La domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* terapeutiche: il rapporto con la domanda di risarcimento del danno “principale” e il cumulo di cause

### 1. Il rapporto tra diritto risarcitorio “principale” e diritto al risarcimento del danno da perdita di *chances*

A questo punto della riflessione giova ripetere che quando si è parlato della perdita di *chance* come conseguenza risarcibile del danno, si è anche specificato che essa non potesse essere fatta valere sotto forma di autonoma domanda di risarcimento del danno<sup>1</sup>.

Diversamente, ove si è ritenuto possibile elevare la *chance* ad interesse giuridico autonomamente tutelabile (in particolare con riguardo alle fattispecie risarcitorie da responsabilità sanitaria), si è individuato il relativo pregiudizio come fonte di un diritto di credito suscettibile di essere oggetto di una domanda a sé stante.

Ciò posto, restano da chiarire alcune non trascurabili questioni: sul rapporto con il diritto di credito risarcitorio “principale” e sulla eventuale sussistenza di ragioni di connessione; e, conseguentemente, sulla struttura del processo in cui le due domande potrebbero essere utilmente cumulate.

<sup>1</sup> Con ciò senza voler intendere che, in simili casi in cui la *chance* non identifichi un autonomo oggetto di tutela, la perdita della occasione favorevole non possa essere fatta valere ed emergere tra le allegazioni della parte che agisce per il risarcimento del danno subito *tout court*. Come spiegato *supra* a proposito della allegazione e prova dei fatti costitutivi del diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di *chance* (v. il cap. IV, par. 4) pure quando la riparazione della *chance* perduta non risponde al bisogno primario della tutela invocata, cioè non rappresenta l'immediato interesse economico perseguito dall'attore (e, dunque in ultima analisi, la domanda *non ha ad oggetto* la richiesta di condanna al risarcimento del danno subito in ragione della perdita di *chance*), ma si pone piuttosto tra gli effetti “collaterali” positivi dell'accertamento della ingiustizia del danno o dell'inadempimento, perché rientra nel novero – più o meno ampio a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale o extracontrattuale stante l'art. 1225 c.c. – delle conseguenze risarcibili del danno.

Nella prima parte della trattazione, si è osservato che il mancato raggiungimento della prova del nesso causale tra la condotta colpevole del medico e il danno biologico o il danno da perdita del rapporto parentale fatto valere dai congiunti (che sembra la più probabile causa di rigetto della domanda di risarcimento del danno alla salute) non debba comportare la esclusione automatica della possibilità per il paziente/attore di provare che quella stessa condotta abbia quantomeno ridotto le sue *chances* di vivere più a lungo o in condizioni migliori.

È, anzi, proprio questa fatalmente la cifra caratteristica della perdita di *chance* (che ad un tempo la nobilita ammettendola nel campo del risarcibile, e la relega, però, al ruolo di danno accessorio e subalterno rispetto a quello principale): e cioè aprire una via alternativa di compensazione del danno, comunque denominato, che si pretende aver subito.

Ebbene aver presupposto la esistenza di due distinti diritto di credito, di cui uno fondante la richiesta di risarcimento del danno da perdita di *chance* – il caso esemplare si ritrova nelle fattispecie di responsabilità sanitaria –, consente di ammettere che il giudicato sul primo diritto non possa svolgere la sua tipica efficacia negativo-preclusiva<sup>2</sup>.

Così la sentenza passata in giudicato, di rigetto o accoglimento, della domanda (che qui si definisce) principale non dovrebbe impedire, a rigore, la proponibilità di una successiva domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno da perdita di *chance* (*recte* non imporrà al giudice della seconda domanda il rigetto in ragione del *ne bis in idem*).

Rispetto alla efficacia *lato sensu* preclusiva spiegata dalla pronuncia di accoglimento della domanda principale è necessario però fare qualche precisazione.

AmMESSO che il soggetto che abbia già ottenuto la più ampia soddisfazione possibile della sua pretesa intenda coltivare un ulteriore giudizio (situazione, invero, assai improbabile considerato che la *chance* rappresenta pur sempre un *minus*, specie in termini di stretta quantificazione del ristoro), e per di più nei confronti dello stesso soggetto, si ritiene che il giudice potrà comunque rigettare la domanda per ragioni

---

<sup>2</sup> Al più – sulla scorta dell'insegnamento delle Sezioni Unite del 2014 sul rilievo officioso della nullità del contratto, richiamate *infra* in questo stesso capitolo – si potrà riconoscere una efficacia vincolante (assimilabile a quella del giudicato in senso proprio) del motivo portante del rigetto della prima domanda, che sia cioè incompatibile con l'affermazione di una qualsiasi responsabilità e tale da escludere la risarcibilità di un danno da perdita di *chances* o anche solo la possibilità di rimettere in discussione tale pretesa in un successivo giudizio.

di rito, senza, tuttavia, far valere la efficacia preclusiva del giudicato che non può operare rispetto ad un diverso diritto.

A fronte della già avvenuta soddisfazione dell'interesse concreto, la nuova domanda potrebbe essere rigettata in rito per carenza dell'interesse ad agire<sup>3</sup>. La soluzione si spiega, in pratica, osservando che il paziente (o chi per lui legittimato ad agire) avrà già ottenuto la massima compensazione possibile per il danno subito; cioè, in altre parole, avrà già visto soddisfatto il suo bisogno di tutela tramite l'accoglimento della prima domanda<sup>4</sup>. Su questa scia non è da escludere che il rigetto per carenza di interesse ad agire possa trovare declinazione, in sintonia con la recente attitudine della giurisprudenza di legittimità, nell'argomento dell'abuso del processo, che pure valorizza una interpretazione utilitaristica della condizione dell'interesse ad agire<sup>5</sup>. Invero una pronuncia di *absolutio ab instantia* fondata su tali ragioni fa leva su una certa concezione di interesse ad agire, fortemente orientata all'utilità concretamente perseguita dall'attore con il processo e che, sebbene avallata da alcuni interpreti, è stata da altri criticata<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> La stessa conclusione vale per il caso di riproposizione, in un nuovo giudizio, della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* dapprima proposta in cumulo condizionale con la domanda di risarcimento del danno "principale" e rimasta assorbita per accoglimento della prima domanda: v. quanto si dirà a partire dal par. 3.

<sup>4</sup> Diversamente se il danneggiato dovesse decidere di agire in giudizio per ottenere il risarcimento della *chance* perduta quando la prima sentenza non sia ancora passata in giudicato, ma sia stata resa oggetto di un giudizio di impugnazione che potrebbe ribaltare l'esito in primo grado favorevole, il giudice non potrebbe in ogni caso dichiarare l'insussistenza dell'interesse ad agire perché l'accoglimento della tutela risarcitoria non si sarebbe ancora stabilizzato.

<sup>5</sup> Lo si è visto in particolare in tema di frazionamento del credito: v. *supra* nel cap. III, par. 3.

<sup>6</sup> Come già anticipato nel cap. III, par. 1, in cui si è discusso della possibilità di dedurre ad oggetto di un giudizio di mero accertamento la questione relativa alla esistenza della *chance*, la nozione di interesse ad agire è variamente ricostruita: riporta e analizza criticamente le diverse opinioni M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, cit., 118 ss. Senza pretese di esaustività, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, cit., 631, secondo cui la tutela di accertamento sarebbe evitabile (e dunque la relativa domanda inammissibile) tutte le volte in cui l'attore potrebbe agire direttamente con un'azione di condanna; ancora B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., spec. 30 ss., il quale ravvisa l'insussistenza dell'interesse ad agire ogni qualvolta l'accoglimento dell'azione non apporterebbe alcun miglioramento alla situazione dell'attore (in senso convergente v., *ex multis*, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 224 ss., il quale scrive espressamente che l'interesse ad agire è «strettamente connesso al principio di economia processuale, perché serve ad evitare attività processuali correlate a domande o difese fondate, ma inutili»; il concetto di "utilità" della tutela non può dirsi totalmente estraneo alla

Qualora dunque non convincesse la soluzione del rigetto in rito per mancanza di interesse ad agire, si potrebbe sostenere che la corresponsione della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno “principale”, eventualmente già in seguito alla sentenza di primo grado, funge da fatto estintivo del diritto di credito al risarcimento del danno da perdita di *chance*, la cui pretesa esercitata in un secondo processo sarà ritenuta infondata e perciò respinta con una pronuncia di rigetto nel merito (peraltro, vale la pena osservare che, al di là del rapporto con il diritto principale già deciso, il giudice potrebbe ritenere comunque infondata la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* per insussistenza dei presupposti suoi propri, e cioè, ad esempio, valutando il mancato raggiungimento della prova necessaria del nesso causale: evocare la perdita di *chance* non significa assicurarsi il ristoro in ogni caso).

Tuttavia non sembra che l'accoglimento della domanda risarcitoria “principale” possa davvero implicare automaticamente una valutazione di infondatezza della pretesa relativa alla perdita di *chance*, di talché è, ad avviso di chi scrive, preferibile regolare il rapporto tra i due giudizi in parola tramite l'interesse ad agire.

Peraltro non si ignora che la funzione svolta dall'interesse ad agire con riferimento alle azioni di condanna sia per certi versi marginale,

---

figura dell'interesse ad agire, pur nella consapevolezza che la sua valutazione non deve sconfinare nel giudizio sulla fondatezza della domanda, come ben evidenzia, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 592, ove scrive che «l'interesse ad agire deve essere concreto ed attuale e non solo teorico o generico, poiché al giudice non è consentito risolvere questioni puramente astratte o accademiche che non siano attinenti ad una concreta controversia», ma esso «non integra affatto un requisito di fondatezza della domanda, pertanto l'accertamento della sua sussistenza non implica ancora in alcun modo l'accoglimento della domanda, come pure il rigetto di questa non denota affatto carenza di interesse»; v. pure M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., spec. 139, che instaura un parallelismo tra la meritevolezza della tutela ai sensi dell'art. 1322 co. 2 c.c. sui negozi atipici e l'interesse ad agire inteso come utilità concreta dell'azione, nel senso che l'art. 100 c.p.c. dovrebbe servire a vagliare la “causa” dell'azione. In senso contrario, già A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 20 ss., e ancora 171 ss., aveva criticato la lettura dell'interesse ad agire come misura della concreta utilità perseguita con il processo, rifiutando l'idea secondo cui la verifica della sussistenza dell'interesse ad agire richiederebbe l'esigenza che dalla lesione del diritto sia derivato un danno. L'A. era parimenti critico nei confronti della opinione “economicistica” dell'interesse ad agire, orientato cioè verso il principio di economia processuale. Più recentemente hanno rifiutato tali impostazioni anche G. VERDE, *Profili del processo civile*, I, VII ed., Napoli, 2008, spec. 152; A. CHIZZINI, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., 204 ss.; e lo stesso M. MARINELLI, *La clausola generale*, cit., spec. 122 ss.

se non addirittura inesistente, in confronto al significato assunto nella tutela di accertamento<sup>7</sup> e in quella cautelare<sup>8</sup>.

Eppure proprio la complessità di una fattispecie risarcitoria in cui si rinvencono due domande distinte ma “confinanti”, perché riconducibili alla matrice unica del medesimo fatto storico generatore del danno, può suggerire una certa valorizzazione dell’interesse ad agire, pur nell’ambito della tutela di condanna.

<sup>7</sup> Come noto, l’insegnamento tradizionale che ricollegava l’interesse ad agire allo stato di lesione del diritto, senza distinzioni di sorta tra i vari tipi di tutela, è stato oggetto di ripensamento critico. Sul punto basti il rinvio a A. ATTARDI, *L’interesse ad agire*, cit., 76 ss., e 153 ss.; e M. MARINELLI, *La clausola generale dell’art. 100 c.p.c.*, cit., 98 ss. Si segnala altresì la sintesi dei termini del dibattito dottrinale di C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., spec. 591 ss., con la proposta di evitare soluzioni generalizzanti, pur condividendo le critiche alla impostazione tradizionale. Così si può pensare che in qualche caso l’interesse ad agire possa avere un ruolo anche nelle azioni di condanna, ad esempio quando l’attore che agisce per la condanna all’adempimento, affermi contestualmente che in realtà l’obbligazione è stata adempiuta. Sebbene sia stato discusso il rilievo dell’interesse ad agire persino rispetto alla categoria delle azioni di accertamento. Secondo E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica*, in *Jus* 1954, 447 ss., «prospettare l’incertezza, nel processo d’accertamento, e il pericolo, nel processo cautelare, sotto l’angolo visuale dell’interesse del richiedente, è qualcosa di eminentemente arbitrario. Perché mai si dovrà affermare che l’attore ha “interesse” alla sentenza di mero accertamento solo, se c’è una incertezza attuale da dirimere? Posto che la sentenza di accertamento produce l’effetto della cosa giudicata sul rapporto, non è negabile un interesse alla formazione del giudicato anche se una iniziale incertezza di fatto da superare non c’è. La cosa giudicata è sempre un bene giuridico apprezzabile, e teoricamente nulla impedirebbe al legislatore di concedere l’azione di mero accertamento indipendentemente da un’incertezza, ponendo tutt’al più la restrizione che chi chiede l’accertamento d’un diritto, sul quale non v’è incertezza, la debba domandare a sue spese». Tradizionalmente, sulla scorta dell’insegnamento di G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, 1 ss., e *Id.*, *Azione di mero accertamento*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, cit., 51 ss., si ricollega l’interesse ad agire in mero accertamento allo stato di incertezza circa l’esistenza o l’inesistenza del diritto fatto valere; tale incertezza «non dev’essere interna ad un soggetto, ma obbiettiva nel senso che deve manifestarsi in fatti esteriori tali da rendere incerta la volontà concreta della legge alla mente di ogni persona normale», come ricorda A. ATTARDI, *L’interesse ad agire*, cit., 158-160, precisando altresì che non si può accogliere l’idea – che fu di F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, cit., 9, ripresa da E. MONTESANO, *Appunti sull’interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.* 1951, 252 ss. – che «il solo fatto idoneo a far sorgere l’incertezza [sarebbe] la contestazione del nostro diritto da parte dell’obbligato e che quindi la lite (da pretesa contestata) sia il solo presupposto per il sorgere dell’interesse ad agire nel processo di mero accertamento [...] Si deve, invece, affermare che può darsi incertezza circa la esistenza del diritto, vale a dire sussistere l’interesse ad agire, indipendentemente da una contestazione dell’obbligato e quindi anche nell’ipotesi di riconoscimento da parte di costui dell’altrui diritto».

<sup>8</sup> Dove l’interesse ad agire sarebbe sorretto dal pericolo che la situazione giuridica soggettiva resti priva di tutela: v., per tutti, sul punto A. ATTARDI, *L’interesse ad agire*, cit., 164 ss.

Mentre è arduo sostenere la inutilità di un'azione di condanna volta ad ottenere un titolo esecutivo giudiziale anche ove l'attore già disponga di un titolo esecutivo stragiudiziale<sup>9</sup>, è plausibile ammettere che il giudice raggiunto da una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* ne valuti la non fruttuosità in concreto al cospetto della considerazione che la parte ha già ottenuto un titolo esecutivo giudiziale (rappresentato dalla condanna al risarcimento del danno "principale") massimamente satisfattivo delle possibili pretese nascenti dall'illecito.

### 1.1. (Segue) sulla possibilità di spiegare il rapporto tra credito risarcitorio "principale" e credito risarcitorio da perdita di *chances* come ipotesi peculiare di continenza qualitativa

L'eventualità che il soggetto danneggiato decida di duplicare la propria iniziativa giudiziaria proponendo due distinte domande di risarcimento del danno può essere fronteggiata tramite il ricorso al meccanismo previsto dall'art. 39 c.p.c. (con qualche precisazione da farsi rispetto alla accezione di continenza – in senso logico o qualitativo<sup>10</sup> – che verrebbe qui in rilievo).

<sup>9</sup> Come osserva sempre C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 593, «l'accertamento contenuto nella sentenza di condanna è un bene prezioso anche all'atto pratico: esso comprime, come sappiamo, la possibilità per il debitore di opporsi all'esecuzione ex art. 615 per ragioni di merito e sbarrà il passo ad una futura azione di ripetizione dell'indebitato» per concludere che «l'art. 100 non possa intendersi solo e tanto in funzione della realizzazione dell'economia processuale». In senso analogo anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. loc. ult. cit., che osserva come la sentenza di condanna sia idonea a formare giudicato e anche, non trascurabilmente, titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (in questo stesso senso anche E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica*, cit., spec. 555); e già A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 205 ss.

<sup>10</sup> In generale sulla continenza v. E. GARBAGNATI, *Continenza di causa*, in *Noviss. Dig.*, IV, Torino, 1957, 403 ss.; G. GIANNOZZI, *Sulla continenza di caus*, in *Giur. Cass. Civ.* 4/1954, 417 ss.; G. FRANCHI, *La litispendenza*, cit., 133 ss.; G. GIONFRIDA, *Appunti sulla connessione e sulla continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, 150 ss.; B. FABI, *Continenza di cause*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 650 ss.; G. SCARSELLI, *Note in tema di continenza nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 1370 ss.; G. MONTELEONE, *Continenza*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; E. MERLIN, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione del debitore*, in *Giur. it.* 1/1989, 601 ss.; A. LORENZETTO PESERICO, *La continenza*, Padova, 1993; più recentemente R. TISCINI, *Modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Difetto di giurisdizione, competenza e litispendenza*, Bologna, 2016, spec. 525 ss. Da tenere distinta rispetto all'ipotesi di continenza "quantitativa", che secondo una impostazione restrittiva dovrebbe essere l'unica a cui riferire la disciplina



A differenza delle ipotesi di connessione disciplinate dagli artt. 31-36 c.p.c. – rispetto alle quali l'art. 40 c.p.c. detta le condizioni per la riunione delle cause proposte dinanzi a giudici diversi tramite attrazione della causa accessoria alla causa principale – l'art. 39 c.p.c., per la ipotesi di continenza, disciplina la riunione delle cause secondo il criterio della prevenzione (cfr. il co. 3 dell'art. 39). Non si configura il rapporto tra una causa principale/pregiudiziale e una causa accessoria/dipendente, bensì tra una causa instaurata prima dinanzi ad un giudice ed un'altra causa proposta successivamente ad altro giudice: nel caso di continenza, sarà tendenzialmente il giudice preventivamente adito, non importa se con la causa pregiudiziale o con quella dipendente, a decidere entrambe le cause dinanzi a sé riunite (a condizione, naturalmente, che sia competente per entrambe)<sup>11</sup>.

Per verificare la possibilità di ricorrere al concetto di continenza al fine di spiegare il rapporto che lega la domanda di risarcimento del danno principale e quella di risarcimento del danno da perdita di *chance*, si consideri anzitutto la tendenza della più recente giurisprudenza di legittimità ad ampliare le maglie dell'art. 39, co. 2, c.p.c. e così ad applicare l'istituto anche a fattispecie ben lontane dalla continenza meramente quantitativa, relative non solo ad ipotesi di pregiudizialità-dipendenza, ma pure ad altre forme di connessione, tali da generare possibili interferenze tra le future decisioni<sup>12</sup>.

---

dell'art. 39, co. 2, c.p.c.: così G. FRANCHI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui la litispendenza, come tipo di connessione, è il «rapporto di grandezza o la proporzione tra i rapporti giuridici materiali», e «l'affermazione dottrinale [di V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., I, 138 ss. e M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1947, I, 192], secondo la quale vi sarebbe continenza ogniqualvolta si prospetti l'ipotesi di accertamento incidentale, merita adesione» solo quando l'accertamento incidentale cade sullo stesso rapporto, considerato nella sua totalità, e non quando investe un diverso rapporto presupposto (cfr. spec. 135, nt. 294); e A. LORENZETTO PESERICO, *La continenza*, cit., 27 ss., la quale confuta le argomentazioni atte a sganciare l'istituto della continenza da ogni riferimento quantitativo, segnalando il rischio che la dilatazione dell'ambito applicativo della continenza – tramite un ampliamento dell'oggetto del processo e del giudicato, che oggi viene consolidandosi anche per opera della giurisprudenza di legittimità – comporti una compressione della nozione di connessione.

<sup>11</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 376; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 206; v. A. LORENZETTO PESERICO, *op. ult. cit.*, 29, spec. nt. 43 per i riferimenti alla dottrina che, contrariamente al tenore letterale dell'art. 39, co. 2, c.p.c. nonché alla unitarietà di disciplina di continenza e litispendenza nel segno del criterio della prevenzione della lite, intendeva che la riassunzione debba avvenire dinanzi al giudice della causa contenente.

<sup>12</sup> La scelta di ampliare l'ambito applicativo dell'art. 39, co. 2, c.p.c. risponde al lodevole

Orbene nel paragrafo precedente si è escluso che la domanda di risarcimento del danno principale alla integrità psico-fisica e quella di risarcimento del danno da perdita di *chances* terapeutiche siano legate da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza, tecnica o logica. Qui si deve del pari escludere che il modello di riferimento possa essere quello della continenza classica quantitativa, perché significherebbe accogliere sul piano del processo la tesi del danno da perdita di *chance* come semplice *minus* del danno principale e negarne la dignità di autonomo e distinto diritto di credito.

Certamente una qualche connessione tra le due cause esiste. Esse condividono il medesimo *petitum* (perlomeno immediato<sup>13</sup>), e le singole fattispecie costitutive – in parte analoghe perché originate, di solito, dallo stesso fatto storico o comunque aventi in comune un nucleo di fatti – convergono sostanzialmente verso il medesimo risultato sostanziale (ristoro del danno subito): si potrebbe ritenere che una delle due azioni sia contenuta nell'altra perché l'effetto decisorio dell'una è in qualche modo implicato nell'effetto decisorio dell'altra<sup>14</sup>.

---

intento di evitare l'applicazione della disciplina dell'art. 40 c.p.c. (e la sospensione *ex art.* 295 c.p.c., che si renderebbe inevitabile ove non potesse essere disposta la riunione), che ammette la riunione delle cause connesse ai sensi degli artt. 31-36 c.p.c., ma proposte dinanzi a giudici diversi (ove fossero proposte dinanzi allo stesso giudice la norma di riferimento sarebbe l'art. 274 c.p.c.), soltanto se le ragioni di connessione emergono per eccezione di parte o rilievo officioso non oltre l'udienza *ex art.* 183 c.p.c., e a patto che lo stato di avanzamento della causa che attrarrebbe l'altra ne consenta l'esauriente trattazione: sul punto v., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 375 ss.

<sup>13</sup> E anche quello mediato, ove si consideri che il "bene della vita" atteso dalle due domande è pur sempre la soddisfazione del credito risarcitorio. Si deve prestare attenzione, chiaramente, a non sovrapporre il bene della vita in senso processuale, ossia l'interesse concreto perseguito con la domanda giudiziale, con il bene della vita in senso sostanziale, come situazione giuridica meritevole di tutela sottesa alla richiesta di tutela; situazione giuridica che può coincidere con la salute o con la *chance* di sopravvivenza o guarigione.

<sup>14</sup> Con questi argomenti M. GABOARDI, *Il concorso di azioni*, cit., 86 ss., si chiede se l'istituto della continenza qualitativa possa essere utile a spiegare il fenomeno del concorso tra diritti ed azioni, in ragione della recente ampia espansione della figura della continenza, che – come visto – porta oggi ad ammettere forme di continenza per pregiudizialità o per specularità accanto alla continenza quantitativa. Secondo l'A. la riqualificazione in senso estensivo del rapporto di continenza, ad opera di certa dottrina e di parte della giurisprudenza, consente di ritenere «l'effetto decisorio ottenibile con l'azione dipendente (*rectius* con il suo accoglimento) [come] una conseguenza che è implicata, almeno parzialmente, nell'effetto decisorio ottenuto con l'accoglimento dell'azione pregiudiziale», in virtù del rapporto di incompatibilità che sussiste tra le azioni concorrenti.

L'art. 39, co. 2, c.p.c., potrebbe allora essere qui invocato in nome di una continenza "per complanarità", cioè "per convergenza" di due cause radicate nello stesso episodio socio-economico di fondo e tendenti verso il medesimo (o quantomeno paragonabile) risultato; complanarità che giustifica, peraltro, la proposizione della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* anche nel corso del giudizio successivamente alla introduzione della causa e comunque non oltre l'ultimo momento utile a fissare il *thema decidendum*: v. quanto si dirà in particolare nel par. 4, anche in relazione alle modifiche introdotte dalla riforma Cartabia del processo civile.

Così a fronte della proposizione delle due cause dinanzi a giudici diversi dovrebbe considerarsi possibile la riassunzione della causa prevenuta davanti al giudice preventivamente adito (se competente per entrambe), proprio in virtù della relazione di continenza-convergenza sussistente tra le stesse, allo scopo di evitare che le cause procedano separate.

Posto che le maglie dell'istituto sono state già ampliate fino a ricomprendervi le variazioni della continenza qualitativa per pregiudizialità-dipendenza e della continenza sussistente tra domande incompatibili (che, proposte cumulativamente nell'ambito dello stesso giudizio, rivestirebbero la forma della domanda riconvenzionale<sup>15</sup>), tra cui quelle efficacemente definite "speculari e simmetriche" in quanto proposte a parti invertite<sup>16</sup>, si potrebbe ammettere per ragioni pratiche una siffatta ulteriore ipotesi di continenza.

In tal proposito, è bene considerare che, al di là delle singolarità di ciascuna peculiare ipotesi ricondotta alla disciplina dell'art. 39, co. 2, c.p.c., il tratto ad esse comune consiste in una interdipendenza tra cause suscettibile di sfociare in decisioni contrastanti. Difatti la *ratio*

<sup>15</sup> E. MERLIN, *sub* art. 39, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, cit., 558.

<sup>16</sup> Tutte ipotesi che già imporrebbero di ridiscutere l'istituto della continenza, suggerendone il superamento e, *de iure condendo*, l'enucleazione di un concetto sostitutivo che faccia capo all'idea di processi necessariamente cumulativi, in cui sia imposta, a pena di preclusione, la proposizione della domanda riconvenzionale incompatibile o simmetrica (con una preclusione anche solo temporanea, ossia fino a che sia pendente il giudizio preveniente), sulla scia di quanto già sperimentato dall'ordinamento UE in relazione alla interpretazione del concetto di litispendenza: così condivisibilmente C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 377-378, pure per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

sottesa all'istituto della continenza consiste proprio nella esigenza di arginare il rischio del contrasto tra giudicati.

Esigenza che non sembra affiorare nel caso qui in esame, dove semmai se ne impone una diversa, ma ugualmente significativa (e tale da giustificare l'operatività del meccanismo di cui all'art. 39, co. 2, c.p.c., nel caso di proposizione delle domande dinanzi a giudici diversi) tesa a fare in modo che la causa vertente sulle *chances* venga trattata e decisa solo a fronte del rigetto della causa principale, al fine di evitare una duplicazione della tutela – piuttosto che un contrasto tra giudicati – oltre che della attività processuale<sup>17</sup> (esigenze perseguibili, in via preventiva, cumulando in via condizionale le due domande: cfr. *infra* a partire dal par. 3).

## 1.2. (Segue) l'ipotesi del concorso fra diritti, "semplice" o "alternativo"

Si può passare ora a verificare se il rapporto tra le domande risarcitorie in parola (e i diritti ad esse sottese) possa trovare una calzante descrizione nei termini del concorso tra azioni (*recte* diritti)<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Diversamente secondo M. GABOARDI, *Il concorso*, cit., 92, spec. nt. 196, la riconducibilità delle ipotesi di concorso allo statuto della continenza si giustifica in virtù della esigenza di prevenzione del pericolo di una duplicazione della tutela richiesta, che sarebbe una declinazione della esigenza di prevenzione della contraddittorietà tra giudicati, certamente radicata nell'art. 39, co. 2, c.p.c.

<sup>18</sup> È più corretto riferirsi al concorso di diritti, da cui discende, sul piano processuale, il concorso di azioni, ferma la distinzione con il mero concorso di norme. Sul tema, v. per tutti, G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 317 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda*, cit., 191 ss.; C. CONSOLO, *Domanda*, cit., 75 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 402 ss.; G. NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1998, 251 ss.; E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Studi in memoria di Ugo Ratti*, Milano, 1934, 665 ss. (e poi in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 54 ss.) Per una chiara (ma critica) ricostruzione del fenomeno del concorso, si rinvia alla recente riflessione di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 553 ss. (e già *Id.*, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., 195 ss.), ad avviso del quale il concorso di norme in realtà non avrebbe alcun senso come categoria concettuale autonoma, poiché in ogni caso l'attività di interpretazione è legata alla compresenza di diverse fonti normative e «lo stesso Chiovenda [...] riconduceva il fenomeno – in sostanza svalutandolo – al piano meramente interpretativo e affermava che si tratta solo di vedere quale norma sia applicabile, ciò che in ogni caso dovrebbe decidere il giudice». Secondo l'A., anche il concorso di diritti è una figura alquanto «disarticolata», che presenta già una prima immediatamente evidente contraddizione: due diritti concorrenti non possono avere il medesimo contenuto, né si può efficacemente adoperare l'artificio dei diritti sì distinti ma diretti allo stesso scopo; così come pure il concorso di azioni si presenta come una figura dal valore meramente descrittivo, nel senso che si tratta di una singola azione che, «per ragioni

Si è soliti definire “concorrenti” le azioni «dirette al medesimo scopo economico» in quanto collegate funzionalmente, per cui l'accoglimento dell'una estingue il bisogno di tutela rappresentato dall'altra, pur avendo ad oggetto distinte situazioni giuridiche soggettive<sup>19</sup>. Si distingue il concorso semplice dal concorso alternativo o elettivo<sup>20</sup>. Per meglio intendersi, nel caso di concorso semplice le due azioni hanno ad oggetto la medesima prestazione<sup>21</sup>: l'esempio più comune è quello

---

di opportunità» l'ordinamento riconduce a diverse forme o modalità concrete. Per altri riferimenti, anche alla giurisprudenza e al ruolo da questa assegnato ai fatti in senso naturalistico al fine di individuare distinte domande aventi ad oggetto diritti tra loro in concorso, v. anche E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., 89 ss.

<sup>19</sup> V. anzitutto S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 340 ss.; più recentemente M. GABOARDI, *Il concorso di azioni*, cit., 23, che, sin dalle pagine introduttive, circoscrive l'ambito di rilevanza del concorso di diritti ed azioni, escludendolo nei casi di contestuale diversità delle vicende costitutive ed identità del bene della vita (*id est* utilità pratica attesa) conseguibile; e nelle ipotesi in cui alla diversità delle fattispecie costitutive si associa altresì una diversità del bene della vita atteso, «in ragione del fatto che proprio l'omogeneità del risultato pratico delle azioni rappresenta un presupposto indefettibile del fenomeno concorsuale».

<sup>20</sup> S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui, rispetto al problema della efficacia della sentenza in giudizi relativi a diritti concorrenti (in concorso semplice) rispetto a quello già oggetto di decisione, «la diversità e pluralità dei rapporti giuridici escludono la opponibilità del *ne bis in idem* contro la successiva domanda, concernente un secondo rapporto; dall'altro lato, però, la identità dello scopo e la contestuale estinzione di entrambe le pretese, a seguito dell'adempimento di una di esse, suggeriscono, in caso di accoglimento della prima azione, di considerare inammissibile, per difetto di interesse ad agire, la posteriore richiesta di condanna». Diversamente nel caso del concorso alternativo bisogna ulteriormente distinguere tra le ipotesi in cui uno dei diritti sia posto come principale e l'altro come secondario, «sì che l'esistenza di questo dipenda da quella del primo» (si pensi all'incidenza che il rigetto della domanda di condanna all'adempimento abbia sulla domanda di risoluzione dello stesso rapporto). Maggiori difficoltà sorgono, secondo Menchini, quando tra i due diritti in concorso alternativo non sia instaurabile una relazione di dipendenza: se si guarda all'ipotesi dell'art. 1668 co. 1 c.c. si vedrà che l'appaltatore può ottenere alternativamente l'eliminazione dei vizi dell'opera e la riduzione del prezzo. In tal caso l'accadimento storico originario è identico, come identico è il bene giuridico protetto a fronte di un interesse complessivo unitario, anche se le situazioni finali a cui le due situazioni si rivolgono sono distinte. Ciò nondimeno il bene protetto resta il diritto alla garanzia per i vizi, per cui il giudicato sfavorevole sul primo diritto non può che riversare la propria efficacia anche sul diritto alternativo, impedendone il riconoscimento. La differenza sostanziale tra i due tipi di concorso, dunque, consiste nella circostanza che, in quello semplice, i due diritti hanno lo stesso contenuto, cioè realizzano lo stesso effetto, di talché l'accoglimento di una delle due azioni e la relativa soddisfazione di uno dei due diritti comporta il venir meno dell'interesse ad agire in tutela del secondo; mentre, nel cumulo alternativo, in ogni caso, il contenuto dei diritti è distinto, per cui l'interesse ad agire non può dirsi insussistente e tuttavia il bene tutelato è il medesimo quindi il giudicato copre entrambi i diritti.

<sup>21</sup> S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 342, osserva, a proposito del concorso semplice tra

del locatore-proprietario che può pretendere la restituzione del bene sia in qualità di proprietario (rivendicando il bene *ex art. 948 c.c.*) che in virtù del contratto di locazione (*art. 1590 c.c.*), ma è chiaro che lo scopo economico potrà essere realizzato non più di una volta, nonostante il soggetto tutelato sia legittimato ad attivare entrambi gli strumenti al fine di vedere soddisfatte le sue ragioni (tanto che si fa strada il sospetto che non si possa qui discorrere di concorso di diritti/azioni, bensì di concorso di norme a fronte di un unico diritto<sup>22</sup>). L'identità dello scopo fa sì che, sebbene le due situazioni giuridiche possano dirsi autonome, «l'estinzione *per adempimento* dell'una provoca il venir meno dell'altra»<sup>23</sup>.

Nel secondo tipo di concorso – in cui rientra il rapporto tra il diritto alla risoluzione del contratto ovvero all'adempimento *ex art. 1453 c.c.* – le due azioni hanno un contenuto diverso, pur riferendosi alla tutela del medesimo bene giuridico e pur votate allo stesso unitario scopo economico, al pari delle ipotesi afferenti al primo tipo di concorso (anche qui in effetti lo scopo economico della domanda di tutela giurisdizionale può essere soddisfatto una sola volta, tramite l'accoglimento dell'una o dell'altra azione, mai di entrambe: non si può ottenere ad un tempo l'adempimento di un contratto e la sua risoluzione)<sup>24</sup>.

---

più pretese obbligatorie, che l'ipotesi del concorso è limitata a casi residuali, «ove si accolgano criteri d'individuazione della pretesa basati sul fatto inteso in senso naturale oppure sull'unità della fattispecie applicabile, criteri che giustificano il riconoscimento dell'unità del credito nella maggior parte dei casi in questione; al contrario, il campo di operatività del concorso diviene più ampio, se si accettino regole d'identificazione fondate sulla diversità delle fattispecie legali, regole che portano all'affermazione dell'esistenza di una pluralità di diritti anche in ipotesi in cui sia unico l'interesse giuridico protetto».

<sup>22</sup> Così pare concludere G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 257 ss., spec. 271, nonché in *Studi in onore di Antonio Segni*, III, Milano, 1967, 481 ss., su cui v. *amplius* nel prossimo paragrafo. Il dubbio sembra risolversi, invero, e con riferimento all'esempio riportato nel testo, nella considerazione del diverso titolo giustificativo dei diritti in questione: da un lato il diritto di restituzione si fonda nel contratto di locazione, dall'altro nel diritto di proprietà.

<sup>23</sup> S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 344. Si noti che le classiche ipotesi di concorso alternativo previste dal codice civile (condanna all'adempimento/risoluzione del contratto *ex art. 1453 c.c.*; risoluzione/riduzione del prezzo *ex art. 1492 c.c.*) non corrispondono, sul piano del processo, al cumulo alternativo fra azioni. Anzi, proprio guardando all'*art. 1492 c.c.*, si ricorderà che il suo comma 2 dispone che «la scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale», per cui già con l'esercizio del potere di scelta si ha la perdita della forma di tutela alternativa, come fa notare S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 353.

<sup>24</sup> «I due effetti, perciò, si escludono a vicenda»: S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 351.

Ebbene il tentativo di inquadrare il diritto nascente dalla perdita di *chance* in una delle appena viste classi di rapporto di concorrenza con il diritto che trova fondamento nel danno “principale” può apparire forzato: la qualificazione del rapporto come concorso semplice dovrebbe subito arrestarsi alla considerazione che il contenuto dei due diritti non è esattamente il medesimo, poiché diverso è anche, nella ricostruzione qui proposta, il bene giuridico tutelato (per quanto si possa intendere la *chance* come un bene “ad autonomia imperfetta”, nel senso che il suo riconoscimento risponde esclusivamente all’esigenza di anticipare la soglia di tutela del vero e proprio bene della cui tutela l’ordinamento si preoccupa, cioè quello “principale”).

Infatti non persuade l’idea che – al pari di quanto si osserva nel caso di chi può pretendere la restituzione del bene sia a titolo di proprietario che di locatore – le due pretese siano «fungibili»<sup>25</sup> e cioè realizzino effetti “interscambiabili”.

Sebbene sia possibile riscontrare una tendenziale unitarietà (che tuttavia non è una identità assoluta) dello scopo economico perseguito nella iniziativa giudiziale globalmente intrapresa dal soggetto danneggiato allo scopo di ottenere *una* compensazione per i pregiudizi subiti, è innegabile che l’attore non sia indifferente all’accoglimento dell’una o dell’altra domanda, come se il suo unico obiettivo fosse quello di ottenere un qualsiasi ristoro, anche minimo: non si trascuri che, tra il risarcimento del danno alla salute e di quello da perdita di *chance*, può registrarsi una differenza in termini anche di liquidazione del *quantum*, per cui l’attore avrà tutto l’interesse a fare in modo di convincere il giudice che deve essere risarcito il danno da mancato raggiungimento del risultato finale.

Tuttavia non sembra utile riferirsi neppure al concorso alternativo o elettivo, per come definito, dal momento che il contenuto dei diritti è sì diverso – come diversi sono il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto e quello teso alla condanna all’adempimento – ma tra le domande risarcitorie in esame non sussiste un rapporto di alternatività declinabile nel senso dell’ “antagonismo escludente”.

<sup>25</sup> Come riporta G. TARZIA, *Appunti*, cit., 270, la fungibilità è il criterio identificativo dell’alternatività tra le pretese secondo E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, oggi disponibile anche nella rist. della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, Napoli, 2018, 673, il quale unificava le due ipotesi di cumulo alternativo assoluto e attenuato immaginate da Chiovenda, sostenendo che in ogni caso solo una delle due domande avrebbe potuto essere accolta dal giudice.

Mentre la domanda di risoluzione del contratto viaggia nella direzione esattamente opposta a quella verso cui tende la domanda di adempimento, la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* segue lo stesso percorso della domanda risarcitoria “principale”.

## 2. Il rapporto tra le due azioni risarcitorie sul piano del processo: la possibilità del cumulo alternativo di domande (a cui non corrisponde necessariamente, sul piano sostanziale, un concorso alternativo fra i diritti sottesi)

I due diritti di credito in parola non sembrano, dunque, porsi in concorso alternativo elettivo. Ciò non impedisce, sul piano del processo, di immaginare la instaurazione di un cumulo alternativo di domande, posto che l’alternatività del cumulo non dipende necessariamente dalla alternatività sostanziale fra i diritti sottesi<sup>26</sup>. Su tale premessa si consideri che la proposizione alternativa di domande è finalizzata a sottoporre al giudice il dubbio inerente all’inquadramento giuridico di una data situazione di fatto.

Pertanto – a differenza dei presupposti che devono sorreggere il cumulo eventuale, su cui v. *infra* nel prossimo paragrafo – la condizione necessaria perché si possa instaurare un cumulo alternativo di doman-

<sup>26</sup> Come suggerisce G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 276 ss., che innanzitutto esclude la correttezza dell’impostazione chiovendiana (cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 288), secondo cui il cumulo alternativo, quale *species* del *genus* “cumulo condizionale” – distinguibile in cumulo alternativo “assoluto” e “attenuato” – sarebbe la traduzione automatica nel processo del concorso alternativo tra diritti/azioni sul piano sostanziale. Come già rilevato da Menchini, gli esempi classici sono quelli del concorso tra le azioni edilizie previste dall’art. 1492 c.c. e l’altro tra l’azione di condanna all’adempimento e quella di risoluzione *ex art.* 1453 c.c.: secondo Tarzia, proprio il fatto che, non casualmente in entrambi i casi, secondo la disciplina positiva *electa una via non datur recursus ad alteram*, dovrebbe indurre ad escludere la legittimità della proposizione in giudizio di entrambe le domande in via alternata (l’A. aggiunge che la conclusione non varia per gli altri casi in cui la legge non sancisce l’irrevocabilità della scelta). Infatti, in tal proposito E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, cit., *passim*, affermava autorevolmente che il cumulo di tali appena citate azioni non potesse avvenire in via alternativa, ma necessariamente nella forma gradata del cumulo condizionale. Anche C. CONSOLO, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, già in *Riv. dir. civ.*, 1989, 765 ss. (oggi in *Id.*, *Passaggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, (a cura di) F. Godio, Milano, 2015, 182 ss.), ritiene inammissibile il cumulo alternativo tra azioni edilizie così come tra azioni di adempimento e di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. (cumulabili invece senza ostacoli in via condizionata).



de, senza cadere nell'inammissibile indeterminatezza dell'oggetto del giudizio<sup>27</sup>, si realizza quando le pretese sono incompatibili, nel preciso senso che (in relazione alla *causa petendi*) esse derivano da un comune complesso di fatti e richiedono la soluzione di una o più identiche questioni, di talché ne discenda contestualmente la «fondatezza dell'una pretesa e l'infondatezza dell'altra o quantomeno l'infondatezza di una pretesa e la sussistenza di uno degli elementi costitutivi dell'altra»<sup>28</sup>.

Quello che si potrebbe definire l' "automatismo" decisorio derivante dalla incompatibilità tra le pretese cumulate in via alternativa delimita i contorni del *thema decidendum*, sottraendo al giudice la libertà di scegliere come (e a partire da cosa) decidere, per cui egli sarà tenuto innanzitutto ad esaminare le questioni comuni per poterne ricavare l'indicazione della domanda da ritenere fondata.

Il modello appena descritto di cumulabilità in via alternativa sembra adatto a descrivere il rapporto tra le domande di risarcimento del danno "principale" e del danno da perdita di *chance*: vi è sicuramente che il contesto fattuale è comune, in ragione del fatto che la condotta illecita è unica e da ciò deriva inevitabilmente che il giudice si trovi a fronteggiare la soluzione di questioni parzialmente analoghe, tra cui spicca quella relativa all'accertamento del nesso causale.

<sup>27</sup> Il problema fondamentale del cumulo alternativo, messo in luce da G. TARZIA, *Appunti*, cit., 278 ss., si pone in relazione alla (in)determinatezza dell'oggetto del giudizio, in ragione della alternatività, per il titolo o per l'oggetto, delle domande proposte. Sulla scorta delle riflessioni di E. ALLORIO, *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1947, 73 ss., l'A. spiega il fenomeno del cumulo alternativo tramite il reciproco condizionamento delle domande, di talché il giudice dovrebbe pronunciarsi nel merito solo sulla domanda reputata fondata, mentre potrebbe rigettare in rito l'altra (a meno che la controparte non abbia proposto una riconvenzionale di accertamento negativo); e argina le critiche sulla presunta incertezza in punto di oggetto della domanda, osservando che, in verità, entrambe le domande sono da principio ed interamente pendenti sul piano del rapporto processuale generico, mentre solo una delle due verrà decisa nel merito. Nondimeno, dopo averne descritto i contorni, Tarzia si chiede se lo schema del doppio condizionamento sia davvero idoneo a rappresentare il rapporto tra domande alternative; la risposta è negativa, nella misura in cui, essendo il cumulo alternativo non condizionale, bensì pieno e assoluto, entrambe le domande devono ritenersi pendenti sin dal principio e a tutti gli effetti, ed entrambe sono soggette a decisione nel merito, nel senso che solo una delle due sarà giudicata fondata, ma l'altra non per questo dovrà essere necessariamente rigettata in rito (286-287). In estrema sintesi lo schema del doppio condizionamento può valere solo per le domande alternative che deducano pretese fra loro concorrenti, rispetto alle quali è corretto affermare che, se l'una viene accolta, l'altra in quanto incompatibile non verrà neppure decisa nel merito (cfr. 291 ss.).

<sup>28</sup> Così G. TARZIA, *Appunti*, cit., 284.

In termini concreti, però, il convincimento del giudice sul fatto che l'errore medico non abbia cagionato il danno alla salute del paziente non vale ad ammettere in automatico che l'altra domanda sia fondata, né l'infondatezza della prima pretesa vale a decretare la sussistenza di uno degli elementi costitutivi dell'altra; anzi, se le due domande sono proposte in cumulo alternativo il giudice, dopo aver concluso per l'infondatezza della prima, passerebbe a decidere nel merito l'altra, potendo ritenere infondata pure quest'ultima pretesa, poiché, ad esempio, l'esclusione del nesso eziologico tra la condotta e il primo pregiudizio non vale ad affermare automaticamente che, invece, il nesso causale colleghi quella medesima condotta al danno da perdita di *chance*; e se pure così fosse, ciò non basterebbe a ritenere fondata la relativa pretesa, se non dopo aver verificato la sussistenza degli altri elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria (che, nel caso della perdita di *chance*, riguardano anche la consistenza concreta della *chance* stessa e così la sequenza controfattuale che, almeno in astratto, avrebbe condotto alla realizzazione della *chance*: v. quanto detto nel cap. III, par. 4).

Il cumulo alternativo, invece, è tale in quanto instaura un rapporto di «mutua esclusione» tra le domande, nella misura in cui rappresentano le due possibili e opposte risposte dell'ordinamento ad una fattispecie dalle fattezze incerte: esse sono «le contrarie possibili soluzioni di una medesima questione di diritto e di fatto, inerente a una data situazione, e ne esprimono, nei rispettivi *petita*, le giuridiche conseguenze»<sup>29</sup>.

Ciò posto, non pare potersi affermare che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* sia utilmente cumulabile in via alternativa con la domanda di risarcimento del danno principale, rappresentandone piuttosto la versione di "accompagnamento" e "completamento" della tutela del danneggiato, come se occupasse lo stesso piano, ma semplicemente in posizione arretrata, pronta ad "avanzare" all'occorrenza. C'è un ulteriore argomento che milita in favore della esclusione – per ragioni anche di opportunità e di strategia processuale – della cumulabilità in via alternativa della pretesa risarcitoria nascente dal sacrificio della *chance* con l'altra che, per comodità, si addita come "principale".

Poiché tutte le domande alternative sono destinate ad essere esaminate nel merito, anche se una sola poi potrà essere accolta<sup>30</sup>, non sareb-

<sup>29</sup> Sono sempre le parole di G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 286.

<sup>30</sup> Così espressamente, nelle pagine finali di sintesi, G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 301.

be utile per l'attore sottoporre alla cognizione alternativa del giudice (e così senza imprimere un ordine di preferenza) due domande, di cui una (quella definibile "ausiliaria") recante il "sospetto" dell'infondatezza dell'altra ("principale", in quanto volta ad ottenere la massima soddisfazione possibile), specialmente se si ritenga di valorizzare una concezione strumentale della *chance* (del resto, mai davvero sopprimibile, neppure per chi voglia rifugiarsi negli approdi della teoria ontologica, poiché – come si è avuto modo di spiegare sin dalle prime pagine della trattazione – qualunque sia la prospettiva accolta, il concetto di possibilità di un risultato resta pur sempre ancorato al risultato che si intendeva raggiungere).

### **3. La più opportuna soluzione del cumulo condizionale tra la domanda di risarcimento del danno "principale" alla salute e quella di risarcimento del danno da perdita di *chance***

Si è compreso a questo punto come, nei casi in cui la *chance* sia situazione giuridica tutelabile, la proposizione di una isolata domanda di risarcimento del danno da occasione perduta, sebbene chiaramente possibile in linea di principio, possa risultare poco soddisfacente.

È certamente vero – e già lo si è accennato – che vi sono fattispecie in cui la perdita di *chance* individua l'unico pregiudizio sofferto dal soggetto danneggiato. Si trovano esempi di domanda risarcitoria da *chance* perduta autonoma in quanto unica domanda proponibile nel campo giuslavoristico: si pensi al caso del candidato illegittimamente estromesso dalla partecipazione ad una procedura selettiva a punteggio non vincolato (v. quanto detto *supra* nel cap. II, spec. al par. 6.1).

Nell'ambito della responsabilità sanitaria si è raggiunta la diversa conclusione che la domanda di risarcimento del danno da perdita *chance* di sopravvivenza possa meglio perseguire le esigenze di tutela del paziente vittima dell'errore medico se "accostata" alla domanda di risarcimento del danno "principale" (posto che le due domande resterebbero astrattamente proponibili in separata sede).

In particolare, anche dal punto di vista strategico, l'assetto processuale in cui pare più conveniente calare la domanda avente ad oggetto la perdita di *chance* è quello del cumulo condizionale subordinato o eventuale (e non invece alternativo, per le ragioni appena analizzate), attraverso cui l'attore possa condizionare la decidibilità nel merito

della domanda subordinata al rigetto della domanda proposta in via principale<sup>31</sup>.

In tal modo si origina un cumulo oggettivo di cause, che realizza la specifica finalità di attivare la tutela giurisdizionale di merito sulla domanda ausiliaria, solo in quanto la domanda principale venga respin-

<sup>31</sup> Su cui v., per tutti, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I e II, Padova, 1985, *passim*. Molto sinteticamente – e al solo fine di meglio comprendere la struttura processuale cumulativa a cui si intende fare riferimento – si ricorda che l’A., sulla base di quanto già osservato da E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Milano, 1962, spec. 270 (e si veda anche il suo *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, spec. 121 ss.), fonda la sua analisi sui due “tipi” di rapporto processuale: quello generico o d’ordine che si instaura automaticamente alla invocazione di tutela giurisdizionale e anche in mancanza di uno dei presupposti processuali; e quello di merito che, appunto, sussiste solo in presenza dei presupposti processuali. Questa distinzione (che di recente F.P. LUISSO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium* 2/2019, 181 ss., spec. 184, è tornato a criticare, sul presupposto che le norme processuali sono regole di condotta di cui il giudice è destinatario come chiunque altro) si presta ad una più corretta spiegazione del cumulo condizionale di domande: «relativamente alla seconda domanda (alla domanda cioè proposta condizionatamente al mancato accoglimento, o talora proprio all’accoglimento, della prima, incondizionata) si instaura così subito, per Allorio, il rapporto processuale, ma solo quello meramente “generico” o “d’ordine”. E ciò in modo però del tutto stabile: quand’anche infatti, non avverandosi la condizione, non sopraggiunga poi il rapporto processuale di merito (che della condizione costituisce l’esclusivo oggetto), è sufficiente la – non precaria – sussistenza del rapporto processuale “generico” ad imporre comunque la pronuncia di una decisione di *absolutio ab instantia* sulla domanda subordinata, che definisca così quel rapporto processuale – o, comunque, la pendenza “generica” di quella domanda – attraverso l’esercizio di un potere giurisdizionale avente analogamente, natura e contenuto di mero rito» (134-135; si veda anche il riferimento, contenuto in nota n. 46, a F. CARNELUTTI, *Ricorso in cassazione condizionato?*, in *Riv. dir. proc.* 1946, 43 ss., il quale, però, spiega l’assorbimento della seconda domanda in caso di accoglimento della prima, con la sopravvenuta carenza dell’interesse ad agire; non concorda C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, I, 444 ss., nella misura in cui l’interesse ad agire risponde alla diversa funzione di “filtro” nei riguardi di controversie non degne di tutela giurisdizionale, perlomeno nella ottica economicistica assai diffusa – ma da alcuni criticata, come visto: A. ATTARDI, *L’interesse ad agire*, *cit.*, *passim*). Con parole di sintesi: se non si avvera la condizione della decisione sulla prima domanda, la seconda non potrà essere decisa nel merito; tuttavia un rapporto processuale (sebbene generico o di mero rito) era comunque sorto e tanto basta ad imporre al giudice una pronuncia di assorbimento sulla domanda eventuale, a pena di incorrere in una (seppur non grave) omissione di pronuncia (sul punto v. la diversa prospettazione di B. LASAGNO, *Premesse per uno studio sull’omissione di pronuncia nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2/1990, 449 ss., spec. 478 ss., secondo cui, all’esito dell’accoglimento della domanda principale, la domanda proposta in subordine può considerarsi come non proposta, il che implica che il silenzio del giudice su di essa non integrerà omissione di pronuncia). Diversamente nella prospettiva tedesca della litispendenza risolutivamente condizionata, il giudice non sarebbe tenuto ad una pronuncia su quella domanda, perché il relativo rapporto processuale si dissolve immediatamente al passaggio in giudicato della decisione sulla prima domanda.

ta: non si tratta propriamente di una espressione del principio dispositivo sostanziale, poiché l'attore anziché limitarsi a decidere quali diritti dedurre in giudizio, intende stabilire in che modo debba svolgersi la trattazione e quali siano i limiti a cui il giudice deve sottostare<sup>32</sup>.

Da un lato l'evento condizionato si identifica con la decidibilità nel merito della seconda domanda, dall'altro l'evento condizionante può essere variamente determinabile dall'attore secondo le proprie esigenze, purché si tratti di un accadimento endo-processuale immediatamente rilevabile dal giudice «in quanto risultante dalla stessa attività che da lui è sicuramente, incondizionatamente, sollecitata attraverso la proposizione della domanda principale». Pertanto questo evento potrà consistere in una decisione di rigetto in rito o nel merito della domanda principale o anche in una certa soluzione di una questione da affrontarsi nella causa principale, ma che abbia chiaramente incidenza anche su quella condizionata<sup>33</sup>.

Può dunque ritenersi preferibile il modello astratto del cumulo condizionale in tutti i casi in cui il soggetto danneggiato può astrattamente ambire al ristoro del danno subito per la perdita del risultato finale, ma in concreto si trovi poi a dover contare sul risarcimento della sola perdita di una *chance*. Così è nelle cause di responsabilità sanitaria, che,

<sup>32</sup> All'insegna di un principio dispositivo improprio o processuale: v. C. CONSOLO, *Il cumulo*, cit., I, 275 ss. (ove richiama quanto autorevolmente sostenuto a proposito da M. CAPPELLETTI, *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, in *Giust. civ.* 1960, 880, e da S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, spec. 280) e scrive significativamente che «i vincoli impressi, nell'ambito del principio di trattazione (*rectius*: di una delle sue specificazioni), non già del principio della domanda, alla (pendenza della) domanda subordinata rivestono un rilievo tutt'altro che meramente tecnico-organizzatorio nello svolgimento del processo; infatti non viene tanto in questione la scelta e l'acquisizione dei mezzi istruttori, e più latamente endo-processuali, meglio aderenti allo scopo (extraprocessualmente) dalla parte prefissosi di ottenere per un certo diritto tutela giurisdizionale, quanto proprio ed immediatamente è in questione la "volontà finale" di ottenere o meno per il diritto quella tutela (e così la decisione di merito) [...]» (278).

<sup>33</sup> Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, I, 319-320, ove specifica che «determinante risulta la volontà della parte, dalla quale l'evento "condizionante" è integralmente determinabile secondo proprie scelte di convenienza, che incontrano il solo limite sistematico esterno [...] del carattere compiutamente endo-processuale dell'accadimento dedotto in condizione, nonché nella correlata esigenza che questo avvenimento consti immediatamente al giudice in quanto risultante dalla stessa attività che da lui è sicuramente, incondizionatamente, sollecitata attraverso la proposizione della domanda principale» e che la circostanza che il fatto condizionante sia così una tappa dell'*iter* decisorio della prima domanda, anziché la sua conclusiva pronuncia, non vale ad «alterare sostanzialmente la struttura del fenomeno delle domande proposte in via subordinata».

come detto, rappresentano le fattispecie risarcitorie in cui la *chance* di più efficaci cure o di guarigione assume i contorni di una situazione giuridica tutelabile e dove la domanda avente ad oggetto la *chance* perduta è potenzialmente “concorrente” (si chiarirà in che termini) con la domanda risarcitoria “principale”.

Si immagini, ad esempio, che potrebbe essere di una qualche utilità per il danneggiato (o, a seconda dei casi, per i suoi eredi) proporre, in via principale, l'azione di risarcimento del danno da lesione dell'integrità psico-fisica; e, in via subordinata, la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* terapeutiche, condizionandone la decisione nel merito al rigetto della prima domanda.

Più precisamente, l'evento condizionante potrebbe essere ulteriormente circoscritto nel senso di condizionare la decidibilità (e quindi la trattazione<sup>34</sup>; ma v. quanto si dirà *infra* nel par. 7 sul condizionamento della domanda risarcitoria da perdita di *chance* di sopravvivenza nelle liti sanitarie innovate dalla l. 24/2017) della seconda domanda al rigetto della prima per mancata prova del nesso causale tra l'illecito e il danno.

AmMESSO di poter fissare l'oggetto dell'evento condizionante nella valutazione di una questione rilevante anche per la causa condizionata, la cui soluzione però non determini l'esito della decisione sulla causa incondizionata<sup>35</sup>, si intende dire che oggetto della condizione possa essere

<sup>34</sup> Ci si chiede insieme a C. CONSOLO, *Il cumulo*, I, cit., 337 ss., se «prima dell'avversarsi della condizione è al giudice preclusa la sola decisione sulla fondatezza della seconda domanda od anche la semplice trattazione dello stesso tema, e così inspecie il compimento di atti di istruzione probatoria in ordine ai fatti rilevanti per l'esistenza del diritto fatto valere in via subordinata». La risposta al quesito – che passa attraverso l'analisi della portata dei presupposti processuali o condizioni di trattabilità della causa nel merito, rispetto ai quali esso è ancora più rilevante – deve rivolgersi alla tesi per cui ad essere condizionata non è solo la decisione, ma anche la trattazione, del merito: «scindere l'ammissibilità della trattazione da quella della decisione del merito [...] avrebbe poco senso, pratico, prima che logico-giuridico; significherebbe in sostanza obliterare lo stretto raccordo ed il carattere esclusivamente preparatorio che la trattazione riveste in vista dell'atto finale del giudizio (di merito)». Per tale ragione la locuzione di “condizioni per la trattabilità del merito” è più soddisfacente rispetto a quella di “presupposti processuali”.

<sup>35</sup> C. CONSOLO, *Il cumulo*, I, nelle pagine da ultimo cit., osserva che non sorgono particolari perplessità ad ammettere, perlomeno dal punto di vista strutturale, una libera articolazione del nesso di condizionalità. Tuttavia, se si considerano i tipi di collegamento sostanziale tra le domande, «è facile notare come in talune ipotesi di domande “parallele” (aventi cioè titolo o questioni cruciali in comune) la deduzione in modo graduato non persegue di fatto altro scopo che quello di “saggiare” preliminarmente con la prima domanda l'opinione del giudicante al fine di valutare in anticipo il margine di plausibile successo della seconda domanda; l'esame (del merito) della quale viene così opportunamente riservato alla sola ipotesi

la soluzione negativa di una questione (il nesso di causalità) che inevitabilmente fonderà una decisione di rigetto della domanda “principale”.

In altre parole si vuole dire che l'evento condizionante possa consistere in un rigetto nel merito per una ben determinata ragione di infondatezza (ferma la possibilità di condizionare la decidibilità nel merito della domanda subordinata al rigetto *tout court* della pretesa principale).

Così eventualmente specificata la condizione, l'attore chiede al giudice di pronunciarsi sulla perdita di *chance* solo nella denegata ipotesi in cui la pretesa primaria dovesse essere respinta per la ragione che l'attore (su cui, stante il più recente avviso della S.C., ricade l'onere della prova, tanto nelle fattispecie di responsabilità extracontrattuale quanto ormai in quelle di responsabilità contrattuale<sup>36</sup>) non sia riuscito a dimostrare il nesso eziologico tra il danno lamentato e la condotta dannosa.

Il ragionamento sotteso a tale formula di condizionamento processuale tra le due domande è quello che si è già descritto nella prima parte della trattazione: se non si riesce a dimostrare che la condotta del medico ha cagionato, più probabilmente che no, il danno alla salute, perché quell'esito negativo (come anche peggiorativo o comunque non migliorativo) si sarebbe comunque verificato, non è detto che non si possa dare prova del fatto che l'errore o l'omissione colpevole abbiano ridotto più o meno significativamente (dove il “più o meno” inciderà sulla quantificazione) le possibilità di recupero della situazione patologica causa del danno biologico.

Si riflette, insomma, nel cumulo condizionale che qui si suggerisce come migliore opzione, la questione cardinale del danno da perdita di *chance*, ossia il problema del nesso causale, che è in parte comune ad entrambe le domande, poiché può riferirsi alla medesima condotta illecita.

L'attribuzione di un tale contenuto all'evento condizionante implica che se il rigetto dovesse conseguire ad altra ragione atta a giustificare l'infondatezza, la condizione non sarebbe soddisfatta e quindi la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* non potrebbe essere decisa nel merito ma dovrebbe restare assorbita.

Concretamente questo significa che se la domanda di risarcimento del danno principale dovesse essere rigettata per una ragione diversa dal mancato riscontro positivo del nesso causale – e così ad esempio

---

di “sondaggio” favorevolmente conclusi». Noi crediamo che sia proprio questa la ragione principale che dovrebbe indurre l'attore ad imbastire la causa risarcitoria secondo il modello del cumulo condizionale.

<sup>36</sup> V. quanto si è detto supra nel cap. III, par. 4.

perché la responsabilità del medico nel caso di specie può essere esclusa, in quanto il professionista si era attenuto alle linee guida o, al contrario, le aveva disattese perché ritenute non idonee alle specifiche esigenze di cura del paziente<sup>37</sup> – la domanda subordinata di risarcimento del danno da perdita di *chance* resterà assorbita in quanto non decidibile in primo grado (ma riproponibile in appello *ex art.* 346 c.p.c.).

Lo schema proposto non è esente da critiche, specialmente dal punto di vista prettamente strategico. Infatti l'attore potrebbe, da un lato, ritenere conveniente la proposizione della domanda volta ad ottenere il ristoro della *chance* perduta in cumulo condizionale con la domanda principale, al fine di contenere in un giudizio unico la sua pretesa risarcitoria complessiva, nonché di avvalersi dell'attività istruttoria svolta in relazione alla prima domanda, ove eventualmente utile anche rispetto alla causa subordinata.

D'altro canto la stessa struttura cumulativa presenta dei risvolti in teoria sfavorevoli, se si valuta che già solo la proposizione di una domanda subordinata in un certo senso quantitativamente ridotta rispetto a quella primaria potrebbe indurre il giudice a convincersi della infondatezza di quest'ultima, che invece è la domanda "preferita" dall'attore.

Del resto un principio di trattazione contestuale è quasi inevitabile in casi in cui tra le domande vi è una certa connessione sostanziale, tale per

<sup>37</sup> Non possiamo approfondire le tante e dense questioni affrontate dalla legge Gelli-Bianco n. 24/2017 di riforma della responsabilità sanitaria, perciò si rimanda in generale alla trattazione, in quanto più recente di altre, di B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018, nonché, per chi voglia al ns. *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della l. n. 24/2017*, in C. CONSOLO (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità medica*, cit. Ci basti qui notare che l'art. 7 co. 31 n. 24/2017 disciplina la determinazione del danno richiamando l'art. 5 della stessa legge e il nuovo art. 590-sexies c.p., intitolato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario" e di cui ci interessa soprattutto il co. 2, perché introduce una causa di esclusione della punibilità operante solo nel caso in cui l'evento sia dovuto a imperizia, quando si accerta che il medico abbia rispettato le raccomandazioni contenute nelle linee guida e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali oppure che egli si sia discostato dalle raccomandazioni stesse ritenendole non adeguate alle specificità del caso concreto. Tralasciando qui il percorso che ha condotto, a partire dalla legge Balduzzi e sino all'ultimo intervento del legislatore, al riconoscimento normativo della rilevanza delle linee guida e buone pratiche (di cui solo oggi è sancita espressamente la subalternità rispetto alle linee guida dall'art. 5: v. quanto riportato da B. MARUCCI, *op. ult. cit.*, 91 ss.), ci preme osservare che il sistema integrato di responsabilità civile e penale apprestato dalla legge del 2017 sembra precludere al danneggiato di chiedere il risarcimento del danno quando venga esclusa la punibilità in sede penale (concordiamo dunque con B. MARUCCI, *op. ult. cit.*, 175).



cui «talune questioni, di fatto o di diritto, si ripropongono per la decisione sul merito di entrambe le cause, talché la loro trattazione e l'istruzione probatoria in ordine ai fatti controversi che assumono rilievo per la soluzione di dette questioni, integreranno ad un tempo ed inscindibilmente trattazione del merito della domanda principale ed anticipazione della trattazione anche della subordinata, la quale – ove risulti poi effettivamente dovuta – non potrà che avvantaggiarsi di ciò senza che, nel caso contrario, si sia posta in essere una attività inutile od incorsi in diseconomie»<sup>38</sup>.

Si vedrà *infra* nel paragrafo che segue come il cumulo condizionale tra la domanda di risarcimento del danno principale e del danno da perdita di *chance* trovi una importante ragione pratica nella comunanza del piano probatorio del nesso di causalità con la (unica) condotta lesiva, da cui originano entrambe le pretese risarcitorie, nel senso che l'istruttoria della seconda causa può risultare in parte "preparata" da quella già condotta con riferimento alla prima domanda.

Peraltro, all'esito della legge di riforma della responsabilità sanitaria n. 24/2017, assume oggi una importanza decisiva la previsione dell'accertamento tecnico preventivo ai fini della composizione della lite – stante il richiamo operato dall'art. 8 della suddetta legge all'art. 696-*bis* c.p.c. – il cui svolgimento è reso condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Prima di approfondire tale ultimo aspetto, vi sono almeno due profili che meritano attenzione: uno è logicamente preliminare a quanto già osservato e attinente ai limiti di ammissibilità del cumulo condizionale, una volta fissati i quali è opportuno chiedersi se il rapporto tra domanda di risarcimento del danno "principale" e domanda nascente dalla perdita di *chance* sia inquadrabile in quello schema.

La seconda questione attiene, poi, alla riproponibilità della domanda condizionata una volta che, nel primo giudizio, fosse stata assorbita.

### **3.1. I limiti di ammissibilità del cumulo condizionale e i margini di riproponibilità della domanda condizionata di risarcimento del danno da perdita di *chance* che sia rimasta assorbita**

Lo strumento del cumulo condizionale è naturalmente predisposto «ad uso e consumo» dell'attore, al fine di soddisfare al meglio il proprio bisogno di tutela, anche a rischio di comprimere le «esigenze (ten-

<sup>38</sup> Così C. CONSOLO, *Il cumulo*, I, cit., 354-355.

denzialmente) antitetiche dell'altra parte del giudizio», che di fatto si trova a dover subire il condizionamento delle domande come imposto dall'attore<sup>39</sup>, con riflessi pure, inevitabilmente, nel giudizio di appello<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Così C. CONSOLO, *Il cumulo*, I, cit., 355 ss., e poi ancora 388 ss., il quale evidenzia come la naturale constatazione che tale forma di cumulo sia forgiata per far fronte alle esigenze dell'attore, non può esimere l'interprete dalla ricerca dei poteri esercitabili dal convenuto per sottrarsi all'imposizione del condizionamento tra le domande e così per "purificare" il cumulo e cautelarsi dall'eventualità di una (a volte possibile) fruttuosa riproposizione della domanda assorbita. A tal proposito Consolo riporta che E. ALLORIO, (in *Litisorio alternativo passivo*, cit.), aveva immaginato di concedere al convenuto la possibilità di proporre, in via riconvenzionale, una domanda di accertamento negativo relativa alla causa subordinata, di modo da pretendere una decisione anche sul merito di quest'ultima. Senonché – osserva C. – un'iniziativa del genere non può essere ricondotta al modello della domanda riconvenzionale, che è pur sempre volta ad introdurre in giudizio un diritto diverso da quello già dedotto dalla domanda attrice, nei limiti di cui all'art. 36 c.p.c. Infatti, sia che si voglia concepire la domanda introdotta in via subordinata sulla base del modello tedesco della litispendenza risolutivamente condizionata, sia che si voglia preferire la strada suggerita dall'A. della litispendenza stabile ma inizialmente limitata al solo rapporto processuale di rito (distinto da quello di merito proprio nella ricostruzione di Allorio), non cambia il fatto che il diritto è già parte del *thema decidendum*. Il riferimento alla domanda riconvenzionale è allora improprio, ma funzionale a rendere l'idea di una iniziativa del convenuto «più intensa di quella puramente difensiva [...], di consistenza strettamente endo-processuale e tale così da non alterare il (già preesistente) carattere cumulativo del giudizio promosso dall'attore, limitandosi unicamente a elidere il vincolo posto al potere del giudice di decidere il merito della seconda causa e a renderlo pertanto immediato e, quel che più conta, incondizionato, assumendosi a tal fine il relativo onere probatorio».

<sup>40</sup> Il medesimo quesito relativo ai poteri di reazione del convenuto alla strutturazione del giudizio secondo il modello cumulativo condizionale si ripresenta nel giudizio di appello, ove il danneggiato vittorioso in primo grado sulla domanda principale si trovi ad essere convenuto in fase di gravame e decida di non riproporre *ex art.* 346 c.p.c. la domanda subordinata che era rimasta assorbita. Si potrà riconoscere al danneggiato ora appellante la facoltà di opporsi al ridimensionamento dell'oggetto del giudizio? Parrebbe che ciò non sia possibile, per il semplice fatto che l'art. 346 c.p.c. non esige, ai fini della rinuncia quale effetto della mancata riproposizione, il consenso delle altre parti del giudizio: v., per tutti, su tale profilo, A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, 152 ss. Sul punto v. anche A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, spec. 26-28, che riflette sul caso di un attore che abbia proposto due domande in cumulo condizionale c.d. improprio subordinando la decidibilità della seconda domanda all'accoglimento di quella principale (non è, dunque, esattamente il nostro caso); si sia visto rigettare la prima delle due; e decida di proporre appello soltanto per sollecitare la riforma del capo di sentenza che lo ha dichiarato soccombente, ma non anche per riproporre la domanda subordinata rimasta assorbita. Secondo l'A., «in tale situazione, non par dubbio che il convenuto che in primo grado avesse resistito nel merito ad entrambe le domande possa, costituendosi in appello e chiedendo conferma della decisione precedente, ottenere di devolvere alla cognizione del giudice d'appello anche la pretesa subordinata (onde evitare che quest'ultima resti impregiudicata nel caso di riforma della decisione sulla principale, esponendo il convenuto all'incomodo di un nuovo processo): ciò non già, però, negando il proprio consenso ad una rinuncia

Il dibattito, che interessò soprattutto gli Autori tedeschi<sup>41</sup>, dapprima arroccato su tesi rigoriste – secondo cui potevano abbinarsi in regime di cumulo condizionale soltanto domande reciprocamente incompatibili o concorrenti –, si era poi sbilanciato verso posizioni più permissive che addirittura avevano tentato di fare a meno di un qualsiasi riferimento funzionale al rapporto sostanziale tra le domande.

L'orientamento poi prevalso e definito "intermedio" ha richiesto la sussistenza di uno specifico nesso di carattere sostanziale fra le domande, anche se non necessariamente corrispondente ad una stretta connessione per incompatibilità logico-giuridica (per cui l'azione principale ha carattere costitutivo-negativo di quella subordinata).

È sufficiente che la domanda principale e quella subordinata siano rivolte allo stesso scopo in senso giuridico o economico o a scopi comunque omogenei; «oppure tali domande debbono entrambe riferirsi ad una fattispecie costitutiva essenzialmente comune e perseguire in sostanza uno scopo comune o comunque comparabile».

In altre parole le pretese non possono essere totalmente "estrane", perché in tal caso difetterebbe un apprezzabile interesse dell'attore ad instaurare un cumulo subordinato; eppure non deve ritenersi necessaria la comunanza degli elementi identificativi delle due pretese, ma solo una «comparabilità dei titoli, in quanto dedotti in una certa situazione di fatto [o] la comparabilità degli oggetti, ossia dei provvedimenti domandati, alla stregua dell'utilità che possono procurare alla parte»<sup>42</sup>.

---

attore che in virtù dell'art. 346 si deve invece ritenere già perfezionata, quanto più semplicemente per mezzo della riproposizione da parte sua della propria domanda di rigetto nel merito concernente il diritto soggettivo dedotto in via eventuale dall'avversario».

<sup>41</sup> Riportato e discusso da C. CONSOLO, *Il cumulo*, I, cit., 355 ss., spec. 372 ss., e ancora nel tomo II, 571 ss.

<sup>42</sup> Così scrive efficacemente C. CONSOLO, *Il cumulo*, II, cit., 574 ss. a partire dallo studio della dottrina tedesca, dovendo constatare gli sporadici (ma «assai chiari») interventi in materia da parte degli Autori italiani. Il riferimento è in particolare al contributo, con cui ci siamo già confrontati, di G. TARZIA, *Appunti*, cit., che aveva incidentalmente toccato anche il tema delle domande in cumulo condizionale, per sostenere che i presupposti di ammissibilità sono meno restrittivi rispetto a quelli indispensabili per la strutturazione del cumulo in via alternativa. Dal momento che ConsoLO dichiara di condividere tale impostazione intermedia – che, giova ribadirlo, ammette il cumulo condizionale sulla base della identità o comparabilità dello scopo perseguito dalle azioni o della omogeneità della situazione di fatto sottostante –, dobbiamo ritenere che abbia superato i dubbi che egli stesso si pone con riguardo ad ipotesi come quelle del rapporto tra azione di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale o tra azione di rivendica e di restituzione, rispetto alle quali l'A.

Poste tali premesse sull'ammissibilità del cumulo condizionale in generale, tale modello pare ben adattarsi al caso qui in esame.

In particolare sussiste una comparabilità tanto tra i titoli – perché la situazione di fatto da cui originano entrambe le domande sarà tendenzialmente la medesima – quanto fra gli oggetti, perché il provvedimento richiesto al giudice è in ogni caso un provvedimento risarcitorio e, per quanto l'utilità conseguibile dall'accoglimento della domanda imperniata sulla perdita di *chance* non sia esattamente identica (specialmente da punto di vista del *quantum* atteso, come già notato) a quella che si otterrebbe tramite l'accoglimento della pretesa principale, i due risultati sono quantomeno assimilabili.

Proprio in base a tale ultimo argomento si era escluso che le due domande potessero essere utilmente cumulate in via alternativa: in effetti anche per quella specie di cumulo rileva la circostanza della identità o similarità dello scopo perseguito, dal punto di vista giuridico o economico; tuttavia la non totale fungibilità delle domande induceva a ricercare un'altra soluzione che, ad avviso di chi scrive, è rinvenibile proprio nel cumulo condizionale.

Ora si deve fare attenzione ad una ulteriore questione: nell'ipotesi in cui la domanda di risarcimento "principale" venga accolta, la condizione per la decidibilità nel merito della domanda subordinata non sarà stata soddisfatta e, dunque, resterà assorbita.

La definizione della causa con una pronuncia di mero rito e cioè di assorbimento implica, a rigore, che quella domanda potrebbe essere riproposta in un successivo ipotetico giudizio.

Invero il problema non dovrebbe neppure porsi, poiché si può presumere che il danneggiante condannato in primo grado al risarcimento del danno impugnerà la decisione che lo ha decretato soccombente; e l'impugnazione del capo principale comporterà la possibilità (e l'onere) per il danneggiato vittorioso in primo grado di riproporre in appello la domanda assorbita ai sensi dell'art. 346 c.p.c.<sup>43</sup>.

---

non era certo che si potessero individuare due distinti oggetti di giudizio e dunque che si potesse effettivamente instaurare un cumulo, ancorché condizionale, di cause (cfr. pp. 367-369 del tomo I, spec. la nota n. 143 di p. 369, in cui l'A. riconosce che lo stesso Tarzia aveva ammesso, per queste ipotesi, il cumulo condizionale delle cause, ma sul presupposto che il diritto oggetto di tutela fosse uno solo).

<sup>43</sup> Dietro questa lineare conclusione vi è una complessa interpretazione "sistematica" dell'art. 329 cpv. c.p.c. che, se inteso nel senso letterale, implicherebbe che l'impugnazione parziale della sentenza determini l'immediato passaggio in giudicato, per c.d. acquiescenza presunta, dei capi non impugnati. Risulta chiaro

Vi è, infine, l'eventualità (a dire il vero remota, ma da non trascurare almeno a fini speculativi) in cui la decisione che accolga la domanda principale e dichiari conseguentemente l'assorbimento di quella condizionata passi in giudicato ponendo fine incontrovertibile alla vicenda.

In tale evenienza il convenuto soccombente in primo grado potrà essere ragionevolmente certo che l'attore-danneggiato, già soddisfatto dalla vittoria sulla domanda principale, non tenti anche l'azzardo di instaurare un nuovo giudizio stavolta avente ad oggetto esclusivamente quella che fu la domanda condizionata del primo processo?

Si è già detto, a questo proposito, che il paziente a cui sia stato già riconosciuto il credito risarcitorio per il danno "principale" non avrebbe alcun interesse ad agire con una nuova domanda di risarcimento

---

come una siffatta interpretazione della norma sia del tutto insoddisfacente in un caso di dipendenza tra i capi della sentenza, a nulla valendo osservare che non si tratta di una dipendenza sostanziale tra i diritti oggetto delle pretese, ma di una dipendenza di carattere squisitamente processuale, venuta in essere proprio a causa e in seguito all'instaurazione del cumulo condizionale. Sul punto è sufficiente rinviare a C. CONSOLO, *Il cumulo*, II, cit, 756 ss., spec. 769 ss. e ancora 792 ss. (poi confluita nella sintesi delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 437 ss.), ove l'A. spiega che una rigorosa lettura della deroga unanimemente apportata all'art. 329 cpv. si fonda sul principio per cui «non può essere chiesto il riesame di una decisione senza che al giudice di gravame, ad un tempo e necessariamente, risulti devoluta altresì la virtuale potestà cognitiva sulle contestuali decisioni che si fondarono su quella impugnata. Si tratta proprio del principio del c.d. effetto devolutivo "allargato" del gravame». Sul rapporto tra appello incidentale e riproposizione, non potendo qui nemmeno accennarvi, si rinvia al più recente contributo in materia, di V. BATTAGLIA, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.* 2/2018, 427 ss., e a tutti i riferimenti dottrinali ivi contenuti) la parte debba comunque manifestare l'interesse a mantenere in vita la domanda assorbita, pena la presunzione (oggi espressamente sancita dall'art. 346) di rinuncia a farla valere. Anche se esula dall'oggetto della presente indagine, segnaliamo che recentemente la giurisprudenza di legittimità, con decisione di Cass. SU 21.3.2019, n. 7940, ha risposto al quesito di stretta procedura sul termine ultimo della riproposizione, stante il silenzio dell'art. 346 sul punto, e ha stabilito che questa non possa avvenire oltre l'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., in virtù dei principi di autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, ma non debba avvenire nel termine precedente della tempestiva costituzione in appello nei venti giorni prima della data fissata per l'udienza nell'atto di citazione in appello. Sul punto v. quanto osservato, in nota alla ordinanza di rimessione alle sezioni unite di Cass. 7.12.2017, n. 29499, da F. GORDIO, *La riproposizione ex art. 346 c.p.c. ritorna alle SS.UU.: v'è un termine di decadenza anteriore all'udienza di p.c. (e se sì, quale?)*, in *Corr. giur.* 2/2018, 230 ss., la quale – con argomenti di cui le sezioni unite si sono poi avvalse – ha osservato che la soluzione preferibile fosse quella intermedia di non imporre un termine di decadenza analogo a quello previsto per l'appello incidentale, dal momento che non si può trascurare il silenzio della norma al riguardo, senza con ciò consentire la riproposizione addirittura in sede di precisazione delle conclusioni, il che determinerebbe certamente una lesione del diritto di difesa e al contraddittorio delle parti verso cui tali domande ed eccezioni riproposte si indirizzano.

del danno da perdita di *chance* che, pertanto, ove proposta, dovrebbe essere dichiarata inammissibile, avendo la parte già ottenuto la massima soddisfazione possibile del proprio interesse.

In alternativa si è anche suggerito che – qualora non si voglia condividere la concezione di interesse ad agire improntata sulla utilità concretamente perseguita dalla parte – l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria sancita dal provvedimento giudiziale possa concepirsi come causa estintiva di ogni ulteriore pretesa di ristoro, compresa quella relativa alla perdita di *chance*.

Tra le due opzioni, pare preferibile la prima, poiché coerente con la osservazione per cui la parte ha già ottenuto la tutela più incisiva con l'accoglimento della domanda principale e, se pure si vedesse accogliere anche la seconda domanda in precedenza subordinata, non ne ricaverebbe alcun effetto utile di miglioramento della propria situazione attuale<sup>44</sup>.

#### **4. La possibilità del cumulo sopravvenuto (subordinato o necessariamente alternativo?): la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* come domanda “complanare”, anche dopo la Riforma Cartabia**

Si deve ora ragionare sull'ipotesi in cui, proposta inizialmente la sola domanda di risarcimento del danno “principale”, l'attore voglia nel corso del giudizio (e chiaramente nella fase iniziale) introdurre la do-

<sup>44</sup> Si dovrebbero immaginare anche i casi in cui: a) riconosciuta l'infondatezza della domanda principale, viene esaminata nel merito e accolta la domanda subordinata di risarcimento del danno da perdita di *chance*. Qui se l'attore dovesse impugnare il capo decisorio sulla domanda principale e risultare vittorioso in appello, la decisione di accoglimento in primo grado della domanda subordinata verrebbe riformata dalla dichiarazione di assorbimento. Ma potrebbe anche accadere che solo la struttura o il medico (a seconda di chi sia stato convenuto in giudizio) impugnino la decisione sfavorevole di accoglimento della domanda subordinata: in tal caso, l'effetto devolutivo automatico non si verificherebbe, perché solo l'impugnazione incidentale del paziente attore in primo grado e ora convenuto in appello potrebbe dedurre ad oggetto della cognizione del giudice di gravame la domanda principale; b) il paziente danneggiato risulta soccombente su entrambe le domande. Impugnati entrambi i capi, il giudice d'appello, se si determinerà nel senso di riformare la pronuncia di rigetto della domanda principale resa in primo grado, dovrà di conseguenza dichiarare assorbita la domanda subordinata (cioè il nesso di dipendenza processuale intercorrente tra le domande «permane anche tra le decisioni»: cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 802-803); e se invece confermerà il rigetto della domanda principale, dovrà riesaminare anche la domanda subordinata, anch'essa resa oggetto del giudizio di impugnazione, per eventualmente accoglierla.

manda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, poiché ha intuito che la prima domanda non avrà una buona sorte.

Come noto, l'art. 183 c.p.c. – nella versione ormai previgente – concede all'attore due sole possibilità per introdurre una domanda radicalmente nuova, entrambe riferite ad un potere di reazione ad una attività compiuta dal convenuto: quando la domanda nuova sia la conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto ovvero nel caso in cui – sempre se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto – l'attore decida di chiamare in causa un terzo ai sensi dell'art. 106 c.p.c. (attività che oggi dovranno essere compiute non oltre la prima memoria *ex* nuovo art. 171-ter c.p.c.).

Al di là di tali due ipotesi, è consentita la precisazione e modifica delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate, nella prima memoria di trattazione che, come a più riprese segnalato, è stata anticipata rispetto alla celebrazione della udienza di prima comparizione e trattazione.

Entro queste succinte coordinate normative si colloca la riflessione sul confine tra *mutatio* ed *emendatio libelli*: preclusa in generale la prima, la seconda oscilla tra la “precisazione” e la “modifica”, alla cui distinzione (sì affermata dal dato positivo, ma sempre apparsa incerta) la dottrina ha cercato di trovare alcune plausibili giustificazioni<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Sulle varie ricostruzioni dottrinali in merito all'incerto confine tra *emendatio* e *mutatio libelli*, e sulla differenza con la mera precisazione, v. C. GAMBA, *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, spec. 52 ss., ove l'A. ragiona sulle opinioni espresse in particolare da M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., II, 36 (il quale insisteva sulla distinzione tra modifica e mutamento nel senso che la seconda attività incide sugli elementi costitutivi essenziali della domanda); G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 322-323 (che invece notava la contraddizione intrinseca alla stessa distinzione tra semplice modifica e mutamento della domanda); C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cit.; G. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., *passim*, le cui tesi sulla centralità del diritto soggettivo (e solo indirettamente di *petitum* e *causa petendi*) ai fini della individuazione della domanda, sono state riprese da numerosi altri Autori, tra i quali specialmente C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., 92 ss.; Id., *Mutatio libelli: l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costrutto giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.* 2/1990, 620 ss., spec. 625, nota n. 10, ove l'A. ci fa sapere che «all'origine il significato della incisiva contrapposizione terminologica fra *emendatio* e *mutatio libelli* [...] non denotava ellitticamente, come oggi, alla alternativa fra cambiamento della domanda e mera sua specificazione-rettificazione-ridefinizione non trasfigurante; nonostante una certa varietà di accezioni, alludeva piuttosto la prima nozione all'incidenza della modificazione sulla quantità della domanda richiesta (Rich Schmidt) e la nozione di *emendatio*, in aderenza all'etimologia, alla correzione di errori materiali

La linea di demarcazione tra modificazione ammissibile e inammissibile dipende innanzitutto dalla specie di diritto dedotto ad oggetto del giudizio; e cioè si tratta di capire se esso è auto/eterodeterminato e quindi qual è il ruolo della *causa petendi* ai fini della individuazione della domanda.

È già emerso a proposito di quanto detto in merito all'unicità del diritto risarcitorio che per i diritti auto-determinati il fatto costitutivo non è reputato essenziale al fine di delimitare l'oggetto del giudizio<sup>46</sup> (diver-

---

di identificazione del bene richiesto (E. Garrone)». Come riporta bene C. GAMBA, *op. ult. cit.*, 73-74 (e v. i richiami ai vari A. in nota), la visione attuale (cioè successiva alla riforma del '90) riposa ancora sulla distinzione tra diritti auto ed etero-determinati, ammettendo sicuramente per i primi l'allegazione di nuovi fatti, anche principali [ove, invece, l'attività di precisazione consiste nell'allegazione di fatti nuovi, ma secondari], senza che ciò comporti un inammissibile mutamento della domanda; ma anche per i diritti etero-determinati, in relazione ai quali il fatto costitutivo continua ad essere indispensabile ai fini della individuazione, si ammette ormai l'introduzione di nuovi fatti, qualora ci si trovi dinanzi ad una situazione soggettiva unica, «anche quando l'episodio della vita sia riconducibile a più fattispecie legali differenti, allorché tra queste sussista una relazione tale da escludere che da quel complesso di fatti possano scaturire più effetti giuridici» (in tal senso, in particolare, F.P. Luiso, in C. Consolo, F.P. Luiso e B. Sassani, *comm. sub art. 183, Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 152 ss.). Per apprezzare la personale impostazione di C. GAMBA, v. *Domande senza risposta*, cit., spec. in sintesi, 173-174, ove si chiarisce che ogni modifica della domanda dovrebbe considerarsi ammissibile nella misura in cui consenta «una emersione del conflitto nella sua più completa articolazione». Non può mancare, poi, a questo scarno appello, l'opera già più volte richiamata di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., spec. 580 ss. Si è occupata di indagare i confini tra “precisazione”, “modifica” e “sostituzione” della originaria domanda giudiziale anche E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, cit., 205 ss. Si segnala inoltre il recente contributo di B. GAMBINERI, *Mutato ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.* 3/2019, 692 ss., per l'analisi delle uniche domande nuove ammissibili in appello e cioè le domande c.d. “consequenziali”, in rapporto con le domande meramente modificate. L'A. evidenzia, proprio con riguardo ai diritti risarcitori, che in appello è generalmente vietato introdurre domande relative a nuove voci di danno, ma il tendenziale approccio di una certa giurisprudenza di legittimità – che si esprime nel senso di contemplare i crediti risarcitori come «situazioni giuridiche unitarie la cui deduzione in giudizio non può avvenire in via frazionata» – fa sì che la generica domanda di risarcimento dei danni debba ritenersi onnicomprensiva di tutte le voci di danno (cfr. i riferimenti contenuti in nota n. 10); v., ancor più recentemente, A. SCARPA, *Il nuovo confine tra emendatio e mutatio libelli*, in *Judicium* 4/2022, 501 ss., per un'analisi della giurisprudenza successiva alle pronunce delle sezioni unite del 2015 e del 2018 sulle domande “complanari”, su cui v. *infra* nel testo e in nota.

<sup>46</sup> In tal senso, l'orientamento tradizionale: v., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 134 ss. Ma – come già rilevato – si sono autorevolmente espressi in senso contrario, sostenendo così la rilevanza del fatto costitutivo anche ai fini della individuazione dei diritti autodeterminati, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 127; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 49 ss.; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche su c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in AA.VV., *Scritti in onore di*



samente ha un indiscusso rilievo nella valutazione di fondatezza della pretesa), per cui l'attore può spendere, comunque non oltre la prima memoria di trattazione, un fatto costitutivo diverso da quello indicato nell'atto di citazione, senza per ciò violare il divieto di *mutatio libelli*.

Diversamente, e sempre in linea di principio, quando il diritto è etero-determinato la *causa petendi* ha funzione individuatrice del diritto fatto valere, e non solo di dimostrazione della sua fondatezza, di talché la allegazione di un diverso fatto costitutivo nella prima memoria comporterà un mutamento della domanda.

Va detto che il contenuto dello *jus variandi* deve essere tuttavia riletto alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità che, a cominciare dalla capostipite pronuncia di Cass. SU 15.6.2015, n. 12310, ha sostanzialmente ammesso che domande (anche etero-determinate) pur indubbiamente nuove – poiché senz'altro diverse per *petitum* e/o *causa petendi* – possano essere proposte alla prima udienza di trattazione effettiva e poi ancora nella prima memoria dell'art. 183 co. 6, in quanto collegate a quella originaria da un vincolo di alternatività sostanziale, tale per cui il giudice non potrà accoglierle entrambe.

La corretta premessa della decisione del 2015 si basa proprio sulla distinzione tracciata dall'art. 183 co. 6, n. 1) tra "precisazione" e "modificazione": quanto alle domande precisate, secondo le sezioni unite, non vi sono dubbi che si tratti delle stesse domande introduttive che non hanno subito modificazioni nei loro elementi identificativi, ma semplici precisazioni, nel senso che non incidono sulla sostanza della domanda iniziale ma «servono a meglio definirla, puntualizzarla, circostanziarla, chiarirla»<sup>47</sup>; definire quali siano esattamente le domande modificate – conservandone l'autonomia concettuale e pratica rispetto

---

Elio Fazzalari, III, Milano, 1993, 32 ss.; per altri riferimenti bibliografici, v. D. VOLPINO, *Introduzione della causa*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura civile*, cit., 2019, 117 ss., spec. nt. 314.

<sup>47</sup> In un certo senso realizzano compiutamente il percorso di individuazione dell'oggetto del giudizio e di quella che sarà la cosa giudicata, attività che non si esaurisce con l'atto introduttivo e che, nel caso delle domande complanari, con la duplicazione di diritti (e di azioni) che si originano dalla medesima vicenda sostanziale e, non a caso, dirette al raggiungimento di scopi analoghi. Ci vengono in mente le parole di L. MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/1993, 63 ss., spec. 67, quando scriveva, seppur a proposito della sanatoria della nullità dell'atto di citazione ai sensi dell'art. 164 c.p.c., che «il c.p.c. – sia nel testo tuttora vigente sia in quello modificato dalla legge n. 353 del 1990 – appresta strumenti atti a consentire al giudice e alle parti di raggiungere l'individuazione in discorso, che sia carente nell'atto introduttivo, nell'ulteriore cammino della causa verso la sentenza d'accoglimento o di rigetto».

alle domande semplicemente precisate e a quelle (inammissibilmente) nuove – è, invece, più arduo.

Inevitabilmente la domanda modificata è una domanda non nuova, ma al suo interno innovata in qualcosa (il che è a dirsi affinché la modificazione risulti categoria distinta e non si risolva in una mera precisazione); ma, a differenza delle domande nuove espressamente ammesse dal codice di rito, le quali si aggiungono a quella contenuta nell'atto di citazione, le domande modificate devono essere necessariamente domande sì nuove, ma "alternative", che si sostituiscono cioè alla domanda di partenza, a cui così l'attore implicitamente rinuncia<sup>48</sup> (ma v. *infra* come le stesse sezioni unite nel 2018 hanno rivisto tale conclusione, escludendo che la proposizione della nuova domanda debba necessariamente comportare la rinuncia alla domanda originaria).

La domanda c.d. "complanare"<sup>49</sup> deduce in giudizio un diritto diverso, eppure «viaggia *complanarmente* verso una meta sostanzialmente unitaria, seppur – come oggetto del giudicato – tutt'altro che identica, e che condivide quindi con la prima l'identità dell'episodio socio-economico di fondo (ed ovviamente l'identità dei soggetti), e che assai spesso origina da concorsi di pretese ad un unico *petitum*, o [...] da diversi *petita* conseguenti a diverse qualificazioni della *causa petendi*».

Sulla scorta di tale unitarietà della funzione della tutela giurisdizionale, a sua volta specchio della identità dell'episodio della vita<sup>50</sup> che

<sup>48</sup> Cfr. il testo di Cass. SU n. 12310/2015, spec. 18-19.

<sup>49</sup> La definizione è di C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in nota adesiva alle sezioni unite del 2015, in *Corr. giur.* 7/2015, 961 ss., il quale peraltro già in *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma*, in *Giur. it.* 12/1993, 765 ss., spec. 771, aveva suggerito che tali *mutationes* dovessero ritenersi ammissibili, portando ad esempio proprio il rapporto tra le due domande ad oggetto del caso deciso dalla S.C. ormai quattro anni fa, ossia la domanda costitutiva ex art. 2932 c.c. e quella di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà (per essere il contratto azionato un preliminare "improprio"). Concordava già all'epoca del rito ordinario riformato dalla l. n. 353/1990, seppur non ancora entrata in vigore, L. MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 63 ss., spec. 72, nota n. 13, ove l'A. accenna alla distinzione tra modifica e novità della domanda (richiamando la voce *Domanda giudiziale*, cit., di C. CONSOLO); v. anche la puntuale sintesi di C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 232 ss.; nonché le riflessioni di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., spec. 585 ss.

<sup>50</sup> La *causa petendi* come elemento individuatore della domanda è pur sempre da distinguere rispetto al "bene della vita" sotteso, identificato alla luce della "vicenda sostanziale" in cui tale bene è coinvolto. In questo senso deve essere letto con attenzione il rilievo di R. MURONI, *sub* art. 183, in C. Conso, (diretto da)

ha sollecitato la richiesta di tutela, sarà ammissibile la modificazione dell'oggetto del giudizio che, però, non diventa cumulato, perché la domanda introdotta nella prima memoria semplicemente assume il ruolo di nuova e unica domanda principale, dopo aver "scalzato" quella in origine proposta<sup>51</sup>.

---

*Commentario*, cit., 202, secondo cui l'intervento delle sezioni unite del 2015 potrebbe aver «inciso in senso negativo sulla valenza individuatrice della *causa petendi* nei diritti etero-determinati». In effetti Cass. n. 18956 del 31 luglio 2017, relativa alla deduzione in giudizio di un diritto di credito, in adesione ai principi delineati nel 2015, ha sostenuto che, per tutti i diritti etero-determinati, deve potersi ammettere la modifica della domanda mediante allegazione di un fatto costitutivo diverso da quello originariamente fatto valere a sostegno del diritto, purché la pretesa miri sempre alla tutela del medesimo bene della vita. In questo senso non sarebbe più la *causa petendi* ad individuare i diritti etero-determinati, ma il bene della vita sotteso; v. anche le osservazioni critiche di M. BOVE, a margine di Cass. 9.5.2016, n. 9333, in *Giur. it.* 7/2016, 1607 ss., in cui il giudice di legittimità aveva negato che, con riferimento ad una domanda avente ad oggetto un diritto di credito, il passaggio dal titolo contrattuale a quello di ripetizione dell'indebito costituisca un'indebita *mutatio libelli*, per la ragione che l'oggetto della pretesa si individua in base al bene della vita per il quale si chiede tutela. L'A., invece, mantenendo ferma l'impostazione tradizionale, ritiene che i diritti di credito come tutti i diritti etero-determinati si individuano in base al fatto costitutivo, «e quando si parla di fatto costitutivo, non si deve intendere l'episodio della vita, ma la fattispecie giuridica che si allega come esistente», per cui, a prescindere dall'unitarietà della vicenda concreta sottostante, due distinti fatti costitutivi integrano due distinti diritti e non configurano un mero concorso di norme. Si veda anche, C. CARIGLIA, *La Corte di cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, in *Giur. it.* 10/2016, 2150 ss., in nota adesiva a Cass. 1.3.2016, n. 4051, che ha deciso il caso relativo ad una pretesa creditoria azionata con ricorso per decreto ingiuntivo sulla base di un contratto di realizzazione e fornitura di certi prodotti e poi coltivata, in sede di prima memoria difensiva del giudizio di opposizione, sulla base del diverso titolo individuato in un successivo contratto di transazione intervenuto tra le parti. Va detto che secondo la Corte, nel caso di specie non si poneva un vero e proprio problema di allegazione di un nuovo fatto costitutivo (e dunque di modifica della domanda) perché l'accordo transattivo era stato menzionato già nel ricorso introduttivo e, peraltro, al contratto di transazione poteva attribuirsi efficacia "assorbente" del contratto originario; ma, nell'ottica tradizionale che concepisce in senso più restrittivo la nozione di fatto costitutivo, la domanda fondata sul diverso titolo risulta effettivamente diversa, se non applicando i canoni (del tutto condivisibili anche secondo Cariglia) delle sezioni unite del 2015.

<sup>51</sup> L'approdo delle sezioni unite è nel senso di escludere che possa realizzarsi un cumulo alternativo o subordinato: così anche C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari"*, cit., spec. 972-973, ma già specificando (e forse dando per assodato un punto che invece non era stato contemplato dalle sezioni unite) che la domanda originaria deve intendersi "superata", nel senso che «la parte stima ormai inutile o degrada a domanda espressamente condizionata ad un vincolo di subordinazione, e destinata all' "assorbimento processuale"» (v. le ancor più precise esternazioni in tale direzione nel successivo contributo di C. CONSOLO e F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibile anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.* 2/2019, 263

La giurisprudenza di legittimità ha poi ulteriormente puntellato le già chiare e ben argomentate posizioni del supremo collegio del 2015. In particolare le Sezioni Unite sono tornate sul tema, con la decisione di Cass SU 13.9.2018, n. 22404<sup>52</sup>, pronunciandosi in merito al rapporto

---

ss., su cui pure a breve ci intratterremo); già critica, invece, E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 3/2016, 807 ss., spec. 820, che – pur condividendo nel complesso l’impianto logico della sentenza – ritiene poco utile la limitazione della modifica ammissibile alla proposizione di una nuova domanda in sostituzione di quella originaria: infatti è «poco ragionevole costringere il difensore ad un’opzione secca alla prima udienza, e dunque ad abbandonare l’impostazione iniziale “sostituendovi” quella “variata”. L’incertezza non può che tradursi invece proprio nell’“aggiungere” la “variazione”, affidando la coerenza dell’impianto difensivo alla articolazione strettamente alternativa o subordinata delle due domande»; aderisce a tale ultima posizione anche A. CHIZZINI, *op. ult. cit.*, 588-589, ad avviso del quale nulla impedisce di interpretare estensivamente il dettato normativo nel senso che la modifica ammissibile possa comprendere anche l’ampliamento dell’oggetto del processo, trattandosi non di una vera e propria domanda, bensì solo di una «diversa prospettazione giuridico-fattuale riferentesi ad un medesimo bene della vita, prospettazione ora dedotta in termini alternativi-subordinati rispetto a quella originaria». V. anche il commento di A. MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.* 2015, I, 3174 ss., spec. 3195, che si dichiara in accordo con la soluzione delle sezioni unite, ma in realtà parte dalla diversa (e secondo noi non condivisibile) premessa per cui la proposizione di una domanda di accertamento della proprietà a fronte della già pendente azione *ex art.* 2932 c.c. sarebbe una mera e ammissibile modificazione e non, invece, la introduzione di una domanda nuova. La ragione sta nel fatto che, secondo Motto, la domanda costitutiva degli effetti del contratto non concluso ha ad oggetto la stessa situazione giuridica finale consistente nell’accertamento della proprietà, per cui rappresenta semplicemente una diversa articolazione della domanda originaria, ma di un unico diritto. È ad avviso di chi scrive preferibile l’impostazione di C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., spec. 32, secondo cui oggetto della domanda costitutiva è il diritto potestativo ad esercizio giudiziale e non il diritto sotteso (che nel caso della tutela offerta dall’art. 2932 c.c. è il diritto di proprietà).

<sup>52</sup> Annotata da C. CONSOLO-F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari*, cit., e da L. DITTRICH, *Sulla successiva proposizione della domanda di arricchimento senza causa nel processo avente come domanda principale la condanna all’adempimento contrattuale*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2019, 1300 ss. La vicenda trae origine dalla prestazione effettuata da un ingegnere nei confronti di un Comune; a fronte della domanda di condanna all’adempimento del *quantum* dovuto a titolo di controprestazione contrattuale, il Comune convenuto in giudizio aveva eccepito la nullità del contratto e l’attore decideva allora di proporre nella prima memoria dell’art. 183, una domanda di indennizzo per arricchimento senza causa, in via subordinata rispetto alla domanda di adempimento, che quindi restava ferma; v. pure la più recente Cass. 7.9.2020, n. 18546, con nt. di M. VANZETTI, *La ratio delle complanari estesa agli atti interruttivi della prescrizione?*, in *Giur. it.* 3/2021, 597 ss., che ha definito complanari – ammettendone il cumulo successivo subordinato – la domanda del curatore di accertamento dell’inefficacia *ex art.* 44 l. fall. del pagamento e la domanda di condanna all’adempimento (proposta successivamente alla difesa del convenuto di non aver effettuato alcun pagamento).

tra le azioni di condanna all'adempimento del contratto e di indennizzo per arricchimento ingiustificato e hanno stabilito che anche queste sono domande tra loro "complanari"<sup>53</sup>.

Il *quid pluris* di quest'ultima pronuncia è consistito nella giusta specificazione secondo cui la domanda aggiunta non deve necessariamente sostituirsi a quella contenuta nell'atto di citazione (come prescritto dalle sezioni unite del 2015, che avevano fondato su tale fenomeno di esclusione la cifra caratteristica della domanda modificata rispetto alla domanda nuova che non esclude bensì affianca la prima domanda), ma può anche essere proposta in via subordinata. Nondimeno è stato osservato che, pur dopo l'apprezzabile intervento di precisazione da parte delle sezioni unite del 2018, è rimasto irrisolto il quesito relativo al tipo di cumulo che può essere instaurato tramite la proposizione di una domanda complanare<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> C. CONSOLO-F. GODIO, *op. ult. cit.*, spec. par. 6 (e i richiami dottrinali contenuti in note nn. 10, 11 e 12 per un quadro sulle opinioni dei vari autori), evidenziano come la conclusione in ordine alla complanarità tra le domande in esame non fosse scontata, date le divergenze di vedute sull'oggetto della domanda ex art. 2041 c.c., nel senso che, mentre la giurisprudenza condivide pacificamente l'idea che quest'ultima domanda riguardi un diritto distinto da quello oggetto della domanda di adempimento, la dottrina non è unanime. Certo sulla incompatibilità tra le due domande non si può che concordare (del resto si è soliti studiare che l'azione di arricchimento ingiustificato ha carattere residuale e perciò è esperibile quando la parte non ha a sua disposizione azioni fondate sul titolo contrattuale). In realtà, come giustamente osservano gli Autori, che si voglia aderire all'una o all'altra impostazione, le conseguenze processuali nella sostanza non mutano: se si considera che il diritto è unico, la domanda non potrà dirsi "complanare" e di conseguenza nuova, ma sarà semplicemente domanda modificata; se, al contrario, si ritiene che le due domande abbiano ad oggetto diritti distinti, varrà il discorso sulla complanarità, ma in entrambi i casi il limite temporale coincide con la prima memoria dell'art. 183 co. 6. Ciò nondimeno è vero che, nella prospettiva (non accolta dagli A.) del diritto di credito unico, ma suscettibile di essere filtrato da diverse qualificazioni giuridiche, l'allegazione di fatti non individualizzanti (ma allora nessuno dei fatti costitutivi sarebbe individualizzante, contrariamente a ciò che si ritiene classicamente per i diritti etero-determinati) potrebbe avvenire fino alla prima memoria, alla stregua di quanto si ritiene per i diritti auto-determinati, rispetto ai quali i diversi fatti sono funzionali alla dimostrazione della fondatezza della pretesa. E se quei fatti fossero già stati allegati all'attore, si potrebbe ammettere che l'attore vi riconduca i relativi effetti anche oltre la prima memoria, in udienza di p.c. e financo in appello; sul punto L. DITTRICH, *Sulla successiva proposizione della domanda di arricchimento senza causa nel processo avente come domanda principale la condanna all'adempimento contrattuale*, cit., spec. 1311 ss., presuppone che i due diritti siano distinti, ma osserva che le sezioni unite del 2018 si pongono in linea di solo apparente continuità con l'arresto del 2015, poiché estende la definizione di complanarità anche a domande tra loro incompatibili, di fatto avallando una distorsione della (pur rivisitata) nozione di modifica della domanda. Un'alternativa sarebbe quella di riconoscere che, in siffatti casi, la domanda giudiziale ricomprenda in sé potenzialmente tutte le azioni idonee a perseguire il medesimo bene della vita.

<sup>54</sup> Così C. CONSOLO-F. GODIO, *op. ult. cit.*, 270-271.

La incompatibilità o alternatività sostanziale che intercorre tra i diritti oggetto di domande così definibili – nel senso che l'uno non può esistere se esiste l'altro – determina la nascita di un cumulo alternativo, che si distingue dal cumulo condizionale, perché entrambe le domande verranno decise nel merito.

Invero si condivide il rilievo per cui, in tali ipotesi, l'attore dovrebbe essere tenuto ad imprimere un condizionamento alla propria iniziativa giudiziale divenuta "complessa", nel senso di indicare se la nuova domanda è proposta in via subordinata rispetto alla domanda (che resta) principale o se, al contrario, quest'ultima viene "degradata" al rango di domanda subordinata, sostituita dalla nuova domanda principale. Con la conseguenza, tipica del cumulo condizionale subordinato, per cui all'accoglimento della domanda principale, la domanda condizionata è decisa con una pronuncia (di mero rito) di assorbimento<sup>55</sup>.

Acquisite queste premesse così sinteticamente riportate, si tratta ora di concludere in via definitiva, anche quanto ai corollari di diritto processuale, se effettivamente la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* (nelle cause di responsabilità sanitaria) possa atteggiarsi a domanda complanare rispetto alla domanda risarcitoria relativa al danno "principale".

La soluzione del quesito dipende innanzitutto dalla risposta all'interrogativo sulla configurabilità di due diritti distinti invece che di due diverse qualificazioni giuridiche dell'unico diritto. Come già evidenziato, pur quando l'episodio della vita in cui si è inserito il fatto illecito generatore del danno è unico, qualora siano individuabili distintamente pregiudizi riferibili a diversi interessi oggetto di tutela, i diritti risarcitori azionabili in giudizio devono potersi considerare distinti.

Con particolare riguardo alle ipotesi di responsabilità sanitaria su cui da ultimo ci stiamo concentrando, la *chance* di cura rappresenta un interesse suscettibile di costituire oggetto esclusivo della cognizione del giudice, sebbene sia innegabile la sua derivazione dal bene "principale" coincidente con la salute del soggetto.

Si è detto in proposito che l'autonomia del bene *chance* – ormai convintamente predicata dalla giurisprudenza di legittimità, che definisce

---

<sup>55</sup> Così giustamente C. CONSOLO-F. GODIO, *op. loc. ult. cit.*, spec. par. 5. Appare chiaro che la domanda di arricchimento sarà svolta in subordine «perché "rende meno" all'attore, quasi per definizione (salvo rari casi di contratti in assoluta perdita per il fornitore, specie di servizi)».

autonoma pure la relativa domanda<sup>56</sup> – non è intaccata dal rapporto con il bene finale a cui il soggetto aspirava, rispetto al quale la valorizzazione della *chance* realizza una necessaria anticipazione di tutela da parte dell'ordinamento.

Non solo non si trovano ragioni per recidere il legame con il bene finale; ma anzi quel legame è funzionale a giustificare l'elevazione della *chance* di sopravvivenza al rango di bene costituzionalmente protetto, tale per cui la sua lesione determina l'insorgenza dell'obbligo di risarcire pure il danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c.

Ebbene la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, in quanto relativa, in queste ipotesi, ad un diverso credito è autonomamente proponibile; nondimeno sarà opportuno che il danneggiato valuti la convenienza in termini di strategia processuale a proporre in cumulo subordinato le due domande di risarcimento del danno.

Infine, a fronte della iniziale proposizione della sola domanda principale, il danneggiato potrà ammissibilmente introdurre, a lite già avviata, la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, sino alla prima memoria concessa ai sensi dell'art. 183 co. 6 c.p.c. (che, come anticipato, nel nuovo rito ordinario di cognizione introdotto dal d.lgs. 149/2022, sarà anticipata rispetto all'udienza, e depositata almeno 40 giorni prima la stessa, come prescritto dall'art. 171-ter c.p.c.), quale domanda sì nuova, ma complanare e perciò cumulabile successivamente all'introduzione del giudizio.

Il cumulo, anche quando sopravvenuto, sarà, poi, necessariamente subordinato e inevitabilmente nel senso che la domanda proposta in principio resisterà nel ruolo di domanda principale, mentre la seconda domanda le si affiancherà (molto propizia, in questo senso, la specificazione delle sezioni unite del 2018 rispetto a quelle del 2015) come domanda subordinata, da esaminare e decidere nel merito solo là dove la prima venga respinta.

Si potrebbe obiettare che – pure trattandosi della medesima vicenda sostanziale – manchi un altro presupposto indispensabile alla conformazione del rapporto tra le pretese secondo lo schema della complanarità, ossia la identità o comunque la comparabilità dell'effetto giuridico che l'attore può realizzare dall'accoglimento di entrambe le domande.

In effetti l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* comporterà, di norma, la liquidazione di un *quantum* in-

---

<sup>56</sup> V. quanto si è detto nel cap. II, spec. dal par. 3 in avanti.

feriore rispetto a quello che l'attore otterrebbe dall'accoglimento dell'azione "principale" (o almeno, questo è l'esito che ci si può ragionevolmente attendere, dato il pregiudizio che comunemente accompagna la *chance*).

Tuttavia crediamo che l'unitarietà del fine non vada parametrata ad un criterio quantitativo, che non incide sulla sostanza del *petitum* immediato, e cioè del provvedimento richiesto al giudice, il quale dovrà pur sempre condannare il danneggiante al risarcimento del danno inferto alla controparte.

Del resto, se si volesse adottare il criterio della esatta equiparabilità quantitativa del credito (risarcitorio o da prestazione contrattuale), neppure la domanda di arricchimento ingiustificato potrebbe definirsi "complanare" rispetto a quella di condanna all'adempimento, dato che l'indennizzo ottenibile *ex art.* 2041 c.c. difficilmente corrisponderà a quanto potenzialmente ricavabile dalla condanna alla corresponsione del prezzo per la prestazione eseguita (motivo per cui si è ritenuto ragionevole che l'attore introduca la nuova domanda in via subordinata).

In definitiva non riscontriamo ostacoli logici (ma si veda quanto specificato a breve in ordine agli eventuali ostacoli "pratici": cfr. par. 6) alla qualificazione della domanda avente ad oggetto il credito da *chance* perduta come domanda "complanare", proprio in virtù di quella identità della «vicenda sostanziale ed esistenziale» di fondo, importante da preservare, oggi più che mai, anche per ovvie esigenze di razionalità nell'uso dello strumento processuale<sup>57</sup>.

## 5. La (dubbia) possibilità di proporre per la prima volta in appello la domanda complanare di risarcimento del danno da perdita di *chances* terapeutiche

Le pronunce della S.C. in materia di domande c.d. complanari che hanno ridefinito il confine tra *mutatio* ed *emendatio libelli* hanno affrontato il tema con riferimento espresso al giudizio di primo grado, senza fare

<sup>57</sup> Come osserva E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli*, cit., spec. 821, «la risposta di giustizia rischia di essere assai deludente se può sfociare in una sentenza di rigetto la cui motivazione evidenzia la possibile spettanza di un altro diritto in favore dell'attore, su cui non si è però potuto pronunciare perché non fatto valere nella fase iniziale del processo». È proprio quello che s'immagina possa accadere in una lite vertente sulla responsabilità del medico, in cui emerge solo *in itinere* che non ci sono i presupposti per accogliere la domanda principale e vi sarebbero invece le condizioni per accogliere una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, se solo fosse stata proposta.



cenno alla proponibilità della domanda (nuova, ma) complanare per la prima volta dinanzi al giudice d'appello.

Del resto, sebbene la suddetta distinzione tra domanda nuova inammissibile e domanda meramente modificata dovrebbe fondarsi pur sempre sulla valutazione degli elementi identificativi del diritto fatto valere con la domanda (e così dei limiti oggettivi del giudicato<sup>58</sup>), la giurisprudenza di legittimità tende a modularla diversamente con riguardo al giudizio di appello, sostenendo che le nozioni di *mutatio* ed *emendatio libelli* abbiano una specifica "morfologia" nel secondo grado di giudizio, il che troverebbe la principale giustificazione nella strutturale chiusura dell'appello alla allegazione di fatti nuovi<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.* 3/2019, 692 ss., la quale guarda con sfavore agli indirizzi restrittivi in tema di modifica della domanda in appello, ricordando che l'appello resta pur sempre un giudizio di merito in cui la parte (*recte* il suo difensore) dovrebbe avere la possibilità di correggere eventuali lacune o errori compiuti in primo grado (sulla falsariga del modello di appello, decisamente più aperto, dell'ordinamento francese: v. EAD., *L'evoluzione dell'appello nell'ordinamento francese tra autorità de la chose jugée e office du juge*, in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 316 ss.). Secondo l'A. «alla luce degli orientamenti che progressivamente hanno ampliato la portata dei limiti oggettivi del giudicato, imporre all'attore di allegare tutti i possibili fatti costitutivi o al convenuto tutti i possibili fatti modificativi estintivi impeditivi del rapporto giuridico controverso, diciamo entro la prima udienza *ex art.* 183, o al massimo nell'appendice scritta di cui allo stesso art. 183, 6 ° comma, c.p.c., senza poterli mai più recuperare, significa costringere le parti ad uno sforzo difensivo enorme e appesantire il processo di primo grado con allegazioni e richieste istruttorie, che talvolta potranno rivelarsi anche ridondanti e inutili. In verità, considerato che in Italia la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva *ex lege* (art. 282 c.p.c.), il che rappresenta un disincentivo forte all'utilizzazione dell'appello a scopi meramente dilatori, impedire alle parti di introdurre nel prosieguo del processo e dunque in appello nuovi fatti svuotando di contenuto il potere di modificare la domanda, o quello di proporre nuove eccezioni in senso lato, è una soluzione iniqua che frustra la richiesta di giustizia sostanziale delle parti».

<sup>59</sup> Evidenzia criticamente tale approccio della giurisprudenza di legittimità, osservando che la attività di modifica della *causa petendi* non può che comportare anche la allegazione di fatti nuovi, E. MERLIN, *Sulla «morfologia» della modifica della domanda in appello*, in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 172 ss., spec. 183 ss., ove riporta il *dictum* di Cass. 21.11.2017, n. 27566 e Cass. 11.1.2018, n. 535, che espressamente tracciano la divaricazione tra giudizio di I grado, in cui la modifica della domanda può avvenire in udienza e financo nella appendice di trattazione scritta ad essa successiva, e giudizio di appello, ove la "modifica" deve essere concepita in termini assai più ristretti. Ritieni, invece, che la *emendatio* ammissibile in appello debba essere ridimensionata rispetto a quanto normalmente previsto, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 517-518, argomentando a partire dal divieto di sollevare nuove eccezioni in senso stretto *ex art.* 345, co. 2, c.p.c. (e dunque di allegare nuovi fatti a loro sostegno), di talché deve ritenersi parimenti inammissibile la *emendatio* della domanda che si risolva nella allegazione di fatti non enunciati in primo grado (sono contrari all'allegazione di nuovi fatti costitutivi anche S. CHIARLONI, *Appello*, in *Enc. giur.*,

In breve, secondo il costante avviso della S.C. (con specifico riferimento ai diritti eterodeterminati<sup>60</sup>), si avrebbe domanda nuova in appello ogni volta che la parte deduca in giudizio una nuova *causa petendi*, cioè alleghi fatti e circostanze diversi rispetto a quelli adottati in primo grado, determinando così una alterazione del diritto fatto valere. Perché possa parlarsi di *emendatio* ammissibile, non è sufficiente

---

II, Roma, 1995, spec. 13 e A. BONSIGNORI, *Il divieto di domande e di eccezioni nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 65 ss., 71); pone sullo stesso piano la domanda modificata e la eccezione in senso stretto nuova anche B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio*, cit., 713, nt. 60, ove osserva che l'apertura verso l'allegazione di fatti nuovi in relazione al potere di modifica della domanda dovrebbe, *de jure condendo*, indurre a rivedere il divieto di nuove eccezioni in senso stretto, anche in considerazione del fatto che il catalogo di eccezioni di questa specie è andato col tempo sempre più riducendosi; la opinione di Consolo pare richiamata adesivamente anche da A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, 295. Sul punto, E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 189-190, spec. nt. 39 e 40 (ove richiama anche lo scritto di M. MONTANARI, *Note in merito alla precisazione e modificazione delle eccezioni in corso di lite*, in *Giusto proc. civ.* 2016, 997 ss.), ritiene che tale assunto, basato sulla parità di trattamento tra domande ed eccezioni, valorizza erroneamente la simmetria tra "domande modificate" e "nuove eccezioni in senso stretto", là dove, invece, il raffronto dovrebbe più correttamente operare tra "domande modificate" ed "eccezioni [in senso stretto, già proposte e] modificate". Nel senso di una tendenziale apertura del giudizio di appello alla allegazione di fatti nuovi (purché relativi ad eccezioni rilevabili d'ufficio) ai fini della modifica della domanda, si era già espresso pure A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 491, secondo cui «nonostante la contraria opinione espressa da alcuni autori, [...] il venir meno dell'inciso "ferma l'allegazione di fatti storici", contenuto nel testo originario dell'art. 183 del disegno di legge Vassalli del 1988 e la proponibilità nel corso del giudizio di appello di eccezioni rilevabili d'ufficio, comporta la ammissibilità anche nel nuovo giudizio di appello di modificazioni della domanda, pur quando esse implicino la allegazione di fatti nuovi: purché, per un verso, resti fermo il diritto fatto valere in giudizio così come individuato in primo grado al termine della udienza ex art. 183 e, per altro verso, si tratti di fatti rilevabili d'ufficio (la cui operatività non sia subordinata all'intermediazione dell'esercizio di un potere di parte). Se così non fosse si verrebbe a creare una plateale disparità di trattamento tra attore e convenuto: mentre quest'ultimo, infatti, potrebbe sempre allegare in appello nuovi fatti posti a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio, si negherebbe all'attore l'analogo potere di allegare in appello fatti operanti *ipso iure* allo scopo di modificare la domanda». Anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., II, 399, ritiene che «per il necessario rispetto della parità delle armi, la possibilità di proporre nuove eccezioni comporta, simmetricamente, la possibilità di introdurre in giudizio nuovi fatti costitutivi del diritto: all'unica condizione che tali fatti non integrino una domanda nuova, vietata dall'art. 345, I c.p.c.».

<sup>60</sup> Diversa è la soluzione per i diritti autodeterminati, rispetto ai quali la giurisprudenza ammette la allegazione di nuovi fatti costitutivi per la prima volta in appello: v. i richiami di B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, cit., 698-699, che, nell'evidenziare la totale apertura della giurisprudenza, ne osserva pure le criticità, nella misura in cui, ad esempio, si consente l'allegazione in appello dell'usucapione quale fatto costitutivo del diritto di proprietà, pur trattandosi di un fatto che, se dedotto nella forma dell'eccezione, darebbe luogo ad un'eccezione in senso stretto che incontra il limite di cui all'art. 345, co. 2, c.p.c..

che i fatti invocati in appello fossero stati già narrati in primo grado, o comunque risultassero dagli atti, ma «occorre piuttosto che l'attore abbia "enunciato in modo sufficientemente chiaro situazioni di fatto suscettibili di essere valutate come idonee, perché *compiutamente precisate*, ad integrare la diversa fattispecie legale", e dunque i fatti siano stati valorizzati e "selezionati" in ragione della "loro attitudine" a produrre l'effetto giuridico perseguito e a giustificare l'accoglimento della domanda. In altre parole, ciò che occorre per poi introdurre in appello la variazione della *causa petendi* è che i fatti che rilevano per la diversa fattispecie siano stati propriamente allegati entro i termini di preclusione iniziali del giudizio di primo grado di modo che essi siano già stati oggetto del dibattito processuale e delle valutazioni in fatto del giudice di primo grado»<sup>61</sup>.

Ora, affinché la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* possa ritenersi ammissibilmente proponibile per la prima volta in appello secondo la prospettiva della giurisprudenza di legittimità appena sintetizzata, i fatti costitutivi del relativo diritto di credito risarcitorio<sup>62</sup> dovrebbero risultare già allegati e specificati quanto all'effetto

<sup>61</sup> In questo senso E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 178-179, richiamando le sentenze citate alle nt. 15-17, e osservando che tale eventualità può ricorrere solo nei rari casi in cui gli stessi fatti storici integrino più fattispecie sostanziali, per cui il passaggio dall'una all'altra non richiede l'esame di fatti divergenti. L'A. sottolinea un dato molto significativo a dimostrazione delle incongruenze a cui può condurre la prospettiva della giurisprudenza di legittimità: «i medesimi elementi di fatto che si vieta all'attore di utilizzare per veicolare l'*emendatio* della *causa petendi* hanno in questi casi all'insieme valenza dimostrativa dell'insussistenza di quelli che integravano la *causa petendi* originaria e trovano comunque ingresso nella cognizione e nella motivazione del giudice per pronunciare l'infondatezza della domanda, che pure proprio sulla base della medesima motivazione, se ne fosse ammessa l'*emendatio*, avrebbe invece potuto essere accolta». Un esempio di tale effetto collaterale si ritrova nel caso deciso da Cass. 21.11.2017, n. 27566, richiamato dall'A., in cui l'attore aveva agito contro progettisti e direttori dei lavori per il risarcimento del danno consistente nelle spese da sostenersi per la demolizione di un'opera edilizia, da questi costruita sul suo fondo e poi risultata in violazione delle distanze legali del confine, e, solo dopo lo spirare delle preclusioni ex art. 183 c.p.c., aveva modificato la domanda nel senso di condannare il convenuto a pagare la somma corrispondente all'esborso della transazione nel frattempo stipulata con i vicini al fine di evitare la demolizione. Ebbene, secondo la S.C., il fatto nuovo "transazione" poteva essere validamente utilizzato per rigettare la pretesa originaria (quale fatto che aveva evitato l'esborso delle spese per la demolizione), ma non anche per fondare l'accoglimento della pretesa come in seguito precisata; sul punto v. anche B. GAMBINERI, *Appello*, cit., 401 ss., nonché EAD., *Mutatio ed emendatio libelli*, cit., spec. 702 ss. che dà conto accuratamente dei vari orientamenti giurisprudenziali talvolta contraddittori quanto alla individuazione del confine tra *emendatio* e *mutatio*.

<sup>62</sup> Quando concepito come diritto di credito distinto e non come mera voce di danno:

giuridico atteso sin dal primo grado. Ma delle due l'una: o l'attore in primo grado ha proposto (anche) una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, allegando i relativi fatti costitutivi, o semplicemente non l'ha proposta e non ha allegato i relativi fatti costitutivi specificamente volti ad individuare la *chance* perduta e il conseguente diritto di credito. Così, ove pure la opportunità di modificare "in corsa" la domanda emergesse dall'espletamento dell'istruttoria (specie una c.t.u.), il danneggiato (poniamo soccombente in primo grado) non potrebbe proporre per la prima volta in appello la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, pur basata sulla stessa vicenda sostanziale di fondo e pur avendo in comune larga parte della fattispecie costitutiva con la domanda "principale" avanzata in prime cure.

Un tale esito pare evitabile, solo ove si consideri che è più conveniente per entrambe le parti, oltre che per l'apparato della giustizia, che le pretese scaturenti dallo stesso episodio della vita trovino una soluzione processuale unitaria. Fermo restando che il giudicato di rigetto sulla domanda di risarcimento del danno non precluderebbe al danneggiato di agire, in un momento successivo, per ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance* (sempre purché il motivo portante del primo rigetto non sia consistito, ad esempio, nell'accertamento della liceità della condotta, il che basterebbe ad escludere una qualsiasi responsabilità risarcitoria).

In quest'ottica si potrebbe ritenere che, accolta la qualificazione della domanda di ristoro del danno per le *chances* perdute come domanda "complanare"<sup>63</sup>, se ne ammetta la proponibilità in appello, in ragione della relazione di «alternatività-incompatibilità» che la lega alla domanda originaria; relazione che potrebbe altrimenti condurre all'esito paradossale per cui i fatti integranti il diritto al risarcimento della perdita di *chance* (eventualmente acquisiti al giudizio e provati, o anche non contestati) potrebbero – secondo l'impostazione della giurisprudenza

cfr. *supra* al cap. III, par. 2.

<sup>63</sup> E così, esorbitando dalla tradizionale linea di confine tra *mutatio* ed *emendatio libelli*, con l'intento di traslare nel giudizio di appello gli argomenti che la giurisprudenza delle Sezioni Unite in materia di domande complanari ha per ora espressamente riferito solo al giudizio di primo grado, ma che, verosimilmente, non potranno che avere un impatto decisivo anche sul secondo grado di giudizio: così B. GAMBINERI, *Appello*, cit., 399; *contra* la già citata Cass. 21.11.2017, n. 27566 (riportata da E. MERLIN, *Sulla «morfologia» della modifica della domanda in appello*, cit., 184, nt. 27), secondo cui i principi enucleati dalla S.C. in materia di domande complanari sono validi solo per il giudizio di prime cure.

di legittimità – condurre al rigetto della domanda risarcitoria “principale”, e non essere, invece, idonei a fondare l’accolgimento della domanda “complanare”, ove di nuovo valorizzati in appello, in spregio delle ragioni dell’attore, che nel complesso risulterebbero fondate<sup>64</sup>.

In pratica significherebbe ammettere che il giudice di appello possa confermare il rigetto della pretesa attorea, immaginando che già il rigetto in I grado della sola domanda risarcitoria del danno “pieno” fosse avvenuto sulla base del non raro rilievo per cui al più l’illecito avesse cagionato una perdita di *chance*; e non potrebbe, invece, accogliere la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* (anzi, dovrebbe dichiararne l’inammissibilità in quanto domanda nuova), formalizzata per la prima volta in secondo grado.

La soluzione che propone la maggiore flessibilità possibile del giudizio di appello (perlomeno quando la domanda modificata viaggia “complanarmente”, rispetto a quella originaria, verso lo stesso risultato), tale da concepirlo come giudizio aperto a modificazioni utili che consentano di evitare la instaurazione di nuovi processi, è ad avviso di chi scrive condivisibile, e del resto in linea con gli orientamenti di legittimità che sempre più negli ultimi anni vanno affermando un certo ampliamento dei limiti oggettivi del giudicato<sup>65</sup>.

Tuttavia non sembra che, allo stato attuale, la giurisprudenza di legittimità si muova in tale direzione, poiché proprio dai passaggi argomentativi della pronuncia delle sezioni unite del 2015 – che pure hanno trattato *ex professo* il tema dei limiti alla modifica della domanda solo con riferimento al giudizio di primo grado – si intende che la proposizione *in itinere*, oltre quanto consentito dall’art. 183, co. 5, c.p.c., di una domanda che è a tutti gli effetti “nuova”, in quanto recante una modifica di almeno uno degli elementi costitutivi del diritto fatto valere, sia prospettabile solo nella misura in cui la disciplina del primo grado di giudizio non contempla una norma analoga all’art. 345, co. 1, c.p.c.<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Parafrasando la condivisibile opinione di E. MERLIN, *Sulla «morfologia» della modifica della domanda in appello*, cit., 193-194.

<sup>65</sup> Il riferimento è, in particolare, alle già più volte richiamate pronunce delle sezioni unite del 2014 sul rilievo officioso della nullità, su cui v. i richiami svolti *supra* in nota nel par. 1.1 in questo stesso capitolo.

<sup>66</sup> La questione merita certamente una più approfondita meditazione, anche all’esito della futura stabilizzazione dell’orientamento giurisprudenziale in materia di domande complanari. Un elemento utile ad orientare la riflessione (precisamente nel senso favorevole alla proposizione per la prima volta in appello della domanda

A tale argomento si può replicare che, in verità, anche l'art. 183 c.p.c., pur non prescrivendo un divieto espresso di domande nuove, consente all'attore di proporre in udienza solo le domande e le eccezioni (nuove) che siano conseguenza delle difese del convenuto e di precisare o modificare le domande "già proposte" fino alla prima memoria dell'appendice scritta<sup>67</sup> (prima memoria che, oggi, ai sensi del nuovo art. 171-ter c.p.c., come visto, ospiterà sia le attività radicalmente nuove "di reazione" alle difese del convenuto sia quelle di mera *emendatio*). È chiaro come il riferimento contenuto nell'art. 183, co. 6, n. 1), alla precisazione o modificazione, già nelle intenzioni del legislatore e ben prima dunque dell'intervento chiarificatore nel 2015 delle Sezioni Unite sulle domande c.d. complanari, fosse teso ad escludere la possibilità di proporre domande nuove e ad ammettere dunque solo la modificazione, entro certi limiti in effetti solo da ultimo chiariti, di quelle già proposte.

## **6. La compatibilità del cumulo subordinato, anche eventualmente sopravvenuto per complanarità, con il rito sommario di cognizione (oggi "semplificato di cognizione")**

In concreto, dato che si è immaginato di riferire queste ipotesi di cumulabilità in via subordinata tra domanda principale e domanda avente ad oggetto la pretesa risarcitoria nascente dal sacrificio della *chance*, alle controversie sanitarie, dobbiamo spendere qualche osservazione sulla conformazione che un processo per responsabilità medica po-

---

nuova "complanare") potrebbe rinvenirsi nella indicazione di C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento incidentale*, cit., spec. 240, i quali sono propensi ad ammettere la proponibilità della domanda di accertamento incidentale vertente sul rapporto contrattuale (logicamente) pregiudiziale, senz'altro nuova, per tutto il primo grado di giudizio e financo in appello. Una differenza si riscontra, però, nella circostanza che, nel caso della domanda *ex art.* 34 c.p.c., il rapporto pregiudiziale verrebbe conosciuto comunque *incidenter tantum* e risulterebbe già allegato, nei suoi elementi di fatto individuatori, sin dagli atti introduttivi del giudizio di prime cure, con la conseguenza che la domanda di accertamento incidentale proposta per la prima volta in appello non richiederebbe tendenzialmente la allegazione di fatti nuovi. Così la conclusione degli autori risulta coerente con la prospettazione di C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 517-518, circa la inammissibilità della *emendatio* in appello che si risolveva nella introduzione di fatti nuovi.

<sup>67</sup> Sul punto v., per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 235 ss.

trebbe assumere, alla luce delle modifiche apportate sullo svolgimento del rito dal legislatore della l. n. 24/2017.

L'art. 8 di questa legge prevede che – una volta soddisfatta la condizione di procedibilità consistente nella proposizione del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*<sup>68</sup> per la consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi o, in alternativa, nella instaurazione del procedimento di mediazione, su cui v. *infra* nel prossimo paragrafo – debba essere proposto, nel termine di 90 giorni dal deposito della relazione del consulente tecnico o dalla data di scadenza del termine di deposito della stessa, al fine di salvare gli effetti sostanziali e processuali della domanda, ricorso per instaurare il rito semplificato di cognizione (oggi disciplinato dagli artt. 281-*decies* ss. del codice di rito riformato dalla Riforma Cartabia del processo civile<sup>69</sup>, a proseguire la strada già tracciata con il rito sommario di cui agli artt. 702-*bis* c.p.c.<sup>70</sup>), nell'eventualità in cui la conciliazione sia fallita o comunque la procedura non si sia conclusa

<sup>68</sup> La condizione deve ritenersi soddisfatta con il deposito del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*: così M. RAGNI, *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2019, 269 ss.

<sup>69</sup> Su cui v., per tutti, il commento di R. TISCINI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, in Ead. (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 395 ss.; e già, prima ancora della entrata in vigore della riforma, EAD., *Nuove proposte di tutela sommaria tra il progetto Luiso e il suo "brutto anatroccolo"*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 5/2021, 1217 ss.

<sup>70</sup> Sul procedimento sommario di cognizione non possiamo che rinviare alla ricca trattazione di A. TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016, spec. 161 ss., che dopo una interessante disamina a sfondo storico-comparatistico sulla nascita di tale rito semplificato e sul significato esatto da attribuire alla nozione di "sommarietà", si chiede (retoricamente) se abbia ancora senso «affannarsi nella disputa sulla natura del (così nominato dal *conditor*) procedimento sommario di cognizione, [...] se cioè esso costituisca un processo a cognizione piena o sommaria», dal momento che «ambidue i procedimenti, ordinario o sommario *ex art. 702-bis* e segg. cod. proc. civ., si concludono con una pronuncia suscettibile di trascorrere *in rem iudicatam*, com'è confermato *a posteriori* dal potere del giudice di disporre d'ufficio la *passerelle* dal rito ordinario a quello sommario *ex art. 183-bis* cod. proc. civ.». La dottrina praticamente unanime (cfr. i riferimenti bibliografici in note nn. 243 e ss.) ritiene che il procedimento sommario sia senza dubbio un procedimento speciale (e accelerato) rispetto al rito ordinario, ma «pur sempre *a cognizione piena*, poiché tendente all'accertamento, con efficacia di giudicato, dei diritti dedotti in giudizio e, come tale, rientrante a pieno titolo nella tutela dichiarativa. [...] Non s'ha, invero, un abbassamento della soglia qualitativa intrinseca alla *cognitio iudicis*, mercé una cognizione in sede sommaria improntata ai canoni della superficialità o (impropriamente) della verosimiglianza. La differenza tra processo ordinario e processo sommario riposa sulle forme, in larga parte predeterminate nel primo, elastiche e snelle nel secondo» (164-166).

nel termine previsto di sei mesi dal deposito del ricorso *ex art. 696-bis* o dalla domanda di mediazione<sup>71</sup>.

Tanto basta a far comprendere immediatamente come qualunque conclusione in ordine alla possibilità di qualificare o meno la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* di una più lunga e/o migliore sopravvivenza come domanda “complanare” rischi di essere meno rilevante del previsto, a meno di non voler smentire la effettiva utilità del rito più snello prescelto dal legislatore avendo a mente controversie in cui, già svolta una indagine tecnica nella sede – a questo punto da preferire sempre tendenzialmente alla mediazione – del procedimento *ex art. 696-bis*, l’attività istruttoria che eventualmente residui sia “non complessa” (v. il nuovo art. 282-*duodecies* c.p.c.).

Si intende dire che, poiché ci si trova dinanzi ad un procedimento “alleggerito” rispetto al rito ordinario di cognizione, e così naturalmente privo dello scambio di memorie, non vi sarebbe analogo spazio per realizzare un cumulo successivo tramite la proposizione di una domanda (pur) “complanare”, se non quello concesso dall’art. 281-*duodecies* c.p.c., che subordina l’ammissibilità di eventuali precisazioni o modifiche della domanda, eccezioni e conclusioni già formulate alla istanza di parte e, soprattutto, alla ricorrenza di un “giustificato motivo” (che potrebbe essere reputato insussistente ove, ad esempio, i presupposti per pretendere il ristoro della *chance* perduta fossero già noti e deducibili al momento della instaurazione del giudizio).

Invero un siffatto modello procedimentale potrebbe rivelarsi non sempre e non del tutto adatto ad un processo oggettivamente e/o soggettivamente complesso, dal momento che la compresenza – peraltro probabile dato il coinvolgimento della struttura, del medico, e financo delle compagnie assicurative<sup>72</sup> – di più cause o più di due parti com-

<sup>71</sup> Riteniamo dunque che il termine di sei mesi valga anche nel caso in cui si opti per la mediazione, nonostante la disposizione dell’art. 6 del d.lgs. n. 28/2010 preveda il termine di soli tre mesi: così C. CONSOLO, *Il “tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione” e l’eventuale giudizio di merito: promesse e realtà della elisione della cognizione piena*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria*, cit., 35 ss., sul punto 42.

<sup>72</sup> Anche qui, secondo quella che sembra essere la *ratio* ispiratrice della intera riforma, volta a garantire che tutti i protagonisti a vario titolo della vicenda legata al rapporto di cura partecipino anche al relativo giudizio, seppure l’azione dovesse essere proposta nei confronti della sola struttura o del solo medico, l’assicurazione è obbligata a partecipare al procedimento per la consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi e altresì a formulare una offerta di risarcimento del danno ovvero a comunicare i



plicherebbe inevitabilmente l'attività istruttoria e l'*iter* necessario al giudice per addivenire ad una decisione. Si comprende come la complessità della causa (e la conseguente non sommarietà della istruzione), oltre che dal punto di vista soggettivo, potrà derivare, dalle varie combinazioni possibili di domande: si pensi al caso (più facile da immaginare) in cui il danneggiato voglia agire in giudizio tanto nei confronti della struttura quanto verso il medico (sebbene il legislatore si sia impegnato per disincentivare una tale strategia processuale, ritenendo che a tale scopo fosse sufficiente imporre che la responsabilità del medico abbia fondamento costitutivo di natura extracontrattuale e non più contrattuale da "contatto sociale")<sup>73</sup>.

In tale ipotesi l'attore avrà facoltà di abbinare le domande *ex art.* 103 c.p.c., in quanto tra l'obbligazione risarcitoria (da contratto) della struttura sanitaria, e quella (extracontrattuale) del medico<sup>74</sup> sussi-

---

motivi per cui non intende provvedere in tal senso, come vuole l'art. 8 co. 4 della legge Gelli-Bianco; del pari l'art. 12, recante la disciplina dell'azione diretta contro l'assicurazione, impone la partecipazione al giudizio del danneggiante-assicurato, espressamente definito litisconsorte necessario. Per un attento esame delle questioni legate alla previsione dell'azione diretta, v. A. BUONAFEDE, *La nuova "azione diretta" contro le imprese assicuratrici*, in *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria*, cit., 127 ss. La formulazione dell'art. 9 sull'azione di rivalsa, invece, lascia intendere che il legislatore non abbia voluto manifestare una preferenza per la proposizione cumulata dell'azione (di regresso, dato che si tratta di coobbligati in solido) contro il medico nell'ambito dello stesso giudizio intentato contro la struttura stessa. Infatti il co. 2 prevede che, nell'eventualità in cui il medico non abbia preso parte al giudizio contro la struttura, l'azione di rivalsa, esercitabile nei soli casi di dolo o colpa grave, potrà essere esercitata dopo il risarcimento del danno e, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento. Per approfondire v. ancora P. BERTOLLINI, *op. ult. cit.*, spec. 91 ss. sulle differenze tra l'azione di rivalsa della legge Bianco-Gelli e la normale azione di regresso.

<sup>73</sup> Sul punto sia consentito rinviare a S. BARONE, *L'onere della prova*, cit., anche per tutti i riferimenti bibliografici, tra cui vale la pena richiamare, con particolare riguardo alla sentenza di Cass. n. 589/1999 e alla responsabilità da contatto sociale: A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.* 1/2013, 77 ss.; E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.* 7-8/2011, 1453B ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.* 4/1999, 441 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e Resp.* 3/1999, 294 ss.; si tenga sempre presente L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit.; poi ancora sul rapporto tra responsabilità della struttura e del medico, v., *ex multis*, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 123 ss. e oggi Id., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 521 ss.

<sup>74</sup> Con la precisazione che vi saranno casi in cui anche la responsabilità del medico avrà natura contrattuale: oggi l'art. 7, co. 3, l. n. 24/2017 dispone chiaramente che «l'esercente le professioni sanitarie di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato

ste una connessione almeno per l'oggetto; ma (parzialmente) anche per il titolo, in virtù della unicità del fatto generatore della responsabilità<sup>75</sup>.

La situazione non può che complicarsi nella eventualità in cui l'attore presunto danneggiato dovesse optare per la proposizione contestuale delle due domande risarcitorie (anche ammettendo che, come auspicato dalla *ratio legis*, voglia rivolgersi solo nei confronti della struttura sanitaria<sup>76</sup>): va da sé che il rito semplificato sarà ancor meno adatto a contenere la trattazione della causa e il giudice riterrà presumibilmente necessario disporre, *ex art. 281-duodecies*, co. 1, c.p.c., la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario di cognizione, fissando l'udienza di cui all'art. 183, rispetto alla quale decorreranno (a ritroso) i termini per le memorie di cui all'art. 171-ter c.p.c.

---

ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente».

<sup>75</sup> Così rileva C. CONSOLO, *Il "tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione"*, cit., 35 ss., spec. 57 e il par. 7 del contributo in cui vengono analizzati i possibili casi di processo soggettivamente e/o oggettivamente complesso; v. anche Id., *Profili procedurali e processuali delle controversie in materia di responsabilità medico-sanitaria (art. 8 legge Gelli)*, in G. Iudica (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 371 ss.

<sup>76</sup> Va detto che, pure quando il paziente decidesse di agire nei confronti della sola struttura a titolo di responsabilità contrattuale (e dovrebbe essere questa, almeno nelle intenzioni virtuose del legislatore, l'ipotesi più frequente), la legge Bianco-Gelli ha previsto il coinvolgimento del medico: infatti, ai sensi dell'art. 13, le strutture sanitarie e le imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti dei soggetti indicati dall'art. 10 co. 1 e 2 hanno l'obbligo di comunicare all' esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato entro 45 giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo (co. 1); sempre entro 45 giorni – ma l'art. 13 non specifica il *dies a quo* – il medico deve essere informato altresì dell'avvio delle trattative stragiudiziali con l'invito a prendervi parte, pena l'inammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9 della legge (così il co. 2). Ora, poiché «l'avvio delle trattative stragiudiziali» è, come visto, condizione di procedibilità della domanda, la formulazione dell'art. 13 appare confusa: sarebbe bastato prevedere l'obbligo di comunicazione della instaurazione della fase conciliativa, entro 45 giorni dal deposito del ricorso *ex art. 696-bis* c.p.c. o della domanda di mediazione presso l'apposito organismo ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 28/2010. In ogni caso, concordiamo con P. BERTOLLINI, *L'azione di rivalsa nei confronti dell' esercente la professione sanitaria*, in *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria*, cit., spec. 118, ove precisa che sarebbe stato più corretto prevedere non l'inammissibilità dell'azione di rivalsa a fronte della mancata comunicazione dell'avvio della fase stragiudiziale, ma piuttosto una vera e propria «decadenza stragiudiziale dal potere di agire in giudizio», che avrebbe comportato il rigetto della domanda di rivalsa con efficacia di giudicato sostanziale e a preclusione di un eventuale nuovo esercizio dell'azione (conseguenza che non potrebbe discendere dalla pronuncia di inammissibilità).

## 7. Lo svolgimento della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi della legge Bianco-Gelli nel caso di cumulo condizionale

Sofferamoci ora sull'analisi dello strumento di anticipazione dell'istruttoria a scopo principalmente conciliativo introdotto dall'art. 8 della Legge Gelli-Bianco<sup>77</sup>, sul modello dell'art. 696-*bis* del codice di rito<sup>78</sup>.

In dottrina si è già scritto molto, in senso più o meno critico, sul testo – «aggravato», a detta di alcuni<sup>79</sup> – e sul contenuto dispositivo della norma, a cominciare dalla parte in cui conserva l'alternatività tra accertamento tecnico preventivo e mediazione, là dove, invece, fin dai lavori preparatori si era optato per l'esclusione della mediazione<sup>80</sup> (già prevista come condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5 co. 1-*bis*, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28).

La decisione di prevedere l'esperibilità di entrambi gli strumenti, apparentemente interscambiabili, può essere giudicata opportuna se

<sup>77</sup> Si può subito premettere che la norma ha recentemente superato il vaglio di legittimità costituzionale, sollecitato dalla ordinanza di rimessione del Trib. Firenze 21.5.2020, n. 151, in relazione ai costi legati all'espletamento della consulenza tecnica preventiva. La pronuncia di C. Cost. 5.5.2021, n. 87, ha infatti dichiarato infondata la questione sollevata, ribadendo che, al di fuori dei casi di incompetenza, inammissibilità o rigetto dell'istanza di consulenza tecnica preventiva, e dunque in tutti i casi in cui l'accertamento tecnico non ha avuto corso, il giudice non può provvedere sulle spese (come già affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione: cfr. Cass. 22.10.2018, n. 26573). Tale differimento della regolamentazione delle spese alla fase di merito non pregiudica né ostacola il diritto alla tutela giurisdizionale. La questione di legittimità costituzionale è stata dichiarata infondata anche sotto il diverso profilo della anticipazione dei costi della consulenza tecnica a carico di chi agisce in giudizio, dal momento che «la [eventuale] situazione di disparità economica della stessa è riequilibrata dalla prenotazione a debito dei costi della consulenza medico legale».

<sup>78</sup> Sul meccanismo di cui all'art. 8, v., tra gli altri, anche F. SANTAGADA, *Meccanismi deflativi e acceleratori per le controversie di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria: note a prima lettura sull'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2018, 1123 ss.; M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/2017*, in *Riv. arb.* 1/2018, 97 ss.; M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 3/2017, 483 ss.

<sup>79</sup> Così letteralmente C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 50, tanto che l'A. ha sagacemente suggerito una versione alternativa della norma, trascritta a p. 37, nota n. 2.

<sup>80</sup> La alternativa tra mediazione e accertamento tecnico preventivo-conciliativo era stata messa in discussione dal disegno di legge AS 1662 di riforma del processo civile, che, all'art. 2, prevedeva di escludere la mediazione come condizione di procedibilità nella materia della responsabilità sanitaria, oltre che in quella dei contratti bancari e assicurativi; l'iniziativa, tuttavia, non ha avuto seguito e, ad oggi, l'alternativa tra le due condizioni di procedibilità è stata conservata.

si pensa che essi realizzano finalità non del tutto coincidenti: mentre la consulenza tecnica preventiva dell'art. 696-bis ha in sé tanto l'obiettivo della conciliazione quanto quello di anticipare la raccolta delle prove che potrebbero essere utili anche nell'eventuale giudizio successivamente instaurato, la mediazione "pura", dinanzi all'organismo di conciliazione, non presenta tale componente legata all'attività istruttoria<sup>81</sup>.

Nondimeno, se il ricorso per accertamento tecnico preventivo a fini conciliativi assolve entrambe le funzioni, ci chiediamo come mai l'attore dovrebbe avere convenienza ad optare per la mediazione, i cui effetti utili in punto di deflazione dipendono pur sempre dall'effettiva

<sup>81</sup> In tal senso, I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, in *Questione Giustizia* 1/2018, 174 ss., spec. 176; evidenzia le differenze strutturali tra mediazione e c.t. preventiva anche M. ADORNO, *Il nuovo "filtro" dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in A.D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Roma, 2017, 105 ss., spec. 114 ss.; non è d'accordo C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, secondo cui il procedimento di mediazione mal si adatta a liti connotate da un elevato gradiente di tecnicismo; anche R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2017, 1195 ss., spec. 1200-1201, critica la scelta di lasciare l'alternativa tra i due strumenti, soprattutto in considerazione del fatto che il testo della disposizione è parametrato solo sulla consulenza tecnica preventiva e conciliativa. La stessa Pagni, tuttavia, analizza molto opportunamente le ragioni (che sino ad ora si sono mostrate) "ostative" al fruttuoso esperimento della mediazione nelle liti sanitarie e che hanno indotto il legislatore della l. n. 24/2017 alle previsioni contenute nell'art. 8. La prima di queste ragioni consiste nel nodo della responsabilità erariale, poiché «nelle controversie risarcitorie da responsabilità sanitaria manca, infatti, una previsione analoga a quella dell'art. 66, d.lgs. 165/2001, abrogato dalla l. 4 novembre 2010, n. 183, ma riprodotto nel novellato art. 410 c.p.c., che prevede un esonero da responsabilità amministrativa, salvi i casi di dolo e colpa grave, per la conciliazione della lite da parte di chi rappresenti la pubblica amministrazione [...] L'assenza, allo stato, di una previsione di questo tipo non impedisce la conciliazione, ma di certo la rende più complicata (da un punto di vista "psicologico") per l'Amministrazione che spesso è indotta a preferire la più rassicurante risposta giudiziale». Si comprende meglio, allora, la previsione dell'art. 8 che impone la obbligatoria partecipazione di tutte le parti alla fase conciliativa. La seconda ragione sta nella partecipazione delle società di assicurazione, oggi resa ancor più pregnante data la previsione della proponibilità dell'azione diretta nei confronti delle stesse (per la cui operatività si attende ancora l'emanazione del decreto ministeriale): il problema qui consiste nel fatto che l'accordo raggiunto in sede di mediazione non è efficace anche nei confronti dell'assicurazione per il solo fatto che la stessa abbia partecipato alla procedura, perché vige l'art. 1304 c.c. sulla efficacia della transazione nei confronti degli altri debitori in solido. La terza questione, secondo noi la più rilevante, attiene alla natura fortemente tecnica dell'accertamento medico-legale che deve essere compiuto in queste liti, sin dalla fase preliminare stragiudiziale. Come nota Pagni, infatti, già l'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010 prevede la possibilità che il mediatore si avvalga del contributo di uno o più mediatori ausiliari o di un perito; molto utile, allora, risulta l'introduzione della nuova figura del consulente tecnico-mediatore ad opera dell'art. 8 l. n. 24/2017, ma con la consapevolezza (aggiungeremmo noi) che anche lo strumento della mediazione può essere arricchito della componente legata all'accertamento tecnico.

intenzione (e dalla predisposizione che definiremmo addirittura “culturale”) delle parti di addivenire ad una composizione stragiudiziale.

La scelta probabilmente più cautelativa degli interessi dell'asserito danneggiato dovrebbe guardare all'a.t.p., anziché alla mediazione, specialmente se egli concepisce tale fase preliminare imposta dal legislatore davvero solo come condizione di procedibilità per l'accesso al processo dinanzi al giudice, che sarebbe agevolato dall'acquisizione di una relazione tecnica già predisposta<sup>82</sup> (sebbene, in concreto, potrebbe accadere che il giudice ritenga necessaria la rinnovazione della consulenza tecnica; o, invero, una relazione tecnica potrebbe non essere mai stata depositata, perché il procedimento *ex art. 696-bis* non si è concluso nel termine perentorio di sei mesi<sup>83</sup>).

È pur vero, tuttavia, che la opzione tra mediazione e accertamento tecnico preventivo-conciliativo dipende dalle peculiarità che talune controversie sanitarie possono presentare: ad esempio, nelle liti che hanno ad oggetto una domanda di risarcimento del danno per lesione del diritto di autodeterminazione, sarà molto più opportuno tentare la mediazione “classica” che optare per un ricorso *ex art. 696-*

<sup>82</sup> Ha senz'altro ragione A. TEDOLDI, *Procedimento sommario*, cit., 308-309, nel sostenere che «i procedimenti di cui agli artt. 696 e 696-bis cod. proc. civ. ben possono essere utilizzati in funzione prodromica alla proposizione del giudizio sommario, dacché l'acquisizione della relazione peritale esperita *ante causam* potrebbe rendere superflua una consulenza tecnica d'ufficio in corso di causa, agevolando la semplicità dell'istruzione, ch'è requisito di proseguibilità del giudizio nelle forme del rito sommario, a norma dell'art. 702-ter, 3° comma, cod. proc. civ. o di conversione del rito ordinario in quello sommario *ex art. 183-bis* cod. proc. civ. Invero, il giudice del procedimento sommario potrebbe acquisire la relazione di accertamento tecnico o la consulenza tecnica preventiva quale “prova liquida” e già formata *ante causam*, senza essere tenuto alla stretta osservanza del filtro di cui all'art. 698, ultimo comma, cod. proc. civ. (secondo cui processi verbali delle prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso), peraltro nella prassi aggirato dalla produzione ad opera delle parti nel proprio fascicolo della relazione peritale quale documento ormai preconstituito alla causa di merito». Tuttavia, se tale considerazione può valere in generale, noi riteniamo che non possa valere come automatismo anche con riferimento alle liti sanitarie, connotate da una potenziale complessità soggettiva e/o oggettiva che, a prescindere dal già avvenuto espletamento di una consulenza tecnica nella fase pregiudiziale, potrà comunque incidere sul livello di presunta sommarietà della causa preceduta da una consulenza tecnica preventivo-conciliativa.

<sup>83</sup> Per questo, come giustamente rileva C. CONSOLO, *Il “tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione”*, cit., 43, l'art. 8 avrebbe dovuto prevedere che, in tal caso, il giudizio potesse essere introdotto con ordinario atto di citazione; certo, va comunque rilevato che esiste la possibilità della conversione del rito sommario in rito ordinario.

*bis*, la cui componente di consulenza tecnica avrebbe scarsa (se non alcuna) utilità<sup>84</sup>.

Ciò detto, non ci pare che questo sia il caso della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* di una più lunga e/o qualitativamente migliore sopravvivenza, per la quale sarà sempre opportuno un accertamento tecnico preventivo volto innanzitutto a chiarire la sussistenza (e la “consistenza”) di una *chance*, questione su cui dovranno vertere i quesiti sottoposti al consulente.

Un altro degli aspetti di maggiore interesse nell’analisi dell’art. 8 si ritrova nel profilo relativo alla trasposizione della relazione tecnica nella successiva fase giudiziale.

Sul punto si ritiene che – per quanto la struttura “a necessaria bifasicità” disposta dal legislatore debba indurre a concepire la fase preventivo-stragiudiziale e quella giudiziale in rapporto di continuità e all’insegna della massima efficienza possibile – si debba comunque preservare il potere in capo al giudice di valutare l’ammissione della relazione peritale già depositata e di disporre eventualmente la rinnovazione della consulenza, ove egli riscontri che quella già svolta sia affetta da nullità<sup>85</sup>.

Ciò ammesso in linea di principio, è chiaro come si dovrà tentare di limitare il più possibile le ipotesi di rinnovazione, nell’intento di preservare e riutilizzare in giudizio i risultati già acquisiti, anche quando

<sup>84</sup> Così I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica*, cit., 180, che, per tale ragione, trova opportuna la scelta (rimeditata nelle battute finali di adozione della legge) di lasciare all’attore l’alternativa tra ricorso ex art. 696-bis c.p.c. e mediazione pura.

<sup>85</sup> Siamo d’accordo con V. ANSANELLI, *Funzionamento della consulenza tecnica preventiva nelle controversie in materia medico-sanitaria*, in *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria*, cit., 79 ss., il quale osserva che, in linea di principio non si può negare un vaglio di ammissibilità della relazione tecnica, pur condividendo in linea di massima le reazioni (sul punto praticamente unanimi) della dottrina nel senso di ritenere automatica l’acquisizione della consulenza tecnica preventiva alla successiva fase giudiziale; così, ex multis, I. PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, in F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017*, n. 24 (cd. *Legge Gelli*), Milano, 2017, 439 ss., spec. 464, a meno che non ricorrano ipotesi di nullità; G. OLVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, (legge 8 marzo 2017, n. 24) e U. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, entrambi su *judicium.it*. Così espressamente, Ansanelli: «in particolare, al giudice del merito dovrebbe spettare il compito di valutare: i) sotto il profilo dell’ammissibilità, la sussistenza di eventuali ipotesi di nullità della consulenza preventiva; ii) sotto quello della rilevanza, il permanere dell’esigenza, a fronte di eventuali mutamenti del thema decidendum operati dalle parti con la propria costituzione nel giudizio di merito, di acquisire gli elementi confluite nella relazione peritale» (spec. 81).

questi non fossero stati cristallizzati nella relazione tecnica finale (che il consulente potrebbe non aver depositato per il decorso del termine perentorio di sei mesi<sup>86</sup>); così, secondo noi, il giudice dovrà tentare, ove possibile, la prosecuzione dell'attività istruttoria già avviata e in qualche caso giunta ad un discreto stato di avanzamento, proprio per non frustrare l'interesse delle parti al completamento del quadro probatorio e in considerazione del fatto che, sul punto, l'art. 8 non prevede la possibilità di proseguire la consulenza tecnica preventiva dopo la scadenza dei sei mesi e impone la secca instaurazione del giudizio nelle forme degli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c.<sup>87</sup>.

Ai fini delle nostre riflessioni conclusive ci preme svolgere qualche considerazione sui vantaggi, in termini di svolgimento dell'attività istruttoria, che potrebbero derivare dalla instaurazione cumulata delle due domande di risarcimento del danno principale e del danno da perdita di *chance* (*in thesi* proposte entrambe contro la struttura o contro

<sup>86</sup> Anche nella previsione di questo termine perentorio di sei mesi, l'art. 8 impone all'interprete di indugiare e chiedersi quali siano le conseguenze: non è chiaro, infatti, se scaduti i sei mesi, senza che il consulente abbia depositato la relazione tecnica (al fine di portare a compimento almeno la funzione istruttoria preventiva dello strumento inizialmente volto soprattutto alla conciliazione tra le parti), il giudice debba interrompere lo svolgimento delle operazioni o possa consentire la loro prosecuzione, proprio al fine di non vanificare l'attività svolta fino a quel momento. Certo è che una contraddizione salta all'occhio se si considera che nel frattempo la parte avrà introdotto il giudizio nelle forme del rito sommario di cognizione, perché così gli impone di fare l'art. 8, a pena di perdere gli effetti sostanziali e processuali della domanda; per cui ci chiediamo che senso abbia consentire la prosecuzione della fase preventiva, quando le risultanze ivi eventualmente già in parte ottenute potrebbero essere acquisite dinanzi al giudice (che sarà presumibilmente lo stesso giudice dinanzi al quale si è svolta la consulenza tecnica preventiva, poiché è vero che l'art. 696-*bis* attribuisce la competenza al Presidente del tribunale, ma l'art. 8 si riferisce espressamente allo stesso giudice competente per la controversia di risarcimento del danno), il quale potrebbe decidere di far proseguire l'attività istruttoria già iniziata nella sede del giudizio ormai instaurato, specialmente ove quell'attività fosse praticamente esaurita e sul punto di sfociare in una relazione tecnica finale. In tal senso riusciamo a spiegarci meglio anche la previsione, contenuta sempre nell'art. 8, co. 2, della necessità di presentare una istanza di «completamento del procedimento» nel termine di 15 giorni assegnato dal giudice.

<sup>87</sup> Sul punto v. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, spec. 45-46, secondo cui la relazione tecnica già depositata potrà essere acquisita agli atti, come previsto dall'art. 696 *bis*, comma 5, c.p.c., «in forza di una mera istanza di parte [...] senza una previa valutazione di ammissibilità e di rilevanza da parte del giudice»; l'A. si interroga molto opportunamente sulla sorte degli accertamenti tecnici eventualmente già svolti e ritiene che il giudice potrà disporre la rinnovazione della consulenza tecnica, ma dovrà quantomeno motivare le ragioni che lo hanno convinto a non valorizzare le risultanze istruttorie già acquisite e non confluite (per ragioni tempistiche) in una relazione finale.

il medico e quindi rispettivamente a titolo sempre contrattuale ovvero extracontrattuale o contrattuale a seconda che il paziente si rivolga al medico dipendente della struttura o meno; vi è pure l'eventualità dell'azione diretta, anche se qui il danneggiato dovrà sottostare alla operatività della soglia di valore del massimale in relazione al quale fu fissato il premio e stipulato il contratto di assicurazione; tralasciamo qui le ipotesi, a cui abbiamo accennato, delle liti con pluralità di parti).

Fermo il limite della valutazione in sede di ricorso *ex art. 696-bis* c.p.c. della sola *quaestio facti* (per quanto sia sull'*an* che sul *quantum*: la norma si riferisce espressamente all'accertamento e alla determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione degli obblighi contrattuali o da fatto illecito) – non potendo, invece, mai essere demandata al consulente la risoluzione di questioni in punto di diritto<sup>88</sup> – le circostanze di fatto a cui egli dovrà principalmente porre attenzione al fine di massimizzare l'utilità dello strumento in esame saranno quelle attinenti alla ricostruzione del nesso causale (materiale: alla determinazione delle conseguenze giuridiche risarcibili si dedicherà il giudice) tra condotta illecita ed evento di danno.

Le norme applicabili al fine di delimitare l'oggetto dell'indagine del consulente e i relativi poteri saranno, per espresso richiamo operato dall'*art. 696-bis* co. 6 c.p.c., gli artt. da 191 a 197 in materia di consulenza tecnica ed in quanto compatibili. Pertanto, per quanto non ancora in veste di *dominus* della causa, il giudice sarà già attivo in questa fase preliminare e svolgerà il ruolo assai delicato – da cui dipenderà anche l'andamento del successivo giudizio – della formulazione dei quesiti da sottoporre al consulente. Non meno rilevante sarà l'attenzione che le stesse parti dovranno rivolgere al lavoro del consulente, anche eventualmente attraverso la nomina di consulenti di parte (*ex art. 201* c.p.c., sebbene non espressamente richiamato dall'*art. 696-bis*<sup>89</sup>).

Risulta chiaro come la ricostruzione, da parte del consulente, della sequenza causale che dalla condotta del medico ha condotto alla produzione dell'evento di danno, sia un'operazione fondamentale per la definizione del giudizio di responsabilità.

---

<sup>88</sup> V. le indicazioni in tal senso di A.A. ROMANO, *sub art. 696-bis* c.p.c., in C. Consolo (diretto da) *Commentario*, tomo IV, cit., spec. 393.

<sup>89</sup> Come correttamente ritiene V. ANSANELLI, *op. ult. cit.*, 75, specialmente in virtù della sostanziale irreversibilità dell'accertamento tecnico che risulterà dalla consulenza che, come abbiamo notato, verrà tendenzialmente recepita in modo automatico nel successivo giudizio.



Proprio dall'indagine del perito dovrà possibilmente emergere se l'illecito imputato al medico o alla struttura abbia cagionato l'esito finale consistente nell'aggravamento della patologia ovvero se lo stesso illecito abbia causato la "mera" perdita della *chance* di guarigione<sup>90</sup>.

Da questo punto di vista sarà sicuramente opportuno che il paziente-attore metta subito in campo anche la pretesa risarcitoria da perdita di *chance*, già con l'indicazione e l'allegazione di tutti gli elementi da cui desumere la *chance* stessa.

Sarà conveniente agire in tal senso, anche in ragione del fatto che, dopo l'assolvimento della condizione di procedibilità, il giudizio dovrà svolgersi nelle forme del rito sommario di cognizione (se si eccettuano almeno: *a*) l'ipotesi in cui il giudice decida di convertire il rito, ritenuta la necessità di una istruzione non semplificata; *b*) quella in cui, il danneggiato ritenga di introdurre il giudizio in via ordinaria, qualora la fase istruttoria preventivo-conciliativa non abbia prodotto una relazione tecnica utilizzabile<sup>91</sup>; *c*) l'eventualità in cui la causa spetti alla competenza per valore del giudice di pace), in cui non vi sarà lo spazio, coincidente con la prima memoria dell'art. 183 co. 6 c.p.c. nel rito ordinario, per "aggiungere" la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, che potrà al più tardi essere proposta direttamente all'udienza di comparizione delle parti.

Ciò nondimeno la proposizione delle due domande risarcitorie in regime di cumulo condizionale verrebbe calata in un procedimento di consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi, contraddistinto dall'espletamento di un'attività istruttoria unica e "promiscua", utile proprio se svolta con riferimento ad entrambe le domande e cioè se già

<sup>90</sup> Si consideri che, nel caso in cui il consulente tecnico sia chiamato a svolgere un accertamento connotato da un elevato grado di tecnicismo e di conoscenze specialistiche (come accade proprio nelle controversie sulla responsabilità medico-sanitaria) il giudice può affidargli non solo l'incarico di valutare i fatti, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi la consulenza rispetto a tali fatti come fonte oggettiva di prova: v. i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali *sub* art. 191, in C. Consolo (diretto da), *Commentario*, cit., 347.

<sup>91</sup> E può farlo legittimamente, poiché non possiamo intendere la relazione instaurata dall'art. 8 l. Gelli-Bianco tra l'art. 696-bis e l'art. 702-bis c.p.c. come una relazione di esclusività né possiamo concludere che l'introduzione del giudizio nelle forme del rito ordinario possa determinare il rigetto in rito della domanda o la perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda: concordiamo con i rilievi di I. PAGNI, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, cit., 439 ss., a cui, a sua volta, aderisce C. CONSOLO, *Il "tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione"*, cit., 51-52.

rivolta anche ai profili relativi alla sussistenza di una concreta *chance* di sopravvivenza.

Ciò equivale ad ammettere, però, che il condizionamento tra le due domande – in tale fase preventiva istruttoria e conciliativa – verrebbe temporaneamente accantonato, perlomeno con riguardo alla trattazione e istruzione delle cause, per poi “riattivarsi” in fase decisionale.

In altre parole si deve riadattare quanto sostenuto *supra* (v. spec. il par. 3.1.), riferendo dei caratteri generali del cumulo condizionale, per concludere che la *decisione* della causa subordinata sarebbe sì condizionata all'accoglimento/rigetto della domanda principale, ma non la sarebbe invece la *trattazione* della causa stessa, che potrebbe svolgersi pure contestualmente e sin da subito secondo le esigenze riscontrate dal giudice.

Si può anche immaginare che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* non venga sottoposta al giudice unitamente a quella “principale” già nel ricorso *ex artt. 8 e 696-bis*, ma solo una volta che si sia svolto il procedimento di consulenza tecnica preventiva e cioè con il successivo ricorso *ex artt. 281-decies* e ss. c.p.c. (o con atto di citazione per i casi accennati, senza che ne consegua l'improcedibilità del giudizio).

Ne discende che l'attore che decidesse di proporre la domanda di risarcimento per la perdita di *chance* direttamente con il ricorso atto ad introdurre il giudizio – e riteniamo che ciò sia in linea di principio possibile, poiché il ricorso *ex art. 696-bis* non può essere l'atto in cui si “cristallizza” l'oggetto della domanda – non potrà però giovare, con riferimento alla pretesa “aggiunta”, della retrodatazione degli effetti sostanziali e processuali scaturiti dal deposito del ricorso per consulenza tecnica preventivo-conciliativa. In particolare non crediamo che, a rigore, l'effetto interruttivo della prescrizione possa valere anche per la domanda complanare successivamente proposta, poiché si tratta pur sempre di due diritti di credito distinti, sebbene la logica stessa delle domande complanari potrebbe far propendere per una soluzione estensiva<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Concordiamo con M. VANZETTI, *La ratio delle complanari estesa agli atti interruttivi della prescrizione?*, cit., spec. 604-605, in nota alla pronuncia di Cass. 7.9.2020, n. 18546, che approva la soluzione del giudice di legittimità nel caso di specie (si trattava, come già riportato *supra*, della domanda di adempimento contrattuale proposta dal curatore fallimentare in cumulo subordinato con quella di accertamento della inefficacia di un pagamento *ex art. 44 l. fall.* proposta in origine), ma dubita che essa

Vi è poi che, sempre con riguardo alla domanda risarcitoria da perdita di *chance*, non potrà dirsi soddisfatta la condizione di procedibilità, per cui il giudice dovrà assegnare il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva, come vuole l'art. 8 co. 2 (sempre che l'improcedibilità non venga sanata in seguito al mancato rilievo officioso o su eccezione di parte entro la prima udienza).

Dunque, pur volendo ammettere una situazione in cui gli effetti sostanziali e processuali della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* comincino a decorrere a partire da un momento successivo rispetto ai relativi effetti della domanda "principale", dovremo accettare che, riscontrata la iniziale improcedibilità della seconda domanda e presentata in sanatoria la istanza di consulenza tecnica preventiva, si svolga un nuovo procedimento *ex art. 696-bis*, stavolta incentrato sulla perdita di *chance*.

Cosa ne sarebbe, a questo punto, del processo sommario di cognizione ormai avviato? Salvo immaginare un'applicazione dell'art. 296 c.p.c. che consenta al giudice di disporre la sospensione su istanza congiunta delle parti, ma sulla base di giustificati motivi e per non più di tre mesi<sup>93</sup>, quel giudizio dovrebbe proseguire normalmente.

L'inefficienza di un tale scenario, in cui si assisterebbe allo svolgimento di ben due consulenze tecniche preventive e alla introduzione di un giudizio sommario dal destino totalmente incerto, è evidente. Se ne ricava, in ultima analisi, che l'instaurazione di un giudizio *ab origine* cumulativo è senz'altro opportuna.

---

possa essere generalizzata, dal momento che in relazione a ciascuno dei due crediti deve essere posto in essere un atto interruttivo quale esercizio del diritto stesso.

<sup>93</sup> Si è discusso in ordine all'applicabilità della disciplina della sospensione necessaria *ex art. 295* o discrezionale ai sensi dell'art. 337 c.p.c.: la giurisprudenza, dapprima contraria, ha poi optato per una soluzione favorevole, sia pure con riferimento al rito sommario speciale di cui all'art. 14 d.lgs. n. 150/2011: v. l'esposizione dei termini del problema di P.P. LANNI, comm. *sub art. 702-ter*, in C. Consolo (diretto da), *Commentario*, cit., spec. 468-469.



## V. Le aspettative disattese e le *chances* perdute nello svolgimento del processo civile. La fallibilità dell'algoritmo e la imprevedibilità della decisione (tutt'altro che robotica)

### 1. Premessa. La prevedibilità della decisione e il ruolo del precedente quali variabili incidenti sul giudizio di responsabilità dell'avvocato, anche eventualmente in termini di perdita di *chances*

Se la riflessione fin qui svolta ha cercato di analizzare la perdita di *chance* nel prisma della tutela risarcitoria in generale, e con particolare riguardo alle controversie sanitarie in cui la *chance* viene più spesso in rilievo, questa ultima parte della trattazione sarà invece dedicata alla osservazione della perdita di *chance* nel processo, a cominciare dalle ipotesi di responsabilità professionale dell'avvocato, ma anche al di fuori del campo della responsabilità civile, quale conseguenza del fisiologico svolgimento del processo (come si vedrà *infra* a partire dal par. 4).

Per quanto riguarda la responsabilità dell'avvocato, si specifica che la *chance* verrà riguardata non solo come parametro logico della valutazione sul prevedibile esito del giudizio, a sua volta funzionale alla imputazione della responsabilità del difensore, ma anche come interesse a sé stante giuridicamente rilevante nel campo del processo. Anticipando già le conclusioni della nostra riflessione (su cui v. *infra* nel par. 2.4.), si può sin da subito puntualizzare che il rapporto contrattuale di mandato difensivo tutela anche la *chance* quale interesse allo svolgimento diligente (e dunque alla prosecuzione nei limiti del possibile) del processo, tale per cui la condotta omissiva o comunque colpevole dell'avvocato possa ben dirsi causa di un danno da perdita di *chance* autonomamente tutelabile in sede giurisdizionale (al pari di quanto visto nelle fattispecie di responsabilità sanitaria).

Posta questa premessa, procediamo con ordine.

Ogni tentativo di misurazione delle *chances* di successo della lite passa necessariamente attraverso il calcolo della prevedibilità dell'esito decisorio, eretta a valore primario, sinonimo di certezza e dunque giustizia, tanto da indurre a ipotizzare il ricorso alle scienze cognitive e alle Intelligenze artificiali<sup>1</sup> al fine di prevedere e così evitare gli errori (fisiologici entro una certa misura) di valutazione che il giudice può commettere<sup>2</sup>.

Da qui la crescente attenzione dei giuristi per la "decisione robotica"<sup>3</sup> – che incarna la profezia di una spersonalizzazione, anche solo parziale, dell'attività decisionale per il tramite di una "delega alle macchine"<sup>4</sup> – e i suoi presunti pregi, primi fra tutti la erogazione di prestazioni più efficienti e la garanzia della chimerica certezza del diritto<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Sul tema è imprescindibile la lettura di A.M. TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, vol. 49, n. 236, 1950, 433 ss., trad. it. *Macchine calcolatrici e intelligenza*, in V. SOMENZI (a cura di), *La filosofia degli automi*, Torino, 1965, 157 ss.; con particolare riguardo all'impiego della intelligenza artificiale per i fini della giustizia predittiva, v., più recentemente, E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2022, 59 ss.; E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020; J. NIEVAFENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC* 1/2020, 415 ss.; D. DALFINO, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Questione giustizia*, 3.7.2019; E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giuridica dell'economia* 2/2018, 533 ss.; AA.Vv., *Questione giustizia* 4/2018.

<sup>2</sup> Sul punto v. l'ampia riflessione di E. FABIANI, *Scienze cognitive e processo civile*, cit., 963.

<sup>3</sup> È proprio il titolo di una recente pubblicazione a più voci dei "Seminari Leibniz per la teoria e la logica del diritto" dell'Accademia dei Lincei: A. CARLEO (a cura di), *La decisione robotica*, Bologna, 2019, tra cui si segnalano, tra gli altri, gli scritti di M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, 63 ss.; M. MAUGERI, *I robot e la possibile «prognosi» delle decisioni giudiziali*, 159 ss.; A. DI PORTO, *Avvocato-robot nel «nostro stare decisis». Verso una consulenza legale «difensiva»*, 239 ss. Si vedano pure nella stessa collana, sempre a cura di A. Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 e *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018.

<sup>4</sup> L'espressione è di A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, spec. 104 ss., i quali denunciano la nuova credenza collettiva tendente a idolatrare la tecnica. «Quali sono i miti risvegliati dal digitale? La riflessione può seguire diverse direzioni: la credenza in un mondo preordinato dal calcolo prima di ogni intervento umano; la credenza in un prolungamento del corpo tramite la tecnica; la credenza in un superamento dell'umano; infine, la credenza in una possibile sostituzione del piano teologico-politico, per auto-fondare la società».

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 63, e poi 73 ss., il quale individua il massimo obiettivo della giustizia robotica nella "esattezza" della decisione ed osserva che già G.W. LEIBNIZ (ID., *Scritti di logica. Principi ed esempi della scienza generale*, ed. curata da F. Barone, Milano, 2009, 121) aveva colto l'aspirazione della decisione automatizzata

che, autorevole studioso, Natalino Irti, in un ormai celebre saggio<sup>6</sup> ha collegato allo sviluppo del capitalismo, e che sembra definitivamente prevalere sulle istanze, potenzialmente antitetiche, della giustizia della decisione<sup>7</sup>.

Alla enunciazione di tali possibili benefici, su cui invero non poco si potrebbe dubitare<sup>8</sup>, segue, tuttavia, la sistematica presa di coscienza

---

quando affermava che «tutte le questioni di diritto pure sono definibili con certezza geometrica».

<sup>6</sup> N. IRTI, Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., 21 ss.

<sup>7</sup> Come ricordava N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.* 1955, 3 ss., nonché in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, 1989, 161 ss., «ci sono buone ragioni per credere che il diverso apprezzamento che vien dato dell'attività del giurista dipenda da una diversa valutazione dei fini del diritto. Colui che antepone la certezza, perché considera come fine principale del diritto l'ordine, sarà disposto ad apprezzare di più quella giurisprudenza che presenta le proprie conclusioni come il risultato di una catena di ragionamenti formalmente corretti, formanti nel loro complesso un sistema deduttivo, ed affermerà, sovrapponendo il proprio desiderio all'osservazione delle cose, che la giurisprudenza deve essere un sistema logico; colui invece che antepone il giudizio equo nel caso singolo alla certezza della previsione, perché considera come fine principale del diritto la giustizia, tenderà a dare maggiore peso allo spirito di finezza, alle facoltà intuitive dell'interprete che non all'abilità dimostrativa, ed affermerà con altrettanta intransigenza, ma con altrettanto scarsa considerazione dei fatti, che la giurisprudenza deve essere un sistema di liberi giudizi equitativi. [...] non possiamo che prendere atto, facendo tacere le nostre preferenze personali, che nei sistemi giuridici continentali si è da tempo manifestata e consolidata una preferenza, che non sembra in declino, per il fine della certezza piuttosto che per quello dell'equità». Si può replicare, con le riflessioni di F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Napoli, rist. 2010, 267 ss., a proposito del rapporto tra prova libera e prova legale, che lo scarto tra bisogno di giustizia e esigenza di certezza viene colmato con la presunzione assoluta di verità del giudicato, di talché «quando il giudice ha riconosciuto, sia pure alla stregua di una prova legale, che il debitore deve rispondere, vuol dire che c'è il debito, e non si può ammettere che non ci sia proprio in virtù del giudicato» (sul punto v. pure recentemente S. PATTI, *Prova legale e «apprezzamento dei mezzi di prova» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2016, 425 ss.).

<sup>8</sup> Non crediamo nella superiorità efficientista della macchina sull'uomo, specie se ci si riferisce allo svolgimento della funzione giurisdizionale, al contrario dei sostenitori della c.d. giustizia predittiva, quali, fra gli altri, L. ALEXANDRE-O. BABEAU, *Confions a la justice à l'intelligence artificielle!*, in *Les Échos*, 21.9.2016, in un passaggio riportato da A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Giustizia digitale*, cit., 113: «migliaia di pagine di procedura da sintetizzare, rapporti di esperti da leggere, testi di legge e giurisprudenza da consultare, per emettere finalmente una sentenza. Un lavoro titanico che nessun cervello normale è in grado di portare a termine perfettamente, a maggior ragione se posto in un contesto di sovraccarico cronico. Le sentenze giudiziarie vengono così emesse in un contesto di razionalità limitata. Questo lavoro diventerà gradualmente alla portata di un'intelligenza artificiale, instancabile e in grado di evitare tutte le storture cognitive causate dal nostro cervello [...]. Se una macchina è in grado domani di "digerire" in pochi secondi l'insieme dei casi simili e dei giudizi passati,

della impraticabilità di forme di disumanizzazione dell'attività giudiziaria: non si crede (e a giusta ragione, e almeno ancora per il momento) che il giudice, con la sua *vis* interpretativa e, in ultima analisi, creativa, in aggiunta alla sua capacità di discernimento tutta umana e troppo umana, sia davvero sostituibile da un automa<sup>9</sup>. E pure una volta ammessa tale fungibilità tra macchina e uomo, troppi sarebbero gli interrogativi a cui trovare risposta: quale sarebbe l'efficace meccanismo di controllo dell'errore del robot? E come verrebbe risolto il problema di responsabilità del robot, funzionante sulla base delle istruzioni a sua volta ricevute dall'uomo? Quale sarebbe il ruolo dell'avvocato di fronte ad un giudice disumanizzato? Lo stesso avvocato potrebbe essere sostituito da una Intelligenza Artificiale che rediga atti e compili formulari?

Insomma, «mettere in pratica l'idea estrema del giudice-robot [ha] più svantaggi che vantaggi. Come ben sanno i matematici che si occupano del calcolo delle probabilità, la previsione non è predizione, sicché quando chiediamo che le decisioni giudiziarie siano prevedibili eleviamo una pretesa di certezza giuridica, non di infallibilità matematica (ammesso – e nient'affatto concesso – che il robot possa essere infallibile)»<sup>10</sup>.

Con ciò non s'intende declassare i temi sollevati dalla "decisione robotica" al rango di mera provocazione (sebbene sia innegabile che l'Intelligenza artificiale non sia ancora in grado di simulare il ragiona-

---

adattando in maniera estremamente accurata la propria decisione al caso specifico, non potremmo risparmiare pesanti procedure, ed eliminare anni di ritardo? [...]. In realtà, un'intelligenza digitale renderebbe giustizia meglio rispetto a una persona influenzata dalla propria ideologia e dal contesto del processo [...]. Nella scienza il criterio cardine è la riproducibilità di un'esperienza; il criterio della giustizia non dovrebbe più precisamente essere quello della riproducibilità di un giudizio? Quest'ultimo non dovrebbe dipendere né dalla persona che giudica, né dalle circostanze».

<sup>9</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 77, chiarisce che l'*exemplum* del giudice-robot può essere un «buon paradigma idealtipico da opporre alle egemoni dottrine dell'interpretazione che hanno legittimato l'arbitrio e il soggettivismo», pur dovendo prendere atto degli insormontabili ostacoli che si frappongono alla concretizzazione di siffatto modello, o che comunque non lo rendono davvero utile o auspicabile. Primo fra tutti quello consistente nella attività, necessaria per la decisione, di selezione dei fatti rilevanti ai fini della loro sussunzione nella fattispecie astratta: come osserva Luciani (80-81) che questi fatti vengano rappresentanti al giudice o immessi nel *database* del robot, l'esattezza della decisione viene pur sempre a dipendere dalla completezza e pertinenza dei dati a disposizione.

<sup>10</sup> Così conclude M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 95.



mento umano<sup>11</sup> e, così, di elaborare la decisione<sup>12</sup>); vieppiù se si cala la riflessione nell'ambito del più generale dibattito in materia, in cui si è recentemente affacciata la proposta di regolamento UE sull'Intelligenza artificiale, pubblicata dalla Commissione europea lo scorso 21 aprile 2021, e ormai prossima a divenire normativa in vigore<sup>13</sup>. Ed anzi è bene prendere il tema sul serio al fine di raccoglierne la concreta utilità applicativa, in un sistema sempre più difficile da dominare (anzitutto per la complessità e non governabilità delle fonti del diritto, come dimostra la stessa vicenda evolutivo-interpretativa della perdita di *chances*).

La prevedibilità, quale declinazione della certezza del diritto, è intimamente legata al ruolo assunto dal precedente nel nostro sistema giudiziario, che di regola si distingue dagli ordinamenti di *common law*, rispetto ai quali si è soliti predicare il principio del *binding precedent*<sup>14</sup>.

Vi è però che ogni discorso, qui a malapena accennabile, sulla efficacia del precedente non ha ragion d'essere se preliminarmente non ci si intende sul significato e sul fondamento di questa nozione, che troppo spesso e per abitudine si fa coincidere con la massima estrapolata dai magistrati addetti all'Ufficio del Massimario, quel «foglietto indicatore [su cui fondare] una diagnosi del nuovo caso, che il collegio

---

<sup>11</sup> A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Giustizia digitale*, cit., 261 ss., spec. 274 ss., condivisibilmente ricordano che «la giustizia è una questione umana» e che «la giustizia digitale pone sotto pressione le istituzioni umane, mettendole in competizione con macchine infinitamente più precise e rigorose. Questa competizione, a prima vista, non sembra avvantaggiare gli uomini, che non possono competere con tale precisione e perfezione [...] la nuova scrittura digitale ci invita non a crogiolarci nel fantasma della scomparsa di qualsiasi contributo umano alla giustizia, ma a riconsiderare il ruolo del fattore umano in questa impresa così profondamente umana. Si tratta di un compito difficile in quanto ci obbliga a giustificare la fallibilità dell'uomo, dei giudici nel caso specifico [...]. La fallibilità degli uomini è difendibile unicamente se rivela una qualità propriamente umana che sfugge alle macchine. Tale qualità è la saggezza pratica, la *phorenis* aristotelica [...]. L'umanità suppone possibilità, mentre la tecnica si presenta come necessità; la giustizia deve essere difesa come un'assunzione di rischi, in un'epoca che cerca incessantemente di ridurli».

<sup>12</sup> Come ha osservato I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *judicium.it*, 4.

<sup>13</sup> Su cui v., recentemente, E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali*, cit., 69 ss.

<sup>14</sup> Sul tema v. la recente ed esaustiva trattazione di L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, spec. 191 ss. per la comparazione con gli ordinamenti di *common law* e con gli altri ordinamenti di *civil law*.

giudicante e per esso il relatore trova bell'e pronta, senza bisogno d'arrovellarsi a pensare»<sup>15</sup>.

Del resto è incardinato proprio all'interno della Corte di Cassazione, custode della nomofilachia<sup>16</sup> – ruolo impresso nel "lessico matematico e geometrico"<sup>17</sup>, e per vero un po' autoritario nel chiasmo fra aggettivi e sostantivi, dell'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, che consegna all'organo di ultima istanza il compito di assicurare «l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge, l'unità oggettiva del diritto nazionale»<sup>18</sup> – l'Ufficio del Massimario, fucina di massime e orientamenti resi poi disponibili e facilmente fruibili agli operatori della giustizia, che possono giovare persino della utilissima distinzione tra precedenti conformi e difformi.

Non è tuttavia sempre chiaro dove, tra massime e orientamenti più o meno consolidati, si collochi davvero il precedente *stricto sensu* e se conservi la sua funzione primigenia di consentire al giudice del caso successivo di applicare la *ratio* risultante dal caso anteriore, all'esito di un raffronto tra due fattispecie distinte ma analoghe, dove proprio l'a-

<sup>15</sup> Erano le affilate parole di F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1/1949, 41; non meno critici furono gli interventi di V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1/1948, 249 ss.; E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 120 ss.

<sup>16</sup> I contributi da citare sarebbero davvero troppi. Per questo ci limitiamo a richiamare l'opera fondamentale di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, parte II, Milano-Torino-Roma, 1920, ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, VII, nella collana *La memoria del diritto*, Roma, 2019; e quelle più recenti di A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005; e S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012. Di A. PANZAROLA, si veda pure il suo *Funzione e struttura come azione di impugnativa ne "La Cassazione civile" di Piero Calamandrei*, in *judicium.it*, tratto dalla relazione svolta l'11 novembre 2020 nell'ambito dell'incontro di studio dal titolo «*Passato e futuro della Cassazione. A cent'anni dalla "Cassazione civile" di Piero Calamandrei*».

<sup>17</sup> V. G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 29.

<sup>18</sup> Come osservava M. TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 349 ss., spec. 356 ss., nonostante la genericità e la ambiguità della formulazione, l'uso dell'aggettivo "esatta" è tutt'altro che casuale, poiché «l'esattezza del risultato presuppone che esso sia il prodotto di un metodo di "calcolo"» e «un'altra implicazione importante dell'idea di esattezza è che, pur essendo possibili diverse interpretazioni di una norma, esista comunque una interpretazione *esatta* di essa»; poi «l'uniforme interpretazione è prevista in stretta connessione con l'esatta osservanza [derivandone] che ciò che deve essere uniforme è l'interpretazione *esatta* della legge»; dove «l'unità del diritto oggettivo» è la conseguenza del ruolo istituzionale della Corte quale giudice di vertice.

nalogia giustifica l'applicazione della stessa regola a fatti diversi<sup>19</sup>. Per definire il peso del precedente si è fatto variamente ricorso al concetto di entropia, alla teoria del caos, al principio di indeterminazione<sup>20</sup>. È stato detto, ad esempio, che «i precedenti nell'ambito di un diritto che fluisce in crescente disordine lungo la freccia del tempo [...] sono isole nella corrente. Isole, instabili, provvisorie, limitate nello spazio e tuttavia rappresentano tutto l'ordine che si può creare in un diritto caotico»<sup>21</sup>.

Anche il nostro legislatore processuale ha inserito il riferimento alla nozione di precedente in talune disposizioni di recente modifica o introduzione<sup>22</sup>, specialmente nelle norme relative al giudizio di cassazione, si direbbe con il preciso intento di agevolare e velocizzare l'iter che conduce alla decisione del giudice<sup>23</sup>, nonché sicuramente di irrobustire la funzione nomofilattica della stessa Cassazione, funzione messa a repentaglio dal sempre troppo gravoso carico di pendenze arretrate<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> In argomento v., per tutti, M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., 40.

<sup>20</sup> Così riporta M. DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., 37 ss., spec. 53, invitando alla cautela nel ricorso ai concetti della fisica abusati come vuoti strumenti retorici.

<sup>21</sup> Queste le parole di M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, 55 ss.

<sup>22</sup> Pur senza averne una chiara nozione secondo M. TARUFFO, *Note sul precedente giudiziale*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., 105.

<sup>23</sup> Osserva icasticamente G. ALPA, *La regola del precedente e i suoi «falsi amici»*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, cit., 142 che «gli antichi dicevano: *habent sua sidera lites*; ora il cannocchiale del giurista, scrutando i precedenti, potrebbe scoprire la stella recondita che cela la decisione. O, almeno, così vorrebbe credere il legislatore».

<sup>24</sup> Così L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., 13, al cui primo capitolo "Riforme processuali e nomofilachia" si rinvia in generale per una riflessione sulla evoluzione del ruolo della S.C. di custode della nomofilachia nella più recente stagione di riforme del codice di rito. Per certi versi le riforme degli ultimi anni – dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, passando per la l. 18 giugno 2009, n. 69, fino all'ultimo fondamentale intervento contenuto nel d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con l. 25 ottobre 2016, n. 197, su cui v., *ex multis*, G. AMOROSO-M.R. MORELLI, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, in M. ACIERNO-P. CURZIO-A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, III ed., Bari, 2020, 465 ss. – lasciano trasparire la preoccupazione del legislatore di rafforzare la posizione di vertice della Corte di Cassazione, ancor prima di migliorarne l'efficienza nomofilattica, e così di sottrarla al compito di giudice di ultima istanza della singola causa: così R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminari 2005, Torino, con particolare riguardo alla l. n. 150/2005 di riforma dell'ordinamento giudiziario, che dettava un netto cambio di

Così, l'art. 118 disp. att. c.p.c. dispone che la motivazione della sentenza può consistere «anche nel riferimento a precedenti conformi»<sup>25</sup>.

Vi è poi l'art. 360-*bis*, spec. n. 1), c.p.c. sul c.d. filtro in cassazione (su cui più avanti si avrà occasione di tornare), che sanziona con la inammissibilità<sup>26</sup> il ricorso per cassazione proposto avverso una sentenza che abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte, ove il ricorso non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa. L'art. 348-*bis* c.p.c. – omologo in appello dell'art. 360-*bis* c.p.c. – prescrive, come noto, la inammissibilità dell'appello che non abbia ragionevoli probabilità di essere accolto<sup>27</sup>. Il colpo d'occhio che si chiede al giudice di seconde cure è invero sul merito dell'impugnazione (di talché ci ritroviamo dinanzi ad una peculiare ipotesi di inammissibilità-infondatezza, oggi riconosciuta anche dalla Riforma Cartabia), e potrebbe basarsi proprio sul riscontro della conformità della sentenza impugnata alla giurisprudenza consolidata, tale da rendere appunto infondato l'appello.

Se in queste norme il richiamo del precedente è espresso, se ne possono citare altre in cui esso, seppure non formalizzato nell'uso della parola “precedente”, appare comunque centrale e sotteso ad altre nozioni correntemente (ma, in realtà, impropriamente<sup>28</sup>) utilizzate per

---

passo rispetto al ruolo del giudice che era venuto delineandosi a partire dalla entrata in vigore della Costituzione in avanti.

<sup>25</sup> E può la motivazione consistere anche soltanto nel richiamo a precedenti conformi? E se ci sono precedenti difformi? Questi gli interrogativi posti da M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>26</sup> Che il legislatore ha evidentemente qualificato come inammissibilità «sol per tacitare la eventuale impugnazione incidentale tardiva» (come osserva C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto “gennaio” (doppio ma, infine “disambiguato”)*, in *Corr. giur.* 5/2017, 589 ss., nonché in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Milano, 2017, 49 ss., spec. 50), intendendo tuttavia riferirsi ad un caso di manifesta infondatezza del ricorso, come dimostra la interpretazione autentica di Cass. SU 21.3.2017, n. 7155, in *Foro it.*, 2017, I, 1181 ss., con nt. di G. COSTANTINO, *Note sulla «inammissibilità sopravvenuta di merito»: dal ricorso «antipatico» al ricorso «sarchiapone»*.

<sup>27</sup> La riforma del processo civile, recata dal d.lgs. 149/2022 ha modificato anche l'art. 348-*bis* c.p.c., la cui rubrica fa ora espresso riferimento non più solo alla ipotesi di inammissibilità dell'appello, ma anche di “manifesta infondatezza” dello stesso, abrogando contestualmente l'art. 348-*ter*, a norma del quale, nell'ipotesi di inammissibilità di cui all'art. 348-*bis*, si rendeva direttamente ricorribile per cassazione la pronuncia di primo grado.

<sup>28</sup> Si è ormai compiuta la «trasfigurazione» del concetto di “principio di diritto” «che, nato per circoscrivere il potere del (solo) giudice di rinvio o, semmai, di quello innanzi al quale la causa fosse riproposta a seguito dell'estinzione “[del]l'intero processo” (art. 393 c.p.c.), si è tramutato dapprima nel prodotto (quasi) indefettibile di ogni pronuncia di legittimità, poi in una meta-norma con vocazione – una volta

esprimere significati sovrapponibili, ma non proprio identici, a quello di precedente in senso proprio: così i termini “precedente”, “giurisprudenza”, “massima”, “principio di diritto” vengono usati indiscriminatamente all’insegna dell’unico minimo comune denominatore della giurisprudenza (auto)eretta a fonte del diritto.

Sempre nell’ambito del giudizio di legittimità, le previsioni degli artt. 363 e 384 c.p.c., nell’esaltare la funzione nomofilattica della S.C. quale giudice dello *jus constitutionis* piuttosto che dello *jus litigatoris*, concepiscono l’affermazione del principio di diritto come attività di selezione delle controversie funzionali alla enunciazione di precedenti.

L’art. 363 c.p.c.<sup>29</sup>, infatti, rivitalizzato dalla riforma apportata con il d.lgs. n. 40/2006, è forse la più compiuta testimonianza della esistenza di una Cassazione quale organo a vocazione esclusivamente nomofilattica, là dove la imposizione del principio di diritto (sia quando sollecitata dal Procuratore generale sia quando frutto della iniziativa officiosa della stessa S.C.) non mira a regolare il caso concreto – che anzi resterà retto dalla decisione inammissibilmente impugnata per cassazione, e dunque ormai definitiva –, bensì alla soluzione di questioni di diritto di particolare importanza (appunto nomofilattica).

La espressione “questione di diritto di particolare importanza”<sup>30</sup> ricorre pure nel disposto dell’art. 384, co. 1, c.p.c. nella parte in cui

---

massimata – ad assolutizzarsi, in quanto volta ad incarnare una soluzione già pronta per ogni giudice, da ricercare prima, se non al posto, della disposizione codicistica»: così V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti. La modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia ultra partes ed effettività della tutela*, Napoli, 2020, spec. 185-186.

<sup>29</sup> L’interesse perseguito dall’art. 363 c.p.c. è nel senso che «non rimangano intatti e invocabili dei precedenti erronei e ancor più quello di trarre occasione da queste sentenze erranee per far pronunciare alla Cassazione decisioni che enuncino la corretta applicazione della norma giuridica violata, contribuendo, così, a future migliori decisioni in casi simili»: così C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Milano, 2012, 261 ss., e ancora Id, *Spiegazioni*, II, cit., 567 ss., ove ribadisce che il ricorso nell’interesse della legge può essere tanto più utile quanto più la Procura Generale e le sezioni della S.C. «vi si immedesimino, svalutando invece le tensioni che una sconfessione solo “platonica” di un provvedimento genererà nelle parti soccombenti» (sul punto v. pure l’auspicio e l’impegno espresso da P. CICCOLO, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto (art. 363 c.p.c.) (con la procura generale presso la S.C.)*, in *Corr. giur.* 5/2017, 597-598, a rivitalizzare il ruolo della PG ai fini dell’applicazione dell’art. 363, dopo la riforma del giudizio di cassazione del 2016); v. pure M. DE CRISTOFARO, *sub art. 363*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, cit., 1562 ss.

<sup>30</sup> Che non coincide necessariamente – anche dal punto di vista squisitamente letterale – con la “questione di massima di particolare importanza” di cui all’art. 374, co. 2, c.p.c., come osserva A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite civili*, in *Riv. dir.*

ammette che la S.C. adotti il principio di diritto non solo quando accoglie il ricorso proposto *ex art. 360, co. 1, n. 3), c.p.c.*, ma anche quando «decidendo su altri motivi di ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza»<sup>31</sup>.

In questo gruppo di norme valorizzatrici della funzione nomofilattica della Corte non si può mancare di includere l'art. 374 c.p.c., anch'esso modificato nel 2006, (e su cui pure torneremo *infra* al par. 4) che, al co. 2, affida alle Sezioni unite la pronuncia sulle questioni di massima di particolare importanza; e, soprattutto, al co. 3, impartisce un vincolo formale<sup>32</sup> – giuridico ma non normativo – delle sezioni semplici verso il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, dal quale è possibile discostarsi con ordinanza motivata.

Nello stesso solco si è posta la riforma del giudizio di Cassazione ad opera della l. 25 ottobre 2016, n. 197<sup>33</sup>, prevedendo la tendenziale cameralizzazione dei riti (disciplinati agli artt. 380-*bis* e 380-*bis*.1 c.p.c.), e riservando la pubblica udienza solo alle controversie in cui emergano questioni di diritto di particolare rilevanza tali da contribuire al processo di accrescimento del formante giurisprudenziale (*ex art. 375, ult. co., c.p.c.*)<sup>34</sup>.

Certo è che tale ultimo e discusso intervento<sup>35</sup> è stato mosso soprattutto dall'intento di invertire la tendenza degli ultimi anni che hanno

---

*proc. 1/2015, 1 ss., spec. 37* (che, invero, si riferisce alla stessa espressione contenuta nell'art. 363, co. 3, c.p.c.).

<sup>31</sup> Sulla enunciazione del principio di diritto *v.*, per tutti, E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 155 ss.; e più recentemente B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questione*, Milano, 2008, 124 ss.

<sup>32</sup> Sul punto *v.* quanto si dirà nel par. 5 di questo capitolo. Come noto, la proposta iniziale contenuta nella l. delega n. 80/2005, e poi opportunamente non accolta dal d.lgs. n. 40/2006, era quella di prevedere un vero e proprio vincolo *giuridico*, piuttosto che meramente *ordinamentale* come infine è stato previsto nell'art. 374, co. 3, c.p.c.

<sup>33</sup> Su cui *v.*, per tutti, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2/2017, 269 ss.; e A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Milano, 2017.

<sup>34</sup> Per l'analisi delle varie modalità decisorie nell'odierno giudizio di cassazione, si rinvia a C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 611 ss.

<sup>35</sup> Ci si chiede, con le parole di C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine "disambiguato")*, cit., 592, se la «marginalizzazione – quasi simbolica – dell'ascolto orale dei difensori giov[i] poi davvero o costituisca una sorta di stigmatizzazione»; tra i commenti alla riforma, tutti più o meno critici, *v.* C. PUNZI, *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2017, I, 2 ss.; B. SASSANI, *Da Corte a Ufficio di smaltimento: ascesa e declino della "Suprema"*, in *judicium.it*, 18 novembre 2016; L. PENASA, *Il nuovo procedimento camerale*

visto sovraccaricare in misura inaudita il lavoro dei giudici di legittimità, nella speranza dichiarata (ma che non è detto verrà appagata<sup>36</sup>) di ridurre il tempo necessario per ciascuna singola controversia attraverso l'eliminazione, nella maggior parte dei casi, della pubblica udienza<sup>37</sup>, così da poter rinvigorire quella primaria funzione di guida coerenza ed, anzi, di vero e proprio formante del diritto<sup>38</sup>.

Si ritiene che, sempre in tale ottica, debbano leggersi le norme relative al giudizio di cassazione nella riforma del processo civile (legge delega n. 206/2021, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149).

Infatti, dopo le modifiche introdotte nel 2016, i riti disciplinati dagli artt. 380-*bis* e 380-*bis*.1 vengono nuovamente riformulati. In particolare, l'art. 380-*bis* (*Procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati*), che disciplina il rito di applicazione residuale rispetto a quello previsto dall'art. 380-*bis*.1, riservato ai ricorsi che saranno decisi dalla sezione semplice e oggi anche dalle sezioni unite, nella nuova formulazione, marginalizza la collegialità della decisione, dichiaratamente con l'intenzione di "accelerare" il processo decisionale – dopo che già la pubblicità dell'udienza era stata ridotta ad ipotesi eccezionali dalla riforma del 2016 – e prevede che il presidente della sezione o un consigliere da questo delegato possa redigere una «sintetica proposta di definizione del giudizio» nel senso della inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza, da comunicare ai difensori delle parti; onerando, altresì, il ricorrente di insistere espressamente, entro quaranta giorni dalla suddetta comunicazione, per la decisione del ricorso, da intendersi altrimenti rinun-

---

*in Cassazione e il principio di pubblicità delle udienze. Possibili profili di incostituzionalità*, in *Corr. giur.* 2017, 1579 ss.

<sup>36</sup> Dall'*Annuario statistico* per l'anno 2020, reperibile sul sito della Corte di cassazione, risulta che la iscrizione di nuovi ricorsi è in calo rispetto al 2019, ma i nuovi ricorsi sono comunque 32.548 a fronte dei 29.100 ricorsi definiti; la pendenza tributaria continua a pesare in misura significativa (44%) e, anzi, oggi la Corte deve sobbarcarsi i numerosissimi ricorsi in materia di protezione internazionale, che rappresentano l'11% del carico totale e sono distribuiti tra tutte le sezioni.

<sup>37</sup> Speranza invero non ben riposta, poiché il rito in camera di consiglio non sembra determinare davvero un risparmio di tempo rispetto alla pubblica udienza, come ha osservato condivisibilmente, tra gli altri, G. SCARSELLI, *Il nuovo giudizio di Cassazione per come riformato dalla legge 197/2016*, in *Questionegiustizia.it*; e ID., *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in *judicium.it spec. nt.* 68.

<sup>38</sup> Sempre più "virtualmente paritario" rispetto alla fonte legislativa, nella percezione dei giudici e degli altri operatori del processo, come ha osservato criticamente C. CONSOLO, *Origini e limiti del compito specificatore (-congenialmente attivo) del "formante" giurisprudenziale nel processo*, in *giustiziavivile.com*.

ciato<sup>39</sup> (incidendo così non poco sulla natura del giudizio di legittimità come giudizio ad impulso officioso).

È poi stato introdotto, nel nuovo art. 363-bis, l'istituto del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di merito alla Corte di Cassazione, sul modello della *saisine pour avis* francese<sup>40</sup>, «per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto»<sup>41</sup>. Qualche difficoltà operativa non si potrà escludere, date le dimensioni sempre preoccupanti del carico di lavoro ancora attualmente gravante sull'Ufficio della Suprema Corte, non più solo per la porzione tributaria, ma oggi anche per il contenzioso in materia di protezione internazionale<sup>42</sup>, che va ad aggiungersi alle restanti pendenze.

Non si può trascurare, peraltro, l'effetto, connaturato all'istituto, di una eccessiva anticipazione dell'intervento in campo del giudice di legittimità, la cui pronuncia potrebbe rivelarsi prematura non solo rispetto alla singola lite coinvolta, ma pure in relazione alla enunciazione del principio di diritto sulla questione nuova e rilevante, che non di rado la S.C. riesce ad elaborare proprio a partire dalla delicata opera di composizione dei contrasti sorti in seno alla giurisprudenza di merito o alla stessa giurisprudenza di legittimità. Sul punto, in dottrina, sono stati già avanzati i primi dubbi circa la possibile incostituzionalità del vincolo (là dove, in Francia la *saisine pour avis* è funzionale ad ottenere un parere non vincolante da parte della Suprema Corte) al principio di diritto enunciato all'esordio del giudizio di merito, e che non sarà più dunque il frutto del controllo da parte del giudice di legittimità delle decisioni rese nei gradi precedenti<sup>43</sup>.

Senza considerare che proprio il requisito della necessaria ricorrenza congiunta delle tre condizioni di attivazione del rinvio (questione

<sup>39</sup> Sulla nuova disciplina dei riti in Cassazione, v., per qualche prima riflessione, B. CAPPONI, *Dei giudici monocratici in Cassazione*, in *Judicium.it*; A. GRAZIOSI, *Note sulla riforma del giudizio in cassazione nell'anno 2022*, in *Judicium* 4/2022, 543 ss.

<sup>40</sup> Su cui v., da noi, P. CHAUVIN, *La "saisine pour avis"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/1995, 1023 ss.; C. SILVESTRI, *La saisine pour avis de la Cour de Cassation*, in *Riv. dir. civ.* 4/1998, 495 ss.; R. GIORDANO, *La «saisine pour avis» alla corte di cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.* 1/2005, 109 ss.

<sup>41</sup> Si veda il testo del nuovo art. 363-bis c.p.c.

<sup>42</sup> Sui cui aspetti processuali v., per tutti, da ultimo, I. PAGNI, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *questionegiustizia.it*.

<sup>43</sup> Così V. CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2022, 587 ss., spec. 603, che parla di "inversione della concatenazione di decisioni" che solitamente conduce alla decisione in cassazione.



necessaria alla definizione, anche parziale, del giudizio e non ancora risolta dalla Cassazione; questione che presenta gravi difficoltà interpretative; questione suscettibile di porsi in numerosi giudizi) potrebbe ostacolare il successo dell'istituto<sup>44</sup>.

A questo punto, tenendo a mente tali brevi cenni sulla nozione di "precedente", la riflessione proseguirà su talune questioni inerenti alla responsabilità professionale dell'avvocato, chiaramente in relazione al tema della perdita di *chances*, anche con riguardo a come la conoscenza dei precedenti, e cioè del "diritto giurisprudenziale", influisca sulla esatta perimetrazione del contenuto del dovere di diligenza del difensore nello svolgimento del mandato alle liti.

## 2. Il giudizio di responsabilità professionale dell'avvocato tra prova del nesso di causa e perdita di *chances*

La giurisprudenza italiana ha per lungo tempo negato che la condotta negligente dell'avvocato<sup>45</sup>, pur costituendo inadempimento contrattuale, potesse giustificare la condanna al risarcimento di un danno che si mostrava incerto ed eventuale, perché 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»<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Come osserva condivisibilmente V. CAPASSO, *op. loc. ult. cit.*, anche evidenziando le difficoltà applicative riconosciute dalla stessa *Cour de cassation* rispetto agli identici requisiti imposti dalle disposizioni francesi.

<sup>45</sup> Si chiede P. TRIMARCHI, *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur.* 12/2014 (appendice), 5 ss., se il proliferare delle liti sanitarie non sia di preludio ad un pari aumento delle azioni risarcitorie contro gli avvocati, che oggi sono tenuti a stipulare contratti di assicurazione contro la responsabilità civile e a comunicare gli estremi della polizza ai propri clienti. Qui ci concentreremo sulle fattispecie di responsabilità dell'avvocato; per approfondire le questioni più rilevanti in materia di responsabilità di altri professionisti quali il notaio e il commercialista, v., tra le altre, le trattazioni di F. BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011; G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006; M. GARRONE, *La responsabilità del commercialista*, in G. VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, Padova, 2009, 625 ss. Si segnala inoltre la recente disamina degli orientamenti giurisprudenziali di V. AMENDOLAGINE, *La responsabilità civile del professionista*, in *Giur. it.* 1/2021, 216 ss.; e ancora M. FRANZONI, *La responsabilità del notaio*, in *Danno e Resp.* 3/2019, 315 ss.; R. FAVALE, *Lo statuto della responsabilità civile del dottore commercialista*, in *Danno e Resp.* 3/2015, 221 ss.

<sup>46</sup> Così App. Catania 1.10.1883, in *Giur. it.* 2/1884, 63 ss., e citata anche da v. M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e Resp.* 11/2014, 985 ss., la quale ripercorre l'evoluzione della responsabilità dell'avvocato fino ai più recenti

Si spiega, in tal senso, la ritrosia della giurisprudenza più risalente ad ammettere il risarcimento del danno da lucro cessante – la perdita di *chance* non veniva neppure contemplata – dove il mancato guadagno, ritenuto indimostrabile, corrispondeva al mancato incremento patrimoniale o al decremento evitabile che sarebbe conseguito alla vittoria della lite<sup>47</sup>.

Il secondo argomento che, tradizionalmente, veniva opposto al riconoscimento di tale ristoro si appoggiava alla irretrattabilità del giudicato e delle questioni ivi definitivamente risolte, tale da impedire ogni ulteriore accertamento anche ai soli fini del risarcimento del danno. La ragione ostativa ravvisata nell'esistenza del giudicato fu, poi, superata sulla base del rilievo per cui i due giudizi avevano ad oggetto diversi rapporti giuridici. In sostanza, questo l'argomento: il riesame della controversia funzionale al riconoscimento della pretesa risarcitoria nei confronti dell'avvocato non mira a scalfire l'efficacia di *res iudicata* di quella sentenza, che viene presa in considerazione in quanto evento dannoso (*rectius*: fatto giuridico da cui promana l'evento di danno) cagionato dalla condotta colposa del difensore<sup>48</sup>.

---

approdi, anche attraverso una utile comparazione con gli orientamenti invalsi nella giurisprudenza francese e con attenzione pure alle figure professionali del notaio e del commercialista. Per un inquadramento generale delle problematiche relative alla responsabilità del professionista, v. anche L. Nocco, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e Resp.* 3/2009, 302 ss.

<sup>47</sup> Così M. FEOLA, *op. ult. cit.*, 987.

<sup>48</sup> Su questo profilo, G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958 – spec. 175-196, per l'approfondimento delle ipotesi di inadempimento colposo dell'avvocato in danno del cliente – osservava che, in tale prospettiva, la responsabilità dell'avvocato sarebbe un effetto della sentenza quale *fatto giuridico*, in contrapposizione ai diversi effetti della sentenza come *giudicato*. Del resto, l'ordinamento prevede varie ipotesi di "riesame" del giudicato: si pensi alla fattispecie di cui all'art. 1485 c.c., ove il giudice adito per la tutela del diritto alla garanzia per l'evizione deve tornare ad esaminare la causa tra acquirente e terzo molestante, pur già decisa con sentenza passata in giudicato; o anche alla ipotesi del risarcimento del danno conseguente al falso giuramento ai sensi dell'art. 2738 co. 2 c.c. Non si deve confondere questo tema con quello attiguo, ma differente, dell'azione risarcitoria proposta da una parte nei confronti dell'altra all'esito di un processo tra le stesse parti conclusosi con sentenza passata in giudicato (come era accaduto, per meglio intendersi, nella vicenda rievocata *supra* nel cap. 2 tra Cir e Fininvest). Qui l'azione risarcitoria sembra avere un oggetto del tutto coincidente con l'oggetto del giudicato, per cui non potrebbe ritenersi ammissibile, neppure se riferita al danno da perdita di *chance*: così S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno*, cit., spec. 527, nt. 22, ove spiega che il giudicato non solo impedisce di valutare la ingiustizia della sentenza, ma impedisce altresì di indagare su quale sarebbe stato il possibile esito alternativo del giudizio: «proprio perché il giudicato concretizza in una specifica

Sul fronte della prova del danno, fu una intuizione di Piero Calamandrei<sup>49</sup> a mettere in discussione il regime di tendenziale irresponsabilità dell'avvocato, denunciando l'inaccettabile impunità del legale che «colpevole di aver rovinato con la sua incuria il cliente, si [traeva] d'impaccio così a buon mercato solo col restituirgli la spesa della carta bollata».

Tra le righe della sua riflessione emergeva una attenzione alla relazione causale tra l'inadempimento dell'avvocato e la perdita delle pro-

---

direzione la volontà astratta e generale della legge, ipotizzare una diversa volontà di legge significa violare il giudicato. In termini giuridici, l'esistenza del giudicato impone di riconoscere che le possibilità di una diversa decisione erano pari a zero. Una volta formatosi il giudicato, la *chance* di ottenere una decisione diversa si rivela una mera aspettativa di fatto, di cui il processo ha definitivamente mostrato l'erroneità».

Dunque, premessa la liceità della nuova indagine sul merito già deciso dal giudicato – su cui oggi non si ha più alcun dubbio, perlomeno ai fini della indagine sulla responsabilità dell'avvocato –, ci si deve interrogare sulla concreta utilità della stessa. È innegabile che, a fronte dell'inadempimento colposo dell'avvocato, il cliente perda una *chance* di vincere in appello la causa persa in primo grado e, prendendo in prestito ancora le parole di G. Cattaneo, «come si sa il danno risarcibile comprende anche il "lucro cessante" [si noti il naturale accostamento tra perdita di *chance* e lucro cessante]. Perciò sembra esatto dire che, qualora si possa dimostrare che il cliente avrebbe vinto la causa in appello, il danno risarcibile deve comprendere anche il valore di quanto il cliente avrebbe ottenuto e non ha potuto ottenere per colpa del difensore». E, appunto, il cliente deve provare il danno subito, ma gli esiti di un giudizio che non si è mai svolto appaiono davvero insondabili, tanto per circostanze riguardanti la persona dei magistrati, quanto per il comportamento delle parti. «Il problema in sostanza è di diritto processuale, e riguarda il convincimento del giudice. Ora, se il giudice si convince che il cliente avrebbe vinto la causa in appello, non si vede perché non dovrebbe condannare l'avvocato che ha mancato di proporre l'appello. [...]. Che si debba risarcire solo il danno certo è vero, purché si tenga presente che non può pretendersi una certezza assoluta, ma solo una certezza relativa alle umane possibilità». In conclusione, l'A. risponde però negativamente alla domanda se la perdita di una mera possibilità (di vincere la causa) sia di per sé un danno risarcibile: «non si può affermare che c'è stato un danno, ma che *forse* c'è stato danno e forse c'è stato il vantaggio consistente nell'aver evitato le conseguenze patrimoniali di una ulteriore soccombenza. Ora non basta un danno eventuale, per la condanna al risarcimento; esso deve essere certo, sia pure nella misura in cui si può essere umanamente certi di un fatto [...]. Occorre quella fortissima probabilità che tiene il luogo della certezza nelle cose umane [...]. Una volta accertata l'esistenza del danno, accertato cioè il fatto che l'appello avrebbe avuto successo, se resta incerta la misura della vittoria, si può allora ricorrere al criterio della probabilità, al fine della valutazione equitativa del danno (art. 1226 c.c.)».

<sup>49</sup> Espressa nel suo scritto *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc.* 1931, 260 ss., a margine della pronuncia della corte di Cassazione del Regno, 10 febbraio 1931, che aderiva alla tradizionale tendenza ad escludere la responsabilità dell'avvocato negligente; la posizione di Calamandrei era stata criticata da F. CARNELUTTI, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, *ivi*, 2/1932, 57 ss. così come pure da G. CATTANEO, *op. ult. cit.*, 188.

babilità di vincere la causa, nella consapevolezza di non poter instaurare un nesso tra la colpa dell'avvocato e la soccombenza nella lite<sup>50</sup>.

La sua proposta – incentrata sul caso della mancata impugnazione per decorso dei termini – consisteva nel valorizzare i dati statistici relativi al tasso di accoglimento e rigetto degli appelli presso una certa Corte territorialmente competente, ma non teneva debitamente in conto che si trattava di dati incapaci di riflettere le differenze esistenti tra le varie cause e le attese riaperte dalle relative impugnazioni. Allo stato attuale è possibile reperire informazioni attendibili sui carichi pendenti e sulla “produttività” dei vari uffici giudiziari o, per fare altri esempi, sulla percentuale di ricorsi per cassazione dichiarati inammissibili o su quella di impugnazioni avverso lodi rituali accolte e rigettate (anche se le esigenze di riservatezza tipiche dell'arbitrato<sup>51</sup> rendono forse queste informazioni meno facilmente reperibili di altre).

Tuttavia, per quanto riguarda il merito o comunque l'esito dei giudizi, nonostante sia astrattamente possibile ammettere lo sforzo di collezionare indicazioni relative a caratteristiche pure salienti dei contenziosi (oggetto della domanda, numero di parti, tribunale competente) e relativi esiti, resta ancora largamente inattuato<sup>52</sup> il proposito di elaborare siffatti elementi in ottica predittiva, in modo da consentire quella valutazione prognostica necessaria a misurare le *chances* di successo della lite nel successivo giudizio risarcitorio che dovesse eventualmente essere instaurato nei confronti del difensore<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance”*, cit., 94, rilesse le pagine di Calamandrei, nel senso di un'anticipazione *ante litteram* del danno (non da soccombenza, ma) da perdita di *chance* nell'ambito della responsabilità dell'avvocato, seppur ancora embrionale.

<sup>51</sup> Su cui, v., per tutti, C. CONSOLO, *La riservatezza del processo arbitrale in Italia – parere pro veritate*, già in *Int'l Lis*, 2014, 161 ss., e oggi in *Id.*, *Problemi e soluzioni in tema di arbitrato. Riguardato da un giurista italiano teorico-pratico*, a cura di F. Godio-M. Stella, Milano, 2020, 381 ss.

<sup>52</sup> Sebbene si registrino alcune prime iniziative in tale direzione, come riporta F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 418 ss.: sui siti web di alcune Corti d'Appello – Bari, Venezia, Brescia – sono rese disponibili schede tematiche sulla giurisprudenza consolidata delle sezioni; e addirittura sui siti delle Corti d'Appello di Venezia e Brescia, c'è la apposita voce “Giustizia predittiva”, con suddivisione per materie, massimazione delle sentenze e indicazione dei tempi medi di definizione del giudizio.

<sup>53</sup> Come nota V. CAPASSO, *Il valore della «giurisprudenza» in Francia*, in *Riv. dir. proc.* 3/2020, 1261 ss., spec. 1264, tale attività predittiva avrebbe l'obiettivo di calcolare il «valore normativo marginale della singola decisione»; l'A. richiama i lavori di F. AULETTA-F. ROMEO, *A Preliminary Study on the Quantification of them Normativity of the Judicial Precedent*, in Schweighofer-Kummer-Saarenpää (dir.), *Internet of things*,

Peraltro, ammesso che tali dati fossero effettivamente raccolti e resi disponibili, il giudice della causa di responsabilità dell'avvocato tenderebbe naturalmente a ripercorrere virtualmente il giudizio non proseguito a causa della mancata impugnazione, secondo il proprio personale metro di valutazione. Del resto l'uso delle Intelligenze Artificiali può essere funzionale alla costruzione di una completa banca dati che raccolga il maggior numero di provvedimenti giurisdizionali (da rendere consultabili, preferibilmente, per intero e non solo massimati), grazie anche al progressivo passaggio dal cartaceo al digitale, e non anche allo annichilimento del momento umano della decisione.

Peraltro non si possono trascurare le specificità che contraddistinguono ogni singolo caso di specie a prescindere dalla riconducibilità dello stesso entro una certa tipologia di controversie tra loro accomunate da talune caratteristiche ricorrenti<sup>54</sup>.

In concreto, facendo sempre riferimento all'ipotesi della omessa impugnazione, il giudice dovrebbe, sulla scorta della propria esperienza, immaginare come si sarebbe sviluppato il giudizio e valutare, nella specie, se sarebbero state sollevate nuove eccezioni rilevabili anche d'ufficio; se vi sarebbe stata la possibilità di nuova attività istruttoria entro i limiti dell'art. 345 co. 3 c.p.c., oppure in accoglimento di motivi relativi all'erroneo rigetto di tempestive ed ammissibili offerte probatorie; se l'appello non avrebbe avuto ragionevoli probabilità di essere accolto di modo da giustificare una declaratoria di inammissibilità ai sensi dell'art. 348-bis c.p.c.; se, a partire dalla osservazione della soccombenza delle parti in primo grado, vi sarebbero stati i pre-

---

Bern, 2019, 491 ss.; F. AULETTA, *A quantitative approach to study the normativity of the jurisprudence of Courts in Countries from the Civil law tradition*, in *IJPL* 2020, 108 ss., anche in F. ROMEO-M. DALL'AGLIO-M. GIACALONE, *Algorithmic Conflict Resolution. Fair and equitable Algorithms in Private Law*, Torino, 2019, 131 ss. Nel suo studio sul valore del precedente e della giurisprudenza in Francia, Capasso riporta l'esperienza francese nel campo della giustizia predittiva, affidata a piattaforme *online*, rivolte specialmente agli avvocati, come *Predictice (predictice.com)* e *ROSS (rossintelligence.com)*. Giova osservare, in aggiunta, che tale attività di previsione circa l'esito dei giudizi è destinata ad una progressiva istituzionalizzazione, anche in relazione ai finanziamenti delle liti (c.d. *third party funding*), su cui si sta cominciando ad avviare un dibattito anche nel nostro ordinamento: sul tema v., tra gli altri, i recenti contributi di G. DE NOVA, *Il finanziamento della lite: il Litigation Funding Agreement*; E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding nel processo civile italiano: il progetto fundIT e le iniziative del Parlamento europeo*; A. GIUSSANI, *Class actions e finanziamento delle liti*, tutti in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2022, 267 ss.

<sup>54</sup> V., in tal proposito, F. BENATTI, *Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno*, in *I Contr.* 11/2012, 937 ss.

supposti per la proposizione di un appello incidentale tardivo magari grandemente peggiorativo; se, ancora, il tentativo di conciliazione di cui all'art. 350 c.p.c. avrebbe avuto qualche possibilità di buona riuscita; se la sentenza di primo grado sarebbe stata affetta da uno dei vizi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c., con riapertura talora della intera dinamica processuale; e via dicendo.

## 2.1. (Segue) gli errori e le omissioni dell'avvocato che possono pregiudicare le *chances* dell'assistito

Non si fatica ad ammettere la negligenza dell'avvocato che non depositi tempestivamente la comparsa di costituzione e risposta incorrendo nelle decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. (ove almeno una delle attività ivi contemplate fosse possibile e doverosa); o che lasci decorrere il termine per impugnare la sentenza sfavorevole determinandone così il passaggio in giudicato; ovvero che non proponga, nel termine di 40 giorni dalla notifica, opposizione a decreto ingiuntivo *ex art.* 645 c.p.c.

Si pensi ancora ad altri casi: l'avvocato che ometta di notificare personalmente alla parte la citazione in riassunzione *ex art.* 392 co. 2 c.p.c. dinanzi al giudice del rinvio; o che non ottemperi all'ordine di integrazione del contraddittorio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 331 c.p.c., determinando così la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non più proponibile stante il disposto dell'art. 358 c.p.c.

Si impone subito una prima precisazione. Le (in)attività appena esemplificate sono assimilabili nella misura in cui reiterano tutte indistintamente il meccanismo, e le conseguenze, di una decadenza<sup>55</sup> dal

<sup>55</sup> V. C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, sulla decadenza come conseguenza di una inattività della parte (sul concetto di inattività, v., per tutti, E. ALLORIO, *Perenzione*, in *Enc. giur.*, XIII, Milano, 1937, 299 ss.; GIANNOZZI, *Note per un'indagine sull'inattività delle parti nel processo*, in *Riv. dir. civ.* 1959, 52 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 69 ss.), a cui l'ordinamento solitamente associa la previsione di un rimedio restitutorio nel caso in cui la inattività possa dirsi incolpevole, salva l'ipotesi della decadenza dal diritto di impugnare, a cui infatti è dedicata una apposita parte della trattazione (cfr. *Id.*, *op. ult. cit.*, 317 ss.); l'autore accenna pure (23 ss.) alla tendenza – non davvero utile ai fini della definizione dell'istituto della decadenza – ad assimilare preclusione e decadenza; sul rapporto tra i due istituti, v. pure A. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus* 1959, 1 ss., spec. 4 ss., nt. 16, secondo cui «non sorprende l'accostamento della preclusione alla decadenza [...]; la ragione di distinguere i due istituti l'uno dall'altro risulta però meno chiara di quanto a prima vista possa apparire ed affiora legittimamente il dubbio che la dottrina, sia pure inconsciamente, tenda a considerare l'istituto della decadenza di specifica appartenenza al diritto

compimento di una attività all'interno del processo, di per sé pregiudizievole per l'assistito. Infatti la condotta colposa dell'avvocato parrebbe emergere *ictu oculi* nei casi di mancata impugnazione della sentenza o di mancata opposizione a decreto ingiuntivo nel termine prescritto dal codice di rito, come nelle ipotesi di mancata ottemperanza all'ordine di integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso.

In altre parole il passaggio in giudicato della sentenza sfavorevole, il consolidamento del decreto ingiuntivo, l'estinzione del giudizio di rinvio per mancata riassunzione e così l'estinzione dell'intero processo<sup>56</sup>, la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione proposta e la conseguente impossibilità di riproporla, la decadenza dalle attività processuali esercitabili solo nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata rappresentano di per sé un pregiudizio consistente proprio nella perdita della occasione di prosecuzione del giudizio e, altresì, della occasione – che è conseguente alla prima – di vedersi riconoscere la fondatezza (magari inizialmente negata, per il caso in cui vi sia già stato un giudizio di I grado) delle proprie ragioni.

A nostro modo di vedere, siffatto pregiudizio dovrebbe ritenersi sussistente a prescindere dalla prova delle concrete possibilità di ottenere un esito favorevole (in seguito, ad esempio, all'accoglimento dell'appello nella realtà non proposto).

In verità, come si avrà modo di approfondire *infra* al par. 3, la tutela risarcitoria accordata al cliente danneggiato dalla condotta del difen-

---

sostanziale». La decadenza dal compimento delle attività processuali è una ipotesi di preclusione secondo V. ANDRIOLI, *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 567 ss. e, con un cenno, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 155. Sul concetto di preclusione quale «perdita, o estinzione, o consumazione d'una facoltà processuale» non si può che rinviare anzitutto a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, spec. 458; *Id.*, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., III, 231 ss.; nonché a V. ANDRIOLI, *Preclusione (dir. proc. civ.)*, cit.; A. ATTARDI, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.; G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983, 25 ss.; E. GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 711 ss.; M. TARUFFO, *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 794 ss.; e più recentemente A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in L. MARAFIOTI-R. DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, 9 ss.; V. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in tribunale*, Torino, 2012, spec. 93 ss.

<sup>56</sup> Su cui v., *si vis*, S. BARONE, *Rileggendo l'art. 393 c.p.c. a oltre cinquant'anni dall'opera di E.F. Ricci*, in *Giur. it.* 7/2022, 1620 ss., anche per tutti i riferimenti al tema della estinzione del giudizio di rinvio.

sore è in ogni caso condizionata, nel merito, alla prova e al riscontro positivo del fatto che un possibile esito favorevole è stato impedito proprio dall'errore dell'avvocato.

E così, in pratica, la omissione del difensore viene posta ad oggetto di una indagine contro-fattuale ed ipotetica volta a ripercorrere virtualmente gli snodi e i probabili svolgimenti del giudizio (colpevolmente) non proseguito, al fine di verificare se – e con quale tasso di probabilità – eliminando la “incriminata” omissione quel giudizio si sarebbe concluso con la vittoria della parte.

Una indagine di prognosi postuma sulle sorti del giudizio sembra invece giustamente inevitabile con riferimento ad altre tipologie di omissioni, dalle quali non consegue una decadenza dal compimento di un'attività processuale, bensì una più o meno marcata incidenza sull'esito della decisione nel merito. Ad esempio la mancata contestazione specifica o la omessa produzione di un documento essenziale da parte dell'avvocato, come anche la omessa istanza di assunzione di testimoni cruciali (attività, invero, parimenti soggette a preclusioni, ed in quanto tali idonee a tracciare i confini dell'inadempimento del difensore<sup>57</sup>) possono acquisire rilevanza ai fini del giudizio di responsabilità

<sup>57</sup> Infatti, quantomeno nel rito ordinario di cognizione, l'attività istruttoria non potrà essere compiuta oltre la seconda memoria di cui al previgente art. 183, co. 6, e di cui oggi al nuovo art. 171-ter c.p.c., introdotto dalla Riforma Cartabia e più volte menzionato nel corso della trattazione – salva la possibilità di una apertura in appello nel caso in cui la parte dimostri di non aver potuto proporre il mezzo di prova o produrre il documento per causa ad essa non imputabile, ex art. 345, co. 3, c.p.c. – e l'avvocato, una volta convenuto nel giudizio di responsabilità, potrebbe essere chiamato a rispondere pure del mancato o incompleto espletamento degli adempimenti legati all'attività istruttoria. Per quanto riguarda l'onere di contestazione specifica (su cui v. i riferimenti bibliografici essenziali *supra* nel cap. III, par. 4) è doveroso precisare che il termine entro cui la contestazione deve essere svolta – a pena di vedere esclusi dal *thema probandum* i fatti non contestati – non è stabilito espressamente dall'art. 115, co. 1, c.p.c. Quanto al rito ordinario, in dottrina vi è chi ritiene che la contestazione non possa avvenire oltre la prima memoria di trattazione (così A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *judicium.it*, spec. par. 4; C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 310; I. PAGNI, *L'onere di contestazione*, cit., spec. 240); e chi, invece, ritiene che il momento ultimo possa essere individuato nella terza memoria (in tal senso v. M.C. CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 4-5/2010, 792 ss., 803, e A. TEDOLDI, *La non contestazione*, cit., 91). Le statuizioni della giurisprudenza sul punto fanno più genericamente riferimento alla fase della trattazione come termine ultimo per revocare espressamente la iniziale non contestazione: cfr., fra le più recenti, Cass. 2.12.2019, n. 31042, massimata in *Italggiureweb*; per una più approfondita disamina dei precedenti giurisprudenziali, anche di merito, si rinvia a B. ZUFFI, *sub art. 115 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, cit., spec. 1357 ss.



dell'avvocato, ove il cliente dimostri che un certo documento o una certa testimonianza avrebbero contribuito ad orientare in senso diverso il convincimento del giudice (sembra qui di rievocare la nozione di indispensabilità delle prove nuove in appello<sup>58</sup>, ormai espunta dal dettato dell'art. 345, co. 3, c.p.c., ma ancora rilevante nel rito del lavoro ai sensi dell'art. 437; non invece nel sommario di nuovo conio che, all'esito della riforma Cartabia del processo civile, è diventato "semplificato" di cognizione e nell'art. 281-*terdecies* non replica il dettato del previgente art. 702-*quater* e dice la «sentenza [...] impugnabile nei modi ordinari»).

Più arduo – ma pur sempre possibile<sup>59</sup> – sarebbe, invece, ritenere l'avvocato responsabile a fronte, ad esempio, di una declaratoria di inammissibilità del ricorso per cassazione per difetto di autosufficienza *ex* art. 366, n. 6, c.p.c.; o anche nei casi di inammissibilità dell'appello *ex* art. 348-*bis* c.p.c.<sup>60</sup> e del ricorso per cassazione ai sensi dell'art.

<sup>58</sup> Su cui v. la decisione di Cass. SU 4.5.2017, n. 10790, annotata da C. CONSOLO-F. GODIO, *Un ambo delle sezioni unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, in *Corr. giur.* 11/2017, 1396 ss.; per una riflessione sulla differente connotazione che la nozione di indispensabilità potrebbe assumere con riferimento al rito sommario di cognizione, *ex* art. 702-*quater*, c.p.c. (ormai applicabile solo ai giudizi già in corso all'entrata in vigore della riforma Cartabia del 2022), e al rito del lavoro, *ex* art. 437, co. 2, c.p.c., v. quanto osservato da CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 526, e 548 ss., secondo cui è giusto che il concetto venga interpretato con maggiore flessibilità quando applicato nel rito semplificato per non rischiare che un eccesso di rigidità ne determini un più scarso *appeal* per gli utenti. Mentre, secondo l'A., è più corretto interpretare la nozione in modo analogo tra rito ordinario e rito del lavoro, nel senso, cioè, che prova indispensabile sia in ogni sede quella volta a ribaltare la decisione di prime cure. In questo senso si muovono pure le sezioni unite del 2017, sebbene, con riferimento al rito laburistico, fosse consolidato il diverso orientamento di legittimità che considerava indispensabile, *ex* art. 437, co. 2, c.p.c., la prova nuova avente ad oggetto un fatto il cui accertamento fosse avvenuto in primo grado sulla base della regola di giudizio *ex* art. 2697 c.c.: v. Cass. SU 20.4.2005, n. 8202 (in *Foro it.* 6/2005, 1689 ss., con i commenti di A. PROTO PISANI, D. DALFINO, C.M. BARONE), che sottolineava la peculiarità del rito del lavoro in quanto teso alla ricerca della verità materiale, nel quale, dunque, non poteva escludersi l'ammissione di una prova in grado di superare l'incertezza in ordine ai fatti già opportunamente allegati.

<sup>59</sup> V. infatti la pronuncia di Cass. 17.7.2020, n. 15333, riguardante una fattispecie in cui il difensore aveva redatto un ricorso per cassazione contenente motivi del tutto generici ed indeterminati, in quanto tanto inammissibili, in violazione dell'art. 366 c.p.c. esponendo il cliente – che risponde delle condotte del proprio avvocato ai sensi dell'art. 2049 c.c. – alla responsabilità processuale aggravata *ex* art. 96, co. 3, c.p.c., per aver agito senza la diligenza esigibile in relazione ad una prestazione professionale particolarmente qualificata, quale è quella dell'avvocato cassazionista (così già Cass. 23.5.2019, n. 14035).

<sup>60</sup> Si vedano le ultime modifiche all'art. 348-*bis*, apportate da d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, la cui rubrica oggi non fa più esclusivo riferimento alla inammissibilità dell'appello, ma anche alla manifesta infondatezza di questo (così, invero,

360-bis c.p.c., poiché qui i presupposti necessari perché il giudice sia legittimato ad impartire la indesiderata declaratoria di questo genere<sup>61</sup> di inammissibilità (come anche di improcedibilità) sono suscettibili di interpretazioni variabili da parte della giurisprudenza.

## **2.2. Il dovere professionale dell'avvocato di conoscere la giurisprudenza e le sue evoluzioni: l'affidamento (incolpevole?) sull'orientamento giurisprudenziale poi mutato**

Rispetto al compimento delle varie incombenze che scandiscono lo sviluppo del processo, si è visto come sia corretto affermare che molte di queste sono univocamente definite dalle norme del codice di rito, in particolare rispetto alle conseguenze derivanti dalla loro omissione.

Mentre, infatti, pare più agevole dimostrare il danno subito in conseguenza dell'inadempimento colpevole dell'avvocato a fronte di decadenze e preclusioni sancite dal codice, vi sono situazioni più sfumate in cui la diligenza del professionista deve essere misurata anche rispetto alla esatta conoscenza del diritto, sostanziale e processuale, pure per come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità.

In altre parole il dovere di conoscere il diritto positivo si arricchisce del dovere di conoscere la interpretazione, specie se consolidata, di quel diritto positivo.

Si pensi allora alla incidenza dei mutamenti giurisprudenziali, o anche semplicemente delle oscillazioni frequenti della giurisprudenza, sulla responsabilità del professionista<sup>62</sup>. Bisogna chiedersi, dun-

---

esplicitando un giudizio sul merito della impugnazione, che già connotava il c.d. filtro di inammissibilità per come originariamente concepito: cfr. A. ANIELLO, *Improcedibilità, inammissibilità e manifesta infondatezza* (artt. 348, 348-bis e 348-ter c.p.c.), in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 477 ss.

<sup>61</sup> Non v'è chi non sia in grado di cogliere la differenza tra le inammissibilità delle norme sui filtri in appello e in cassazione con le inammissibilità e le improcedibilità "classiche" di cui, ad es., agli artt. 348 (sulla improcedibilità dell'appello) o 369 c.p.c. (sul deposito del ricorso per cassazione); un discorso a parte è necessario in relazione all'art. 366, n. 6, c.p.c., inerente alla c.d. autosufficienza del ricorso per cassazione su cui v. *infra* nel testo.

<sup>62</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alla vicenda interpretativa – ben sintetizzata da C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 443 ss., nt. 2 – della sentenza con doppia data, che ha visto impegnata anche la Corte Costituzionale (cfr. C. Cost. n. 3/2015), e che è stata infine definita dalla pronuncia di Cass. 22.9.2016, n. 18569. Quest'ultima sentenza, modificando il precedente orientamento, ha stabilito l'onere in capo all'avvocato (solo così davvero diligente) di verificare in cancelleria la data di iscrizione della sentenza nel registro cronologico delle decisioni e di chiedere il certificato di

que, se e in che misura il dovere di conoscere la giurisprudenza, il suo evolversi e, financo, i suoi contrasti, riempia di contenuto il dovere di diligenza dell'avvocato, delimitandone eventualmente i confini di responsabilità<sup>63</sup>.

La questione attiene al ben più ampio tema, che qui potrà essere solo inquadrato sinteticamente ai limitati fini della presente indagine, della efficacia dei mutamenti giurisprudenziali sui processi pendenti, a fronte di indirizzi consolidati, specialmente dove l'*overruling* riguarda una norma processuale<sup>64</sup>.

---

avvenuta iscrizione, in modo da poter impugnare tempestivamente la sentenza. Sul tema v. le riflessioni precedenti alla sentenza risolutiva di C. CONSOLO, *La doppia (data di) nascita della sentenza civile fra S.C. e Consulta nomofilattica*, in *Giur. it.* 7/2015, 1607 ss.; e G. RUFFINI, *La sentenza "nata" due volte (in attesa della nuova decisione delle Sezioni Unite)*, in *judicium.it*.

<sup>63</sup> Tale dovere era oggetto già della acuta riflessione di G. GORLA, *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, in *Foro it., Quaderni*, vol. 90, n. 12/1967, 295 ss. e, *amplius*, sulla dialettica tra formanti del diritto e sul valore vincolante del precedente, le sue voci "*Precedente giudiziale*", in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990; e "*Giurisprudenza*", in *Enc. dir.* vol. XIX, Milano, 1970, 489 ss., ove significativamente l'A. prende le mosse dalla equivalenza storica tra *interpretatio* (della legge) e *iurisprudencia*.

<sup>64</sup> V., in generale e senza pretesa di completezza, C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Riv. dir. proc.* 3/2012, 567 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.* 1/2012, 6 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. cost.* 4/2012, 3166 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.* 5/2011, 1073 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.* 6/2011, 1390 ss., i quali tutti ribadiscono la natura dichiarativa, e dunque strutturalmente retroattiva, del provvedimento giudiziale; per una diversa prospettiva, certamente autorevole ma isolata, v. R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 314 ss., secondo cui l'*overruling* interpretativo di una norma processuale dovrebbe avere sempre efficacia solo *pro futuro*, poiché lo *ius superveniens*, anche quando giurisprudenziale, non può rimettere in discussione la coerenza dell'attività processuale fino a quel momento condotta, per cui si dovrebbe applicare in questi casi un nuovo principio di diritto intertemporale espresso dal brocardo "*tempus regit processum*". Per due recenti indagini sul tema, v. L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., spec. 273 ss., ai quali si rinvia anche per i richiami bibliografici qui omessi; e anche V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti*, cit., spec. 171 ss. Sul versante giurisprudenziale si segnala la pronuncia di Cass. SU 28.1.2021, n. 2061, in materia di contratto di *leasing*, che si è diffusa sul ruolo del precedente e sul rapporto tra fonti, ribadendo la funzione squisitamente dichiarativa della giurisprudenza «giacché riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata, "con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa" (Cass., 25 febbraio 2011, n. 4687; Cass., S.U., 24 aprile 2004, n. 21095)».

Dal punto di vista dei profili di responsabilità dell'avvocato si tratta di capire quando l'affidamento dello stesso sulla esistenza e sulla tenuta di un certo orientamento della giurisprudenza di legittimità (poi smentito, e sostituito da un altro "limitativo": v. *infra*), al momento del compimento di una attività processuale, possa dirsi incolpevole. L'interrogativo può, poi, essere più esattamente posto in questi termini: l'avvocato che si veda rigettare la istanza di rimessione in termini per affidamento colpevole, decretando così la irreversibile decadenza della parte dal compimento di una certa attività processuale, potrà essere convenuto in giudizio dal proprio assistito per rispondere del danno da perdita delle *chances* potenzialmente collegate a quella attività ormai preclusa?

Il discorso è molto complesso ed è necessario, dunque, procedere con ordine prima di tentare una più ponderata riflessione.

Anzitutto occorre almeno ricordare che, proprio per far fronte al problema della tutela dell'affidamento della parte messo a repentaglio da cambi di rotta improvvisi e non previsti della giurisprudenza di legittimità, la S.C., con il noto arresto delle SU 11.7.2011, n. 15144<sup>65</sup> sul c.d. *prospective overruling*<sup>66</sup>, ha affrontato il problema della «operatività solo *pro futuro* ovvero anche retroattiva di un arresto innovativo, di progressa consolidata giurisprudenza, nell'ambito del diritto processuale, dal quale derivi l'esistenza, in precedenza esclusa, di una decadenza o di una preclusione in danno di una parte del giudizio». Questione che, a sua volta, richiama quella di fondo della «funzione meramente

<sup>65</sup> Nella specie si trattava del mutamento giurisprudenziale in punto di interpretazione della norma processuale che impartisce il termine per impugnare con ricorso per cassazione le sentenze del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, per cui si poneva il problema di stabilire se il ricorso, tempestivo secondo la precedente interpretazione, dovesse, invece, ritenersi tardivo alla stregua della nuova interpretazione.

<sup>66</sup> Con la sentenza di poco successiva di Cass. 27.12.2011, n. 28967, in *La nuova giur. civ. comm.* 5/2012, 412 ss., con nt. di C. VIALE, *La "prospective overruling" nell'ottica della valorizzazione del precedente e delle garanzie del giusto processo*, il giudice di legittimità consoliderà il *dictum* di Cass. n. 15144/2011, affermando schematicamente che «affinché il nuovo orientamento non sia "retroattivo" (come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali), ovvero affinché si possa parlare di *prospective overruling*, i presupposti che devono concorrere in via cumulativa fra loro, sono: a) che si verta in materia di mutamento di giurisprudenza su una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile a cagione del carattere lungamente consolidatosi nel tempo del pregresso indirizzo, tale – cioè – da indurre la parte ad un ragionevole affidamento su di esso; c) che l'*overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte».

dichiarativa o (concorrentemente) creativa riconosciuta alla giurisprudenza [e] del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione dell'ordinamento giuridico»<sup>67</sup>.

In quella occasione la Cassazione – il cui intervento fu sollecitato da una serie di pronunce che in quegli stessi anni innovavano non poco la interpretazione di talune rilevanti norme processuali<sup>68</sup> – valorizzò la distinzione tra *overruling* frutto di una interpretazione “correttiva”, sostanzialmente brusca ed imprevedibile, e mutamenti dettati da una interpretazione “evolutiva” che, diversamente dalla prima, sarebbe il risultato finale di un percorso meditato e preannunciato.

Ebbene, secondo il giudice di legittimità, solo a fronte di una novità interpretativa del tutto impreveduta (e dunque del primo tipo) l'ordinamento dovrebbe farsi carico della tutela dell'affidamento incolpevole della parte, consentendo di sottrarre la condotta processuale della stessa alle conseguenze dettate dall'applicazione dell'*overruling* imprevedibile<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Tra i moltissimi contributi sulla giurisprudenza come fonte del diritto, v. T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 352 ss.; Id, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, *ivi*, 1958, 14 ss.; E.T. LIEBMAN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 568 ss.; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. civ.*, Torino, 1990; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, II ed., in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2011, 171 ss.

<sup>68</sup> G. VERDE, *op. ult. cit.*, spec. par. 6, ricorda che «il problema del mutamento di giurisprudenza in ordine a disposizioni processuali si è posto: a) in relazione alla impugnazione del provvedimento di liquidazione delle competenze al c.t.u. (Cass., sez. un., 3 settembre 2009, n. 19161); b) all'ammissibilità dei ricorsi per motivi attinenti alla giurisdizione, quando la questione non sia stata proposta in appello (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883); c) alla tempestività della notificazione non andata a buon fine (Cass., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687); d) all'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo per tardiva costituzione dell'opponente (Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246); e) alla forma della domanda con cui si chiede l'annullamento di una deliberazione condominiale (Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491); f) alla decorrenza del termine per l'iscrizione a ruolo della causa quando la citazione sia notificata a più convenuti (Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864); g) alla decorrenza del termine breve per l'impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado, decorrente dalla notifica della copia integrale del dispositivo, indipendentemente dalla registrazione della sentenza stessa (Cass., sez. un., 30 marzo 2010, n. 7607)».

<sup>69</sup> Così F. CAVALLA-C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.* 10/2011, 1392 ss., spec. 1402, in nota alla citata sentenza delle sezioni unite, i quali condividono la conclusione della S.C. sul punto, pur osservando che la sentenza non chiarisce se la rimessione in termini possa essere disposta anche d'ufficio dal giudice (favorevole alla rimessione in termini officiosa,

Diversamente nelle ipotesi di mutamenti di indirizzi non consolidati e, anzi, oscillanti, rispetto ai quali l'*overruling* risulti "preparato" dai progressivi approdi della giurisprudenza e della dottrina, non potrebbe invocarsi l'errore scusabile, poiché l'avvocato avrebbe dovuto agire in ossequio all'indirizzo più rigoroso, secondo un principio di cautela<sup>70</sup>.

A proposito di mutamenti giurisprudenziali<sup>71</sup> e auto-responsabilità dell'avvocato è utile richiamare anche la pronuncia di Cass. SU 12.2.2019, n. 4135<sup>72</sup>, riguardante la nota vicenda interpretativa che ha interessato l'art. 829 co. 3 c.p.c. e la norma transitoria dettata dall'art. 27, co. 4, d.lgs. n. 40/2006 sulla impugnazione del lodo per errori di di-

---

A. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo condiviso) antidoto*, in *Il giusto proc. civ.* 4/2010, 1165 ss.; in senso analogo, sebbene più dubitativamente, anche E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.* 11/2010, 1476 ss.).

<sup>70</sup> Per una critica a tale conclusione v. F. CAVALLA-C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 1403-1404, secondo cui la soluzione delle sezioni unite si ispira al principio per cui «va premiato solo chi è stato non tanto "più prudente che no", ma addirittura "cauto come un pellerossa a caccia di bisonti", così conformandosi all'indirizzo più rigoroso, venato o meno da nervature sistematiche potenti, per l'eventualità che fosse proprio questo a doverosamente infine prevalere». E ancora molto efficacemente: «scusabile sarebbe solo l'errore di chi, affidatosi alla giurisprudenza prevalente, sia stato colto del tutto di sorpresa da un inopinato *overruling*. Per contro scusabile non sarebbe l'errore di chi non abbia saputo ben soppesare le *guidelines* evolutive del diritto vivente, venendo premiato unicamente l'inclito giurista olfattivamente perfetto, capace di preconizzare l'evoluzione della giurisprudenza in particolare delle Sezioni Unite (ed i più o meno movimentisti indirizzi di politica giudiziaria volta a volta perseguiti dal loro Presidente), o in alternativa l'indole tranquillante di chi, nel contrasto tra tesi contrapposte, abbia comunque optato per la condotta processuale più prudente».

<sup>71</sup> E non proprio di *prospective overruling*, visto che – come si vedrà *infra* nel testo – nella vicenda in questione non si trattava di un mutamento interpretativo restrittivo e quindi peggiorativo, tale da ledere l'affidamento della parte sui propri poteri processuali a processo pendente.

<sup>72</sup> Su cui v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto vivente e difesa tecnica: lo strano caso dell'impugnazione del lodo arbitrale per violazione di legge*, in *Corr. giur.* 3/2021, 394 ss., la quale si concentra in particolare sulla questione in relazione al rapporto tra avvocato e cliente, e sottolinea la complessa valutazione che il difensore deve compiere in ordine all'esercizio di un potere processuale, avendo bene a mente le conseguenze sui costi del processo di una eventuale declaratoria di inammissibilità integrante gli estremi della colpa grave; v. pure il commento di V. CAPASSO, *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*, in *Foro it.* 5/2019, 1639 ss.; quello di A. VILLA, *Giurisprudenza di merito su questioni processuali e limiti della tutela dell'affidamento incolpevole*, in *Riv. dir. proc.* 2/2020, 854 ss.; nonché la breve nota di M. FARINA, *Porte chiuse alla rimessione in termini nel caso di "puro e semplice" errore di diritto della parte (meglio, del suo difensore)*, in *judicium.it*, 25 febbraio 2019.

ritto, nel caso di convenzione arbitrale stipulata prima della entrata in vigore della riforma del 2006, e domanda di arbitrato proposta, invece, successivamente, in cui l'avvocato non aveva censurato la violazione di regole di diritto, affidandosi alla soluzione accolta, sino a quel momento, dalla giurisprudenza di merito.

Tuttavia, nel frattempo, alcune pronunce della S.C. andavano orientandosi nel senso di ammettere<sup>73</sup>, in tali ipotesi, la sindacabilità del lodo per errori di diritto nonostante il silenzio sul punto della convenzione arbitrale; e, pur non mancando sentenze di senso contrario, la soluzione positiva fu infine scolpita in un trittico di pronunce delle Sezioni Unite nel 2016<sup>74</sup>.

Di conseguenza la parte aveva chiesto alla Corte d'appello di essere rimessa in termini al fine di proporre "motivi aggiunti" in cui inserire le inizialmente omesse censure degli errori di diritto<sup>75</sup>.

Per quanto qui di interesse, le Sezioni Unite nel 2019 hanno chiarito che, in tali ipotesi, il rimedio non è quello del *prospective overruling* poiché la naturale efficacia retroattiva di una sentenza può essere paralizzata al fine di far salva la validità e tempestività (alla stregua del precedente orientamento) dell'agire processuale; ma non, al contrario, per giovare di un mutamento giurisprudenziale ampliativo di facoltà e poteri processuali non esercitati.

Il rimedio astrattamente concedibile, allora, in casi del genere di *overruling* ampliativo, deve essere quello della rimessione in termini, che è proprio lo strumento atto a soccorrere la parte incolpevolmen-

---

<sup>73</sup> A partire da Cass. 19.4.2012, n. 6148, in *Riv. Arb.* 2/2013, 411 ss., con nt. di R. NOTARPASQUALE, *Osservazioni sulla applicazione nel tempo del nuovo art. 829, comma 3, c.p.c.*

<sup>74</sup> V. Cass. SU 9.5.2016, nn. 9341, 9284, 9285, in *Giur. it.* 6/2016, 1451 ss., con nota adesiva di C. CONSOLO-V. BERTOLDI, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*. La norma transitoria fu poi portata all'attenzione della Corte Costituzionale per sospetta illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost con ord. di rimessione, 30.11.2016, della Corte di Appello di Milano (in *Giur. it.* 2017, 1178 ss., con il commento critico di C. CONSOLO-V. BERTOLDI-F. PORCELLI, *Sussulti alla sindacabilità del lodo per errori di diritto ammessa dalle Sezioni unite (per arbitrati fondati su convenzioni anteriori al 2 marzo 2006)*; ma la Corte – con sentenza del 30.1.2018, n. 13 – non ha ritenuto fondata la questione di incostituzionalità.

<sup>75</sup> Come precisano F. GODIO-M. STELLA, *Recupero dei motivi di nullità del lodo per errori di diritto non svolti tempestivamente?*, in *Giur. it.* 11/2018, 2449 ss., in nota alla ordinanza di rimessione alle sezioni unite di Cass. 2.9.2018, n. 20472, spec. 2452, nt. 2, la stessa ordinanza di rimessione non specificava quando la istanza di rimessione fu chiesta.

te decaduta dal compimento di un'attività processuale<sup>76</sup>. Nel caso di specie, tuttavia, la parte non ha potuto giovarsene, poiché l'avvocato aveva consapevolmente deciso di limitare la propria azione difensiva, interpretando la norma transitoria sulla base di alcune pronunce di merito, e non a fronte di un solido e univoco orientamento della giurisprudenza di legittimità, il solo in grado di ingenerare un affidamento incolpevole e così tutelabile.

Al di là della importante vicenda interpretativa che ha accompagnato in questi anni la lettura del nuovo art. 829, co. 3, c.p.c. e della relativa norma transitoria, la sentenza in parola offre una occasione in più per riflettere sull'onere di diligenza dell'avvocato al cospetto della evoluzione giurisprudenziale<sup>77</sup>.

Messo giustamente da parte il tema dell'*overruling*, il rimedio della rimessione in termini può essere qui letto alla luce del dovere di precauzione, proprio come declinazione del dovere di diligenza del professionista, «che dovrebbe farsi tanto più accentuato al cospetto di divergenti interpretazioni di una disposizione processuale oscura o ambigua»<sup>78</sup>.

In concreto, dunque, e necessariamente caso per caso, la diligenza del difensore – e così la possibilità di concedere la rimessione in termini – dovrà essere attentamente ponderata: «la parte, su cui graverà il relativo onere, dovrà dunque dimostrare che, al momento in cui è maturata la sua scelta processuale “rinunciataria” (più che in senso tecnico acquiescente), e la conseguente decadenza dall'esercizio del

<sup>76</sup> Infatti qui la concessione della rimessione in termini non ha nulla a che vedere con il tipico problema posto dall'*overruling* processuale, e «cioè quello di sterilizzare il giudizio in corso rispetto all'applicazione della sopravvenuta esegesi (di tipo restrittivo)», come osserva A. VILLA, *Giurisprudenza di merito su questioni processuali e limiti della tutela dell'affidamento incolpevole*, cit., 864; e infatti, in tale vicenda, «la rimessione in termini sarebbe servita allo scopo inverso, ossia a quello di garantire non già la irretroattività, ma la retroattività del nuovo orientamento», come nota L. PASSANANTE, *Quando l'apparenza inganna: pronunce «ampliative» di diritti processuali e tutela dell'affidamento*, in *Foro it.* 2019, I, 974 ss.

<sup>77</sup> Il tema meriterebbe di essere approfondito pure con riguardo al ruolo svolto, nel giudizio arbitrale (rituale) e dunque già prima che si giunga alla fase di impugnazione del lodo, dal difensore che, in arbitrato, si fa «agent e quasi alter ego della parte» ed esercita poteri di grande rilievo: sul punto si rinvia a C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori – e residualmente degli arbitri come mandatari – negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *Riv. dir. proc.* 6/2015, 1358 ss.

<sup>78</sup> Così F. GODIO-M. STELLA, *op. ult. cit.*, 2456, specie, aggiungiamo noi, ove sia in gioco la interpretazione di una norma transitoria dettata da un intervento legislativo di riforma, rispetto alla quale è facile immaginare si rendano necessari chiarimenti in via interpretativa.



potere, nessun precedente della giurisprudenza di merito lasciava spiragli, nessuna voce dottrinale si era espressa in favore della possibilità di compiere l'atto processuale omesso, superando la nuda lettera della legge»<sup>79</sup>.

In un ipotetico successivo giudizio di responsabilità dell'avvocato, non è da escludere che sia proprio il danno da perdita di *chances* il pregiudizio di cui l'assistito possa utilmente pretendere ristoro. Prendendo ancora ad esempio il caso da ultimo riassunto, si noti come sia impossibile stabilire con relativa certezza se, e in che misura, l'accoglimento della istanza di rimessione in termini e la conseguente proposizione di motivi per errori di diritto (in origine omessi) avrebbero inciso sull'esito della impugnazione del lodo<sup>80</sup>. E proprio nella incertezza si insinua – con qualche vantaggio per l'attore che sappia farne buon uso – il danno da perdita di *chance*.

### **2.3. (Segue) ancora sugli oneri di diligenza dell'avvocato rispetto alla conoscenza dei precedenti: la formulazione del ricorso per cassazione secondo il canone dell'art. 360-bis, co. 1, n. 1), c.p.c.**

La riflessione intorno all'onere di diligenza dell'avvocato può arricchirsi anche del contributo offerto da una non più recentissima pronuncia della S.C. in materia di c.d. filtro in cassazione<sup>81</sup>. Ad avviso del collegio di legittimità il disposto dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c. imporrebbe al ricorrente un onere di formulazione, secondo una precisa tecnica, dei motivi di ricorso. Così si legge nella citata sentenza: «se è vero che la conformità della decisione impugnata alla giurisprudenza della Corte e la mancata esposizione di argomenti per confermare o mutare l'orientamento della stessa determina – ai sensi dell'art. 360-bis n. 1 cod. proc. civ. – l'inammissibilità del ricorso sul piano meritale<sup>82</sup>, ne deriva

<sup>79</sup> È la efficace chiosa di F. GODIO-M. STELLA, *op. ult. cit.*, 2457.

<sup>80</sup> Con ispirazione analoga, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto vivente e difesa tecnica*, cit., 399, nt. 37, si chiede se la valutazione intorno alla fondatezza dei motivi di impugnazione non proposti possa in qualche modo influenzare la decisione sulla istanza di rimessione in termini.

<sup>81</sup> V. Cass. 2.3.2018, n. 5001, in *Giur.it.* 7/2018, 1617 ss., con nt. di D. CASTAGNO, *La sezione-filtro torna sull'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.*

<sup>82</sup> Sulla peculiare categoria della inammissibilità per ragioni di merito enucleata dalla stessa S.C. per spiegare la disposizione dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., v. quanto si è già

che la specificità del motivo, ai sensi dell'art. 366 n. 4 cod. proc. civ., va declinata attraverso l'esame della decisione impugnata alla luce della giurisprudenza della Corte e, nel caso in cui la decisione risulti conforme a tale giurisprudenza, attraverso la proposizione di argomenti per mutarla o confermarla; in mancanza, il motivo risulterà non specifico, non idoneo al raggiungimento dello scopo, e si infrangerà – prima di tutto – nella inammissibilità processuale prevista dall'art. 366 n. 4 letto in relazione all'art. 360 *bis* n. 1 cod. proc. civ.».

Il riferimento all'art. 366 n. 4 c.p.c., e dunque ai «motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano, secondo quanto previsto dall'art. 366-*bis*», consente due immediati rilievi.

Secondo la ormai nota tendenza dell'organo di vertice della giurisdizione a considerare la giurisprudenza quasi come vera e propria fonte del diritto, si avalla la definitiva equiparazione della giurisprudenza di legittimità alle «norme di diritto» (che – e qui sta il paradosso – il ricorrente non è tenuto a specificare nel motivo a pena di inammissibilità: è pur sempre vero che *iura novit curia*); e l'art. 360-*bis* viene eretto a simbolo – uno dei tanti – del rafforzamento del «principio dello *stare decisis*, che si fa strada nel nostro ordinamento in funzione del potenziamento della funzione nomofilattica della Corte suprema e di uniformazione delle decisioni giurisdizionali»<sup>83</sup> (come già evidenziato *supra* al par. 1).

---

detto *supra* in nt. 26 di questo stesso capitolo a proposito di Cass. SU 21.3.2017, n. 7155.

<sup>83</sup> Così la citata sentenza di Cass., 2.3.2018, n. 5001, 10. Le osservazioni (condivisibilmente) critiche sono di V. CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso ... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2019, 627 ss., la quale sottolinea che, così ragionando la Corte sposta la inammissibilità dell'art. 360-*bis*, n. 1), c.p.c. sul piano del difetto di specificità del motivo *ex art.* 366, n. 4), c.p.c., così concretizzando un esito profetizzato da S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, cit., spec. 192, la quale, pur riferendosi al requisito della autosufficienza invece che a quello della specificità, aveva previsto che «la giurisprudenza di legittimità [avrebbe arricchito] l'art. 366, dichiarando inammissibile quel motivo di impugnazione carente perché il ricorrente ha mancato di specificare ed individuare le questioni di diritto decise in modo conforme rispetto a precedenti decisioni della Cassazione, la questione nuova o le ragioni per le quali è opportun[a] una rimeditazione della Corte». Leggeva l'art. 360-*bis*, n. 1, proprio invece alla luce del requisito della specificità, R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2010, 363 ss., secondo cui necessariamente la norma imporrebbe al ricorrente, a pena di inammissibilità, la indicazione della «1) questione di diritto che si intende sottoporre all'esame della Corte; 2) l'orientamento della Corte di cui si chiede il mutamento; 3) le ragioni che giustificano il mutamento richiesto».

Inoltre sulla base del rinvio che l'art. 366 n. 4 c.p.c. tuttora fa alla norma che disciplinava l'abrogato quesito di diritto, la Corte conclude, con una certa sicurezza, che il meccanismo del filtro avrebbe letteralmente «preso il posto» del quesito di diritto, trascurando del tutto la netta distinzione funzionale rinvenibile tra i due istituti, là dove l'art. 360-bis non prescrive un requisito di contenuto-forma, come faceva invece la norma sul quesito di diritto<sup>84</sup>.

Posta la assoluta discutibilità dell'assunto – che la sentenza in parola dà per assodato – secondo cui la giurisprudenza, quale indefinito insieme di precedenti<sup>85</sup>, sarebbe autentica fonte del diritto, qui preme evidenziare che la intersezione tra la inammissibilità *ex art. 366, n. 4, c.p.c.* (per motivo carente della indicazione delle norme di diritto su cui il ricorso si fonda) e la inammissibilità “meritale” dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c. comporta l'esito inaccettabile della imposizione di un nuovo onere formale all'avvocato, sebbene non prescritto dalla norma, con delle conseguenze irragionevoli.

Infatti, la rigorosa applicazione del principio di diritto oggi affermato dalla S.C. comporterebbe che il giudice di legittimità potrebbe comunque dichiarare l'inammissibilità del motivo di ricorso – anche a fronte di un mutamento della giurisprudenza successivo alla proposizione del ricorso stesso – in ragione della carenza formale dovuta alla mancata deduzione e confutazione del precedente orientamento. Cioè

---

<sup>84</sup> Così V. CAPASSO, *op. ult. cit.*, 631, secondo cui non può bastare la considerazione della contestualità dell'abrogazione dell'art. 366-bis e della introduzione dell'art. 360-bis per affermare la interscambiabilità dei due strumenti. Del resto la stessa qualificazione della inammissibilità in parola come inammissibilità dovuta a ragioni di merito dovrebbe indurre ad escludere che l'art. 360-bis, n. 1, imponga un requisito di contenuto-forma da valutare al momento della proposizione del ricorso. Le SU del 2017 avevano, infatti, chiaramente affermato la differente natura della inammissibilità prescritta dalla norma sul filtro, rispetto alla tradizionale inammissibilità dovuta a difetti formali della impugnazione.

<sup>85</sup> Secondo le linee guida per il funzionamento della Sesta sezione civile contenute nella circolare del 22.4.2016 del Primo Presidente in punto di interpretazione dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., per “giurisprudenza” deve ritenersi: «una decisione a sezioni unite», o «un orientamento consolidato delle sezioni semplici» ovvero ancora «poche sentenze di una o più sezioni semplici, se convergenti o «una sola sentenza, se ritenuta convincente»; sul punto v. la soluzione proposta da V. CAPASSO, *op. ult. cit.*, 644 ss., nel senso di intendere la “giurisprudenza” di cui all'art. 360-bis c.p.c. come “diritto consuetudinario giurisprudenziale”, cioè un orientamento effettivamente e spontaneamente seguito in ragione della forza persuasiva derivante dall'autorevolezza del Collegio o dalla particolare forza argomentativa, a prescindere da che si tratti di una decisione delle sezioni unite di un gruppo di decisioni delle sezioni semplici.

la inammissibilità non potrà essere dichiarata ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., posto che la valutazione di quella ammissibilità deve essere effettuata al momento della decisione e non del ricorso<sup>86</sup>; bensì *ex art.* 366, n. 4, c.p.c. «che, dietro la maschera di una presunta inidoneità al raggiungimento dello scopo per inintelligibilità, nasconde una (enne-sima) espressione di formalismo»<sup>87</sup>.

In ultima analisi, con tale sentenza, la Corte di Cassazione ammette la possibilità che un ricorso fondato venga dichiarato inammissibile, e per giunta sulla base della violazione di un onere formale non prescritto dalla legge.

Tanto significa accettare pure un'altra conseguenza, in punto di responsabilità dell'avvocato. Infatti se, secondo il principio qui discusso, si delinea una inammissibilità di carattere strettamente processuale attinente alla forma-contenuto dell'atto, e dovuta alla carenza degli elementi costitutivi necessari del motivo, da valutare dunque al momento della proposizione del ricorso, la stessa diligenza dell'avvocato dovrà essere misurata in relazione al momento genetico del motivo difettoso. In particolare, all'avvocato – eventualmente convenuto in un successivo giudizio risarcitorio – si potrà rimproverare che la lacunosità nella formulazione del motivo di ricorso, che ha condotto ad una declaratoria di inammissibilità e così al passaggio in giudicato della sentenza sfavorevole, ha compromesso le *chances* di accoglimento del ricorso e prima ancora della sua decidibilità nel merito. Senza considerare che, in linea di principio, il difensore potrebbe essere ritenuto responsabile per il danno da perdita di una *chance* (di nuovo, di ottenere perlomeno uno scrutinio sulla fondatezza del ricorso) anche solo per essere incorso nella declaratoria di inammissibilità, *ex art.* 360-*bis*, n. 1, c.p.c., “pura”, e cioè per non essere stato in grado di persuadere la S.C. della opportunità di confermare o mutare il proprio orientamento<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Si tratterebbe di ammissibilità sopravvenuta secondo Cass. SU 21.3.2017, n. 7155: «Il fatto, cioè, che la struttura della disposizione in esame imponga di valutare l'esistenza della eventuale ragione d'ammissibilità del ricorso al tempo della decisione non implica, di per sé, che non d'inammissibilità bensì d'infondatezza debba parlarsi, ma significa solo che possono darsi casi di ammissibilità sopravvenuta, dei quali la corte dovrà evidentemente tener conto nella sua decisione».

<sup>87</sup> Così V. CAPASSO, *op. ult. cit.*, 642.

<sup>88</sup> A cui si deve altresì aggiungere la valutazione delle probabilità di ottenere una pronuncia di cassazione con o senza rinvio; e nel caso di rinvio, del probabile esito del giudizio di rinvio stesso.

Un discorso analogo potrebbe, poi, riferirsi alle incombenze che gravano sull'avvocato, anche non necessariamente in relazione alla incidenza della giurisprudenza. Si intende riferirsi evidentemente alle norme che impongono al difensore di redigere gli atti difensivi secondo canoni stringenti. Si pensi alla specificità richiesta, a pena di inammissibilità, dall'art. 342 c.p.c. per la redazione dei motivi di appello<sup>89</sup>; o, ancora in tema di ricorso per cassazione, al criticato requisito dell'autosufficienza, il cui fondamento si troverebbe (secondo la Cassazione) nell'art. 366, co. 1, n. 6) c.p.c.<sup>90</sup>. In tale categoria di precetti "redazionali" si inseriscono pure quelle disposizioni (prima dell'ultima riforma del processo civile, di rango solo non legislativo<sup>91</sup>), che raccomandano il rispetto dei canoni di chiarezza e sinteticità<sup>92</sup>. A questo ultimo proposito, giova notare che il nuovo art. 121 c.p.c., come modificato dall'art. 3, co. 9, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, prevede ora che «tutti gli atti del processo [debbono essere] redatti in modo chiaro e sintetico».

#### **2.4. Una sintesi dei casi in cui il danno da perdita di *chances* può venire in rilievo in relazione alla responsabilità professionale dell'avvocato**

Le ipotesi portate ad esempio sono difficilmente assimilabili. Rispetto, ad esempio, a quelle da ultimo accennate, relative a errori o imprecis-

<sup>89</sup> La prescrizione dell'art. 342 c.p.c., dopo la novella della l. 134/2012, in punto di specificità dei motivi di appello è stata interpretata (seppure da un indirizzo di legittimità minoritario) anche nel senso che l'appellante avrebbe avuto l'onere di indicare un "progetto alternativo di decisione": così Cass. 7.9.2016, n. 17712, poi smentita da Cass. SU 16.11.2017, n. 27199, in *Foro it.* 3/2018, 988 ss., con nt. di G. BALENA, *I assicuranti contenuti delle Sezioni unite sul contenuto dell'atto di appello*; e in *Corr. giur.* 1/2018, 70 ss., con nt. di F. GODIO, *Le Sezioni unite confermano: l'appello "specifico" non richiede all'appellante alcuna sorta di "progetto alternativo di decisione"*, che ha giustamente negato la sussistenza di un siffatto onere in capo all'appellante.

<sup>90</sup> In dottrina il ricorso al principio di autosufficienza è stato criticato proprio perché non rispondente ad una espressa previsione legislativa e non rientrante tra i requisiti prescritti dall'art. 366 c.p.c.: in tal senso v., per tutti, B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1/2006, 217 ss., spec. 228 ss.; per una rassegna aggiornata degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, v. N. GIALONGO, *I requisiti del ricorso in cassazione: il principio della c.d. autosufficienza*, in *Judicium* 1/2019, 5 ss.

<sup>91</sup> Si consideri, però, che il c.p.a., all'art. 3, co. 2, già prescriveva che gli atti di parte e del giudice dovessero essere redatti «in maniera chiara e sintetica»; e che l'art. 19 d.l. 83/2015, convertito con l. 132/2015, aveva modificato l'art. 16-bis l. 221/2012, aggiungendo la previsione secondo cui «gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica».

<sup>92</sup> V. i riferimenti nella nt. seguente.

sioni nella formulazione degli atti processuali di solito sanzionati con il rigetto in rito per inammissibilità<sup>93</sup>, diversamente da quelle affacciate in apertura – riguardanti, invece, vicende di decadenza dal compimento di un'attività processuale in ragione della condotta del difensore –, pare più ardito ipotizzare la proponibilità di una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, per la semplice ragione che i criteri in base ai quali valutare se un atto di appello o un ricorso per cassazione (e non è un caso che il discorso sia riferito in particolare agli atti di impugnazione) siano idonei a sollecitare la trattazione e la decisione nel merito non sono sempre chiari e univoci, anzi sono spesso soggetti alla interpretazione discrezionale e mutevole della stessa magistratura<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Sanzione che, tuttavia, non dovrebbe colpire l'atto processuale per il solo fatto che esso non sia sufficientemente chiaro o sintetico, dal momento che nel c.p.c. – perlomeno fino alla Riforma Cartabia – non si rintracciava una norma che codificasse espressamente il principio di sinteticità (se si escludono i riferimenti, per gli atti del giudice, alla “concisa” esposizione e alla “succinta” motivazione contenuti negli artt. 132 e 134 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c.; ove, invece, per gli atti di parte, vige il principio di libertà delle forme ex art. 121 c.p.c.). Eppure, già prima che gli oneri di chiarezza e sinteticità venissero impressi nel codice di rito riformato, erano numerose le sentenze con cui la S.C. respingeva, dichiarandoli inammissibili ex art. 366, nn. 3) e 4), c.p.c., i ricorsi tacciati di oscurità o prolissità, spesso anche richiamando proprio l'art. 3, co. 2, c.p.a., ritenuto espressione di un principio processuale generale, destinato, in quanto tale, ad operare anche nel processo civile: v., fra le altre, Cass. 3.11.2020, n. 24432; Cass. 21.3.2019, n. 8009; Cass. 20.10.2016, n. 21297. Sul tema v., *ex multis*, A. TEDOLDI, *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in *Riv. dir. proc.* 3/2018, 669 ss.; L.P. COMOGLIO, *Esposizione «assemblata» dei fatti ed inammissibilità del ricorso in cassazione*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2/2018, 199 ss.; R. FRASCA, *Intorno al Protocollo fra Corte di cassazione e C.N.F. sui ricorsi civili*, C. CONSOLO, *Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (... a rischio di essere riponderato quale hard black letter rule)*, e I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziali: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.* 12/2016, 2768 ss.; per più completi ed aggiornati riferimenti si rinvia ai recenti contributi di C. SPACCAPELO, *La redazione chiara e sintetica degli atti processuali civili (in particolare di quelli di impugnazione) tra protocolli, riforme e principi giurisprudenziali*, in N. Donadio-A. Maniaci (a cura di), *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano, 2020, 297 ss.; F. DE GIORGIS, *Principio di sinteticità espositiva e inammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 244 ss.; nonché all'opera monografica di F. DE VITA, *Efficienza del processo civile e formazione degli atti*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>94</sup> Qui, solo in via di monito, si segnala che la S.C. ritiene talvolta di condannare la parte al pagamento di una somma a titolo di responsabilità processuale aggravata ex art. 96, co. 3, c.p.c., anche in casi di ricorso del tutto generico. Così, da ultimo, Cass. 17.7.2020, n. 15333, ha statuito che «sussiste altresì la responsabilità aggravata del ricorrente ex art. 96 comma 3 cod. proc. civ., il quale ha agito - tramite il suo legale, del cui operato risponde verso la controparte processuale ex art. 2049 cod. civ. - senza l'*exacta diligentia* esigibile in relazione a una prestazione professionale particolarmente qualificata, quale quella dell'avvocato, soprattutto ove il riferimento vada ad attività di cassazionista (cfr., di recente, Cass., 23 maggio 2019, n. 14035).

Lo si è visto con la vicenda interpretativa dell'art. 360-*bis*, n. 1); e non di meno con quella che ha interessato l'art. 342 c.p.c. in punto di specificità dei motivi di appello<sup>95</sup>; come lo si vede costantemente nell'uso, talvolta molto severo, che la S.C. fa del requisito dell'autosufficienza, e parimenti della sanzione della improcedibilità del ricorso per cassazione, le cui ipotesi non sono sempre di facile enucleazione analitica<sup>96</sup>.

In definitiva, poste le dovute distinzioni da tracciare caso per caso – poiché, è evidente, la vicenda della mancata o tardiva proposizione della impugnazione non è paragonabile a quella della formulazione di un ricorso per cassazione reputato non autosufficiente – pare, perlomeno astrattamente, possibile ricollegare alla responsabilità dell'avvocato un danno da perdita di *chance*, esclusivamente nelle ipotesi in cui sia assolutamente incerto quale sarebbe stato l'esito della lite<sup>97</sup>, nel senso di:

---

Secondo quanto si evince dal partito esame dei singoli motivi, il ricorso risulta - nelle sue prime cinque articolazioni - riprodurre, e non solo sostanzialmente, l'atto di citazione in appello, che a sua volta «fotocopia», secondo la rilevazione della pronuncia della Corte territoriale, la comparsa conclusionale del primo grado. Con il risultato manifesto che il ricorso non viene propriamente a confrontarsi né con la sentenza del primo grado, né con la sentenza del secondo: così non venendo a instaurare la dialettica processuale che, per contro, deve di necessità connotare i procedimenti di impugnazione».

<sup>95</sup> Cfr. Cass. SU 16.11.2017, n. 27199, in *Corr. giur.* 1/2018, 75 ss., con nt. già richiamata di F. Godio.

<sup>96</sup> In tema v. spec. Cass. SU 25.3.2019, n. 8312, che ha sancito la prevalenza dell'orientamento più liberale secondo cui il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione, di copia analogica della decisione impugnata priva di attestazione di conformità del difensore *ex art. 16-bis*, comma 9-*bis*, del d.l. n. 179 del 2012, convertito dalla l. n. 221 del 2012, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non determina l'improcedibilità del ricorso per cassazione nel caso in cui il controricorrente (o uno dei controricorrenti), nel costituirsi (anche tardivamente), depositi a sua volta copia analogica della decisione ritualmente autenticata, ovvero non disconosca la conformità della copia informale all'originale; nell'ipotesi in cui, invece, la controparte (o una delle controparti) sia rimasta soltanto intimata, ovvero abbia effettuato il suddetto disconoscimento, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità il ricorrente ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica, entro l'udienza di discussione o l'adunanza in camera di consiglio. Sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul punto v. G.G. POLI, *La nuova improcedibilità del ricorso per cassazione nella "terra di mezzo" tra telematico e analogico*, in *Il giusto proc. civ.*, 2/2019, 441 ss.

<sup>97</sup> Secondo M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 422-426, invece – proprio perché il campo applicativo della occasione di profitto è quello della irrisolvibile incertezza empirica – la perdita di *chance* non potrebbe mai rilevare in materia di responsabilità dell'avvocato. L'A. considera che i parametri sottesi al giudizio prognostico sull'esito ipotetico del processo mai tenutosi (per

a) un danno da perdita della *chance* di prosecuzione del processo: questa ipotesi ricorre in quei casi in cui la omissione o il ritardo irrimediabile nel compimento di un atto da parte dell'avvocato abbiano determinato la fine prematura del processo, che non ha potuto dunque dipanarsi nei tre gradi di giudizio (es.: mancata impugnazione; mancata riassunzione nei casi previsti);

b) un danno da perdita della *chance* di conduzione piena della causa, e cioè con tutti gli strumenti processuali previsti dal codice di rito (es.: mancata proposizione della domanda riconvenzionale in comparso di costituzione e risposta tempestivamente depositata; mancata produzione di un documento o ammissione di una prova testimoniale);

c) danno da perdita di *chance* a causa della redazione di atti processuali non esemplari e ritenuti non sufficientemente idonei a sollecitare la pronuncia nel merito da parte del giudice; in tale ultimo insieme potrebbe rientrare la ipotesi del ricorso dichiarato inammissibile *ex art. 360-bis*, n. 1), ovvero anche *ex art. 366*, nn. 4) e 6), c.p.c.

In ogni caso sembra prospettabile (ma in concreto andrà provato) un danno-conseguenza consistente nella perdita della possibilità di trarre vantaggi patrimoniali dalla pendenza della lite<sup>98</sup>, primo fra tutti

---

colpa dell'avvocato) corrisponderebbero a criteri logico-formali che l'ordinamento predispone per risolvere le questioni giuridiche. In tale prospettiva, l'incertezza viene evasa dall'applicazione delle norme e dei principi giuridici che regolavano la fattispecie e che sarebbero stati certamente applicati dal giudice, e in base ai quali si potrà stabilire *ex post* la fondatezza o meno di quel *petitum* e, di conseguenza, della pretesa risarcitoria. La premessa da cui muove l'A. è la equiparazione del procedimento giudiziario al procedimento amministrativo vincolato, sulla base della considerazione che, rispetto ad entrambi, l'ordinamento fornisce i criteri formali per addivenire ad una (e unica) soluzione. Accettiamo che questo possa valere nel caso di attività della P.A. vincolata e, dunque, a risultato obbligato, ma non comprendiamo come tale ipotesi possa essere accostata all'attività così profondamente umana e, dunque, imprevedibile e minacciata dal rischio di errori, quale è quella del giudizio su una controversia. Non possiamo condividere una tale serena presupposizione di calcolabilità del diritto, soprattutto se generalizzata e applicata indistintamente a qualunque giudizio, poiché oblitera le tante variabili che possono condizionare l'andamento e l'esito di un giudizio, in termini sia di applicazione ed interpretazione delle norme sostanziali, che di operatività dei congegni procedurali (persino questi non sempre univocamente intesi e adoperati). Esprime le nostre stesse perplessità, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 585.

<sup>98</sup> In senso opposto, al di fuori delle ipotesi di danno da perdita di *chance* cagionato dalla negligenza dell'avvocato, ma sempre nell'ambito del processo, si segnala come il sacrificio di una o più occasioni vantaggiose sia stato valorizzato dalla giurisprudenza "ad uso e consumo" del soggetto che pretende aver subito un pregiudizio o comunque una ingiustizia non meglio qualificata. Infatti è stata ammessa pure la risarcibilità della perdita di *chance* – quando viceversa sarebbe bastato il riferimento al lucro cessante – a causa della indebita protrazione del



quello di tentare il raggiungimento di un accordo transattivo con la controparte<sup>99</sup>. In disparte la primaria possibilità di aggiudicarsi la vittoria della lite, si tratta cioè del venir meno anche della mera possibilità di conseguire almeno una parziale capitolazione della controparte, eventualmente per il tramite di una soluzione di compromesso realizzabile solo a giudizio pendente.

È forse superfluo specificare che, in nessuna delle declinazioni proposte, un siffatto danno equivale al “danno da perdita del processo”<sup>100</sup>, poiché, come già osservato, di perdita di *chance* può parlarsi solo ove sia impossibile ricostruire *ex post* con esattezza quale sarebbe stato l’esito finale del giudizio.

---

processo, e dunque per la sua irragionevole durata, là dove l’interessato abbia dimostrato «anche solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, l’impedimento del verificarsi di concrete ed effettive occasioni suscettibili di procurargli risultati economici»: così Cass. 28.9.2005, n. 18953, e, in senso conforme, Cass. 26.1.2006, n. 1631, con riferimento all’indennizzo per l’equa riparazione da irragionevole durata del processo prevista dalla c.d. legge Pinto, n. 89 del 24 marzo 2001. Sul danno da perdita di *chance* “da processo” v. quanto riferito da M. GRADI, *I danni processuali al vaglio della giurisprudenza*, in *Corr. mer.* 11/2006, spec. 1268, secondo cui, quando il pregiudizio lamentato dalla parte sia solo ipotetico e potenziale, allora il danno risarcibile può assumere la forma di una perdita di *chances*, consistente nella perdita della sola possibilità di realizzare un guadagno o di evitare una perdita, che, in relazione al momento del giudizio, può essere sia presente (quando l’occasione è definitivamente persa) che futuro (quando l’opportunità è ancora aperta)».

<sup>99</sup> V. Cass. 22.11.2004, n. 22026 (in *Dir. prat. trib.* 1/2005, 10 ss., con nt. di G. VISINTINI, *In tema di responsabilità professionale del commercialista per perdita di chances*; e in *Corr. trib.* 11/2005, 862 ss., annotata da F.A. GENOVESE, *Ricorsi immotivati, responsabilità del difensore e danno risarcibile*), in materia di responsabilità del commercialista per non aver impugnato tempestivamente gli avvisi di accertamento, che distingueva due tipi di pregiudizi. Da un lato, quello relativo all’esito svantaggioso della lite (da accertarsi ormai in termini probabilistici, e non più di “certezza morale”, sulla base della prognosi delle probabilità di successo); dall’altro, quello relativo alle *chances* concesse alla pendenza del giudizio, ma a prescindere dalla decisione della controversia. La Cassazione valorizzava giustamente la possibilità di «transigere la vertenza o di procrastinarne la soluzione o di giovare di situazioni di fatto o di diritto sopravvenute, risultati che indiscutibilmente rappresentano, già di per se stessi, apprezzabili vantaggi sotto il profilo economico».

<sup>100</sup> In questo senso, M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, cit., 1005-1007, la quale ribadisce la tesi già sostenuta in passato (specie nella opera monografica *Il danno da perdita di chances*, cit.) del risarcimento del danno da perdita di *chance* come «soluzione maggiormente equa ed efficiente, perché idonea a distribuire proporzionalmente il peso del danno tra il professionista negligente e il suo cliente [...] la commisurazione della riparazione al pregiudizio realmente causato induce a considerare questa figura come uno strumento giusto ed efficiente di valutazione dei *competing interests* delle parti, espressione del principio di equivalenza tra entità del risarcimento e gravità del danno e, quindi, della generale funzione di *compensation* della responsabilità civile». Ragiona in questi termini anche D. COVUCCI, *La responsabilità professionale dell’avvocato: l’evoluzione continua*, in *Danno e Resp.* 7/2011, 742 ss.

Né si deve confondere la perdita di *chance*, come fattispecie di danno, con il canone probabilistico normalmente sotteso a qualunque giudizio di responsabilità. Confusione, come si vedrà nel prossimo paragrafo, in cui non di rado indulge anche la Corte di Cassazione in generale e nelle liti riguardanti la responsabilità del professionista.

## 2.5. La giurisprudenza di legittimità in materia: le *chances* perdute di vittoria della lite come metro del giudizio (necessariamente) probabilistico di responsabilità dell'avvocato

Chiudiamo questa riflessione sulla responsabilità dell'avvocato dal punto di vista del possibile danno da perdita di *chances* con l'analisi della giurisprudenza in materia. Il ragionamento che generalmente accompagna la soluzione dei casi di responsabilità dell'avvocato si fonda sull'assunto per cui, non potendo l'avvocato garantire la vittoria del giudizio di appello, «il danno derivante dalla tardiva proposizione di questo, in tanto è ravvisabile, in quanto, e sia pure con criteri necessariamente probabilistici, si accerti che il gravame, se tempestivamente proposto, sarebbe stato giudicato fondato»<sup>101</sup>; là dove le decisioni più risalenti richiedevano la prova della "certezza morale" che gli effetti di una diversa attività del difensore sarebbero stati vantaggiosi per il cliente<sup>102</sup>.

Del resto pure la lettura di alcuni più recenti arresti della S.C. fa emergere un orientamento che parrebbe univoco in ordine alla circostanza che la responsabilità del difensore non possa affermarsi per il

<sup>101</sup> Così, ad esempio, Cass. 26.2.2002, n. 2836, in *Resp. civ. prev.* 6/2002, 1376 ss., con nota di G. FACCI, *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la chance di vincere il processo*, il quale mette in luce come la giurisprudenza abbia inteso valorizzare la perdita di *chance*, anche in questo caso, per attenuare il rigoroso criterio della certezza a cui si faceva riferimento in passato, facendo leva, piuttosto, sulle "serie e apprezzabili probabilità di successo" che la parte avrebbe avuto senza la negligenza dell'avvocato, come emerge pure da sentenze più risalenti (cfr., *ex multis*, Cass. 6.2.1998, n. 1286, in *Resp. civ. prev.* 3/1998, 650 ss., con nota di G. DE FAZIO, *Responsabilità dell'avvocato per la perdita del processo e per la perdita della chance di vincere il processo*, in cui il riferimento al danno da perdita di *chance* è un accenno non davvero ponderato all'interno di un discorso relativo alla individuazione del nesso di causalità).

<sup>102</sup> Come riporta S. MONTICELLI, *Obblighi d'informazione e responsabilità dell'avvocato*, in *I Contr.* 1/2016, 85 ss., spec. 89 ss., osservando che, nonostante il cambio di prospettiva, al giudice dell'azione di responsabilità promossa contro l'avvocato spetta in ogni caso un giudizio prognostico non solo con riferimento alla omissione di un'attività tecnica, ma anche con riguardo agli obblighi di informazione.

solo fatto del suo inadempimento/inesatto adempimento<sup>103-104</sup>, ma sia

<sup>103</sup> Salvo il principio per cui, a prescindere dalla prova del danno ulteriore subito, l'avvocato negligente che, con il proprio errore, vanifichi tutta l'attività precedentemente svolta, incidendo irrimediabilmente sul diritto del proprio assistito, non ha diritto al pagamento del compenso: cfr. Cass. 26.2.2013, n. 4781, in *Foro it.* 6/2013, 1940 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Utilità della difesa e diritto al compenso*, in cui la S.C. applicava tale principio di diritto alla vicenda dell'avvocato che aveva omesso di impugnare la sentenza dichiarativa della estinzione del giudizio. Da ultimo, nello stesso senso, in un caso di mancata conversione del sequestro conservativo in pignoramento, v. Cass. 5.10.2018, n. 24519.

Per completezza si segnalano alcuni precedenti di legittimità che hanno invece riconosciuto la fondatezza della pretesa risarcitoria del cliente a fronte di un danno riconducibile al mero inadempimento dell'avvocato a prescindere dalla valutazione delle probabilità di accoglimento delle istanze da questi non diligentemente coltivate. Ci riferiamo a Cass. 7.7.2009, n. 15895, in cui si trattava del caso di mancato deposito di un ricorso per Cassazione, in quanto il corriere a cui l'avvocato aveva affidato il plico lo aveva consegnato ad un indirizzo diverso da quello del domiciliatario che avrebbe dovuto poi materialmente occuparsi del deposito (invero perché proprio l'avvocato aveva indicato il numero civico sbagliato). Non rinveniamo negli argomenti della S.C. il riferimento alla necessità di compiere un giudizio prognostico sull'esito del giudizio di cassazione che si sarebbe svolto e, anzi, leggiamo che «il difensore che ometta il deposito del ricorso ai sensi dell'art. 369 c.p.c. è per ciò solo responsabile dei danni patiti dal proprio cliente in conseguenza della violazione, da parte sua, degli obblighi nascenti dal contratto d'opera professionale intervenuto con il cliente senza che rilevi – nei rapporti con quest'ultimo – se l'inadempimento sia ascrivibile a sua colpa esclusiva, o se sussista – eventualmente – anche la responsabilità di coloro di cui si è avvalso per l'espletamento del ricevuto incarico» (p. 47). Anche più recentemente, con la pronuncia di Cass. 10.6.2016, n. 11907 – in un caso in cui il cliente lamentava l'inadempimento contrattuale dell'avvocato per aver fatto inutilmente decorrere il termine prescrizione biennale del credito risarcitorio nascente dal danno prodotto dalla circolazione di veicoli (*ex art. 2947 co. 2 c.c.*) – il giudice di legittimità ha cassato la sentenza della corte d'appello, là dove escludeva la responsabilità dell'avvocato sulla base del rilievo per cui i ricorrenti potevano comunque agire nei confronti del conducente del veicolo, soggetto nei confronti del quale il diritto non si era prescritto (in virtù della sospensione per rapporti tra le parti ai sensi dell'art. 2941 c.c.). Il giudice di merito ha omesso di valutare nel suo complesso il danno da inadempimento e le sue conseguenze; in particolare il danno è consistito, ad avviso del collegio di cassazione, nell'aver fatto perdere al proprio cliente la possibilità di avanzare la pretesa risarcitoria nei confronti di un condebitore solidale (e della sua assicurazione) presumibilmente più solvibile dell'altro coobbligato. Nello stesso senso v. pure Cass. 14.2.2017, n. 3765, secondo cui l'avvocato risponde anche per semplice negligenza ai sensi dell'art. 1176 co. 2 c.c. (e non solo per dolo o colpa grave nell'esecuzione di prestazioni particolarmente gravose di cui all'art. 2236 c.c.) per non aver compiuto gli atti interruttivi della prescrizione del diritto del suo cliente; in termini identici la precedente Cass. 5.8.2013, n. 18612, in *Danno e Resp.* 11/2013, 1089 ss., con nota di R. CONTE, *Contrasti giurisprudenziali sul termine di prescrizione e responsabilità dell'avvocato*, nonché in *Giur.it.* 4/2014, 843 ss., commentata da R. FAVALE, *Contrasto giurisprudenziale ed obbligo dell'avvocato di "seguire la via più sicura"*. In breve, il legale aveva aderito a quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, a fronte di un reato perseguibile a querela, il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno era considerato quinquennale; ma, nel frattempo, le sezioni unite avevano risolto il contrasto giurisprudenziale optando per il termine biennale. Ribaltando le decisioni dei giudici di merito, la S.C. ha ritenuto che il professionista debba sempre prediligere la soluzione che tuteli maggiormente il suo cliente, non potendosi deresponsabilizzare in ragione della mancanza di una risposta univoca al problema giuridico.

<sup>104</sup> Se si volesse sanzionare l'inadempimento in quanto tale (e, comunque, stante la oggettiva difficoltà di provare il danno subito da parte del cliente), in una prospettiva *de iure condendo* un rimedio alternativo andrebbe ricercato probabilmente in strumenti diversi dal risarcimento del danno, che sia "finale" o da perdita di *chance*.

necessaria a tal fine «la verifica se l'evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente sia riconducibile alla sua condotta professionale, se un danno vi sia stato effettivamente ed, infine, se, ove questi avesse tenuto il comportamento dovuto, il suo assistito, alla stregua di criteri probabilistici, avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, altrimenti, la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale, commissiva od omissiva, ed il risultato derivatone»<sup>105</sup>.

---

Alle sanzioni disciplinari già previste dal Codice deontologico forense (artt. 20-22) per la violazione dei doveri di diligenza (art. 12), competenza (art. 14), aggiornamento professionale e formazione continua (art. 15), si potrebbe immaginare di aggiungere la previsione di una sanzione pecuniaria che imponga all'avvocato la corresponsione di una somma di denaro divisa tra il cliente stesso e la cassa per il gratuito patrocinio, in sostituzione del ristoro totalmente privatistico, che soddisfi esclusivamente – eventualmente in sovra-compensazione – il cliente colpito dalla condotta poco accorta.

<sup>105</sup> Così Cass. 22.7.2014, n. 16690 (richiamando quanto già espresso da Cass. 5.2.2013, n. 2638), in *Danno e Resp.* 6/2015, 577 ss., commentata da C. DAINI, *Scelta del rito processuale e responsabilità del professionista legale*, che, in linea con la tendenza dominante fra gli autori che si sono occupati del tema, fa riferimento al danno da perdita di *chance*, senza che quest'ultimo emerga dalle argomentazioni della sentenza annotata. È interessante osservare che, nel caso di specie, il cliente contestava all'avvocato di aver subito un danno (la vendita di un immobile in corso di causa) a causa della strategia difensiva consistita nell'aver preferito il rito ordinario in luogo del (presunto) più celere monitorio, per il recupero di un credito. V. pure, *ex multis*, Cass. 27.5.2009, n. 12354, in *Resp. civ. prev.* 10/2009, 2049 ss., relativa al caso di un avvocato che aveva dimenticato di comunicare alla parte l'avvenuto deposito della sentenza, facendo inutilmente decorrere il termine per la impugnazione, con nota di M. AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*, il quale non condivide l'esclusione di ogni rilievo della lesione della *chance* di proseguire il giudizio tramite l'impugnazione, che, invece, dovrebbe essere risarcita in quanto espressione di un «pregiudizio al diritto di autodeterminazione»; e *ibidem* 4/2010, 817 ss., annotata da G. MUSOLINO, *Responsabilità dell'avvocato per perdita di chance di appellare la sentenza sfavorevole*; v. pure Cass. 26.4.2010, n. 9917, in *Resp. civ. e prev.* 12/2010, 2505 ss., con il commento di G. MUSOLINO, *Prova del vincolo contrattuale e responsabilità del commercialista per omissione* (dello stesso A. v. anche, in merito alla responsabilità del commercialista, *La responsabilità del commercialista*, in *Resp. civ. e prev.* 4/2014, 1139 ss.); nonché Cass. 5.2.2013, n. 2638, reperibile su *Italggiureweb*.

Sulla asserita inadeguatezza della strategia processuale messa in campo dall'avvocato e su come possa rilevare in termini di responsabilità professionale, si veda anche Cass. 22.11.2018, n. 30619, riguardante l'ipotesi della declaratoria di improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo per tardiva iscrizione a ruolo. In particolare, secondo il cliente, l'avvocato si era reso colpevole di non avergli rappresentato le scarsissime probabilità di accoglimento dell'opposizione; ma, come ritenuto dal giudice di merito (le cui statuizioni sono state confermate dalla S.C.), la diligenza dell'avvocato nell'adempimento del mandato alle liti deve essere valutata all'insegna della natura e delle caratteristiche della controversia e dell'interesse del cliente ad affrontarla con i relativi oneri e pur sempre tenendo conto del margine di discrezionalità nella scelta della strategia difensiva da parte del professionista.

La perdita di *chances*, dunque, non sembra venire in rilievo come fattispecie di danno autonomamente risarcibile, bensì quale criterio logico di ricostruzione del nesso causale tra l'inadempimento del professionista e il danno di cui il cliente pretende il risarcimento: danno che non può ritenersi sussistente ove l'attore non dimostri che, se meglio assistito in giudizio, avrebbe – più probabilmente che no – conseguito la vittoria della causa.

Sulla stessa lunghezza d'onda si collocano anche le ultime pronunce del giudice di legittimità, che precisano, con riguardo all'accertamento del nesso causale<sup>106</sup>, come «in tema di responsabilità professionale dell'avvocato per omesso svolgimento di un'attività da cui sarebbe potuto derivare un vantaggio personale o patrimoniale per il cliente, la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", si applica non solo all'accertamento del nesso di causalità fra l'omissione e l'evento di danno, ma anche all'accertamento del nesso tra quest'ultimo, quale elemento costitutivo della fattispecie, e le conseguenze dannose risarcibili, atteso che, trattandosi di evento non verificatosi proprio a causa dell'omissione, lo stesso può essere indagato solo mediante un giudizio prognostico sull'esito che avrebbe potuto avere l'attività professionale omessa»<sup>107</sup>.

Si spiega, allora, così il riferimento al danno da perdita di *chances*, contenuto in alcune (non molte, invero) sentenze della S.C. in materia di responsabilità professionale dell'avvocato, e cioè in ragione della consueta, e inevitabile, sovrapposizione tra i concetti di *chance* e probabilità<sup>108</sup>.

---

Pertanto, bene aveva agito l'avvocato scegliendo di notificare l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, nonostante le alte probabilità di soccombenza, poiché, così facendo, aveva dato prova di operare nell'interesse del proprio cliente (considerato che il decreto ingiuntivo era stato dichiarato provvisoriamente esecutivo). Il richiamo di questo precedente ci è utile anche sotto un altro profilo: la corte d'appello non aveva esaminato la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, in quanto proposta per la prima volta in secondo grado. Al di là di tale rilievo, ci interessa sottolineare come il giudice di legittimità abbia osservato che la domanda fosse rimasta assorbita dalla statuizione del giudice di merito in punto di «probabile insuccesso della controversia che ha condotto a ritenere non provato il danno conseguente all'errore processuale commesso».

<sup>106</sup> Della cui prova sarà onerato l'attore, stante il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di obbligazione di *facere* professionali: v. quanto riportato *supra* in particolare nel cap. III, par. 4.

<sup>107</sup> Così Cass. 6.7.2020, n. 13873, richiamando espressamente il *dictum* di Cass. 24.10.2017, n. 25112.

<sup>108</sup> Così Cass. 10.12.2012, n. 22376, statuiva che la semplice perdita di *chance* non è di per

In definitiva se, come pare corretto ritenere, il nesso di causalità tra l'inadempimento e l'evento di danno – e poi tra quest'ultimo e le conseguenze risarcibili del danno stesso – debba essere provato secondo lo standard probatorio tipico del processo civile, tanto varrà anche quando la pretesa abbia ad oggetto il ristoro del danno da perdita di *chances*, sia quale autonoma fattispecie di danno, come perdita delle *chances* di prosecuzione o conduzione piena del giudizio; sia nei casi in cui la perdita di *chance* venga fatta valere come conseguenza risarcibile del danno, nella specie della mancata possibilità di sfruttare la pendenza del giudizio per tentare la transazione con la controparte (v. *supra* il par. 2.4.).

### **3. Le *chances* perdute in ragione del normale svolgimento della funzione giurisdizionale, che solo a talune condizioni può sfociare in una ipotesi di responsabilità del magistrato**

È possibile che le parti di un processo civile si trovino nella condizione di patire un pregiudizio non solo in ragione della scorretta esecuzione del mandato difensivo da parte dell'avvocato, ma anche per l'errore commesso dal giudice nell'esercizio delle funzioni decisorie che gli sono attribuite dalla legge.

Come noto, tuttavia, il giudicante non risponde *sic et simpliciter* per qualunque danno sofferto dalle parti destinatarie del provvedimento giurisdizionale in ragione del processo e del suo esito, poiché ne sarebbero compromesse, ed anzi negate alla radice, le garanzie di indipendenza, imparzialità, e così di soggezione alla sola legge *ex art.* 101

---

sé risarcibile come «mera possibilità astratta di un risultato diverso e migliore, ma occorre che essa sussista effettivamente ed in concreto». Lo stesso principio è stato ribadito anche da Cass. 20.8.2015, n. 17016, in *Giur. it.* 2/2016, 335 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, in un caso di mancata proposizione del ricorso per cassazione per scadenza del termine. Dobbiamo dedurre che l'A. non condivida la soluzione della Corte in punto di qualificazione del danno da perdita di *chance*, quando scrive che «il richiamo alla *chance* ha un senso migliore se si consideri la *chance* stessa come diritto a lottare», la cui perdita «va risarcita proprio per quel che è, sganciata dunque da improbabili calcoli fatti da chi non possiede la sfera di cristallo», anche considerato che «per il caso dell'avvocato che non propone l'impugnazione [...] la probabilità dovrebbe ritenersi tendente a zero: quantomeno perché si parte da una decisione sfavorevole, il che conforta l'idea che la parte avesse torto, laddove la ragione sarebbe oggetto di un giudizio che è già stato fatto in precedenza e in senso negativo».

Cost.; sebbene il suo operato non sia mai stato per questo sottratto a forme, pur inizialmente blande, di sindacato<sup>109</sup>. Nel sistema italiano la responsabilità del giudice è venuta delineandosi – all’esito del referendum abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. (che sostanzialmente ricollegavano la responsabilità ad ipotesi di reato) e alla conseguente approvazione della l. 13 aprile 1988, n. 117 – secondo un modello misto che contemperava la concezione del giudice-funziionario e quella del giudice-professionista, di talché forme di controllo interno (responsabilità disciplinare) venivano a sommarsi a forme di controllo esterno (responsabilità civile nei confronti delle parti).

Fu proprio con la legge del 1988 che si tentò di colmare il vuoto normativo creatosi in seguito all’abrogazione delle norme del c.p.c., con una disciplina che traslava la responsabilità del giudice-funziionario (*ex art. 28 Cost.*) sullo Stato, prevedendo, dunque, una responsabilità diretta dello stesso per il fatto illecito del magistrato<sup>110</sup>. La parabola della disciplina della responsabilità del giudice si è infine conclusa con la l. n. 18/2015<sup>111</sup> che, nel recepire le istanze del dibattito politico oltre che quelle derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia

<sup>109</sup> V., per tutti, N. PICARDI-A. GIULIANI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987; E. FAZZALARI, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 1027; A. ATTARDI, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.* 4/1988, 305 ss.; A. PROTO PISANI-F. CIPRIANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.* 5/1988, 409 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 1 ss.; *Id.*, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.* 2/2007, 283 ss., sul punto spec. 288-289; v., più recentemente, anche M. CHIAVARIO, *Indipendenza e responsabilità del magistrato: il contributo del Giuliani «interdisciplinare»*, in *Riv. dir. proc.* 3/2012, 668 ss.; e, con particolare riguardo alla riflessione di N. Picardi in materia, A. PANZAROLA, *Nicola Picardi: processualista e storico*, in *Historia et ius*, 11/2017, 1 ss.

<sup>110</sup> V. N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, cit., 298 ss., il quale ricorda come, sino a metà degli anni '80 e alla promozione del noto referendum, «fra gli anni '60 e gli anni '80, in Italia ci si è limitati a demolire – in via di principio – il mito della irresponsabilità dello Stato giudice. È mancata, però, la strumentazione pratica per far valere effettivamente la responsabilità civile dello Stato. Ne è conseguita una situazione contrassegnata, ancora una volta, da una sostanziale irresponsabilità, sia del giudice che dello Stato giudice, per i danni da illecito provocati nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Anche in quest'epoca ci si è, pertanto, limitati ad utilizzare unicamente forme di controllo disciplinare o paradisciplinare del giudice e – semmai – a proporre azioni di rivalsa da parte dello Stato nei confronti del giudice che ha provocato un danno erariale».

<sup>111</sup> Sulla evoluzione della disciplina della responsabilità del magistrato, e per un'analisi dettagliata delle singole disposizioni, v., per tutti, G. FERRI-A. TEDOLDI (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, 2019; F. AULETTA-S. BOCCAGNA-N. RASCIO (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna, 2017.

dell'Unione Europea (e, in particolare, dalle sentenze *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*), ha conservato un modello di responsabilità "a doppio binario", che, da un lato, prevede la responsabilità diretta dello Stato e, dall'altro, solo in seconda battuta, quella del singolo magistrato in sede di rivalsa<sup>112</sup>; e, tra le novità più significative, ha ampliato le ipotesi di colpa grave di cui all'art. 2, co. 3<sup>113</sup>, e ha ridotto l'ambito di irresponsabilità per attività interpretativa e valutativa definito dalla c.d. "clausola di salvaguardia"<sup>114</sup>.

Nel novero di condotte idonee ad integrare un fatto illecito fonte di responsabilità per colpa grave<sup>115</sup> rientrano, dunque, la violazione

<sup>112</sup> Come ricorda C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 619, tale azione di rivalsa, oggi obbligatoria a pena di responsabilità contabile per lo Stato, non è né un'azione risarcitoria né un'azione di regresso, poiché – salvo il caso di dolo – Stato e magistrato non sono coobbligati in solido; «si tratta di una particolare azione volta a far applicare sanzioni civili anziché disciplinari, o meglio a far applicare una sanzione pecuniaria secondo forme e garanzie proprie della giurisdizione civile».

<sup>113</sup> Sulla responsabilità per dolo o colpa grave, v. per tutti F. DE SANTIS DI NICOLA, *Legge 13 aprile 1988, n. 117, sub art. 2, Responsabilità per dolo e colpa grave*, in F. Auletta-S. Boccagna-N. Rascio (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, cit., 29 ss.

<sup>114</sup> Sulla clausola di salvaguardia v., tra gli altri, F.P. LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.* 5/2008, 730 ss., secondo cui la esclusione della responsabilità per l'esercizio dell'attività interpretativa non possa riguardare l'interpretazione delle norme che non siano parametro di giudizio, bensì regola di condotta per il giudicante stesso, e la cui violazione si risolve dunque in *errores in procedendo*; più recentemente A. TEDOLDI, *Responsabilità civile del giudice, clausola di salvaguardia e "patafisica" del diritto*, in *Giur. it.* 11/2019, 2420 ss., in aperta critica verso la riscrittura della clausola di salvaguardia ad opera della legge del 2015, e osservando che sarebbe stato corretto espungere del tutto dalla legge il riferimento alla stessa, e prescrivere così semplicemente la responsabilità del giudice per dolo o colpa grave (pure nella interpretazione delle norme e nella valutazione delle prove), soprattutto ove si consideri «il crescente e sempre più marcato aumento dei poteri discrezionali e di direzione processuale del giudice civile cui si è assistito negli ultimi anni».

<sup>115</sup> Ambito che resta limitato ad ipotesi-limite rappresentative di errori del giudice non emersi in sede di impugnazione: l'art. 4, co. 2, della stessa l. n. 118/1988 prescrive, infatti, che l'azione di responsabilità possa essere proposta solo dopo l'esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione. Come osserva S. BOCCAGNA, *La parabola della responsabilità civile dei magistrati dal c.p.c. del 1940 alla l. n. 18 del 2015*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 5/2018, 1194 ss., spec. 1196, «diversamente, infatti, il giudice della responsabilità finirebbe per sovrapporre il proprio giudizio a quello del giudice che ha emesso il provvedimento, il che equivarrebbe a negare l'istituto del giudicato e, con esso, l'essenza stessa della giurisdizione; sul punto v. *amplius* ID., *Legge 13 aprile 1988, n. 117, sub art. 4, Competenza e termini*, in F. Auletta-S. Boccagna-N. Rascio (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, cit., 212 ss. È interessante notare che, in materia di arbitrato, l'art. 813-ter, spec. co. 4, c.p.c. (su cui v., in generale, L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 282 ss.) dispone che la responsabilità degli arbitri



manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, e il travisamento del fatto o delle prove. Tra queste, una ipotesi che richiama alla mente una possibile perdita di *chance* è quella, oggi espressamente menzionata dal co. 3-*bis* dell'art. 2 l. n. 117/1988, della manifesta violazione del diritto Ue per mancata osservanza dell'obbligo, imposto ai giudici di ultima istanza, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

---

possa essere fatta valere solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento del lodo (salva l'ipotesi di omissione o ritardo nel compimento di atti dovuti ovvero di rinuncia all'incarico senza giustificato motivo, in cui l'azione di responsabilità può essere proposta anche durante la pendenza del giudizio arbitrale), ed esclusivamente per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta (la illegittimità costituzionale della norma è stata esclusa da Cass. 14.6.2016, n. 12144, in *Giur. it.* 1/2017, 165 ss., con il commento critico di F. PORCELLI, *Equivalenze e divergenze normative tra ricusazione e responsabilità degli arbitri e dei giudici statali*, la quale trova inappagante la "rassegnazione" imposta, dalla pronuncia in questione, alla parte che opti per la giurisdizione arbitrale, come se la scelta dell'arbitrato debba comportare l'accettazione di una minor tutela, rispetto alla giurisdizione statale, in termini di responsabilità del giudicante). Dunque, nonostante il rinvio operato dal co. 2 della norma all'art. 2, co. 2 e 3, della l. 117/1988, non c'è esatta coincidenza tra le due discipline, data la necessaria corrispondenza tra l'errore dell'arbitro fonte di responsabilità e uno dei motivi di impugnazione ex art. 829 c.p.c., che, come noto, annovera nel suo elenco tassativo solo gli *errores in procedendo*, escludendo invece gli *errores juris in iudicando* (dal 2006 censurabili solo se espressamente previsto dalle parti nella convenzione arbitrale: cfr. quanto già ricordato *supra* al par. 2.2.) e gli errori di fatto (vero è che le ipotesi più rilevanti di responsabilità degli arbitri sono quelle delineate ai nn. 1 e 2 del co. 1 dell'art. 813-*ter* c.p.c.; e si ammette che le parti possano prevedere pattiziamente ulteriori ipotesi di responsabilità). La disciplina risulta viepiù insoddisfacente se si considera che pure l'altro istituto posto a presidio del corretto esercizio, in termini di indipendenza ed imparzialità, della funzione giurisdizionale da parte degli arbitri rituali, cioè la ricusazione, è regolata dall'art. 815 c.p.c., senza che vi si possa più leggere la deducibilità, per ricusare l'arbitro, dei motivi di astensione del giudice. E ciò che non può essere fatto valere come motivo di ricusazione, non è recuperabile nel giudizio di responsabilità; anzi, per la predetta corrispondenza tra ipotesi di responsabilità e motivi di impugnazione del lodo, in quella sede è impossibile far valere la responsabilità degli arbitri in ragione di uno qualsiasi dei motivi che potevano fondare l'istanza di ricusazione, poiché, tra le varie ipotesi di difetto della imparzialità dell'arbitro, l'unica che può valere come causa di nullità del lodo, da far valere ex art. 829, co. 1, n. 2), c.p.c., è la sussistenza in un interesse nella causa tale da determinare la radicale incapacità dell'arbitro di svolgere la sua funzione: cfr. il *dictum* di Cass. 15.11.2010, n. 23056, con nt. adesiva di C. PUNZI, *Sui limiti di impugnabilità del lodo arbitrale per difetto di imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2/2011, 391 ss. Invero, sebbene l'azione di responsabilità dell'arbitro per radicale incapacità sarebbe astrattamente possibile, se ne può escludere la proponibilità in concreto (o meglio si può escludere l'interesse delle parti a proporla), considerato che la pronuncia del lodo per parzialità dell'arbitro sarà rescindente, ai sensi dell'art. 830, co 2, c.p.c., per cui le parti otterranno, in via di tutela in forma specifica, una nuova decisione da parte di un arbitro imparziale (argomentiamo in questo senso a partire dal rilievo di E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo reso dall'arbitro invano ricusato*, in *Riv. dir. proc.* 5/2011, 1240 ss., spec. 1243, in nt. alla stessa pronuncia di Cass. 15.11.2010, n. 23056).

ex art. 267 TFUE, in caso di dubbio nella interpretazione del diritto europeo<sup>116</sup> (obbligo che, secondo il giudice del Lussemburgo, supera pure il vincolo al rispetto del principio di diritto affermato dal giudice superiore<sup>117</sup>). Qui pare evidente la perdita di una *chance*, in capo alla parte, di risoluzione favorevole della lite in conformità al diritto dell'UE, in ragione del fatto che il giudice di ultima istanza abbia interpretato e applicato autonomamente la norma europea dubbia, invece di disporre il rinvio pregiudiziale<sup>118</sup>, pur non ricorrendo i presupposti per poterne fare a meno<sup>119</sup>.

Se si guarda poi alla fattispecie di colpa grave consistente nel travisamento di fatti o prove, si ritroverà anche qui una logica vicina al

<sup>116</sup> Su cui v., in generale, E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, III ed., Torino, 2020, 233 ss.; nonché A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012.

<sup>117</sup> Sul punto basti richiamare le sentenze della Corte di Giustizia rese nei casi *Elchinov* (sentenza 5.10.2010, c-173/09) e *Puligienica* (sentenza 5.4.2016, c-689/13). È bene, inoltre ricordare la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'Italia in ragione della mancata motivazione del rigetto della istanza di rinvio pregiudiziale da parte della corte di Cassazione: v. Corte eur. diritti dell'uomo 8 aprile 2014, *Dhahbi c. Italia*, in *Foro it.*, 2014, IV, 285 con nt. di E. D'Alessandro, *Giudice di ultima istanza e obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: il caso «Dhahbi c. Italia» innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*.

<sup>118</sup> V. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia*, cit., 363 ss., la quale spiega che l'ipotesi di responsabilità del magistrato per violazione del diritto Ue *sub specie* di mancata remissione alla Corte di Giustizia Ue ha origine dal caso in cui il giudice di ultima istanza risolve autonomamente la questione pregiudiziale interpretativa della normativa europea, esercitando una facoltà di cui è stato invece privato dall'art. 267 Trattato FUE: se la libera valutazione si discosta dal tenore del dispositivo della precedente pronuncia dei giudici del *Kirchberg*, il provvedimento passerà egualmente in giudicato e continuerà a produrre i propri effetti. La parte soccombente avrà, però, la possibilità di domandare una tutela risarcitoria nei confronti dello Stato membro qualora l'autonoma interpretazione da parte dell'organo giurisdizionale di ultima istanza, discostandosi dalla lettura datane dai giudici del Lussemburgo, abbia determinato la lesione di un diritto di matrice europea». Questo perché la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale non costituisce di per sé fonte di responsabilità dello Stato per esercizio dell'attività giudiziaria, ma in ogni caso l'interpretazione del diritto Ue difforme dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (da parte del giudice di ultima istanza e non solo) può integrare la violazione di una norma europea e, dunque, una ipotesi di colpa grave di cui all'art. 3 l. n. 117/1988 (cfr. F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. ult. cit.*, 114 ss.).

<sup>119</sup> Dettati dalla celebre sentenza *Cilfit* (C. Giust. UE, 6.10.1982, c-283/81, in *Foro it.* 4/1983, 63, secondo cui le giurisdizioni di ultima istanza possono astenersi dal rinvio pregiudiziale a fronte della irrilevanza della questione; quando la questione sia stata già oggetto di interpretazione da parte della Corte; ovvero se la corretta interpretazione del diritto UE sia così evidente da non dare adito a dubbi (*acte clair*).

concetto di perdita di *chance* (e a quella del principio del pregiudizio effettivo, su cui v. *infra* nel prossimo paragrafo), nel senso che il travisamento rileva ai fini della imputazione della responsabilità solo in quanto si dia atto della incidenza causale del vizio (qui percettivo, e non valutativo) sul contenuto della decisione<sup>120</sup>: ed ecco comparire tra le righe la *chance* di un diverso esito decisorio ove il giudice non fosse caduto in errore (secondo l'analogo schema già riferito allo svolgimento del mandato professionale da parte dell'avvocato).

Sembra tuttavia che, al di là delle ipotesi conclamate di violazione manifesta della legge o del diritto UE, oltre che di quelle in cui sia possibile riuscire a dimostrare l'incidenza causale sulla decisione di un travisamento di fatti o prove, la responsabilità civile del magistrato sia nella pratica difficilmente configurabile. Proprio di recente la Cassazione ha stabilito che la contrarietà, purché motivata in modo non meramente formale o assertivo, di una decisione ad un orientamento giurisprudenziale, pure se consolidato, non integra la manifesta violazione della legge ai fini della l. n. 117/1988, poiché, in sintesi, la giurisprudenza non può considerarsi vera e propria fonte del diritto al pari della legge e perché, ad ogni modo, l'attività interpretativa del giudice sarebbe coperta dalla clausola di salvaguardia. Parrebbe allora che il principio di autoreponsabilità, come declinazione del principio di precauzione, che si invoca a giusta ragione in relazione al dovere del difensore di conoscere la giurisprudenza (cfr. *supra* al par. 2.2.), si imponga anche ai magistrati, nel senso che l'esistenza di indirizzi giurisprudenziali, *a fortiori* se consolidati, non possa certamente essere ignorata; ma nulla impedisce al giudice di discostarsi motivatamente dal precedente, non esistendo, nel nostro ordinamento, un vero e proprio obbligo sanzionabile al rispetto dello stesso (*ex art. 374, co. 3, c.p.c.*: sul punto, v. *infra* nel testo)<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Sulla decisività dell'errore revocatorio v. la costante giurisprudenza di legittimità riportata da F. GODIO, *sub art. 395*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, III, cit., spec. 82-83.

<sup>121</sup> Il riferimento è alla pronuncia di Cass. SU 3.5.2019, n. 11747 (in *Danno e Resp.* 4/2019, 509 ss., con nt. di F. RUGGIERO, *Il difficile equilibrio tra indipendenza dei giudici e principio di responsabilità: la parola alle Sezioni Unite*; nonché massimata in *Giur. it.* 11/2019, 2420 ss., con la già richiamata nt. critica di A. TEDOLDI, *Responsabilità civile del giudice*, cit.), su sollecitazione dalla ordinanza di rimessione della III sezione, 18.7.2018, n. 12215. La decisione della S.C. è condivisibile nella misura in cui non si possa impedire a ciascun giudice del caso concreto di decidere in dissenso (ben inteso, argomentato) rispetto ad un orientamento pur consolidato. Si dovrebbe a quel punto negare in radice la possibilità stessa del mutamento di giurisprudenza.

Al di là delle possibili, ma in fondo rare, ipotesi di responsabilità del magistrato, nel processo civile sembrano rintracciabili alcune situazioni sintomatiche di una perdita di *chance* dovuta semplicemente all'ordinario svolgimento della funzione decisoria, e ancor prima valutativa ed interpretativa, da parte del giudice.

Si è già parlato, dalla prospettiva degli oneri difensivi dell'avvocato, delle ipotesi in cui l'appello o il ricorso per cassazione vengano ritenuti inammissibili, rispettivamente *ex artt. 348-bis e 360-bis c.p.c.*; ovvero delle prescrizioni contenutistiche dell'atto di appello in termini di specificità dei motivi o del ricorso per cassazione in relazione al requisito dell'autosufficienza. La pronuncia di inammissibilità del giudice del gravame, specie se si tratta della S.C., potrebbe decretare la perdita definitiva della possibilità di ottenere una nuova disamina (nei limiti del consentito, sia in secondo grado che dinanzi al giudice di legittimità) della lite. A poco vale osservare, ad esempio, che a fronte di una pronuncia di inammissibilità *ex art. 348-bis*, la parte potrebbe comunque impugnare con ricorso per cassazione direttamente la sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 348-ter, co. 3<sup>122</sup> (norma, peraltro, oggi abrogata all'esito della Riforma Cartabia), poiché la *chance* di un secondo giudizio di merito sarà irrimediabilmente perduta; così come non può dirsi che la impugnazione per revocazione (segnatamente *ex art. 395, n. 4, c.p.c.*) delle pronunce della Cassazione sia in grado di restituire la tutela negata da una pronuncia di inammissibilità per difetto di autosufficienza, salva la ipotesi – l'unica in cui può davvero invocarsi l'errore revocatorio – in cui la Corte non si sia avveduta della

<sup>122</sup> Oltre alla possibilità, riconosciuta da Cass. SU 2.2.2016, n. 1914, di impugnare con ricorso straordinario per cassazione la pronuncia di inammissibilità-filtro per vizi propri, e cioè se l'ordinanza è pronunciata nei casi espressamente esclusi dalla legge, oppure in violazione delle norme processuali che ne prescrivono i requisiti formali; e con ricorso ordinario se l'inammissibilità è pronunciata fuori dello specifico ambito applicativo dell'art. 348-bis c.p.c., e dunque per ragioni processuali: per una efficace analisi della pronuncia e delle precedenti interpretazioni della S.C., v. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 545-547, e nt. 4. V. anche i più diffusi commenti alla sentenza di A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza sul "filtro" in appello*, in *Giur.it.* 6/2016, 1371 ss., che condivide l'approdo delle SU, salvo nella parte in cui si esclude radicalmente la sindacabilità dell'ordinanza di inammissibilità in punto di valutazione della ragionevole probabilità di fondatezza dell'appello, poiché anche in questo caso potrebbero riscontrarsi vizi processuali propri, come l'omissione di un fatto decisivo, posti a fondamento del rigetto in rito; nonché S. DALLA BONTÀ, *Le Sezioni Unite definiscono limiti "espliciti" e "impliciti" di ricorribilità in cassazione della c.d. ordinanza filtro ex artt. 348 bis e ter c.p.c.*, in *Il Giusto proc. civ.* 3/2016, 739 ss.

indicazione di un documento posto alla base del motivo di ricorso o della trascrizione del suo contenuto, là dove, invece, il documento o la sua trascrizione risultavano *ictu oculi*<sup>123</sup>.

Si è visto, poi, che pure i mutamenti giurisprudenziali possono occasionare una perdita di *chances*, al punto da giustificare l'insorgenza di una responsabilità in capo al difensore non perfettamente diligente (v. *supra* al par. 2.2.).

Eppure il mutamento di orientamenti sta, di norma, nella fisiologia dello sviluppo del formante giurisprudenziale, e non può dunque parlarsi di perdita di *chance*, se non in una accezione del tutto priva di rilievo giuridico, men che meno sul piano della tutela risarcitoria, ogni qual volta la S.C. abbandoni un proprio precedente indirizzo più restrittivo per inaugurare una nuova e più liberale *opinio iuris*.

A fronte della nuova opinione, quanti abbiano visto decidere la controversia che li riguardava secondo il precedente e più restrittivo orientamento, possono dire di aver perso la *chance* che proprio la loro causa fosse l'occasione per dettare il cambio di passo. Ma è evidente come non si tratti di alcuna perdita di *chance* giuridicamente rilevante e suscettibile di tutela. È abbastanza recente, ad esempio, il mutamento di indirizzo<sup>124</sup> dettato dal giudice della nomofilachia in punto di ammissibilità

---

<sup>123</sup> Per il resto la verifica della soddisfazione del principio di autosufficienza sembra risolversi in un'attività valutativa della efficace redazione dei motivi di ricorso, sostanzialmente rimessa alla discrezionalità della S.C., la quale, peraltro, non ha inteso in maniera sempre univoca la portata di detto principio, alternando una interpretazione equilibrata ad una più rigida, secondo cui non basterebbe la localizzazione degli atti interessati dalle censure nel fascicolo dei giudizi di merito, ma sarebbe altresì necessaria la trascrizione integrale degli atti stessi: per queste osservazioni, nell'ambito di una riflessione generale sulle caratteristiche degli odierni giudizi di appello e di cassazione, v. R. POLI, *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle ultime riforme*, in *Riv. dir. proc.* 1/2017, 128 ss.; sul principio di autosufficienza v., da ultimo, A. GIUSTI, *L'autosufficienza del ricorso*, in M. Acierno-P. Curzio-A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte Suprema italiana*, Bari, 2020, 213 ss.

<sup>124</sup> V. Cass. SU 13.12.2018, n. 32359, in *Riv. dir. proc.* 2/2020, 899 ss., con l'ampia nt. adesiva di S. TARRICONE, *Ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti camerali sulla responsabilità genitoriale*, che, sulla scia delle argomentazioni del giudice di legittimità, evidenzia come il legislatore, anche su impulso delle riforme del diritto di filiazione tra il 2012 e il 2013, abbia rafforzato le garanzie giurisdizionali del rito camerale *de potestate* che si è, così, progressivamente emancipato dal rito camerale in senso stretto *ex artt.* 737 ss. c.p.c. (su cui si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, alla recente raccolta di contributi nel numero di *Giur. it.* 12/2020, 2779 ss., a cura di D. TURRONI, *La giurisdizione "non contenziosa" e i procedimenti in camera di consiglio*); più in generale sui provvedimenti assunti nell'interesse dei minori, v. R. DONZELLI, *Sulla natura delle decisioni rese nell'interesse*

del ricorso straordinario per cassazione<sup>125</sup> avverso i decreti camerali *de potestate*, dei quali si è da ultimo riconosciuta quella efficacia di giudicato *rebus sic stantibus*<sup>126</sup>, in quanto provvedimenti idonei non solo ad incidere sulla sfera giuridica dei soggetti coinvolti, ma anche a decidere in senso proprio di diritti soggettivi personalissimi, a prescindere dalla circostanza che siano resi all'esito di un procedimento camerale.

---

*dei figli minori nei giudizi sull'affidamento condiviso e de potestate*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2019, 1067 ss. (e già *Id.*, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709-ter c.p.c.*, Torino, 2018), spec. 1082 ss., ove ribadisce la natura contenziosa e dichiarativa dei procedimenti in questione, in cui «il giudice non è chiamato ad amministrare interessi, bensì ad attuare diritti mediante provvedimenti il cui contenuto non è sempre o analiticamente predeterminato dalla legge», non diversamente da quelli vertenti sull'affidamento dei figli minori nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio, della cui contenziosità non si è mai dubitato. Si precisa che qui non può tenersi conto delle nuove norme processuali, nel frattempo entrate in vigore all'esito della Riforma Cartabia del 2022/2023, in materia di persone, minorenni e famiglia.

<sup>125</sup> Pur a fronte dell'atteggiamento di tendenziale chiusura della S.C. ad ammettere l'accesso al ricorso straordinario, anche per ovvie ragioni di opportunità legate al carico, ancora significativo, delle pendenze; sul punto, R. TISCINI, *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzioni giurisprudenziali, certezze ed incertezze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2018, 847 ss. – le cui riflessioni intorno al ricorso straordinario risalgono già alla opera monografica *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005 –, ha osservato che l'ammissione del ricorso straordinario avverso l'ordinanza di inammissibilità-filtro (su v. *supra* i riferimenti in nt. 108) non è indicativa di ulteriori ampliamenti applicativi del rimedio, ma è stata dettata dalle «particolarità della situazione processuale contemplata dal nuovo meccanismo» e dalla esigenza di garantire la tutela in un caso in cui l'errore processuale potrebbe aver di fatto negato alle parti il giudizio di appello (sebbene si debba constatare «l'inidoneità del giudizio di cassazione ad assicurare un controllo pieno del fatto», come è tornato ad osservare anche recentemente A. PROTO PISANI, *Brevi note sulle conseguenze dell'applicazione «diretta» dell'art. 111, comma 2° e poi 7°, Cost. e prospettive per assicurare la garanzia dell'impugnazione, a costituzione invariata*, in *Riv. dir. proc.* 3/2020, 1192 ss.).

<sup>126</sup> Senza pretesa di completezza, rinviamo a R. TISCINI, *Il giudicato «rebus sic stantibus» tra revocabilità del provvedimento e ricorso straordinario in cassazione*, in *Giust. civ.* 3/2018, 733 ss., la quale analizza criticamente l'uso di tale espressione per giustificare la differenza, in punto di stabilità, sussistente con il giudicato vero e proprio: «l'attenuazione della stabilità del giudicato risiederebbe nella particolare esposizione del contenuto della sentenza a modifiche dovute al sopravvenire di nuovi eventi, destinati ad incidere sulla valutazione del giudice nel determinare l'entità della prestazione dovuta. [...] A ben vedere, però, parlare di modifiche consistenti nella sopravvenienza di fatti nuovi, rispetto a quelli su cui il giudice ha fondato la decisione, è null'altro che invocare i limiti temporali di efficacia della sentenza con riferimento alla *questio facti*, conformandosi proprio alle regole generali sottese alla cosa giudicata. Piuttosto, la particolarità delle sentenze in esame risiede nella maggiore frequenza statistica dei casi in cui la statuizione sostanziale muta per il sopravvenire di fatti nuovi, cioè per un diverso rilievo (apprezzabile sul piano quantitativo) da accordare alle sopravvenienze; da un punto di vista qualitativo, invece, la fattispecie corrisponde esattamente a quella che giustifica il riesame della questione decisa da una sentenza passata in giudicato in virtù di eventi successivi».

Vi è infine almeno un altro caso – sempre nell’ambito del giudizio di legittimità – degno di nota in questa sede poiché più degli altri sembra avvicinarsi alla possibilità di ravvisare un diritto al risarcimento del danno “da errata attività processuale”, ossia quello della mancata rimessione alle sezioni unite da parte della sezione semplice, che si discosti dal dettato dell’art. 374, co. 3, c.p.c., e così non intenda uniformarsi al “principio di diritto enunciato dalle sezioni unite”<sup>127</sup>, ma decida senza sollecitare un nuovo pronunciamento del supremo consenso. In ultima analisi le parti si trovano a dover subire la lesione di una *chance*, che coincide con: (i) l’aspettativa a vedere confermato il dettato delle sezioni unite; o (ii) quantomeno l’aspettativa del nuovo coinvolgimento delle sezioni unite, per il caso in cui la sezione semplice voglia discostarsi dal principio già affermato. Il che, in entrambi i casi, configura uno scenario assai diverso da quello in cui la sezione semplice decida autonomamente in dissenso rispetto al precedente (non davvero) vincolante.

Nondimeno, si deve concludere che si tratta evidentemente di una perdita di *chance* tollerabile, in quanto accettata ed anzi avallata dal legislatore della riforma del 2006, che, nel modificare l’art. 374 c.p.c., optò per una disposizione che imponesse un “onere” di rimessione alle sezioni unite, piuttosto che un “vincolo”<sup>128</sup> a pena di invalidità processuale<sup>129</sup>. Nessuno *stare decisis*, dunque, per la sezione semplice,

---

<sup>127</sup> La norma è uno di quegli esempi, citati *supra* all’inizio di questo capitolo, di confusione tra precedente e principio di diritto.

<sup>128</sup> La scelta linguistica non è ovviamente da sottovalutare: M. DE CRISTOFARO, *sub art. 374 c.p.c.*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, tomo II, cit., 1687, osserva che nella norma non solo non c’è il riferimento al “vincolo”, ma non compare neppure la parola “dovere”.

<sup>129</sup> Come rileva G. VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.* 1/2008, 1 ss., spec. 10, l’intervento delle sezioni unite è concepito come «*extrema ratio* per porre un limite agli inconvenienti di una giurisprudenza, anche di legittimità, troppo oscillante e troppo contrastata, piuttosto che come strumento che abbia di mira l’unificazione delle valutazioni giudiziali. Del resto che sia così discende dalla banale considerazione che l’art. 374, comma 3° è norma (fortunatamente) sfornita di sanzione»; C. CONSOLO, *Giustizia, Corti di gravame, tradizione e modernità. Riflessione dal versante italiano: alla ricerca del “gusto strategico per la giustizia”*, in *Corr. giur.* 6/2005, 753 ss., spec. 755, guardava con preoccupazione alla eventuale emarginazione delle sezioni semplici: «questo irrigidimento/accentramento della nomofilachia renderebbe le cinque sezioni semplici meri esecutori, al più stimolatori di ripensamenti, in spregio al tenore dell’art. 65 Ord. giud. (e dello stesso art. 111 Cost.) che assegna alla Corte tutta intera quella funzione, mentre le Sezioni Unite nascono – e trovano oggi eco nelle note norme del c.p.c. – sul modello ancor qui francese che ne faceva (e ne fa ancor

che, auspicabilmente, veicolerà<sup>130</sup> il dissenso rispetto all'orientamento corrente in una ordinanza di rimessione adeguatamente motivata<sup>131</sup>.

Al di là di tale «canone interno all'istituzione», sul piano generale, può affermarsi un dovere in capo a ciascun giudice, anche di merito, di non porsi in contrasto con gli orientamenti della Corte di Cassazione, specie se costanti e consolidati (e per essere tali non devono necessariamente essere rappresentati da una o più pronunce delle Sezioni Unite), se non sulla base di una approfondita motivazione. Con la differenza che la «ribellione solipsistica del giudice di merito ai precedenti costanti della Cassazione» sarà «lesiva dei principii (in ultima analisi proprio del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e del principio di buona amministrazione della giustizia che può ricavarsi dall'art. 97 Cost., nonché del principio stesso dell'equo processo di cui all'art. 111 Cost.)»<sup>132</sup>, e potrà per questo essere denunciata in sede di ricorso per cassazione: il vaglio di ammissibilità di cui all'art. 360-*bis*, n. 1), del resto, è concepito proprio, e anche, per consentire alla S.C. di correggere la dissidenza del giudice di merito e ribadire la validità dell'indirizzo giurisprudenziale violato (a meno che, invece, gli argomenti spesi dalla sentenza e dal ricorso stesso o dal controricorso non convincano la Corte ad intraprendere

---

attualmente in quel paese) l'unico organo capace di vincolare il giudice di rinvio, non certo però di vincolare sul piano di norme processuali e così incondizionatamente le singole sezioni».

<sup>130</sup> O perlomeno dovrebbe: è opportuno sottolineare l'uso del condizionale, come fa notare G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.* 6/2018, 1443 ss.

<sup>131</sup> Così F.P. LUISSO, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 817 ss.; concorda B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1/2006, 217 ss., spec. 233 (e anche più recentemente, *Id.*, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.* 1/2019, 43 ss., spec. 47, nt. 11), non esitando a parlare di «vincolo», ma con la precisazione che non si tratterebbe di un vincolo rigido, poiché è rimesso «alla sezione semplice il giudizio di convenienza di una nuova decisione delle Sezioni unite, piuttosto che il mero adeguamento a precedente pronuncia», di talché «il vincolo delle sezioni semplici ha contenuto strettamente processuale»; parla di «dovere» processuale, piuttosto che di «vincolo» processuale, A. TEDOLDI, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.* 10/2006, 2002 ss., spec. par. 8.; secondo A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.* 1/2015, 16 ss., spec. 33, non è utile nascondersi dietro il mancato utilizzo della parola «vincolo», perché, invero, si tratta pur sempre di un vincolo sebbene «relativo» e «non paranormativo».

<sup>132</sup> Così, parafrasando C. CONSOLO, *Spiegazioni*, II, cit., 572-573, secondo cui, diversamente dagli A. citati nella nt. precedente, l'art. 374 impone un dovere non processuale, ma «ordinamentale», e la scelta finale del legislatore di non riferirsi al «vincolo» è in questo senso significativa.



un nuovo corso)<sup>133</sup>. Il dissenso sorto in seno alla Corte di Cassazione – per quanto parimenti lesivo di quei principi appena richiamati, e a maggior ragione se si considera che le stesse sezioni semplici sono depositarie della funzione nomofilattica non meno delle sezioni unite – verrà gestito, invece, a livello istituzionale, facendo in modo che la questione decisa in modo eccentrico dalla sezione semplice venga intercettata e, prima o poi, nuovamente vagliata dalle sezioni unite<sup>134</sup>.

Per quanto nella mancata rimessione alle sezioni unite possa scorgersi, in termini puramente ideali, una perdita di *chance*, difficilmente la stessa potrebbe configurare una violazione di legge fonte di responsabilità civile del collegio (anche alla luce della richiamata recente sentenza delle sezioni unite n. 11747/2019, in virtù della assimilabilità tra la giurisprudenza consolidata e il principio di diritto<sup>135</sup>); così sarebbe ove

<sup>133</sup> M. DE CRISTOFARO, *sub art. 360-bis*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, cit., spec. 1526.

<sup>134</sup> Con il rischio di generare non poca confusione, oltre che disparità di trattamento di casi analoghi, anche in materie assai delicate. Per fare un esempio, la sez. I, con la pronuncia di Cass. 10.5.2017, n. 11504, ha ritenuto di superare, giudicandolo “non più attuale”, l’orientamento che da oltre un quarto di secolo attribuiva una funzione assistenziale all’assegno divorzile. In breve il nuovo orientamento – ampiamente commentato in dottrina: v., *ex multis*, M. FORTINO, *Il divorzio, l’autoresponsabilità degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia*; E. QUADRI, *L’assegno di divorzio tra conservazione del “tenore di vita” e “autoresponsabilità”: gli ex coniugi “persone singole” di fronte al loro passato comune*; C. RIMINI, *Verso una nuova stagione per l’assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *La nuova giur. civ. comm.* 9/2017, 1254 ss. – ha rivisitato il concetto di funzione assistenziale e ha accantonato il riferimento al parametro del tenore di vita, sostituito con quello della autosufficienza economica, nel senso che se l’ex coniuge è economicamente indipendente (o in grado di esserlo) non ha diritto alla corresponsione dell’assegno. Nel giro di un anno, mentre il nuovo indirizzo veniva condiviso ed affermato da altre pronunce, giunge l’arresto di Cass. SU 11.7.2018, n. 18287, quasi a voler riaffermare la superiorità gerarchica delle sezioni unite, che accoglie l’abbandono del riferimento al tenore di vita, ma rifiuta la prevalenza del criterio compensativo e risarcitorio, valorizzando elementi che tradizionalmente erano presi in esame solo in punto di quantificazione dell’assegno (primo fra tutti il contributo personale di ciascun coniuge alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio individuale e comune): per il punto sulla situazione, v. M. DOGLIOTTI, *L’assegno di divorzio tra clausole generali ed interventi “creativi” della giurisprudenza*, in *Fam. dir.* 1/2021, 41 ss., secondo cui la interpretazione da ultimo avallata dalle sezioni unite non ha tenuto conto del fatto che la l. n. 74/1987 aveva attribuito una funzione esclusivamente assistenziale all’assegno di divorzio; e ha generato ulteriori incertezze nella giurisprudenza successiva, tanto che, secondo l’A., sarebbe auspicabile un nuovo intervento delle sezioni unite o, ancor meglio, del legislatore, potendo nel frattempo fare leva sugli accordi prematrimoniali anche in punto di determinazione dell’assegno divorzile (soluzione, quest’ultima, che fatica ad affermarsi in giurisprudenza, nonostante l’avallo della dottrina).

<sup>135</sup> Di diverso avviso, V. CAPASSO, *Il «vincolo» delle sezioni semplici al principio di diritto*

si accedesse alla prospettazione dell'art. 374, co. 3, c.p.c., quale norma processuale (seppur non assistita da sanzione), la cui violazione sfugga alla copertura della clausola di salvaguardia<sup>136</sup>. Ma così non può concludersi se si attribuisce all'art. 374, co. 3, c.p.c., il carattere di norma ordinamentale<sup>137</sup>, piuttosto che processuale. Di contro, non potrà in ogni caso escludersi una responsabilità disciplinare dei componenti del Collegio, per quanto questo non costituisca in alcun modo un rimedio satisfattivo del singolo leso nella sua legittima aspettativa di vedere attivato il meccanismo di dialogo tra sezione semplice e sezioni unite (e in quella sede l'apprezzamento delle *chances* di riconferma del principio di diritto disatteso potrà fungere da metro di imputazione della responsabilità disciplinare)<sup>138</sup>.

---

*enunciato dalle sezioni unite tra (ir)ragionevolezza ed (un)enforceability, in Riv. dir. civ. 4/2022, 673 ss., che affaccia la possibilità di lamentare una violazione di legge «nel caso in cui ad essere misconosciuto sia (non un'indistinta «giurisprudenza», ma) un «principio di diritto», rilevante ex art. 374, comma 3°, c.p.c.».* Invero non si condivide l'idea, pur ampiamente argomentata dall'A., per cui una "giurisprudenza consolidata" dovrebbe rappresentare un vincolo di minor peso rispetto al "principio di diritto" espresso in una pronuncia ben specifica che, ai sensi dell'art. 374, co. 3, c.p.c. – questo è innegabile – non dovrebbe poter essere smentita dalla sezione semplice. La tesi in parola si giustifica solo accogliendo la premessa secondo cui il dovere di rimessione finirebbe per ridondare in un vero e proprio obbligo, in quanto il legislatore avrebbe attribuito alle sezioni unite una competenza esclusiva a decidere tradendo le aspettative del singolo (spec. 680).

<sup>136</sup> In questo senso, V. CAPASSO, *op. ult. cit.*, 682-683 (richiamando F.P. LUIso, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2017, 897 ss. sulla opportunità di tenere le norme processuali fuori dal perimetro della clausola di salvaguardia), proprio partendo dal presupposto che l'art. 374, co. 3, c.p.c. sarebbe a tutti gli effetti una norma processuale. Peraltro, merita evidenziare che l'A., nell'affacciare siffatta ipotesi di responsabilità, precisa che non necessariamente la sentenza "ribelle" sarà ingiusta, "tant'è che l'entità dell'eventuale risarcimento andrà valutata alla stregua dei principi elaborati in materia di perdita di *chance*": ecco comparire, come di consueto, la perdita di *chance* come metro di apprezzamento del danno.

<sup>137</sup> Così C. CONSOLO, *Spiegazioni, loc ult. cit.*

<sup>138</sup> In questo senso, in particolare, F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, in E. Fazzalari (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 13 ss., spec. 17; V. CAPASSO, *op. ult. cit.*, 681 ss., suggerisce proprio di traslare le soluzioni affermate in materia di responsabilità disciplinare all'ambito della responsabilità civile, sulla base del presupposto per cui la "grave violazione di legge" (processuale), così come sfugge all'immunità della sanzione deontologica, dovrebbe sfuggire anche alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 2 l. 117/1988. Tutto sta nell'intendere l'art. 374, co. 3, c.p.c., come norma di carattere processuale o meno.

#### 4. La perdita della *chance* di compiere attività processuali: il principio del c.d. pregiudizio effettivo e regime delle nullità processuali

Messe da parte le ipotesi di responsabilità professionale dell'avvocato, in cui ci è parso che la perdita di *chance* possa giocare un ruolo di primo piano come fattispecie risarcitoria vera e propria, e quelle in cui la perdita di una *chance*, anche solo latamente intesa, può essere riferita all'attività del giudice, passiamo ad osservare la perdita di *chance* come canone logico sotteso alle dinamiche del processo civile, in una accezione ancora ulteriore.

Non di rado, infatti, la dimostrazione delle *chances*, di compiere un'attività nel processo, perdute a causa di un vizio del procedimento, viene eretto a requisito indefettibile della denuncia della nullità. Si pensi al c.d. principio (non codificato) del pregiudizio effettivo<sup>139</sup>, a cui il giudice di legittimità fa ricorso in tema di nullità processuali e, in particolare, con riguardo alle ipotesi di nullità della consulenza tecnica d'ufficio, specialmente con riferimento alle norme poste a presidio del principio del contraddittorio nello svolgimento della stessa (cfr., in particolare, gli artt. 194-195 c.p.c. e 90-91 disp. att. c.p.c.).

Nelle sue applicazioni più recenti<sup>140</sup>, il principio viene richiamato non più soltanto ai fini della «dimostrazione che il vizio abbia in con-

<sup>139</sup> Su cui non si può fare altro che rinviare alla recente trattazione di R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, alla cui lettura si deve questo spunto di riflessione; v. pure, per più condensati riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, Id., *Sul «principio del pregiudizio effettivo»*, in *Riv. dir. proc.* 2/2020, 548 ss. Per quanto qui più meritevole di attenzione, l'A. fa notare come tale principio non abbia trovato espressione normativa nel nostro codice di rito, a differenza del *code de procédure civile*, sebbene sia indubbio che il principio di convalidazione oggettiva dell'atto nullo per raggiungimento dello scopo ex art. 156, co. 3, c.p.c. risponda ad una funzione assimilabile (ma comunque diversa rispetto) a quella sottesa alla regola del pregiudizio effettivo, che è quella di «evitare l'invalidazione dell'atto processuale quando essa si riveli inutile (cfr. p. 146 ss.; 156 ss.). L'A. riferisce l'applicazione, sempre più diffusa e indiscriminata, del principio, da parte della giurisprudenza di legittimità, oltre che alle nullità della consulenza tecnica d'ufficio, anche al caso della omissione dell'interrogatorio libero delle parti quando obbligatorio, nonché alla vicenda, poi superata dalla modifica dell'art. 101, co. 2, c.p.c., delle c.d. sentenze «della terza via».

<sup>140</sup> R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 48-49, richiama in proposito la pronuncia di Cass. 13.7.2018, n. 18522; v. pure 52 ss., e ancora più diffusamente 190 ss., ove l'A. spiega, anche in virtù della comparazione con il principio francese del «*pas de nullité san grief*», che la regola del pregiudizio effettivo «può trovare applicazione solo nei casi in cui il vizio di attività ha precisamente l'effetto di impedire che le parti esercitino i diritti processuali che la legge riserva loro nel segmento del procedimento

creto impedito, perturbato o leso il contraddittorio», ma addirittura che «il vizio abbia impedito l'esercizio di poteri o facoltà il cui esercizio avrebbe determinato una diversa soluzione della lite»<sup>141</sup>. In altre parole siffatta regola viene invocata in senso diverso, talvolta al fine di richiedere alla parte di dare conto della rilevanza del vizio rispetto al mancato esercizio di uno specifico potere processuale; talaltra al fine di richiedere alla parte di dimostrare il concreto interesse all'annullamento dell'atto viziato in relazione al contenuto della decisione di merito (nonostante l'art. 157, co. 2, c.p.c. non prescriva la prova di tale interesse: requisito che, invece, era posto a condizione dell'istanza volta a far valere la nullità dall'art. 139 del Progetto Redenti del 1936<sup>142</sup>).

Un esempio dell'uso ampliativo del principio del pregiudizio effettivo si rinviene nella recente sentenza di Cass. 13.7.2018, n. 18522<sup>143</sup>,

---

asseritamente viziato. Se, al contrario, la violazione della prescrizione normativa non incide direttamente su siffatti poteri, non c'è ovviamente alcuna possibilità di impiego – per la contraddizione che nol consente – del principio di cui si discute, poiché le parti non potranno dimostrare un pregiudizio che *già in astratto*, ancor prima che in concreto, non possono aver subito». Diversamente «si introdurrebbe un generalizzato filtro preliminare e sommario di ammissibilità delle difese certamente contrario alle garanzie del giusto processo». Tale conclusione dovrebbe valere nel caso di nullità sia formali che extraformali, perché ciò che rileva è appunto che il vizio abbia impedito l'esercizio di un potere processuale: certo è che se si tratta di nullità rilevabili d'ufficio – come è, di regola, per le nullità extraformali – sarebbe contraddittorio affermare l'applicabilità del principio del pregiudizio effettivo e chiedere cioè la dimostrazione delle conseguenze pregiudizievoli di un vizio che l'ordinamento pretende emerga anche a prescindere dal rilievo della parte (cfr. 199-200).

<sup>141</sup> R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 49, e ancora, avviandosi a raccogliere le premesse conclusive per l'ultima parte della trattazione relativa alla conversione delle nullità in motivi di impugnazione, 201 ss., ove sintetizza che la regola del pregiudizio effettivo è volta a «verificare l'interesse concreto della parte ad opporre la nullità dell'atto processuale imponendole la dimostrazione delle conseguenze pratiche derivanti dall'*error in procedendo* sul proprio diritto di difesa (pregiudizio processuale effettivo) o sul contenuto della decisione (pregiudizio d'ingiustizia)», là dove a monte vi sarebbe pur sempre la strada del "pregiudizio astratto" sempre rilevante e sempre atto a giustificare la impugnazione della sentenza al semplice riscontro della nullità.

<sup>142</sup> V. ancora R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 165.

<sup>143</sup> Commentata da R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 48-50, con la precisazione che un altro passaggio della decisione – in cui si legge che «non può condividersi l'assioma "inosservanza della norma processuale-errore nell'attività processuale-"automatica" invalidazione dell'attività successiva", difettando in tale equazione l'elemento eziologico intermedio dato dall'effettivo insanabile pregiudizio subito dalla parte, il quale soltanto può giustificare la sanzione della nullità processuale con la caducazione di tutti gli atti consequenziali compiuti fino alla decisione di prime cure e la necessaria rinnovazione della fase istruttoria in grado di appello» – sembrerebbe rinviare, sebbene solo implicitamente, al disposto dell'art. 360-bis, n. 2), c.p.c., norma

resa proprio in materia di consulenza tecnica d'ufficio, in un caso in cui il giudice istruttore aveva assegnato i termini di cui all'art. 195 c.p.c. senza avvedersi che sarebbero scaduti nel periodo di sospensione ferie. Tuttavia il consulente provvedeva comunque a depositare la relazione, senza, dunque, che le parti avessero modo di condividere le loro osservazioni. Orbene, facendo leva sui principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, nonché della conseguente esigenza di evitare il dispendio di attività processuale, la S.C. ha ribadito il principio, già affermato in precedenti occasioni, secondo cui «la denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme processuali non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione, *potendo trovare applicazione la sanzione di nullità solo nel caso in cui l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa che abbia avuto riflessi sulla decisione di merito*» (nostra enfasi).

La regola del pregiudizio effettivo, celata dietro una certa valorizzazione della nozione di interesse ad agire<sup>144</sup> come interesse ad un vantaggio pratico, sembra aver ispirato la giurisprudenza di legittimità pure in alcune pronunce in materia di litisconsorzio necessario, che qui si segnalano senza pretesa di approfondimento, ma all'esclusivo fine di prendere atto della *ratio* sposata dalla S.C.

Nella sentenza di Cass. 25.7.2019, n. 20152<sup>145</sup>, relativa alla impugnazione di una ordinanza di liquidazione del compenso del c.t.u. ex art. 170 d.p.r. n. 115/2002, proposta solo nei confronti del consulente e non anche nei confronti dell'altro litigante, il giudice di legittimità ha, sì, statuito che si trattava di un caso di litisconsorzio necessario. Tuttavia ha pure aggiunto che «il ricorrente si è limitato a denunciare la viola-

---

che viene spesso intesa dalla Cassazione come la conferma normativa del principio del pregiudizio effettivo.

<sup>144</sup> Su cui v. quanto già osservato nel cap. III, spec. par. 1 e 3.

<sup>145</sup> Commentata criticamente da G. SCARSELLI, *Sulla necessità di avere un codice di procedura civile e sul dovere dei giudici di rispettarlo e farlo rispettare*, in *judicium.it*, secondo cui la gravità dei principi affermati investe non solo le norme in materia di litisconsorzio necessario, ma l'intero diritto processuale civile. Peraltro secondo l'A. è, al di là di tutto, incomprensibile il percorso logico seguito dalla sentenza: affermare che la nullità processuale «per assumere rilievo, deve tradursi nella lesione di specifiche facoltà difensive che compete alla parte allegare e la sua deduzione deve essere sorretta da un interesse pratico» significa determinare l'assurdo per cui dal comportamento del litisconsorte presente dipende il diritto al processo del litisconsorte pretermesso.

zione dell'art. 102 c.p.c. senza prospettare l'erroneità, nel merito, della decisione impugnata e soprattutto – senza indicare quali facoltà difensive siano state pregiudicate, non potendo vantare un interesse astratto alla regolarità del giudizio senza evidenziarne i riflessi pratici sulla decisione adottata [...]»; e ancora: «l'eventuale accoglimento del ricorso determinerebbe – in sostanza – l'unico effetto di consentire un nuovo esame della controversia, con il rischio di un uso strumentale delle regole processuali e di un *vulnus* delle ragioni di celere definizione e ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost., occorrendo, per contro, temperare le esigenze di natura pubblicistica del litisconsorzio necessario con il dovere di verificare preliminarmente la sussistenza di un reale interesse a contraddire in capo al soggetto pretermesso (Cass. s.u. 11523/2013). In sostanza, a seguito della costituzionalizzazione del principio del giusto processo, la violazione delle regole processuali, per assumere rilievo, deve tradursi nella lesione di specifiche facoltà difensive che compete alle parti allegare e la sua deduzione deve essere sorretta da un interesse pratico, restando esclusa la necessità di regolarizzare il processo qualora non sia riscontrabile alcuna concreta contrazione dei diritti sostanziali e processuali, anche della stessa parte pretermessa (Cass. 18410/2009; Cass. 4342/2010)».

Nello stesso solco si colloca pure la pronuncia di Cass. 26.9.2019, n. 24071<sup>146</sup>, che ha dichiarato inammissibile, per carenza di interesse alla

<sup>146</sup> In *Corr. giur.* 10/2020, 1258 ss., con nt. critica di B. ZUFFI, *L'abuso dell'abuso del processo: la Cassazione disapplica l'art. 102 c.p.c., invocando il "prisma dell'interesse ad agire" e l'obbligo di lealtà e probità*, la quale osserva con preoccupazione non solo l'esito della decisione della S.C. che oltrepassa senza particolari scrupoli il rilievo della gravissima nullità della sentenza – non a caso definita *inutiliter data* – resa a contraddittorio non integro, ma altresì per il percorso che conduce a tale soluzione. Infatti la sentenza, invertendo l'ordine rito-merito, ha procrastinato la decisione del primo motivo di ricorso censurante la violazione dell'art. 102 c.p.c., adducendo a giustificazione la necessità di esaminare prioritariamente le altre doglianze al fine di saggiare la utilità del ricorso nel complesso e la «reale tenuta dell'interesse a far valere l'inesistenza della sentenza». V. anche la postilla altrettanto critica di C. CONSOLO, *Vera nullità se violato l'art. 102 c.p.c. ma con qualche finesse nel fissare le parti davvero necessarie*, *ibidem*, 1270 ss., che pure dissente dall'impianto teorico proposto dalla S.C., ribadendo la assoluta doverosità della iniziativa regolarizzatrice da parte del giudice a fronte della pretermissione del litisconsorte necessario. Semmai, nel caso deciso dalla Corte, vi sarebbe da chiedersi se davvero di litisconsorzio necessario si tratti, poiché forse – ma non si registra univocità di vedute sul tema; parimenti critico rispetto all'affermazione del l. n. nei giudizi di accertamento della proprietà di beni immobili è G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 214 – la domanda di mero accertamento di acquisto per usucapione non dovrebbe imporre sempre e automaticamente il litisconsorzio necessario, bensì «l'attore in usucapione potrà avere interesse a vedere affermato il suo poziore acquisto a titolo originario anche

ripetizione del giudizio e, in definitiva, per abuso del processo, il ricorso per cassazione denunciante (per la prima volta dinanzi al giudice di legittimità) la violazione dell'art. 102 c.p.c. in un giudizio di usucapione.

Questi, per l'esattezza, gli argomenti della Corte. A fronte del rigetto della domanda di usucapione da parte del giudice di seconde cure «non può ritenersi sussistente alcun interesse alla rinnovazione del giudizio in contraddittorio con i comproprietari pretermessi, né in capo a questi ultimi, né in capo all'attore; che, quanto ai comproprietari pretermessi, la suddetta sentenza non pregiudica in alcun modo i loro diritti, giacché essi, in sostanza, sono virtualmente vittoriosi nel giudizio in cui sono stati pretermessi; che, quanto all'attore, per costui è irrilevante, in ragione del contenuto della sentenza (di accertamento negativo del suo diritto), la non opponibilità della stessa ai litisconsorti necessari pretermessi; né, d'altra parte, gli odierni ricorrenti deducono, nel mezzo di ricorso in esame, che la mancata partecipazione al giudizio dei litisconsorti pretermessi abbia recato una qualsivoglia limitazione al pieno dispiegamento del loro diritto di difesa ed al loro diritto al contraddittorio nel primo e nel secondo grado di merito; che quindi, in definitiva, l'unico interesse alla ripetizione del processo riconoscibile in capo ai ricorrenti è individuabile non nella esigenza di rimediare ad un *vulnus* recato al loro diritto di difesa ed al loro diritto al contraddittorio dalla mancata partecipazione al giudizio dei litisconsorti necessari pretermessi, ma nella speranza che un nuovo giudizio si concluda con esito diverso da quello già celebrato; che il suddetto interesse non è meritevole di tutela, né trova copertura nell'art. 100 c.p.c., dovendosi anzi ritenere che [...] la scelta processuale degli odierni ricorrenti di

---

nei confronti di uno solo tra i comproprietari, ad es. quello che abbia rivendicato in via stragiudiziale il bene, onde non subirne lo sfratto» (1272). Il tema non può essere qui neppure avvicinato, ed esula dai confini della trattazione, ma vale la pena segnalare l'invito che recentemente è tornato ad esprimere A. PROTO PISANI, *Processo e terzi: brevi note sui limiti soggettivi del giudicato e sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.* 4/2020, 1662 ss., spec. 1670, secondo cui, oltre alle ipotesi del litisconsorzio necessario per ragioni processuali o di opportunità, il l. n. dovrebbe essere rinvenuto «solo ove un rapporto sia dedotto in giudizio dall'attore (o dal convenuto in via riconvenzionale) come plurisoggettivo e indivisibile (e non quando l'esistenza di un terzo emerge nel corso del giudizio, se del caso anche a seguito dell'appello proposto dalla parte soccombente ma i contitolari attivi o passivi non siano stati indicati e citati in primo grado). Ove, invece, il carattere plurisoggettivo del rapporto sia fatto valere da una delle parti, o comunque emerge nel processo, dopo che siano definitivamente maturate le preclusioni (o la fase o il grado del processo) oltre le quali non sono più ammissibili domande nuove, il giudice non ne potrebbe tenere conto alcuno pena la disarticolazione di tutto il sistema processuale».

trascurare la questione dell'integrità del contraddittorio per i due gradi di merito (non provvedendo alla chiamata in causa di tali ulteriori coeredi, né sollecitando, al riguardo, l'esercizio dei poteri ufficiosi del giudice), salvo sollevarla dopo la sentenza di secondo grado *secundum eventum litis*, si traduca in un abuso del processo».

Tale visione utilitaristica ed efficientista, che ama servirsi della nozione di abuso del processo, pare insomma sempre più spesso il primo motore immobile della giurisprudenza di legittimità, pronta a sacrificare le regole poste a presidio dei principi fondamentali del processo, e a sanzionare la parte che, pur esercitando un legittimo potere di impugnazione e denunciando una nullità processuale, propone un ricorso "inutile", perché non corroborato degli argomenti necessari ad infirmare il contenuto della decisione di merito (dove il merito non ha nulla a che vedere con il motivo di ricorso), o "immeritevole", perché in realtà strumentalizzerebbe la nullità processuale al fine di tentare una nuova decisione della lite.

L' "utilità della sanzione" è un concetto che riecheggia nella giurisprudenza di legittimità anche con riguardo all'esame dei motivi di ricorso per cassazione. Infatti, ai fini dell'accoglimento di un motivo sia *ex art. 360, n. 4)* che ai sensi dell'art. 360, n. 5), si tende a richiedere la dimostrazione della incidenza causale del vizio sull'esito decisorio: in effetti, con riguardo al vizio di motivazione, la decisività – che la norma, invero, riferisce espressamente al fatto oggetto dell'omesso esame – viene intesa come la idoneità del vizio ad influire sul contenuto della decisione, nel senso che deve emergere la possibilità che, in assenza del denunciato vizio, il giudizio avrebbe potuto concludersi diversamente<sup>147</sup>.

E ancora, stavolta sul versante dei litiganti, una recente e articolata indagine sull'obbligo di verità delle parti nel processo civile<sup>148</sup>, in controtendenza rispetto alla opinione maggioritaria in dottrina<sup>149</sup>, giunge ad affermare la predicabilità di un siffatto obbligo (seppure non in

<sup>147</sup> V. M. DE CRISTOFARO, *sub art. 360*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, cit., spec. 1492 e 1496, il quale osserva (con riguardo all'art. 360, n. 4, ma crediamo che la riflessione possa parimenti riferirsi al vizio di omesso esame) che «l'art. 360, n. 4, non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria».

<sup>148</sup> M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, *passim*.

<sup>149</sup> Per una analisi delle varie ricostruzioni dottrinali, quasi tutte tese a negare l'esistenza di un obbligo di verità delle parti nel processo civile – ma per una opinione favorevole al riconoscimento di tale obbligo v., in particolare, A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, parte I e II, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1-2/2014, 47 ss., e 491 ss. –, v. M. GRADI, *op. ult. cit.*, spec. 515 ss.



senso assoluto) con particolare riguardo alla allegazione di fatti storici decisivi per la soluzione della lite, argomentando tale conclusione anche a partire dal disposto dell'art. 96 c.p.c. «Quando infatti la parte alteri il quadro dei fatti nell'ambito dei quali la lite deve essere decisa, omettendo di riferire fatti decisivi per l'accoglimento delle domande o delle eccezioni proposte dall'avversario, possono sicuramente ritenersi integrati gli estremi della mala fede processuale qualora dall'istruttoria emerga l'esistenza di quelle circostanze; così come appare in mala fede *ab origine* colui che avvii un processo tralasciando di narrare una circostanza di fatto determinante [...]»; senza considerare che «ai sensi dell'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ., è oggi possibile condannare la parte in mala fede al pagamento di una somma di denaro equitativamente determinata in favore dell'avversario, la quale costituisce una "pena pecuniaria privata" che confluisce nelle tasche dell'avversario»<sup>150</sup>.

Senza potersi qui dilungare sulla natura, risarcitoria o sanzionatoria, della condanna al pagamento di una "somma equitativamente determinata" di cui parla l' "enigmatico ultimo comma"<sup>151</sup> dell'art. 96

<sup>150</sup> M. GRADL, *op. ult. cit.*, 719.; v. pure la pronuncia di C. Cost. 6.6.2019, n. 139, che ha ratificato l'orientamento di legittimità formatosi sull'art. 96, co. 3, c.p.c., nel senso di intendere il rinvio all'equità quale richiamo al criterio di proporzionalità secondo le tariffe forensi, stabilendo quindi che la somma prevista da tale disposizione vada rapportata alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa (essendo così salva la base legale della pena pecuniaria privata *ex art.* 23 Cost.): cfr. la pronuncia di Cass. 11.10.2018, nn. 25176-25177, richiamate da E. BUFANO, *Responsabilità da illecito processuale*, in E. Navarretta (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 2915 ss., spec. 2957; v. pure, *amplius*, il contributo di C. DE MENECH, *Alla ricerca del contenuto dell'art. 96, ult. comma c.p.c. tra principi costituzionali e frammenti di disciplina (in margine a Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139)*, in *Eur. dir. priv.* 2/2020, 723 ss., spec. 744 ss.

<sup>151</sup> Così F.D. BUSNELLI-E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?*, in *Danno e Resp.* 6/2012, 585 ss.; per tutti i riferimenti bibliografici sulla responsabilità *ex art.* 96, co. 3, c.p.c., v. P. NAPPI, *sub art. 96*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, cit., 1057 ss., spec. 1073; e più recentemente E. BUFANO, *Responsabilità da illecito processuale*, cit., spec. 2938 ss. Gli indici letterali della norma dovrebbero far propendere per la natura sanzionatoria, sia perché si parla di somma equitativamente determinata sia perché può essere disposta anche d'ufficio, a dimostrazione della vocazione spiccatamente pubblicistica. I dubbi che pure potevano essere avanzati – G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, comma 3, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.* 2010, I, 2237 ss., nonché in *judicium.it*, e F. CORDOPATRI, *La condanna alla rifusione delle spese di lite e l'evoluzione del principio di soccombenza*, in *Il giusto proc. civ.* 2/2014, 369 ss., spec. 413, ad esempio, avevano espresso preferenza per la qualificazione dell'art. 96, co. 3, come misura risarcitoria – sono stati dissipati dalla pronuncia di C. Cost. 23.6.2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.* 2/2017, 498 ss., con nt. di M.F. GHIRGA, *Sulla "ragionevolezza" dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, e in *Corr. giur.* 12/2016, 1586 ss., con il commento di C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*.

c.p.c., che può giustificare un ulteriore aggravio di spese a carico della parte che ha variamente abusato dello strumento processuale – e in disparte il caso, ancor più grave, in cui il dolo della parte giustifichi la revocazione straordinaria della sentenza<sup>152</sup>, a cui aggiungere l'eventuale risarcimento del danno – interessa qui notare come la mala fede processuale si reputi integrata ove la condotta menzognera, reticente, od omissiva di una parte a danno dell'altra abbia avuto una incidenza causale determinante sul *decisum*<sup>153</sup>: il che è come dire che la concessione del risarcimento *ex art. 96 c.p.c.* passa per la dimostrazione della circostanza che l'allegazione veritiera o completa avrebbe probabilmente contribuito a determinare una decisione dal contenuto diverso. Ad essere leso sembra, allora, il diritto a difendersi in un giudizio a contraddittorio effettivo, dove la lesione si misura in base alla *chance* di una decisione favorevole all'esito di un processo svoltosi nel pieno rispetto della parità delle armi.

In definitiva pare che in ciascuno di questi casi in cui, a vario titolo, si valorizza l'incidenza causale di un vizio o di una condotta sulla giustizia concreta della decisione, si celi proprio una logica fondata sulla emersione delle *chances* perdute, nella misura in cui si tende ad attribuire rilevanza a quel vizio o a quella condotta solo in funzione

<sup>152</sup> Secondo M. GRADI, *L'obbligo di verità*, cit., 724, la violazione dell'obbligo di verità potrebbe integrare un motivo di revocazione *ex art. 395*, nn. 1, 2 e 3, c.p.c., non solo nei casi più gravi «dell'uso di una prova falsa decisiva e dell'occultamento di un documento decisivo in danno della parte soccombente [ma] anche nel caso in cui, mediante il gioco delle contestazioni e della regola dell'onere della prova, oppure mediante allegazioni gravemente incomplete, la parte sia riuscita a pregiudicare la difesa dell'avversario e ad ottenere una sentenza ingiusta in danno di quest'ultimo».

<sup>153</sup> M. GRADI, *L'obbligo di verità*, cit., 722-723, ritiene che la sanzione debba scattare anche quando la condotta abbia avuto ad oggetto «fatti rilevanti ma non decisivi a condizione che ciò abbia comportato particolari spese istruttorie o un ritardo della decisione (che quindi devono giustamente essere ripartite indipendentemente dal criterio della soccombenza, oltre a comportare una pensa pecuniaria privata). Ciò lascia fuori – con soluzione di indubbia ragionevolezza – soltanto ipotesi del tutto marginali, ossia le menzogne e le reticenze *irrilevanti* dal punto di vista del processo (ossia quelle che non hanno alcuna incidenza causale sul *decisum* e che non comportano spese né rallentamenti del processo)». L'A. prosegue ammettendo che «è pur vero che, in questo modo, non tutte le false allegazioni processuali sono sanzionate», ma ciò non può indurre a condividere la conclusione di C. CONSOLO, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, in *Id.*, *Passaggiate e passacaglie sul confine fra diritto civile e processuale*, a cura di F. Godio, Torino, 2015, 529 ss., spec. 544, nt. 13, nel senso che la corretta lettura dell'art. 96 c.p.c. (come sanzione non tanto della mera «falsa o maliziosamente incompleta allegazione», ma proprio dell'agire o resistere in giudizio temerariamente) dovrebbe portare ad escludere la rintracciabilità, nel nostro sistema positivo, di un dovere di verità a carico delle parti.

della prova del diverso esito che sarebbe stato ragionevole attendersi, a discapito dell'applicazione rigorosa e invero necessaria della disciplina delle nullità processuali, destinate così ad avere rilievo solo ove repute in qualche misura dannose<sup>154</sup>. Un benvenuto cambio di passo da ultimo si era registrato con la decisione delle Sezioni Unite del 25.11.2021, n. 36596, secondo cui la sentenza resa prima dello scadere dei termini *ex art.* 190 c.p.c., deve considerarsi nulla, per violazione del principio del contraddittorio, a prescindere dalla dimostrazione della idoneità degli argomenti che sarebbero stati spesi negli atti difensivi conclusivi ad incidere sul contenuto della decisione. Un giusto ridimensionamento del criterio del "pregiudizio effettivo" che, restituendo il giusto automatismo di applicazione alla sanzione della invalidità della sentenza, vuole assicurare pienezza di tutela – in forma specifica, attraverso i mezzi di impugnazione – alle *chances* delle parti di esercitare il loro diritto di difesa<sup>155</sup>. Non deve sfuggire, tuttavia, la modifica introdotta dal d.lgs. n. 149/2022, in attuazione della delega per l'ultima riforma del processo civile, all'art. 101 c.p.c., a norma del quale si richiederà al giudice di assicurare il rispetto del contraddittorio, adottando i provvedimenti opportuni nel caso in cui, dalla violazione dello stesso, sia «derivata una lesione del diritto di difesa». Di nuovo, dunque, si valorizza il criterio del pregiudizio effettivo che anzi, come osservato da attenta dottrina, pare adesso ancorato ad uno «specifico appiglio normativo»<sup>156</sup>, con il rischio di prestare il

<sup>154</sup> In spregio a quanto concepito dal legislatore: v., per tutti, R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, 11 ss.

<sup>155</sup> V., in nota adesiva alla pronuncia delle Sezioni Unite, M. STELLA, *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c.*, è in re ipsa, in *Riv. dir. proc.* 2/2022, 571 ss., che sottolinea la vocazione della pronuncia a trascendere il caso di specie per mettere bene in evidenza le "vacillanti fondamenta" del principio del pregiudizio effettivo, a cominciare dal richiamo alla condizione dell'interesse ad agire, che invero "non gioca alcun ruolo nel discorso sulle nullità degli atti processuali, loro rilevanza e sanatoria". Ha commentato la pronuncia, in senso sostanzialmente adesivo, anche A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.* 1/2023, 127 ss., evidenziando, tuttavia, l'incongruenza delle conclusioni della S.C. nella parte in cui ha ritenuto che, se la violazione del contraddittorio ha inficiato la sentenza di primo grado, la relativa nullità, veicolata tramite apposito motivo di appello, dovrà essere accompagnata da ulteriori doglianze di merito, in ragione del carattere sostitutivo dell'appello.

<sup>156</sup> V. R. DONZELLI, *Riforma del processo civile: le disposizioni generali e il processo di cognizione*, in *Giustiziacivile.com* del 22 novembre 2022, spec. 3; v. anche C. DELLE DONNE, *Contraddittorio e "pregiudizio effettivo" dopo la riforma Cartabia*, in *judicium.it*, che parla di «torsione involutiva e autoritaria»

fianco ad una interpretazione della novella legislativa che avrebbe, tra gli altri, l'effetto di «degradare le norme processuali a meramente facoltative»<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> Così sempre R. DONZELLI, *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 1/2023, 214 ss., che, evidenziando la contrarietà di tale esito ai principi costituzionali che presidono lo svolgimento del processo, approva una lettura "rassicurante" della nuova previsione che avrebbe una funzione di «completamento e perfezionamento di un quadro normativo già esistente» e risponde[rebbe] allo scopo di rafforzare il ruolo del giudice quale garante del contraddittorio, e non anche a quello di positivizzare il principio del pregiudizio effettivo.

## Conclusioni

L'obiettivo della presente indagine era quello di ragionare su alcuni dei più rilevanti profili processuali della discussa figura del danno da perdita di *chances*.

Per fare ciò è stato necessario ripercorrere le varie possibili ricostruzioni offerte in dottrina e giurisprudenza, nel tentativo di superare la distinzione fra teoria ontologica e teoria eziologica – ormai definitivamente sconfessata anche dal giudice di legittimità –, una volta preso atto della impossibilità di racchiudere tutte le fattispecie risarcitorie in cui viene invocata la perdita di *chance* in una definizione unitaria.

Da anni la giurisprudenza – che in questo caso, più che altrove, ha manifestato *vis creativa* – predica la consistenza della *chance* quale entità dotata di autonoma dignità sotto il profilo giuridico ed economico. Quella che sembrava, sin dalle prime pronunce in materia giuslavoristica e in campo di responsabilità sanitaria, una convinta adesione alla impostazione ontologica, in realtà tradiva sistematicamente un costante riferimento alla opposta teoria eziologica, tale per cui l'apprezzamento della lesione della *chance* veniva parametrato al risultato perduto e, con giudizio controfattuale, alle possibilità di realizzarlo in assenza dell'illecito, confondendo il piano della probabilità della causazione dell'evento con quello del grado di immediatezza della conseguenza pregiudizievole. Il risultato era spesso contraddittorio e poco chiaro, frutto di una errata sovrapposizione tra misurazione delle possibilità perdute e verifica del nesso causale tra illecito ed evento di danno.

Proprio la osservazione del problema nella prospettiva del processo ha condotto a riformulare i termini della teoria ontologica nel senso di considerare necessaria la proposizione di un'autonoma domanda di

risarcimento del danno da perdita di *chance* solo ove sia riconoscibile, nella *chance*, un interesse autonomo tutelato dal programma negoziale o comunque dall'ordinamento. Abbiamo rinvenuto un siffatto interesse in particolare nelle fattispecie di responsabilità sanitaria e in materia giuslavoristica, nonché in quelle di responsabilità dell'avvocato.

Poste le premesse per cui il risarcimento del danno da responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (pur con le dovute distinzioni tra un ambito e l'altro) non può che fondarsi sulla lesione di un interesse giuridicamente rilevante – che, talvolta, e precisamente ove si tratti di un danno non patrimoniale, deve essere dotato di una speciale protezione di rango costituzionale –, ci si è chiesti se, e a quali condizioni, la *chance* possa assurgere allo *status* di interesse tutelabile la cui lesione giustifichi un distinto diritto di credito al risarcimento del danno (e non, diversamente, una mera voce di danno).

Da qui sono discesi i corollari nel processo che, nel silenzio della dottrina, sono ad oggi limitati alla affermazione, contenuta in alcune sentenze della S.C., della distinzione “ontologica” della domanda di risarcimento del danno da perdita dell'occasione di profitto dalla domanda risarcitoria complessivamente intesa, quasi in virtù di un automatismo generato dal riconoscimento della *chance* come autonoma entità giuridicamente ed economicamente rilevante.

Eppure non sono poche le questioni tipicamente processuali che si sono affacciate nel corso della riflessione, e tutte, a dire il vero, si sono mostrate interessanti per il loro rilievo sia teorico che pratico.

Ne è derivato l'approfondimento sulle controversie risarcitorie in cui si è ravvisata l'esistenza di una *chance* come autonoma situazione giuridica la cui lesione possa costituire il fondamento di un autonomo diritto di credito e dunque di una autonoma domanda di condanna (anche eventualmente “generica”, con efficacia in un certo senso determinativa della *species* di danno subito, se “pieno” o da perdita di *chance*); e si è escluso, invece, di poter configurare anche l'accesso ad una tutela di mero accertamento degli elementi di fatto identificativi della *chance*.

Dove è stato possibile configurare tale autonomo diritto di credito, si è dovuto procedere all'indagine relativa alla individuazione dei fatti costitutivi dello stesso, per concludere – in coerenza con gli esiti della prima parte della riflessione – la matrice causale della perdita di *chance* ha difatti un riflesso anche nella costruzione della fattispecie costitutiva del diritto risarcitorio, che si compone altresì della sequen-

za causale alternativa (e appartenente alla dimensione controfattuale) idonea a “rivelare” che una *chance* esisteva e avrebbe potuto in astratto realizzarsi.

Tra queste la perdita di *chances* terapeutiche nel rapporto di cure sanitarie è stata oggetto di particolare attenzione, in quanto assai rappresentativa della essenza della *chance* quale interesse “di riserva” rispetto a quello principale. Tanto che si è concluso, sul piano del processo, la convenienza dell’attore ad instaurare un cumulo subordinato di cause, in cui la decidibilità nel merito della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* venga subordinata al rigetto – per la mancata prova del nesso causale<sup>1</sup> – della domanda principale di risarcimento del danno “pieno” alla salute<sup>2</sup>.

La instaurazione di un siffatto cumulo è, ad avviso di chi scrive, ammissibile anche in un momento successivo alla introduzione del giudizio, dal momento che la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* terapeutiche può considerarsi domanda complanare, in quanto tale proponibile per la prima volta in primo grado fino alla prima memoria di cui all’art. 183, co. 6, c.p.c. (che, nel nuovo rito ordinario di cognizione secondo la disciplina in vigore dal 28 febbraio 2023, sarà depositata almeno 40 giorni prima dell’udienza ex art. 183, come prescrive l’art. 171-ter c.p.c.)

Si è discusso poi della compatibilità di una struttura cumulativa del giudizio con le caratteristiche del rito sanitario, per come congegnato

---

<sup>1</sup> Come detto *supra* nel cap. IV, par. 3, abbiamo concluso che l’evento condizionante possa utilmente farsi coincidere con il rigetto nel merito per una ben determinata ragione di infondatezza, la insussistenza del nesso causale; in tal modo riflettendo, sul piano del processo, la questione della indagine sulla causalità.

<sup>2</sup> Sul punto v. G. CRICENTI, *La chance come bene autonomo. Critica*, cit., spec. 1253, in nota alla recente pronuncia del Cons. St. A.P. 23.4.2021, n. 7, secondo cui la concezione della *chance* quale bene autonomo determina una duplicazione di tutela, poiché rende possibile la proposizione di due domande risarcitorie, una per il ristoro del danno finale e una per il ristoro delle *chances* sacrificate. Invero, che le due domande siano entrambe astrattamente proponibili non implica che siano entrambe meritevoli di accoglimento; ed, anzi, abbiamo concluso che l’accoglimento della domanda c.d. principale comporterà l’assorbimento della domanda risarcitoria del danno da perdita di *chance* eventualmente proposta in cumulo subordinato, o comunque farà sì che la domanda di ristoro del danno da perdita di *chance* formulata in un secondo momento e in separata sede rispetto alla domanda volta ad ottenere la compensazione del danno finale venga rigettata in rito per carenza di interesse ad agire, per avere il soggetto danneggiato già ottenuto la massima soddisfazione possibile tramite l’accoglimento della prima domanda. Lo stesso Cricenti, infatti, osserva che, una volta concretizzatosi il danno finale, il sacrificio della semplice *chance* non è più risarcibile.

dalla l. n. 24/2017 nei vari snodi procedurali della consulenza tecnica preventivo-conciliativa, prevista come condizione di procedibilità alternativa alla mediazione, e della successiva fase di merito affidata, in linea di principio, alle forme del rito sommario *ex art. 702-bis* e ss. c.p.c. (che, all'esito della riforma del processo civile di cui al d.lgs. 149/2022, è stato abrogato, per fare spazio al nuovo "procedimento semplificato di cognizione" disciplinato dagli artt. 281-*decies* e ss.).

Da questo punto di vista, si è osservato che – per quanto ammissibile un cumulo anche successivo – la struttura preferibile resti quella del cumulo condizionale originario, di modo che lo svolgimento dell'accertamento tecnico preventivo con finalità conciliativa soddisfi la prescritta condizione di procedibilità per entrambe le domande.

Nella delicata materia della responsabilità sanitaria – che, in virtù delle sue indiscusse peculiarità, ha meritato una trattazione *ad hoc* – la *chance* di ricevere il trattamento sanitario più adeguato alle esigenze terapeutiche è interesse meritevole di tutela non meno del diritto, costituzionalmente garantito, alla salute, e al pari di questo può essere annoverato all'interno del catalogo di diritto fondamentali (a cui viene riconosciuta infatti una "capacità espansiva autopoietica"). A tal proposito si è osservato che la giurisprudenza di legittimità – e ci riferiamo in particolare alle pronunce più volte richiamate di Cass. n. 5641/2018 e Cass. n. 28993/2019 – non ha espressamente individuato nella *chance* un interesse o bene giuridico autonomo, pur qualificando la perdita di *chance* come danno evento e pur ribadendo la necessaria proposizione di una autonoma domanda risarcitoria.

Anche con riferimento alle ipotesi di responsabilità professionale dell'avvocato è emersa la possibilità di configurare una specifica fattispecie di danno da lesione della *chance* quale interesse alla diligente esecuzione del mandato professionale e, dunque, alla normale prosecuzione del processo: il caso tipico è quello dell'avvocato che, colpevolmente, ometta di impugnare la sentenza entro il termine previsto cagionando così la fine prematura del giudizio e dunque il passaggio in giudicato di una pronuncia magari ingiusta e invalida, a detrimento delle ragioni dell'assistito.

In questo campo, però a nostro avviso, la *chance* intesa come possibilità di accoglimento della domanda assume pure il diverso significato di criterio di imputazione della responsabilità del professionista, e così parametro del giudizio causale.



Un'ambiguità di fondo che puntualmente si ripresenta in qualunque riflessione sulla perdita di *chances*, e che testimonia quel "paralogismo" denunciato dal giudice di legittimità nella pronuncia, ampiamente discussa *supra* nel cap. II, di Cass. 9.3.2018, n. 5641, per cui si è «sostituito uno degli elementi essenziali della fattispecie dell'illecito – il nesso causale – con il suo oggetto – il bene tutelato oggetto della lesione – [...]».

L'intento deve essere allora quello di evitare una tale sovrapposizione tra oggetto di tutela e nesso di causa, e saper individuare i casi in cui la *chance* può dirsi vero e proprio interesse giuridicamente tutelabile la cui lesione determini l'insorgenza di un autonomo diritto di credito al risarcimento del danno, i cui fatti costitutivi risulteranno dalla allegazione della condotta lesiva, unitamente al nesso di causa tra l'evento e il danno subito, oltre che della sequenza controfattuale casuale alternativa che, in assenza dell'illecito, avrebbe condotto alla realizzazione della *chance* che si assume lesa.

Al contrario si dovrà evitare di riferirsi alla perdita di *chance* tutte le volte in cui il bene tutelato non sia la *chance* stessa, ma semplicemente si riscontri la difficoltà concreta di provare il nesso di causa secondo lo standard del più probabile che no.

Così come è bene precisare che non basta un qualsiasi sacrificio di una occasione favorevole per integrare la fattispecie risarcitoria del danno da perdita di *chances*. Nelle ultime pagine della trattazione, infatti, è stata sviluppata una suggestione legata ad un concetto più lato di *chance*, svincolato dalla dimensione della responsabilità civile, intesa quale possibilità di tutela all'interno del processo civile, il cui sacrificio può dirsi fisiologico, perché dovuto all'applicazione della normativa vigente o comunque all'ordinario (e non illecito: dunque al di là delle rare ipotesi in cui sia configurabile una responsabilità in capo al giudice<sup>3</sup>) svolgimento dell'attività interpretativa da parte del giudice. È emerso che vi sono non pochi casi in cui le parti subiscono quello che sarebbe a tutti gli effetti il sacrificio di una possibilità di tutela in seguito alle valutazioni (non censurabili) compiute dal giudice, senza che ciò comporti l'insorgenza di un danno da perdita di *chances* in senso tecnico e quindi risarcibile.

A questo proposito abbiamo ragionato su due ipotesi in particolare: il caso della mancata rimessione alle sezioni unite da parte della se-

<sup>3</sup> V. *supra* il cap. V, par. 4.

zione semplice che disattenda così il disposto dell'art. 374, co. 3, c.p.c., concludendo, tuttavia, che tale condotta, posta in essere in violazione di una norma di carattere ordinamentale piuttosto che processuale in senso stretto, possa al più configurare un illecito disciplinare; e quello in cui la perdita di *chances* si attegga a canone valutativo di talune nullità processuali e di una loro possibile sanatoria in virtù del mancato riscontro di una effettiva compromissione del diritto di difesa della parte (ecco che l'apprezzamento delle *chances* perdute nel processo si materializza nel c.d. principio del pregiudizio effettivo).

In definitiva lo studio delle problematiche, di carattere sostanziale e processuale, sollevate dalla perdita di *chance* ha mostrato gli effetti concreti del relativismo che contraddistingue i moderni sistemi giuridici, ormai lontani dalla rassicurante epoca delle codificazioni, in cui il giurista fronteggia – sicuramente in Italia – uno spiccato protagonismo della Giurisprudenza e si ritrova dinanzi ad uno “specchio spezzato”<sup>4</sup> che restituisce un'immagine frastagliata della realtà e così più difficile da decifrare. Dal canto suo, il maggior rigore delle categorie del processo – anch'esso oggi attenuato da un certo tasso di imprevedibilità nella interpretazione delle norme sul rito – ha consentito di fissare la figura della *chance* entro confini più nitidi, a partire dai quali è stato possibile suggerire le vie di tutela giurisdizionale del danno da perdita di *chance*.

---

<sup>4</sup> S. RODOTÀ, *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1/1997, 5 ss., oggi in *Id.*, *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, raccolti da G. Alpa e M.R. Marella, Napoli, 2017, 213 ss.

## Bibliografia

- ADORNO M., *Il nuovo "filtro" dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in A.D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Roma, 2017, 105 ss.
- ALLORIO E., *Bisogno di tutela giuridica*, in *Jus*, 1954, 547 ss.
- ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, Milano, 1962.
- ALLORIO E., *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, 399 ss.
- ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, rist. 1992.
- ALLORIO E., *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.*, 1947, 73 ss.
- ALLORIO E., *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire, Problemi di diritto*, Milano, 1957, I, 195 ss.
- ALLORIO E., *Perenzione*, in *Enc. giur.*, XIII, Milano, 1937, 299 ss.
- ALPA G., *La regola del precedente e i suoi «falsi amici»*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. Il precedente*, Bologna, 2018.
- ALPA G., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 185 ss.
- ALPA G., *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. Impr.* 1/2018, 1 ss.
- AMENDOLAGINE V., *La responsabilità civile del professionista*, in *Giur. it.* 1/2021, 216 ss.
- AMOROSO G.-MORELLI M.R., *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, in M. Acierno-P. Curzio-A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, III ed., Bari, 2020, 465 ss.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1956.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI V., *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 249 ss.
- ANDRIOLI V., *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 567 ss.

- ANSANELLI V., *Funzionamento della consulenza tecnica preventiva nelle controversie in materia medico-sanitaria*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, Milano, 2018, 79 ss.
- ANSANELLI V., *Il consulente tecnico d'ufficio – Un piccolo giudice alla ricerca della verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2022, 1207 ss.
- ANSANELLI V., *L'utilizzazione della prova scientifica nel processo civile – cenni di diritto comparato*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2019, 1251 ss.
- ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011.
- ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 14 ss.
- ASCARELLI T., *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352 ss.
- ASPRELLA C., *Frazionamento del credito, abuso del processo e interesse a proporre l'azione esecutiva*, in *Riv. es. forz.*, 3/2015, 457 ss.
- ASPRELLA C., *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, in *Corr. giur.* 7/2017, 975 ss.
- ASPRELLA C., *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015.
- ASPRELLA C., *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.* 12/2016, 1586 ss.
- ATTARDI A., *Diritto processuale civile, I*, Padova, 1999.
- ATTARDI A., *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, in *Giur.it.*, 1/1987, 537 ss.
- ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 475 ss.
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.
- ATTARDI A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 1 ss. e 184 ss.
- ATTARDI A., *Legittimazione ad agire*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, 524 ss.
- ATTARDI A., *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.* 4/1988, 305 ss.
- ATTARDI A., *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1 ss.
- ATTARDI A., *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.
- AULETTA F.-BOCCAGNA S.-RASCIO N. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna, 2017.
- AULETTA F.-CAPASSO V., *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia ... con colpo di scena finale*, in *Corr. giur.* 12/2020, 1526 ss.
- AULETTA F.-ROMEO F., *A Preliminary Study on the Quantification of them Normativity of the Judicial Precedent*, in *Schweighofer-Kummer-Saarenpää (dir.)*, *Internet of things*, Bern, 2019, 491 ss.
- AULETTA F., *A quantitative approach to study the normativity of the jurisprudence of Courts in Countries from the Civil law tradition*, in F. Romeo-M. Dall'Aglio-

- M. Giacalone, *Algorithmic Conflict Resolution. Fair and equitable Algorithms in Private Law*, Torino, 2019, 131 ss.
- AULETTA F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002.
- AULETTA F., *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2016, 461 ss.
- AVONDOLA A., *Il danno da demansionamento: la giurisprudenza del futuro guarda al passato*, in *Arg. dir. lav.* 4-5/2018, 1344 ss.
- AZZALINI M., *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso d'omessa informazione al cliente*, in *Resp. civ. prev.* 10/2009, 2049 ss.
- AZZARITI G., *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, in *Giur. cost.* 6/1999, 4062 ss.
- AZZARRI F., *Inadempimento e danno non patrimoniale tra teoria dell'obbligazione e politica esegetica*, in *Resp. civ. prev.* 3/2019, 761 ss.
- BACACHE M., *La réparation de la perte de chance: quelles limites ?*, in *Dalloz*, 2013, 619 ss.
- BALBI C.E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.
- BALBUSSO S., *Autorità di giudicato e nuova domanda risarcitoria per i danni imprevedibili*, in *Nuova giur. civ. comm.* 12/2017, 1672 ss.
- BALENA G., *I rassicuranti contenuti delle Sezioni unite sul contenuto dell'atto di appello*, in *Foro it.* 3/2018, 988 ss.;
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I e II, Bari, 2016.
- BARBARISI A., *La quantificazione e l'onere della prova del danno da perdita di chance nei concorsi privati*, in *La nuova giur. civ. comm.* 10/2010, 11031 ss.
- BARBARO S., *Responsabilità del sanitario e logica dell'apportionment of liability*, in *Danno e Resp.* 4/2011, 419 ss.
- BARCELONA M., *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eur. dir. priv.* 4/2011, 945 ss.
- BARCELONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.
- BARONCINI V.-M. MONTANARI, *sub art. 116*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, Milano, 2018, 1379 ss.
- BARONCINI V.-MONTANARI M., *art. 278*, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 666 ss.
- BARONE S., *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della l. n. 24/2017*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, Milano, 2018, 1 ss.
- BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.
- BASCOULERGUE A., *Réparation d'un préjudice de perte de chance et condamnation in solidum*, in *La Semaine Juridique*, 2017.

- BATTAGLIA V., *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.* 2/2018, 427 ss.
- BATTAGLIA V., *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in tribunale*, Torino, 2012.
- BELLÉ R., *Allegazione e prova del danno non patrimoniale*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 115 ss.
- BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5/2017, 575 ss.
- BENATTI F., *Correggere e punire. Dalla Law of Torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.
- BENATTI F., *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Resp. civ. prev.* 1/2014, 53 ss.
- BENATTI F., *Responsabilità dell'avvocato e quantificazione del danno*, in *I Contr.* 11/2012, 937 ss.
- BERTOLLINI P., *L'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, Torino, 2018, 85 ss.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, art. 1226, Bologna-Roma, 1979, 321 ss.;
- BIANCA C.M., *Istituzioni di diritto privato*, con la collaborazione di M. Bianca, II ed., Milano, 2018.
- BIANCA M., *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, in *Corr. giur.* 2/2020, 145 ss.
- BIGLIAZZI GERI L.-BRECCIA U.-BUSNELLI F.D.-NATOLI U., *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1998.
- BIGLIAZZI GERI L., *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 40 ss.
- BIVONA E., *Frazionamento "abusivo" del credito e controllo giudiziale sull'interesse ad agire*, in *Riv. dir. civ.* 5/2018, 1163 ss.
- BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Torino, 2010.
- BOBBIO N., *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.* 1955, 3 ss.
- BOCCAGNA S., *Corruzione di un componente del collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della cassazione sul «Lodo Mondadori»*, in *Corr. giur.* 4/2014, 522 ss.
- BOCCAGNA S., *La parabola della responsabilità civile dei magistrati dal c.p.c. del 1940 alla l. n. 18 del 2015*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 5/2018, 1194 ss.
- BOCCHIOLA M., *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/1976, 58 ss.
- BONA M., *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, in *Corr. giur.* 1/2008, 35 ss.

- BONA M., *La Cassazione rigetta il modello della "causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.* 12/2011, 1672 ss.
- BONARDI O., *Concorsi invalidi: risarcimento della perdita di chance o ripetizione del concorso ora per allora?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2/2001, 463 ss.
- BONHOMME R., *Responsabilité et gestion du risque financier*, in *RD banc. et fin.* 6/2010, étude 31, 41 ss.
- BONO R., *Il danno da demansionamento e da perdita di chance di promozione*, in *Giur. it.* 7/2016, 1673 ss.
- BONSIGNORI A., *Il divieto di domande e di eccezioni nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 65 ss.
- BONTEMPI V., *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Giorn. Dir. amm.* 6/2020, 805 ss.
- BORGHETTI J.S., *La perte de chance de ne pas contracter*, in *Rev. des contrats*, 2/2010, 610 ss.
- BORGHETTI J.S., *Réparation de la perte de chance: la Cour de cassation pose l'exigence du caractère raisonnable de la chance perdue*, in *La Semaine Juridique – Edition générale*, 2014.
- BOVE M., *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 6/2011, 1431 ss.
- BRECCIA U., *Le Obbligazioni*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 1991, 133 ss.
- BRIGUGLIO A., *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.* 1/2015, 16 ss.
- BRIGUGLIO A., *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: "turning point nell'interesse della legge"*, in *Resp. civ. prev.* 5/2017, 1597 ss.
- BRIGUGLIO A., *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo condiviso) antidoto*, in *Il giusto proc. civ.* 4/2010, 1165 ss.
- BRIGUGLIO A., *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *judicium.it*.
- BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996.
- BRIGUGLIO A., *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.* 1/2023, 127 ss.
- BRUER R.S., *Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, in *Missouri Law Rev.* vol. 59, 1994, 969 ss.
- BUFANO E., *Responsabilità da illecito processuale*, in E. Navarretta (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, 2915 ss.
- BUFANO E., *Statuti risarcitori dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come "forma dell'acqua" nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. prev.* 1/2020, 181 ss.
- BUONAFEDE A., *La nuova "azione diretta" contro le imprese assicuratrici*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima durante il processo)*, Torino, 2018, 127 ss.

- BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.
- BUSNELLI F.D.-D'ALESSANDRO E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?», in *Danno e Resp.* 6/2012, 585 ss.*
- BUSNELLI F.D., *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, 1317 ss.
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.
- BUSNELLI F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e Resp.* 1997, 269 ss.
- BUSNELLI F.D., *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.* 4/1965, 47 ss.
- BUSONI F., *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011.
- C. CONSOLO, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, in *Id., Passeggiate e passacaglie sul confine fra diritto civile e processuale*, a cura di F. Godio, Torino, 2015, 529 ss.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, parte II, Milano-Torino-Roma, 1920, ora in *Id., Opere giuridiche*, VII, nella collana *La memoria del diritto*, Roma, 2019.
- CALAMANDREI P., *La condanna «generica» ai danni*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, 357 ss.
- CALAMANDREI P., *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc.* 2/1931, 260 ss.
- CALÒ E., *La Cassazione «vara» il testamento biologico*, in *Corr. giur.* 12/2007, 1676 ss.
- CALVO R., *Perdita di chance terapeutiche: un precedente-decalogo*, in *Corr. giur.* 3/2020, 297 ss.
- CALZOLAIO E. (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020.
- CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, III ed., Torino, 2020.
- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018.
- CAPASSO V., *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*, in *Foro it.* 5/2019, 1639 ss.
- CAPASSO V., *Giudici consequenzialisti. La modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia ultra partes ed effettività della tutela*, Napoli, 2020.
- CAPASSO V., *Il «vincolo» delle sezioni semplici al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite tra (ir)ragionevolezza ed (un)enforceability*, in *Riv. dir. civ.* 4/2022, 673 ss.
- CAPASSO V., *Il ricorso per cassazione avverso ... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2019, 627 ss.;
- CAPASSO V., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il «vincolo» di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2022, 587 ss.



- CAPASSO V., *Il valore della «giurisprudenza» in Francia*, in *Riv. dir. proc.* 3/2020, 1261 ss.
- CAPECCHI M., *Dalla perdita di chance*, in *Contr. Impr.* 1/2021, 23 ss.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005.
- CAPECCHI M., *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.* 5/2008, 143 ss.
- CAPONI R., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*, in *Foro it.* 1/2008, 1514 ss.
- CAPONI R., *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 5/2010, 314 ss.
- CAPORUSSO S., *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell'art. 6, par. 1, CEDU*, in *Pers. merc.* 3/2014, 118 ss.
- CAPPAGLI E., *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *Giust. civ.* 6/1984, 1841 ss.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962.
- CAPPELLETTI M., *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, in *Giust. civ.* 1960, 880 ss.
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.
- CARBONE A., *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.* 1/2018, 175 ss.
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, I, Torino, 2020.
- CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e Resp.* 3/1999, 294 ss.
- CARIGLIA C., *La Corte di cassazione conferma il nuovo orientamento in tema di ammissibilità della domanda nuova*, in *Giur. it.* 10/2016, 2150 ss.
- CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.
- CARLEO A. (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018.
- CARLEO A. (a cura di), *La decisione robotica*, Bologna, 2019.
- CARNELUTTI F., *Condanna generica al risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1951, 324 ss.
- CARNELUTTI F., *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 629 ss.
- CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 41 ss.
- CARNELUTTI F., *La prova civile*, Roma, 1947.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1925.

- CARNELUTTI F., *Ricorso in cassazione condizionato?*, in *Riv. dir. proc.* 1946, 43 ss.
- CARNELUTTI F., *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc.* 2/1932, 57 ss.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Milano, 1936.
- CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Napoli, (rist.) 2010.
- CARNELUTTI F., *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. dir. proc.* 1/1942, 53 ss.
- CARRATA A., *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, parte I e II, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1-2/2014, 47 ss. e 491 ss.
- CARRATA A., *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*, in *Corr. giur.* 2000, 1618 ss.
- CARRATA A., *Condanna generica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 3 ss.
- CARRATA A., *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in L. Marafioti-R. Del Coco (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, 9 ss.
- CARRATA A., *Il progetto francese di riforma della responsabilità civile: profili processuali*, in *Eur. dir. priv.* 1/2020, 139 ss.;
- CARRATA A., *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza sul "filtro" in appello*, in *Giur.it.* 6/2016, 1371 ss.
- CARRATA A., *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.* 1/2022, 24 ss.
- CARRIERO M.F., *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 3/2017, 1087 ss.
- CASACELI B., *Losing a chance to survive: an examination of the loss of chance doctrine within the context of wrongful death action*, in *Journal of Health & Biomedical Law*, 2014, 521 ss.
- CASTAGNO D., *La sezione-filtro torna sull'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.*, in *Giur.it.* 7/2018, 1617 ss.
- CASTALDO V.C., *Il danno non patrimoniale dell'azione di classe: il quantum sul letto di procuste*, in *Corr. giur.* 7/2020, 952 ss.
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.* 2/2008, 315 ss.
- CASTRONOVO C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.* 1/2008, 1 ss.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 123 ss.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1991, 7 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus* 1998, 653 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, IV ed., Milano, 2018.
- CASTRONOVO C., *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.* 4/2008, 787 ss.
- CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010, 1 ss.

- CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.
- CAVALLA F.-CONSOLO C.-DE CRISTOFARO M., *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.* 10/2011, 1392 ss.
- CAVALLINI C., *L'oggetto della sentenza di condanna generica*, in *Riv. dir. proc.* 2/2002, 523 ss.
- CAVALLONE B., *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 3/2022, 981 ss.;
- CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.
- CEA M.C., *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 4-5/2010, 792 ss.
- CERINO CANOVA A., *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/1986, 445 ss.
- CERRI C., *La violazione del diritto all'autodeterminazione quale danno risarcibile*, in *Danno e Resp.* 4/2019, 558 ss.
- CHABAS F., *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.* 1996, 227 ss.
- CHAUVIN P., *La "saisine pour avis"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/1995, 1023 ss.
- CHIARIGLIA C., *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.
- CHIARLONI S., *Appello*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995, 23 ss.
- CHIARLONI S., *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969.
- CHIAVARIO M., *Indipendenza e responsabilità del magistrato: il contributo del Giuliani «interdisciplinare»*, in *Riv. dir. proc.* 3/2012, 668 ss.
- CHIOVENDA G., *Azione di mero accertamento*, in *Saggi di diritto processuale civile*, riedizione a cura di A. Proto Pisani, Milano, 1993.
- CHIOVENDA G., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 25 ss.
- CHIOVENDA G., *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.* 1911, 99 ss.
- CHIOVENDA G., *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, riedizione a cura di A. Proto Pisani, Milano, 1993, 157 ss.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935.
- CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, riedizione a cura di A. Proto Pisani 1993, 3 ss.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, rist. 1965.
- CHIZZINI A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano, 2018.
- CHIZZINI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in P. Schlesinger (fondato da) e F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile Commentato*, Milano, 2018.
- CHIZZINI A., *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1998, 256 ss.

- CICCOLO P., *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto* (art. 363 c.p.c.) (con la procura generale presso la S.C.), in *Corr. giur.* 5/2017, 597 ss.
- COMOGLIO L.P., *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 272 ss.
- COMOGLIO L.P., *Esposizione «assemblata» dei fatti ed inammissibilità del ricorso in cassazione*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2/2018, 199 ss.
- COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Milano, 2010.
- CONSOLO C.-BERTOLDI V.-PORCELLI F., *Sussulti alla sindacabilità del lodo per errori di diritto ammessa dalle Sezioni unite (per arbitrati fondati su convenzioni anteriori al 2 marzo 2006)*, in *Giur. it.* 2017, 1178 ss.
- CONSOLO C.-BERTOLDI V., *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*, in *Giur. it.* 6/2016, 1451 ss.
- CONSOLO C.-GODIO F., *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibile anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.* 2/2019, 263 ss.
- CONSOLO C.-GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2/2015, 225 ss.
- CONSOLO C.-GODIO F., *Un ambo delle sezioni unite sull'art. 345 (commi 2 e 3). Le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, in *Corr. giur.* 11/2017, 1396 ss.
- CONSOLO C., *Al «cuore» dell'esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2004, 1535 ss.
- CONSOLO C., art. 2909 c.c., in *Id.* (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, I, Milano, 2018, 99 ss.
- CONSOLO C., *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori – e residualmente degli arbitri come mandatari – negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *Riv. dir. proc.* 6/2015, 1358 ss.
- CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 44 ss.
- CONSOLO C., *Giustizia, Corti di gravame, tradizione e modernità. Riflessione dal versante italiano: alla ricerca del "gusto strategico per la giustizia"*, in *Corr. giur.* 6/2005, 753 ss.
- CONSOLO C., *Il "tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione" e l'eventuale giudizio di merito: promesse e realtà della elisione della cognizione piena*, in C. Consolo (coordinato da), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, Torino, 2018, 35 ss.
- CONSOLO C., *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 765 ss.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, I e II, Padova, 1985.
- CONSOLO C., *Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (... a rischio di essere riponderato quale hard black letter rule)*, in *Giur. it.* 12/2016, 2775 ss.

- CONSOLO C., *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2/2020, 714 ss.
- CONSOLO C., *La Cassazione e il suo nuovo volto "gianuario" (doppio ma, infine "disambiguato")*, in *Corr. giur.* 5/2017, 589 ss.
- CONSOLO C., *La doppia (data di) nascita della sentenza civile fra S.C. e Consulta nomofilattica*, in *Giur. it.* 7/2015, 1607 ss.
- CONSOLO C., *La riservatezza del processo arbitrale in Italia – parere pro veritate*, già in *Int'l Lis*, 2014, 161 ss., e oggi in *Id.*, *Problemi e soluzioni in tema di arbitrato. Riguardato da un giurista italiano teorico-pratico*, a cura di F. Godio-M. Stella, Milano, 2020, 381 ss.
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Milano, 2012.
- CONSOLO C., *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.* 7/2015, 961 ss.
- CONSOLO C., *Le Sezioni Unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. cost.* 4/2012, 3166 ss.
- CONSOLO C., *Mutatio libelli: l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costruito giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.* 2/1990, 620 ss.
- CONSOLO C., *Note necessariamente divaganti quanto all' «abuso sanzionabile del processo» e all' «abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.* 5/2012, 1285 ss.
- CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, parte I, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/1991, 215 ss.
- CONSOLO C., *Origini e limiti del compito specificatore (-congenialmente attivo) del "formante" giurisprudenziale nel processo*, in *giustiziacivile.com*;
- CONSOLO C., *Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Milano, 2015.
- CONSOLO C., *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma*, in *Giur. it.* 12/1993, 765 ss.
- CONSOLO C., *Profili procedurali e processuali delle controversie in materia di responsabilità medico-sanitaria (art. 8 legge Gelli)*, in G. Iudica (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 371 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, I e II*, Torino, 2019.
- CONSOLO C., *Vera nullità se violato l'art. 102 c.p.c. ma con qualche finesse nel fissare le parti davvero necessarie*, in *Corr. giur.* 10/2020, 1270 ss.
- CONTE R., *Contrasti giurisprudenziali sul termine di prescrizione e responsabilità dell'avvocato*, in *Danno e Resp.* 11/2013, 1089 ss.
- CORDOPATRI F., *A proposito di «rilevanza della prova» e di «giudizio di fatto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1974, 985 ss.
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2005, 268 ss.
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo*, Padova, 2000.

- CORDOPATRI F., *La condanna alla rifusione delle spese di lite e l'evoluzione del principio di soccombenza*, in *Il giusto proc. civ.* 2/2014, 369 ss.
- COREA U., *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, entrambi su *judicium.it*.
- CORTESE M., *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e Resp.* 2/2017, 142 ss.
- COSTANTINO G., *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.* 6/2018, 1443 ss.
- COSTANTINO G., *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.* 5/2011, 1073 ss.
- COSTANTINO G., *Note sulla «inammissibilità sopravvenuta di merito»: dal ricorso «antipatico» al ricorso «sarchiapone»*, in *Foro it.*, 1/2017, 1181 ss.
- COVUCCI D., *La responsabilità professionale dell'avvocato: l'evoluzione continua*, in *Danno e Resp.* 7/2011, 742 ss.
- CRICENTI G., *La chance come bene autonomo*, in *Resp. civ. prev.* 4/2021, 1247 ss.
- CRICENTI G., *La perdita di chance come diminutivo astratto. Il caso della responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.* 6/2016, 2073 ss.
- CRICENTI G., *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019.
- D'ALESSANDRO E., *Giudice di ultima istanza e obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: il caso «Dhahbi c. Italia» innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.* 4/2014, 285 ss.
- D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012.
- D'ALESSANDRO E., *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.* 11/2010, 1476 ss.
- D'ALESSANDRO E., *L'oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016.
- D'ALESSANDRO E., *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° co. c.c.*, in *Giur. it.* 7/2014, 1619 ss.
- D'ALESSANDRO E., *Prospettive del third party funding nel processo civile italiano: il progetto fundIT e le iniziative del Parlamento europeo*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2022, 273 ss.
- D'AMICO G., *Il rischio della «causa ignota» nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e Resp.* 3/2018, 345 ss.
- D'AMICO G., *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Foro it.* 1/2020, speciale «Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento», 152 ss.
- D'AMICO G., *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.* 1/2019, 1 ss.

- D'ASCOLA S., «Tra ordinamento interno e ordinamento europeo: sarà davvero l'ultima parola sul danno da abuso del termine nel pubblico impiego?», in *La nuova giur. civ. comm.* 10/2016, 1310 ss.
- DAINI C., *Scelta del rito processuale e responsabilità del professionista legale*, in *Danno e Resp.* 6/2015, 577 ss.
- DALFINO D., *Mediazione civile e commerciale*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016.
- DALFINO D., *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *questionegiustizia.it*, 2019.
- DALLA BONTÀ S., *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018;
- DALLA BONTÀ S., *Le Sezioni Unite definiscono limiti "espliciti" e "impliciti" di ricorribilità in cassazione della c.d. ordinanza filtro ex artt. 348 bis e ter c.p.c.*, in *Il Giusto proc. civ.* 3/2016, 739 ss.
- DALLA MASSARA T., *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.* 2/2008, 345 ss.
- DALLA MASSARA T., *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005.
- DALLA MASSARA T., *Tra "res iudicata" e "bona fides": le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel "quantum" della domanda di condanna pecuniari* in *Giur. it.* 6/2001, 1143 ss.
- DE ANGELIS L., *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. dir. lav.* 3/2017, 605 ss.
- DE CRISTOFARO M., art. 360-bis, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 1523 ss.
- DE CRISTOFARO M., art. 360, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 1452 ss.
- DE CRISTOFARO M., art. 374 c.p.c., in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 1683 ss.
- DE CRISTOFARO M., *Infraczione del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.* 3/2008, 335 ss.
- DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971.
- DE CUPIS A., *Il risarcimento della perdita di una "chance"*, in *Giur. it.* 1/1986, 1181 ss.
- DE FAZIO G., *Responsabilità dell'avvocato per la perdita del processo e per la perdita della chance di vincere il processo*, in *Resp. civ. prev.* 3/1998, 650 ss.
- DE FELICE M., *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018.
- DE GIORGIS F., *Principio di sinteticità espositiva e inammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 244 ss.
- DE MAGLIE C.-SEMINARA S., *Scienza e causalità*, Padova, 2006.

- DE MENECH C., *Alla ricerca del contenuto dell'art. 96, ult. comma c.p.c. tra principi costituzionali e frammenti di disciplina (in margine a Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139)*, in *Eur. dir. priv.* 2/2020, 723 ss.
- DE NICTOLIS R., *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in *Riv. trim. app.* 1/2020, 7 ss.;
- DE NOVA G., *Il finanziamento della lite: il Litigation Funding Agreement*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2022, 267 ss.
- DE VITA F., *Efficienza del processo civile e formazione degli atti*, Napoli, 2018.
- DENTI V., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971.
- DENTI V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, 414 ss.
- DI GIOVANNI L., *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 6/2017, 778 ss.
- DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2/1984, 297 ss.
- DI MAJO A., *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.* 11/1999, 1367 ss.
- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.* 4/1999, 441 ss.
- DI MAJO A., *La "via di fuga" nel torto aquiliano*, in *Eur. dir. priv.* 4/2013, 791 ss.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.
- DI MAJO A., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019.
- DI MAJO A., *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.* 8-9/2017, 1787 ss.
- DI MAJO A., *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino, 1998, 25 ss.
- DI PORTO A. (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Milano, 2017.
- DITTRICH L., *Il principio della domanda e l'oggetto del processo*, in *Id.* (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 1437 ss.
- DITTRICH L., *La consulenza tecnica e l'esame contabile*, in *Id.* (diretto da), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019.
- DITTRICH L., *Sulla successiva proposizione della domanda di arricchimento senza causa nel processo avente come domanda principale la condanna all'adempimento contrattuale*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2019, 1300 ss.
- DOGLIOTTI M., *L'assegno di divorzio tra clausole generali ed interventi "creativi" della giurisprudenza*, in *Fam. dir.* 1/2021, 41 ss.
- DONATI F., *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC* 1/2020, 415 ss.
- DONDI A.-GIUSSANI A., *"Commonality" all'italiana e avvio (timido) della nostra azione di classe*, in *Giur. it.* 1/2018, 106 ss.



- DONDI A.-GIUSSANI A., *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2007, 193 ss.
- DONDI A., *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come «expert witness testimony» nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2001, 1133 ss.
- DONDI A., *Utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile – Alcune ipotesi di carattere generale*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Tarzia*, Torino, 2005, 843 ss.
- DONINI M., *La causalità omissiva e "l'imputazione per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 ss.
- DONZELLI R., *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709-ter c.p.c.*, Torino, 2018.
- DONZELLI R., *Note sul nuovo art. 101 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 1/2023, 214 ss.
- DONZELLI R., *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020.
- DONZELLI R., *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2017, 1195 ss.
- DONZELLI R., *Riforma del processo civile: le disposizioni generali e il processo di cognizione*, in *Giustiziacivile.com*.
- DONZELLI R., *Sulla natura delle decisioni rese nell'interesse dei figli minori nei giudizi sull'affidamento condiviso e de potestate*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2019, 1067 ss.
- FABBRINI G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 247 ss.
- FABI B., *Continenza di cause*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 650 ss.
- FABIANI E., *Scienze cognitive e processo civile*, in *Riv. dir. civ.* 4/2016, 953 ss.
- FACCI G., *Chance (danno da perdita di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009, 1 ss.
- FACCI G., *L'errore dell'avvocato, l'appello tardivo e la chance di vincere il processo*, in *Resp. civ. prev.* 6/2002, 1376 ss.
- FACCI G., *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 432 ss.
- FARINA M., *Porte chiuse alla rimessione in termini nel caso di "puro e semplice" errore di diritto della parte (meglio, del suo difensore)*, in *judicium.it*.
- FAVALE R., *Contrasto giurisprudenziale ed obbligo dell'avvocato di "seguire la via più sicura"*, in *Giur.it.* 4/2014, 843 ss.
- FAVALE R., *Lo statuto della responsabilità civile del dottore commercialista*, in *Danno e Resp.* 3/2015, 221 ss.
- FAZZALARI E., *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 593 ss.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960.
- FAZZALARI E., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957.
- FAZZALARI E., *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 1027.

- FEOLA M., *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *La nuova giur. civ. comm.* 3/2009, 284 ss.
- FEOLA M., *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004.
- FEOLA M., *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e Resp.* 11/2014, 985 ss.
- FEOLA M., *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, online.
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.* 3/2013, 617 ss.
- FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975.
- FERRI G.-TEDOLDI A. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, 2019.
- FIN C., *Una coraggiosa pronuncia della Corte di legittimità: l'onere delle spese come rimedio contro un uso scorretto dello strumento processuale*, in *Corr. giur.* 3/2011, 369 ss.
- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, Milano, 1968.
- FISCHER D.A., *Tort Recovery for Loss of a Chance*, in *Wake Forest Law Rev.*, vol. 36, 2001, 605 ss.
- FOGLIA M., *Autodeterminazione terapeutica e poteri della persona nella relazione di cura*, in P. Sirena e A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 245 ss.
- FORTINO M., *Il divorzio, l'autoresponsabilità degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia*, in *La nuova giur. civ. comm.* 9/2017, 1254 ss.
- FRANCHI G., *La litispendenza*, Padova, 1963.
- FRANZONI M., *Fatti illeciti*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice civile e codice collegati Scialoja-Branca-Galgano*, II ed., Bologna, 2020.
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in Id. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010.
- FRANZONI M., *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.* 6/2009, 1169 ss.
- FRANZONI M., *La responsabilità del notaio*, in *Danno e Resp.* 3/2019, 315 ss.
- FRANZONI M., *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, in *Danno e Resp.* 5/2021, 605 ss.
- FRASCA N., *La quantificazione del "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le Sezioni Unite*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5/2016, 870 ss.
- FRASCA R., *Intorno al Protocollo fra Corte di cassazione e C.N.F. sui ricorsi civili*, in *Giur. it.* 12/2016, 2768 ss.
- FREDA D.M., *«Multifattorialità dell'evento» e perdita di chances nella responsabilità medica: risarcimento parziale, risarcimento proporzionale, risarcimento equitativo... nessun risarcimento?*, in *Resp. civ. prev.* 2/2021, 379 ss.
- FREDA D.M., *Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e diritto di autodeterminazione*, in *La nuova Giur. civ. comm.* 2/2020, 305 ss.

- GABELLINI E., *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2022, 59 ss.
- GABOARDI M., *Il concorso di azioni*, Milano, 2018.
- GABRIELLI E. (a cura di), *Diritto privato*, II ed., Torino, 2021.
- GABRIELLI E., *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipostasi giurisprudenziale*, in *judicium.it*.
- GABRIELLI E., *La chance perduta (una comparazione italo-uruguayana)*, in *Riv. dir. comm.* 2/2020, 253 ss.
- GALGANO F., *I fatti illeciti*, Padova, 2008.
- GAMBA C., *Domande senza risposta: studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008.
- GAMBINERI B., *Appello*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2018.
- GAMBINERI B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questione*, Milano, 2008.
- GAMBINERI B., *L'evoluzione dell'appello nell'ordinamento francese tra autorité de la chose jugée e office du juge*, in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 316 ss.
- GAMBINERI B., *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.* 3/2019, 692 ss.
- GARAPON A.-LASSÈGUE J., *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021.
- GARBAGNATI E., *Continenza di causa*, in *Noviss. Dig.*, IV, Torino, 1957, 403 ss.
- GAREFFA S., *Uno sguardo al progetto di riforma del codice civile belga: interessanti prospettive in materia di nesso causale e danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.* 4/2022, 1319 ss.
- GARREFFA S., *I paralogismi della teoria della chance perduta*, in *La nuova giur. civ. comm.* 9/2018, 1285 ss.
- GARRONE M., *La responsabilità del commercialista*, in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, Padova, 2009, 625 ss.
- GASPARINI A., *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. impr. eur.*, 4/2008, 338 ss.
- GAZZONI F., *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio "garantista" sulla sentenza di risarcimento del danno per il risarcimento del c.d. lodo Mondadori)*, in *Diritto di famiglia e delle persone* 4/2009, 1886 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, XVII ed., 2015.
- GENOVESE F.A., *Ricorsi immotivati, responsabilità del difensore e danno risarcibile*, in *Corr. trib.* 11/2005, 862 ss.
- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.
- GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.* 3/2012, 297 ss.
- GHIRGA M.F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012.
- GHIRGA M.F., *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2017, 1302 ss.

- GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004;
- GHIRGA M.F., *Sulla "ragionevolezza" dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2/2017, 498 ss.
- GIAGNONI L., *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo all'Adunanza Plenaria*, in *Urb. e app.* 3/2018, 351 ss.
- GIALONGO N., *I requisiti del ricorso in cassazione: il principio della c.d. autosufficienza*, in *Judicium* 1/2019, 5 ss.
- GIANNOZZI G., *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958.
- GIANNOZZI G., *Note per un'indagine sull'inattività delle parti nel processo*, in *Riv. dir. civ.* 1959, 52 ss.
- GIANNOZZI G., *Sulla continenza di cause*, in *Giur. Cass. Civ.* 4/1954, 417 ss.
- GIONFERIDA G., *Appunti sulla connessione e sulla continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1960, 150 ss.
- GIORDANO R., *La «saisine pour avis» alla corte di cassazione francese*, in *Riv. dir. proc.* 1/2005, 109 ss.
- GIUSSANI A., *Class actions e finanziamento delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2022, 267 ss.
- GIUSSANI A., *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 356 ss.
- GIUSSANI A., *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996.
- GIUSSANI A., *Sulla riforma dell'azione di classe*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, vol. II, Napoli, 2020, 1469 ss.
- GIUSTI A., *L'autosufficienza del ricorso*, in M. Acierio-P. Curzio-A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte Suprema italiana*, Bari, 2020, 213 ss.
- GODIO F.-STELLA M., *Recupero dei motivi di nullità del lodo per errori di diritto non svolti tempestivamente?*, in *Giur. it.* 11/2018, 2449 ss.
- GODIO F., art. 395, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, III, Milano, 2018, 68 ss.
- GODIO F., *La riproposizione ex art. 346 c.p.c. ritorna alle SS.UU.: v'è un termine di decadenza anteriore all'udienza di p.c. (e se sì, quale?)*, in *Corr. giur.* 2/2018, 230 ss.
- GODIO F., *Le Sezioni unite confermano: l'appello "specifico" non richiede all'appellante alcuna sorta di «progetto alternativo di decisione»*, in *Corr. giur.* 1/2018, 70 ss.
- GODIO F., *Le Sezioni unite confermano: l'appello "specifico" non richiede all'appellante alcuna sorta di "progetto alternativo di decisione"*, in *Corr. giur.* 1/2018, 70 ss.
- GORLA G., *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, in *Foro it., Quaderni*, vol. 90, n. 12/1967, 295 ss.
- GORLA G., *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.* vol. XIX, Milano, 1970, 489 ss.

- GORLA G., *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, 2 ss.
- GRADI M., *I danni processuali al vaglio della giurisprudenza*, in *Corr. mer.* 11/2006, 1263 ss.
- GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018.
- GRAGNOLI E., *Considerazioni sul risarcimento del danno per perdita di chance nei concorsi privati*, in *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milano, 1997, 619 ss.
- GRASSO E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 1992, 711 ss.
- GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967.
- GRAZIOSI A., *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, in *Corr. giur.* 8/2009, 1133 ss.
- GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *La nuova giur. civ. comm.* 10/2017, 1392 ss.
- GUÉGAN-LÉCUYER A., *Le préjudice d'impréparation ou comment subordonner la sanction du défaut d'information médicale à l'atteinte corporelle résultant de l'acte médical*, in *Rev. des contrats* 3/2014, 368 ss.
- HART H.L.A.-HONORÉ A.M., *Causation in the law*, Oxford, 1959.
- HEINITZ E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937.
- HOCQUET-BERG S., *La perte d'une chance pour fixer la réparation à la mesure statistique du lien causal entre les fautes et le dommage*, in *La Semaine Juridique*, 2010, 878 ss.
- HUDDLESTON K., *Federal Sentencing Error as Loss of Chance*, in *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, 2663 ss.
- IARUSSI D., *Potere discrezionale del datore di lavoro e perdita di chance per annullamento di concorso*, in *Lav. nella giur.* 8/2010, 795 ss.
- IMBRUGLIA D., *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2017, 961 ss.
- INFANTINO M., *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2012.
- INGEGNATTI S., *Percorsi di giurisprudenza – Risarcibilità del danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.* 11/2015, 2508 ss.
- INZITARI B., *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettiva, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore*, in *Riv. dir. comm.* 2/2020, 199 ss.
- IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 21 ss.
- IRTI N., *Sulla "positività ermeneutica" (per Vincenzo Scalisi)*, in *Riv. dir. civ.* 4/2016, 923 ss.
- IUDICA G., *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp. civ. prev.* 9/2011, 1807 ss.
- JANSEN N., *The idea of lost chance*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 2/1999, 271 ss.

- JOURDAIN P., *La perte d'une chance même faible, est indemnisable!*, in *RTD civ.* 2013, 380 ss.
- KING JR. J.H., *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, in *Yale Law Journal* vol. 90, 1981, 1353 ss.
- KOCH S.R., *Whose Loss is It Anyway – Effects of the Lost-Chance Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance*, in *N.C. Law Rev.*, vol. 88, 2010, 595 ss.
- LA BATTAGLIA L., *Il danno da perdita di chance*, in *Danno e Resp.*, 3/2019, 349 ss.
- LA BATTAGLIA L., *La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta*, in *Foro it. Gli speciali*, 1/2020, 98 ss.
- LA BATTAGLIA L., *Obbligazioni e contratti. Gli obblighi di protezione*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Approfondimenti tematici*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 2020, 1454 ss.
- LALOU H., *La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques*, Parigi, 1928.
- LANDINI S., *Responsabilità del medico, per perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.* 2/2005, 461 ss.
- LANNI P.P., art. 702-ter, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2018, IV, 454 ss.
- LASAGNO B., *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2/1990, 449 ss.
- LEDUC F., *La perte de chance: rapport de synthèse*, in *Les Petite Affiches*, 2013, 51 ss.
- LIBERTINI M., *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.* 4-5/2011, 147 ss.
- LIEBMAN E.T., *Azioni concorrenti*, in *Studi in memoria di Ugo Ratti*, Milano, 1934, 665 ss.
- LIEBMAN E.T., *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935.
- LIEBMAN E.T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 47 ss.
- LIEBMAN E.T., *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 568 ss.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VIII ed., (a cura di) E. Merlin e V. Colesanti, Milano, 2012.
- LO MORO BIGLIA M.F., *Il risarcimento della chance frustrata*, Napoli, 2006.
- LO MORO BIGLIA M.F., *Perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*, in *Corr. giur.* 5/2011, 485 ss.
- LOCATELLI L., *Le chance di risarcibilità delle chance perdute*, in *Resp. civ. prev.* 4/2011, 904 ss.
- LORENZETTO PESERICO A., *La continenza*, Padova, 1993.
- LUISO F.P., *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium* 2/2019, 181 ss.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile, I*, Milano, 2017.

- LUIO F.P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2013.
- LUIO F.P., *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 817 ss.
- LUIO F.P., in C. Consolo, F.P. Luso e B. Sassani, art. 183, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 152 ss.
- LUIO F.P., *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.* 5/2008, 730 ss.
- LUIO F.P., *La norma processuale ed i suoi destinatari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2017, 897 ss.
- MACARIO F., *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, in *Foro it.* 1/2020, speciale, "Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento", 162 ss.
- MAGLIULO M.-PARDOLESI R., *Pluralità di nessi di causa e pazienti allo sbaraglio*, in *Danno e Resp.* 2/2019, 256 ss.
- MAIO V., *La perdita di chances nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *Arg. dir. lav.* 1/2018, 101 ss.
- MANDRIOLI C., *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.* 3/1984, 465 ss.
- MANIACI A., *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive*, in N. Donadio-A. Maniaci (a cura di), *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano, 2020, 183 ss.
- MARENA G., *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e Resp.*, 11/2009, 1033 ss.
- MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.
- MARINUCCI E., *L'impugnazione per nullità del lodo reso dall'arbitro invano ricusato*, in *Riv. dir. proc.* 5/2011, 1240 ss.
- MARINUCCI E., art. 278 c.p.c., in L.P. Comoglio - C. Consolo - B. Sassani - R. Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, III, Torino, 2012, 52 ss.
- MARUCCI B., *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018.
- MASTANTUONO A., *Della qualità e del perimetro dell'accertamento contenuto nella condanna generica e della sua idoneità a precludere nuove difese*, in *Corr. giur.* 4/2016, 555 ss.
- MASTROPAOLO F., *Danno, III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 13 ss.
- MAZEAUD H.L.-TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, VI ed., 1965, 268 ss.
- MAZZAMUTO S., *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.* 1/2010, 49 ss.

- MAZZAMUTO S., *Osservazioni sui poteri del giudice francese e di quello italiano*, in *Eur. dir. priv.* 1/2020, 173 ss.
- MENCHINI S., *Accertamenti incidentali*, in *Enc. Giur.* I, Agg., Roma, 1995, 1 ss.
- MENCHINI S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, in A. Proto Pisani (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, Torino, 1988, 107 ss.
- MENCHINI S., *Osservazioni critiche su c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano, 1993, 32 ss.
- MENGGONI L., *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, VI, Torino, 1990, 445 ss.
- MENGGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 192 ss.
- MERLIN E., *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 3/2016, 807 ss.
- MERLIN E., art. 39, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2018, 551 ss.
- MERLIN E., *Compensazione e processo. Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, II, Milano, 1994.
- MERLIN E., *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.* 1/1984, 193 ss.
- MERLIN E., *Su alcune ricorrenti questioni in tema di procedimento monitorio, continenza e azione in prevenzione del debitore*, in *Giur. it.* 1/1989, 601 ss.
- MERLIN E., *Sulla «morfologia» della modifica della domanda in appello*, in *Riv. dir. proc.* 1/2020, 172 ss.
- MERLO G., *Bando di concorso privato e inadempimento del datore*, in *Riv. it. dir. lav.* 2/2017, 241 ss.
- MESSINA M., *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Danno e Resp.* 3/2018, 335 ss.
- MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1966.
- MILLER C., *Gregg v. Scott: loss of chance revisited*, in *Law, Probability and Risk*, 4/2005, 227 ss.
- MINET A., *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014.
- MIOTTO G., *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.* 10/2011, 2039 ss.
- MONATERI P.G.-GIANTI D.-SILQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013.
- MONATERI P.G., *Il diritto all'integrità patrimoniale*, in M. Bessone (a cura di), *Casi e Questioni di diritto privato*, Milano, 2002, 506 ss.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, Milano, 2006.
- MONATERI P.G., *La scindibilità del giudizio sul quantum*, in *Resp. civ. prev.* 1982, 415 ss.



- MONATERI P.G., *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.
- MONATERI P.G., *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e Resp.* 4/2017, 437 ss.
- MONTANARI M., *Note in merito alla precisazione e modificazione delle eccezioni in corso di lite*, in *Il Giusto proc. civ.* 4/2016, 997 ss.
- MONTELEONE G., *Continenza*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 1 ss.
- MONTESANO E., *Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.* 1951, 252 ss.
- MONTESANO L., *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965.
- MONTESANO L., *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/1993, 63 ss.
- MONTESANO L., *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 3/2001, 583 ss.
- MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994.
- MONTESANO L., *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.* 1/1991, 15 ss.
- MONTICELLI S., *Obblighi d'informazione e responsabilità dell'avvocato*, in *I Contr.* 1/2016, 85 ss.
- MORELLI M.R., *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.* 9/1999, 2261 ss.
- MORGAN J., *Lost Causes in the House of Lords: Fairchild v Glenhaven Funeral Services*, in *The Modern Law Review*, vol. 66, 2/2003, 277 ss.
- MOTTO A., *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.* 10/2015, 3190 ss.
- MUCCIOLI N., *In tema di danno da ritardata diagnosi*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2/2022, 356 ss.
- MURE A., *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, Grenoble, 2019.
- MURONI R., *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie della cassazione in tema di mutatio libelli*, in *Resp. civ. prev.* 2/2014, 507 ss.
- MURONI R., art. 183, in C. Consolo, (diretto da) *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2018, II, 184 ss.
- MURONI R., art. 183, in L. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, 2013, 311 ss.
- MURONI R., *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018.
- MUSOLINO G., *La responsabilità del commercialista*, in *Resp. civ. e prev.* 4/2014, 1139 ss.
- MUSOLINO G., *Prova del vincolo contrattuale e responsabilità del commercialista per omissione*, in *Resp. civ. e prev.* 12/2010, 2505 ss.
- MUSOLINO G., *Responsabilità dell'avvocato per perdita di chance di appellare la sentenza sfavorevole*, in *Resp. civ. prev.* 4/2010, 817 ss.

- NAPOLI G.E.-SEPE M. (a cura di), *La perdita di chance in Italia e in Europa*, Bologna, 2019.
- NAPPI P., art. 96, in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2018, I, 1057 ss.
- NAVARRETTA E., *Con il risarcimento del danno "è forse il sonno della morte meno duro"? Riflessioni in margine alla Sezione Unite della Cassazione n. 15350 del 2015*, in *giustiziavivante.com*.
- NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e Diritto Privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.
- NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e Responsabilità civile*, in *Enc. dir., Ann., VII*, Milano, 2014, 343 ss.
- NAVARRETTA E., *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.* 7-8/2011, 1453B ss.
- NAVARRETTA E., *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, vol. III, *La Responsabilità e il Danno*, Milano, 2009, 135 ss.
- NERI V., *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e app.* 3/2018, 293 ss.
- NIEVAFENOLL J., *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019.
- NOCCO L., *Il danno da perdita di chances*, in *Danno e Resp.* 1/2005, 45 ss.
- NOCCO L., *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e Resp.* 3/2009, 302 ss.
- NOCCO L., *Il sincretismo causale e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010.
- NOTARPASQUALE R., *Osservazioni sulla applicazione nel tempo del nuovo art. 829, comma 3, c.p.c.*, in *Riv. Arb.* 2/2013, 411 ss.
- OLIVIERI G., *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, (legge 8 marzo 2017, n. 24), in *judicium.it*.
- ORIANI R., *Eccezione*, in *Dig. civ.* Torino, 1992, 262 ss.
- ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.
- ORIANI R., *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, 11 ss.
- OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1954, 594 ss.
- OSTI G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 469 ss.
- PACCES A., *Alla ricerca delle chances perdute: vizi e virtù di una costruzione giuridica giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.* 6/2000, 661 ss.
- PACCES A.M., *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*, in *Riv. dir. sport.* 1994, 447 ss.
- PAGLIANTINI S., *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della corte di Giustizia*, in S. Mazzamuto-L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 81 ss.
- PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.* 12/2016, 2782 ss.

- PAGNI I., *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, in F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017, 439 ss.
- PAGNI I., *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 2017, 355 ss.
- PAGNI I., *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 1/2015, 71 ss.
- PAGNI I., *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente alla prova del caso Cir-Fininvest*, in *Riv. dir. proc.* 4-5/2014, 850 ss.
- PAGNI I., *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, in *Questione Giustizia* 1/2018, 174 ss.
- PAGNI I., *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, in *questionegiustizia.it*.
- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.
- PAGNI I., *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *judicium.it*.
- PAGNI I., *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto. Considerazioni di un processualcivile*, in *Riv. dir. proc.* 4/2020, 1486 ss.
- PAGNI I., *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005.
- PALMIERI A., *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.* 11/2011, 1060 ss.
- PANZAROLA A., *Funzione e struttura come azione di impugnativa ne "La Cassazione civile" di Piero Calamandrei*, in *judicium.it*.
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2/2017, 269 ss.
- PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005.
- PANZAROLA A., *Nicola Picardi: processualista e storico*, in *Historia et ius*, 11/2017, 1 ss.
- PARDOLESI R., *Perdita di "chance": quando il dottore gioca con la vita del paziente*, in *Foro it.* 7-8/2014, 2152 ss.
- PASSANANTE L., *Il postulato del "primo" Calamandrei e il destino della Cassazione civile*, online.
- PASSANANTE L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018.
- PASSANANTE L., *Quando l'apparenza inganna: pronunce «ampliative» di diritti processuali e tutela dell'affidamento*, in *Foro it.* 1/2019, 974 ss.
- PATRITO P., *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. prev.* 5/2018, 1614 ss.

- PATTI S., *Prova legale e «apprezzamento dei mezzi di prova» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2016, 425 ss.
- PATTI S., *Prove*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015.
- PEEL E., 'Loss of a Chance' Revisited: *Gregg v. Scott*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 66, 4/2003, 623 ss.
- PELEGRINI T., *I costi di riparazione come risarcimento per equivalente. Note a margine del progetto francese di riforma della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 3/2019, 445 ss.
- PELEGRINI T., *Il principio di riparazione integrale del danno*, in *Eur. dir. priv.* 1/2020, 183 ss.
- PENASA L., *Il nuovo procedimento camerale in Cassazione e il principio di pubblicità delle udienze. Possibili profili di incostituzionalità*, in *Corr. giur.* 12/2017, 1579 ss.
- PERIN A., *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*, in *Archivio pen.* 2/2018, 1 ss.
- PICARDI N.-GIULIANI A., *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987.
- PICARDI N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.
- PICARDI N., *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.* 2/2007, 283 ss.
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, IV ed., Milano, 2019.
- PIRAINO F., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.* 3/2019, 709 ss.
- PIRAINO F., *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.* 2/2018, 399 ss.
- PIRAINO F., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionali*, in *Danno e Resp.* 5/2020, 559 ss.
- PIRAINO F., *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidentale e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.* 4/2013, 1097 ss.
- PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto*, II ed., in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2011.
- PLAIA A., *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *I Contratti* 3/2020, 341 ss.
- POLI G.G., *La nuova improcedibilità del ricorso per cassazione nella "terra di mezzo" tra telematico e analogico*, in *Il giusto proc. civ.* 2/2019, 441 ss.
- POLI R., *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2/2010, 363 ss.
- POLI R., *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle ultime riforme*, in *Riv. dir. proc.* 1/2017, 128 ss.
- POLI R., *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.* 11/2018, 2517 ss.
- PONZANELLI G., *Il danno non patrimoniale dei pendolari all'esame della Corte di cassazione*, in *La nuova giur. civ. comm.* 5/2019, 1002 ss.

- PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e Resp.* 4/2017, 435 ss.
- PONZANELLI G., *Responsabilità civile, pandemia e sostenibilità*, in *Contr. impr.* 1/2022, 7 ss.
- POPPER K., *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1995.
- PORAT A.-STEIN A., *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen, and Fairchild*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 4/2003, 667 ss.
- PORCELLI F., *Equivalenze e divergenze normative tra ricusazione e responsabilità degli arbitri e dei giudici statali*, in *Giur. it.* 1/2017, 165 ss.
- PRINCIGALLI A.M., *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2/1985, 315 ss.
- PRINCIGALLI A.M., *Quand'è più sì che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*, in *Foro it.* 1/1986, 383 ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A.-FEOLA M., *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *La Terza Sezione e la strada teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e Resp.* 2/2019, 248 ss.
- PROSPERETTI U., *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958.
- PROTO PISANI A., *Processo e terzi: brevi note sui limiti soggettivi del giudicato e sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.* 4/2020, 1662 ss.
- PROTO PISANI A.-CIPRIANI. F., *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.* 5/1988, 409 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudicato civile e sui limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 2/1990, 386 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela cd. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 60 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta, II*, Padova, 1982, 1198 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 5/1994, 49 ss.
- PROTO PISANI A., *Brevi note sulle conseguenze dell'applicazione «diretta» dell'art. 111, comma 2° e poi 7°, Cost. e prospettive per assicurare la garanzia dell'impugnazione, a costituzione invariata*, in *Riv. dir. proc.* 3/2020, 1192 ss.;
- PROTO PISANI A., *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il Giusto proc. civ.*, 3/2014, 825 ss.
- PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012.
- PROTO PISANI A., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.* 6/2002, 165 ss.
- PROTO PISANI A., *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.* 1/1989, 2949 ss.

- PROTTO M., *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.* 2000, 1005 ss.
- PUCELLA R., *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e Resp.* 1/2008, 43 ss.
- PUCELLA R., *Colpa medica, evento di danno incerto e perdita di chances*, in *Danno e Resp.* 1/2020, 85 ss.
- PUCELLA R., *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *La nuova giur. civ. comm.* 11/2018, 1684 ss.
- PUCELLA R., *La causalità incerta*, Torino, 2007.
- PUGLIATTI S., *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 90 ss.
- PUGLIESE G., *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939.
- PUGLIESE G., *Azione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig.*, II, Torino, 1958, 24 ss.
- PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 785 ss.
- PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Riv. dir. proc.* 3/2012, 567 ss.
- PUNZI C., *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2017, 2 ss.
- PUNZI C., *Sui limiti di impugnabilità del lodo arbitrale per difetto di imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2/2011, 391 ss.
- QUADRI E., *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune*, in *La nuova giur. civ. comm.* 9/2017, 1261 ss.
- QUERZOLA L., *La consulenza tecnica d'ufficio in materia di responsabilità medica alla luce della più recente Suprema Corte*, in *Resp. civ. prev.* 1/2020, 157 ss.
- RAGNI M., *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2019, 269 ss.;
- RAJNERI E., *Il progetto di riforma della responsabilità civile in Francia*, in *Riv. crit. dir. priv.* 3/2019, 463 ss.
- REDENTI E., *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 120 ss.
- RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.* 3/2005, 557 ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.* 6/2008, 745 ss.
- RICCI E.F., *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 16 ss.
- RICCOBONO A., *Clausole generali e controllo dei poteri datoriali nella giurisprudenza sui "concorsi privati": interessi e tecniche di tutela*, in *Arg. dir. lav.* 6/2014, 1403 ss.
- RIMINI C., *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *La nuova giur. civ. comm.* 9/2017, 1254 ss.
- RIZZO N., *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *La nuova giur. civ. comm.* 2/2020, 327 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

- RODOTÀ S., *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1/1997, 5 ss., oggi in Id., *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, raccolti da G. Alpa e M.R. Marella, Napoli, 2017.
- ROGNONI V., *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano, 1961.
- ROMANO A.A., art. 696-bis c.p.c., in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, IV, Milano, 2018, 390 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.* 2006, 273 ss.
- ROMBOLI R., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Seminari 2005*, Torino.
- RONCO A., (Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processo distinti, in *Giur. it.* 4/2008, 929 ss.
- ROSENBERG D., *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, in *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, 849 ss.
- ROSSETTI M., *Il danno alla salute*, II ed., Milano, 2017.
- ROTA F., art. 116 c.p.c., in F. Carpi-M. Taruffo, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, Milano, 2018, 488 ss.
- RUFFINI G., *La sentenza "nata" due volte (in attesa della nuova decisione delle Sezioni Unite)*, in *judicium.it*.
- RUFFINI G., *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.* 6/2011, 1390 ss.
- RUGGIERI P.C., *La Corte di cassazione torna – seppur obiter – sull'ammissibilità della domanda autonoma di condanna generica*, in *Riv. dir. proc.* 1/2023, 307 ss.
- RUGGIERO F., *Il difficile equilibrio tra indipendenza dei giudici e principio di responsabilità: la parola alle Sezioni Unite*, in *Danno e Resp.* 4/2019, 509 ss.
- RULLI E., *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giuridica dell'economia* 2/2018, 533 ss.
- RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, 2012.
- SABARD O., *Précisions sur le préjudice né du défaut d'information du médecin*, in *Les Petite Affiches*, 2014, 11 ss.
- SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1/1960, 1420 ss.;
- SALVANESCHI L., *Arbitrato*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 282 ss.
- SALVI C., *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.* 7-8/2018, 2504 ss.
- SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, 1186 ss.
- SANTAGADA F., *Meccanismi deflativi e acceleratori per le controversie di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria: note a prima lettura sull'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2018, 1123 ss.

- SANTORO P., *Dieselgate italiano: (e)mmission impossible. Il Tribunale di Venezia accoglie la class action e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette*, in *Danno e Resp.*, 2/2022, 239 ss.
- SANTORO P., *La chance negata: alcune osservazioni in margine alla decisione della Corte d'appello di Milano del 9 luglio 2011 che chiude il secondo grado di giudizio della nota controversia tra la Cir e la Fininvest*, in *filodiritto.com*.
- SANTORO PASSARELLI F., *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54 ss.
- SASSANI B., *Da Corte a Ufficio di smaltimento: ascesa e declino della "Suprema"*, in *judicium.it*.
- SASSANI B., *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1/2006, 217 ss.
- SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.
- SASSANI B., *Interesse ad agire, I, Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989.
- SASSANI B., *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Riv. dir. proc.* 2/2022, 424 ss.
- SASSANI B., *La cognizione incidenter tantum della sentenza viziata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*, in *judicium.it*.
- SASSANI B., *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.* 1/2019, 43 ss.
- SASSANI B., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983.
- SATTA S., *Accertamento incidentale*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 245.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, libro I, art. 34, Milano, 1959, 146 ss.
- SATTA S., *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, 1954.
- SCALISI V., *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.* 1/2007, 147 ss.
- SCALISI V., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012.
- SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.* 6/2009, 657 ss.
- SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.* 1/2004, 29 ss.
- SCALISI V., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.* 1/2005, 283 ss.
- SCARFA A., *Il nuovo confine tra emendatio e mutatio libelli*, in *Judicium* 4/2022, 501 ss.
- SCARSELLI G., *Il nuovo art. 96, comma 3, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.* 1/2010, 2237 ss.
- SCARSELLI G., *Il nuovo giudizio di Cassazione per come riformato dalla legge 197/2016, in questionegiustizia.it*.



- SCARSELLI G., *Note in tema di continenza del processo ordinario di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 1370 ss.
- SCARSELLI G., *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in *judicium.it*.
- SCARSELLI G., *Sul c.d. abuso del processo*, in Aa.Vv., *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, 161 ss.
- SCARSELLI G., *Sulla necessità di avere un codice di procedura civile e sul dovere dei giudici di rispettarlo e farlo rispettare*, in *judicium.it*.
- SCARSELLI G., *Utilità della difesa e diritto al compenso*, in *Foro it.* 6/2013, 1940 ss.
- SCHLESINGER P., *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus* 1960, 336 ss.
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.
- SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.* 6/1999, 4045 ss.
- SCOCA F.G., *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 1/2000, 15 ss.
- SCODITTI E., *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.* 5/2018, 265 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *L'efficacia del contratto nei confronti dei terzi (a proposito dei recenti progetti di riforma del code civil)*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, Napoli, 2013, 2057 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *La Cassazione delinea presupposti e limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nell'azione di classe*, in *La nuova giur. civ. comm.* 5/2019, 993 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.* 3/2011, 501 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento del medesimo*, in *Corr. giur.* 8-9/2020, 1025 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Milano, 1965, 617 ss.
- SCOTT W., *Causation in Medico-legal Practice: a Doctor's Approach to the «Lost Opportunities» Cases*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 55, 4/1992, 521 ss.
- SERRA C., *L'interesse ad agire quale contrappeso all'inammissibilità della domanda frazionata*, in *Giur. it.* 4/2019, 840 ss.
- SEVERI C., *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. civ. prev.* 2/2003, 296 ss.
- SICCHIERO G., *Come si valuta il merito della diligenza professionale?*, in *Giur. it.* 2/2016, 335 ss.
- SICCHIERO G., *Dell'adempimento*, art. 1176 c.c., in P. Schlesinger (fondato e già diretto da) e F.D. Busnelli (continuato da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2016, 127 ss.

- SILVESTRI C., *La saisine pour avis de la Cour de Cassation*, in *Riv. dir. civ.* 4/1998, 495 ss.
- SINTEZ C., *La perte de chance, une notion en quête d'unité*, in *Les Petite Affiches*, 2013, 1 ss.
- SIRENA P., *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.* 4/2017, 999 ss.
- SPACCAPELO C., *La redazione chiara e sintetica degli atti processuali civili (in particolare di quelli di impugnazione) tra protocolli, riforme e principi giurisprudenziali*, in Donadio N.-Maniaci A. (a cura di), *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano, 2020, 297 ss.
- STAPLETON J., *Loss of the Chance of Cure from Cancer*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 68, 6/2005, 996 ss.
- STAPLETON J., *The gist of negligence*, in *Law Quarterly Rev.*, 1988, parte I, 212 ss. e parte II, 389 ss.
- STAUCH M., *Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Malpractice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, 2/1997, 205 ss.
- STELLA F. (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio. Saggi di F. Stella, R.W. Right, L.H. Tribe*, Milano, 2004.
- STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3/2003, 767 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001.
- STELLA F., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005.
- STELLA M., *L'abuso del processo nella prospettiva del diritto eurounitario*, in *Riv. dir. proc.* 1/2021, 57 ss.
- STELLA M., *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c., è in re ipsa*, in *Riv. dir. proc.* 2/2022, 571 ss.
- SUMMERER K., *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013.
- TARANTINO L. (a cura di), *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. e app.* 4/2018, 575 ss.
- TARRICONE S., *Ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti camerali sulla responsabilità genitoriale*, in *Riv. dir. proc.* 2/2020, 899 ss.
- TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, 55 ss.
- TARUFFO M., *Considerazioni su prova e verità*, in *Id.*, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 277 ss.
- TARUFFO M., *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 349 ss.
- TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *Aa.Vv.*, *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Torino, 1989, 311 ss.

- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in A. Cicu e F. Messineo (già diretto da) e L. Mengoni (proseguito da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1992, 97 ss.
- TARUFFO M., *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1/2006, 101 ss.
- TARUFFO M., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 4/2005, 1079 ss.
- TARUFFO M., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 219 ss.
- TARUFFO M., *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.
- TARUFFO M., *Note sul precedente giudiziale*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, Bologna, 2018, 105 ss.
- TARUFFO M., *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 794 ss.
- TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 3/2001, 665 ss.
- TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 257 ss.
- TASSONE B., *Causalità e perdita di chances*, II ed., Torino, 2020.
- TASSONE B., *Dalla chance individuale alla chance collettiva nella responsabilità medica (e non solo)*, in *Foro it.* 11/2020, 358 ss.
- TASSONE B., *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e Resp.* 5/2009, 525 ss.
- TASSONE B., *L'arresto finale sul caso Cir-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*, in *Giur. it.* 1/2014, 40 ss.
- TASSONE B., *L'azione di responsabilità nel caso Cir-Fininvest: quali chances per la perdita di chance*, in *Giur. it.* 3/2012, 609 ss.
- TASSONE B., *La chance fra razionalizzazione, finzione e sanzione*, in *Foro it.* 1/2020, 197 ss.
- TASSONE B., *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Corr. giur.* 7/2018, 904 ss.
- TASSONE B., *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile. Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007.
- TASSONE B., *Le chances nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *federalismi.it*, 2020.
- TASSONE B., *Note minime in punto di ripartizione di responsabilità, perdita di chances e protezione della vittima*, in *Danno e Resp.* 4/2011, 431 ss.
- TEDOLDI A., *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in *Riv. dir. proc.* 3/2018, 669 ss.
- TEDOLDI A., *Iudex servus peritorum: la consulenza tecnica (psicologica) all'alba del terzo millennio*, in *Riv. dir. proc.* 4/2022, 1164 ss.
- TEDOLDI A., *L'appello civile*, Torino, 2016.
- TEDOLDI A., *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.* 10/2006, 2002 ss.

- TEDOLDI A., *Procedimento sommario di cognizione*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016.
- TEDOLDI A., *Responsabilità civile del giudice, clausola di salvaguardia e "patafisica" del diritto*, in *Giur. it.* 11/2019, 2420 ss.
- TEDOLDI A., *Revocazione straordinaria per dolo del giudice e azioni di risarcimento danni*, in *Riv. dir. proc.* 3/2014, 671 ss.
- TESORIERE G., *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983.
- TISCINI R. (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023.
- TISCINI R., *Il giudicato «rebus sic stantibus» tra revocabilità del provvedimento e ricorso straordinario in cassazione*, in *Giust. civ.* 3/2018, 733 ss.
- TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005.
- TISCINI R., *Modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Difetto di giurisdizione, competenza e litispendenza*, Bologna, 2016.
- TISCINI R., *Nuove proposte di tutela sommaria tra il progetto Luiso e il suo "brutto anatrocicolo"*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 5/2021, 1217 ss.
- TISCINI R., *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzioni giurisprudenziali, certezze ed incertezze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2/2018, 847 ss.
- TOSI P., *Il danno nel rapporto a termine del dipendente pubblico*, in *Giur. it.* 5/2016, 1177 ss.
- TRAVAGLINO G., *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. mer.* 2008, 694 ss.
- TRAVAGLINO G., *La questione dei nessi di causa*, in G. Iudica (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 177 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1/2015, 1 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *La chance nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 3/2015, 873 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009.
- TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000.
- TRIMARCHI P., *Illecito (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, 2019.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, I ed., Milano, 2017.
- TRIMARCHI P., *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur.* 12/2014 (appendice), 5 ss.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TRIVELLONI S., *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, Milano, 2016.
- TROCKER N., *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.* 1/2019, 15 ss.
- TUCCI G., *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970.

- TURING A.M., *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, vol. 49, n. 236, 1950, 433 ss., trad. it. *Macchine calcolatrici e intelligenza*, in V. Somenzi (a cura di), *La filosofia degli automi*, Torino, 1965, 157 ss.
- TURTON G., *Defining damage in the House of Lords*, in *The Modern Law Rev.*, vol. 71, 6/2008, 1009 ss.
- VACCARELLA R., *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975.
- VANZETTI M., *La ratio delle complanari estesa agli atti interruttivi della prescrizione?*, in *Giur. it.* 3/2021, 597 ss.
- VANZETTI S.M., *La condanna generica*, Milano, 2022.
- VERCILLO G., *La tutela della «chance». Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.
- VERDE G., *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.
- VERDE G., *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.* 1/2008, 1 ss.
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.* 1/2012, 6 ss.
- VERDE G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, III, Milano, 1979, 2175 ss.
- VERDE G., *Profili del processo civile*, I, VII ed., Napoli, 2008.
- VERDE G., *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.* 2/1989, 573 ss.
- VETTORI G., *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e Resp.* 2/2014, 150 ss.
- VIALE C., *La “prospective overruling” nell’ottica della valorizzazione del precedente e delle garanzie del giusto processo*, in *La nuova giur. civ. comm.* 5/2012, 412 ss.
- VIGANÒ F., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.* 3/2013, 380 ss.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 4/2009, 1679 ss.
- VILLA A., *Giurisprudenza di merito su questioni processuali e limiti della tutela dell'affidamento incolpevole*, in *Riv. dir. proc.* 2/2020, 854 ss.
- VINEY G.-JOURDAIN P.-CARVAL S., in J. Ghestin (diretto da), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 2013.
- VINEY G.-JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin (diretto da), *Traité de droit civil*, Paris, 1998, 72 ss.
- VIOLA L., *Il danno da perdita di chances a vent’anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. App.* 2/2020, 182 ss.
- VISINTINI G.-CABELLA PISU L., in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, I, Torino, 1999.

- VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile. Fondamento della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, III ed., Napoli, 2019.
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, art. 1218 c.c., in P. Schlesinger (fondato e già diretto da) e F.D. Busnelli (continuato da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, II ed., 2006, 93 ss.
- VISINTINI G., *In tema di responsabilità professionale del commercialista per perdita di chances*, in *Dir. prat. trib.* 1/2005, 10 ss.
- VITI M., *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*, in *Corr. giur.* 8/2004, 1018 ss.
- VOLPINO D., *Introduzione della causa*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura civile*, Bologna, 2019.
- WURDEMAN M., *Comment: loss-of-chance doctrine in Washington from Herskowitz to Mohr and the need for clarification*, in *Wash. Law Rev.*, 2014, 603 ss.
- ZACCARIA A., *Der Aufhaltsame aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.* 1/2013, 77 ss.
- ZACCARIA A., *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)*, in *La nuova giur. civ. comm.* 5/2020, 1148 ss.
- ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, Milano, 1947.
- ZENO ZENCOVICH V., *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994.
- ZIVIZ P., *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. prev.* 5/2016, 1490 ss.
- ZOLI C., *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *Riv. it. dir. lav.* 1/1992, 11 ss.
- ZOLI C., *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Milano, 1988.
- ZORZIT D., *La Cassazione e lo «statuto» della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul «ritorno» del danno da perdita della vita*, in *Danno e Resp.* 2/2019, 271 ss.
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Diritto vivente e difesa tecnica: lo strano caso dell'impugnazione del lodo arbitrale per violazione di legge*, in *Corr. giur.* 3/2021, 394 ss.
- ZUFFI B., art. 115 c.p.c., in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2018, I, 1340 ss.
- ZUFFI B., *L'abuso dell'abuso del processo: la Cassazione disapplica l'art. 102 c.p.c., invocando il «prisma dell'interesse ad agire» e l'obbligo di lealtà e probità*, in *Corr. giur.* 10/2020, 1258 ss.
- ZUFFI B., *La tutela giurisdizionale degli aderenti nella nuova disciplina dell'esecuzione «collettiva» di classe*, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, vol. II, Napoli, 2020, 1497 ss.
- ZULBERTI M., *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/2017*, in *Riv. arb.* 1/2018, 97 ss.
- ZUMPANO M.A., *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 3/2017, 483 ss.



CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE  
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

*Presidente*

UMBERTO GENTILONI

*Membri*

ALFREDO BERARDELLI  
LIVIA ELEONORA BOVE  
ORAZIO CARPENZANO  
GIUSEPPE CICCARONE  
MARIANNA FERRARA  
CRISTINA LIMATOLA

COMITATO SCIENTIFICO  
COLLANA SCIENZE GIURIDICHE

*Membri*

LUISA AVITABILE  
MARCELLO CLARICH  
CLAUDIO CONSOLO  
ENRICO DEL PRATO  
ANDREA DI PORTO  
LAURA MOSCATI  
GIULIANA SCOGNAMIGLIO

Opera sottoposta a peer review. Il Consiglio scientifico-editoriale, anche attraverso i comitati scientifici di serie, assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori ignoti agli autori e ai curatori. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: [www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

*This work has been subjected to a peer review. The Scientific-editorial Board, also through the scientific committees of series, ensures a transparent and independent evaluation of the works by subjecting them anonymously to two reviewers, unknown to the authors and editors. For further details please visit the website: [www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)*



## COLLANA SCIENZE GIURIDICHE

Per informazioni sui volumi precedenti della collana, consultare il sito:  
[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it) | *For information on the previous volumes included  
in the series, please visit the following website: [www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)*

1. Serrao e Talamanca  
Una stagione della romanistica  
*a cura di Andrea Di Porto e Luigi Capogrossi Colognesi*
2. La diseguaglianza nei contratti  
Esperienze straniere e diritto comparato  
*a cura di Michaela Giorgianni*
3. L'efficacia estintiva del licenziamento ingiustificato  
*Matteo Verzaro*
4. Bibliografia sommariamente ragionata di diritto  
della navigazione e dei trasporti  
*Leopoldo Tullio*
5. L'evasione fiscale  
Ricerca su natura giuridica e dimensione quantitativa  
*a cura di Pietro Boria*
6. La tutela giurisdizionale delle *chances* illegittimamente perdute  
*Sara Barone*

Copia non commerciabile, solo per uso concorsuale - Tutti i diritti riservati





Lo studio si occupa di indagare la tanto discussa figura del danno da perdita di *chances* dal punto di vista del processo, a partire dai profili di diritto sostanziale, avendo a mente l'obiettivo di chiarire se la perdita di una *chance* possa configurare lesione di una situazione giuridica protetta tale da fondare un autonomo e distinto diritto di credito risarcitorio e quindi una autonoma domanda. Il tema si presenta complesso, poco sondato quanto ai suoi risvolti processuali, specialmente perché a monte pone l'interrogativo, di carattere generale e sistematico, sulla unicità del diritto risarcitorio e di conseguenza anche i problemi tipici del frazionamento della tutela; così come induce ad approfondire la struttura del diritto di credito (una volta individuato) e a delimitarne i fatti costitutivi, tenendo conto delle peculiarità della *chance* come interesse ipotetico, astratto e, in definitiva, relegato ad una dimensione irrimediabilmente controfattuale.

Nella parte finale, il lavoro si occupa delle ipotesi peculiari di perdita di *chances* da responsabilità professionale dell'avvocato, per poi sviluppare una suggestione legata ad un concetto più lato di perdita di *chance*, non necessariamente legata alla dimensione dell'illecito e della responsabilità civile, ma dovuta piuttosto all'esercizio della funzione giurisdizionale nell'ambito del processo civile.

**Sara Barone**, dottore di ricerca in diritto processuale civile e avvocato, è attualmente assegnista di ricerca presso l'Università di Roma La Sapienza.

ISBN 978-88-9377-285-3



9 788893 772853

